

Derecho y familia

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL DERECHO

Una mirada comparada

Nicolás Espejo Yaksic
Editor



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN



Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO

K310
R476r

La responsabilidad parental en el derecho : una mirada comparada / editor Nicolás Espejo Yaksic ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores y autoras] Amira Aftab [y otros diecinueve] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; preámbulo John Eekelaar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (li, 778 páginas : ilustraciones, cuadros ; 23 cm.). – (Derecho y familia)

Contenido: Principios y Avances Regionales. Potestades, derechos y responsabilidades parentales : comprendiendo la responsabilidad parental / Nicolás Espejo Yaksic – Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana / Marisa Herrera y Fabiola Lathrop – La responsabilidad parental en Europa / Josep Ferrer-Riba – Perspectivas Constitucionales y Legales Comparadas. La responsabilidad parental en Irlanda / Louise Crowley – La responsabilidad parental en la Argentina vista desde el bloque de constitucionalidad / Aída Kemelmajer de Carlucci – Paternidad y responsabilidad parental en el derecho constitucional familiar alemán / Anne Sanders -- La responsabilidad parental en la jurisprudencia constitucional de Colombia / Alma Beltrán y Puga – Derechos, responsabilidades parentales y la Constitución de Sudáfrica / Julia Sloth-Nielsen, Rachel Sloth-Nielsen – La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México / Daniel Delgado Ávila -- La responsabilidad parental en Australia / Meda Couzens y Amira Aftab – Temas Sobre Responsabilidad Parental. El escrutinio judicial sobre los derechos parentales / Margaret Ryznar -- Responsabilidad parental y decisiones médicas en el derecho inglés / Jonathan Herring -- Responsabilidades parentales en plural : conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos / Marisa Herrera – La doble regulación jurídica del poder familiar en Brasil y su carácter selectivo y discriminación en contra de los negros y los pobres / Rafael de Sampaio Cavichioli – Estrategias que promueven la responsabilidad parental de padres y madres privados de libertad / Alejandra Cortázar, Joseph Strauss, Karla Rost – Corresponsabilidad parental post-separación en Chile / Fabiola Lathrop Gómez

Material disponible en PDF.

ISBN 978-607-552-198-5

1. Paternidad – Responsabilidad – Derecho comparado – Ensayos 2. Interés superior de la niñez – Patria potestad – Normas constitucionales 3. Sujetos del derecho de familia – Protección de los Derechos humanos 4. Progenitores – Hijos – Obligaciones reciprocas 5. Perdida de la patria potestad 6. Guarda y custodia I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Aftab Amira, autor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. Eekelaar, John, escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser.

LC K705

Primera edición: agosto de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Derecho y familia

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL DERECHO

Una mirada comparada



Nicolás Espejo Yaksic
Editor



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos-Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación	XI
---------------------------	-----------

Ministro Arturo Zaldívar

Nota editorial	XVII
-----------------------------	-------------

Nicolás Espejo Yaksic

PREÁMBULO

La responsabilidad parental como privilegio	XXVII
--	--------------

John Eekelaar

A. PRINCIPIOS Y AVANCES REGIONALES

CAPÍTULO I

Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental	3
---	----------

Nicolás Espejo Yaksic

CAPÍTULO II

Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana	67
---	-----------

Marisa Herrera y Fabiola Lathrop

CAPÍTULO III

La responsabilidad parental en Europa	113
--	------------

Josep Ferrer-Riba

**B. PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES
COMPARADAS**

CAPÍTULO IV

La responsabilidad parental en Irlanda	157
---	------------

Louise Crowley

CAPÍTULO V

La responsabilidad parental en la Argentina vista desde el bloque de constitucionalidad	201
--	------------

Aída Kemelmajer de Carlucci

CAPÍTULO VI

Paternidad y responsabilidad parental en el derecho constitucional familiar alemán	255
---	------------

Anne Sanders

CAPÍTULO VII

La responsabilidad parental en la jurisprudencia constitucional de Colombia	299
--	------------

Alma Beltrán y Puga

CAPÍTULO VIII

Derechos, responsabilidades parentales y la Constitución de Sudáfrica	351
--	------------

Julia Sloth-Nielsen

Rachel Sloth-Nielsen

CAPÍTULO IX

La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México	391
--	------------

Daniel Delgado Ávila

CAPÍTULO X

La responsabilidad parental en Australia	437
---	------------

Meda Couzens y Amira Aftab

C. TEMAS SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL

CAPÍTULO XI

El escrutinio judicial sobre los derechos parentales	503
---	------------

Margaret Ryznar

CAPÍTULO XII

Responsabilidad parental y decisiones médicas en el derecho inglés	561
---	------------

Jonathan Herring

CAPÍTULO XIII

Responsabilidades parentales en plural. Conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos	589
--	------------

Marisa Herrera

CAPÍTULO XIV

La doble regulación jurídica del poder familiar en Brasil y su carácter selectivo y discriminatorio en contra de los negros y los pobres	645
---	------------

Rafael de Sampaio Cavichioli

CAPÍTULO XV

**Estrategias que promueven la responsabilidad parental
de padres y madres privados de libertad 693**

Alejandra Cortázar
Joseph Strauss
Karla Rost

CAPÍTULO XVI

Corresponsabilidad parental post-separación en Chile..... 737

Fabiola Lathrop Gómez

Autores y autoras

- *Amira Aftab*, Macquarie University (Australia)
- *Alma Beltrán y Puga*, Universidad del Rosario (Colombia)
- *Rafael De Sampaio Cavichioli*, Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil).
- *Alejandra Cortázar*, Centro de Estudios en Primera Infancia - CEPI (Chile)
- *Meda Couzens*, Western Sydney University (Australia).
- *Louise Crowley*, University College Cork (Irlanda)
- *Daniel Delgado Águila*, Juez de Oralidad Familiar, Guanajuato (México)
- *John Eekelaar*, Co-director, Oxford Centre for Family Law and Policy -OXFLAP (Reino Unido)
- *Nicolás Espejo Yaksic*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la SCJN (México)
- *Josep Ferrer-Riba*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona (España)
- *Marisa Herrera*, Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas -CONICET (Argentina)

- *Jonathan Herring*, Exeter College, Oxford University (Reino Unido)
- *Aída Kemelmajer*, Miembro de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)
- *Fabiola Lathrop*, Universidad de Chile (Chile)
- *Karla Rost*, Universidad Católica (Chile)
- *Margaret Ryznar*, Indiana University (Estados Unidos)
- *Anne Sanders*, Universidad de Bielefeld (Alemania)
- *Julia Sloth-Nielsen*, University of the Western Cape (Sudáfrica)
- *Rachel Sloth-Nielsen*, Universidad de Oxford (Reino Unido)
- *Joseph Strauss*, Universidad Católica (Chile)

Presentación

Desde la publicación de las reformas constitucionales de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado una robusta jurisprudencia sobre la aplicación e interpretación de las normas de derechos humanos establecidas tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los tratados internacionales ratificados por México. Entre tales normas se encuentran aquellas que reconocen el carácter primordial de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, incluidos sus derechos a la vida privada y familiar, el derecho a ser oído y tomado en cuenta y su autonomía progresiva, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la identidad, el derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia, entre muchos otros derechos fundamentales. Estos derechos de la niñez y la adolescencia han sido interpretados en consonancia con una serie de principios y derechos de las y los progenitores y que, aunque supeditados siempre a la satisfacción de los intereses superiores de la niñez, también requieren de protección constitucional.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. de la Constitución, el principio del interés superior de la niñez, entendido como garantía plena de

sus derechos, guía tanto el actuar del Estado como el de los ascendientes, tutores y custodios de los niños y las niñas. Dicha idea se refuerza, a su vez, por lo dispuesto en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de 2014, la cual establece una serie de obligaciones para quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como para las demás personas que por razón de sus funciones o actividades tengan bajo su cuidado niñas, niños y adolescentes, en proporción con su responsabilidad.¹ Los derechos de la niñez, en consecuencia, conforman el marco constitucional y legal que otorga legitimidad y regula los poderes, potestades, autoridades y derechos que permiten desplegar el cumplimiento de las funciones parentales.

Esta concepción constitucional sobre las relaciones entre progenitores e hijos e hijas ha permitido precisar el sentido y alcance de la *patria potestad* en el sistema jurídico mexicano. Así, al resolverse el amparo directo en revisión 348/2012, la Suprema Corte determinó que con la introducción en el texto constitucional que reconoce el carácter primordial del interés superior de la niñez, los tribunales debían abandonar la vieja concepción de la patria potestad como un poder "omnímodo" sobre los hijos e hijas. En el sistema constitucional de derechos humanos, la patria potestad deja de configurarse como un derecho de los progenitores y pasa a ser entendida como una función que se les encomienda en beneficio de los hijos e hijas y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de los segundos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno filial.²

La concepción constitucional de las relaciones entre progenitores e hijos e hijas ha permeado una serie de materias específicas. Ellas van desde la

¹ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), *Diario Oficial de la Federación* (DOF) del 4 de diciembre de 2014, artículo 103.

² Estas consideraciones han sido reiteradas en: Amparo Directo en Revisión 1200/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 8 de octubre de 2014; Amparo Directo en Revisión 553/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Arturo Zaldívar, 9 de abril de 2014; y, Amparo Directo en Revisión 4698/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, 6 de abril de 2016.

regulación de la guarda y custodia, y el régimen de visitas y convivencias; los supuestos que justifican la pérdida de responsabilidad parental; las obligaciones alimentarias de los progenitores; la erradicación del castigo corporal como método de corrección; las restricciones en el consentimiento sustituto de los progenitores en casos de afectación grave a la salud o a la vida de los hijos y las hijas; y, el derecho de los niños y las niñas a ser oídos y tomados en consideración en los procedimientos de familia, entre otros.

En todas estas materias, la Suprema Corte ha buscado dar plena efectividad al mandato constitucional de protección del interés superior de la niñez, a la vez de ayudar a moldear una concepción constitucional de los derechos y las responsabilidades parentales. Al hacerlo, la Corte ha procurado, también, prestar atención a otros principios y derechos constitucionales relevantes, como la igualdad de género y sus implicaciones para el ejercicio justo y equitativo de las funciones parentales entre padres y madres. Después de todo, el ejercicio responsable de la parentalidad se vincula con una transformación indispensable de los contextos culturales que permitan a todo niño, niña o adolescente, ser criados y cuidados en un marco de plena igualdad de género.

Esta nueva obra del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es una contribución concreta al desarrollo de una dogmática y jurisprudencia constitucional nutrida por las mejores prácticas y reflexiones comparadas en el campo de la responsabilidad parental. Como tal, se enmarca en el proceso de consolidación de un sistema constitucional abierto a las transformaciones experimentadas por las familias y la protección de los derechos fundamentales de quienes las conforman.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Nota editorial

Este libro constituye la continuidad al trabajo de investigación comparada sobre derecho constitucional familiar impulsado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México. Desde el año 2019, el Centro ha venido impulsando una reflexión teórica y crítica sobre las prácticas jurisdiccionales en materias normadas por el sistema constitucional y el derecho familiar. Si en la publicación *La Constitucionalización del Derecho de Familia*¹ se buscaba dar cuenta de las diversas formas en que las relaciones familiares han pasado a ser una materia de especial preocupación constitucional, la presente obra entra en un campo de especial interés para este debate: las relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos e hijas.

La conceptualización y regulación constitucional y legal respecto a las relaciones entre padres/madres e hijos/hijas ha estado tradicionalmente descrita en términos de *patria potestad*, *poder parental*, *autoridad parental*

¹ Espejo Y. N. e Ibarra O. A., *La Constitucionalización del Derecho de Familia*, SCJN, México, 2019. Disponible en: «<https://bit.ly/3e21tDh>».

o *derechos parentales*. Si bien tales conceptos han sufrido transformaciones sustanciales, ajustándolas progresivamente a las exigencias de protección primordial de los intereses de la niñez, a diferencia de estas categorías, la noción de responsabilidad parental busca destacar una idea fundamental: que las niñas y los niños no son una suerte de posesión a ser controlada por sus padres o madres, sino personas titulares de derechos y que deben ser cuidadas por ellos. De esta forma, la responsabilidad parental permite describir de mejor manera las expectativas del sistema jurídico contemporáneo en torno a las funciones parentales y el rol central de los intereses superiores de la niñez.

Los trabajos aquí contenidos dan cuenta, en consecuencia, de una suerte de desplazamiento progresivo del eje de las relaciones parento-filiales: desde la potestad o poder paterno, hacia el ejercicio equitativo y permanente —entre padres y madres— de una responsabilidad específica por el cuidado y bienestar integral de sus hijos e hijas. Este desplazamiento consolida una tendencia, ya de larga data, respecto a la disminución y recomposición de los antiguos poderes omnímodos concedidos históricamente al padre sobre sus hijos. En su concepción moderna, representada en varios ejemplos del derecho comparado que se revisan en esta obra, las facultades, autoridades o derechos parentales no desaparecen, pero se justifican y ejercen en función de la protección de los derechos de los niños y las niñas y su desarrollo holístico. Esto resulta fundamental a la hora de comprender la noción misma de parentalidad, y su relación con los derechos fundamentales, en un sistema constitucional y democrático de derecho.

La *responsabilidad parental* es el conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño o la niña, que incluye: *a)* cuidado, protección y educación; *b)* mantenimiento de las relaciones personales; *c)* determinación de la residencia; *d)* administración de la propiedad, y *e)* representación legal. O si se quiere, de un modo más simple, los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tienen el padre y la madre (o, en determinados

casos, un tercero), en relación con el (la) niño(a) y sus bienes. Más allá de su definición, el estudio y la comprensión de la responsabilidad parental en el derecho es un trabajo rico en dimensiones e implicaciones, muchas de ellas desarrolladas por las autoras y los autores de esta obra.

En primer lugar, la responsabilidad parental no sólo abarca la posición de los padres/progenitores de la niña o niño sino también, la de otros miembros de la familia o adultos cercanos al niño(a) cuando los primeros no pueden o no quieren ejercer sus derechos y deberes. Así, la responsabilidad parental describe el conjunto de poderes, derechos y deberes de los progenitores, pero también de otras personas que se encuentran *in loco parentis* o en la posición de cuidar a un niño o una niña. En segundo lugar, precisar que la responsabilidad parental lleva a distinguir dos dimensiones centrales de la misma: *qué* constituye la responsabilidad parental y *quién* la puede ejercer. La primera dimensión cubre los deberes legales y facultades que permiten a un adulto —sea padre o madre biológico, gestacional, social/moral u otro adulto responsable— ejercer el cuidado o actuar en representación del niño. La segunda dimensión, en tanto, determina quién posee (y quién no) la autoridad para adoptar decisiones en este ámbito. Ello, evidentemente, muta de jurisdicción en jurisdicción, así como los principios y criterios comunes para su definición, asignación, ejercicio, suspensión y/o pérdida. Estas dos dimensiones impactan sustancialmente el campo del derecho familiar y el reconocimiento de diversas formas de reconocer y regular el ejercicio de las funciones parentales y la crianza de los niños y las niñas.

Finalmente, el estudio de la responsabilidad parental lleva a prestar atención a los diversos conflictos que surgen entre distintos intereses fundamentales en juego y que se plantean en el ámbito del ejercicio cotidiano de la parentalidad. Se trata de conflictos cuya resolución, a lo menos en sede judicial, requiere de una dogmática particularmente fina sobre la conceptualización e interpretación de los intereses constitucionales del Estado, los padres y los niños y las niñas. Como dan cuenta distintos capítulos de esta obra, tanto el legislador como las cortes han debido ir

enfrentado una mayor cantidad de asuntos con consecuencias profundas para la interpretación constitucional. Ellas van desde la asignación de responsabilidad parental fuera del ámbito matrimonial, pasando por los límites constitucionales a los derechos parentales de control sobre la crianza de los niños y las niñas, hasta la regulación del ejercicio de la responsabilidad en contextos complejos como los de separación/divorcio o cuando los adultos responsables se encuentran privados de su libertad. A su vez, los conflictos jurídicos en el campo de la responsabilidad parental alcanzan también aspectos específicos, tales como la protección de los intereses de los niños y las niñas en el campo sanitario, el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos o el reconocimiento de la identidad y expresión de género de las niñas y los niños trans, entre muchos otros.

En todas estas materias, las juezas y los jueces se enfrentan al deber de resolver tales conflictos sin una dogmática y una jurisprudencia necesariamente coherente y que les permita navegar las turbulentas aguas de un campo en permanente cambio social, tecnológico y cultural. Este libro busca ayudar a juezas, jueces y juristas, a consolidar un camino de interpretación nutrido de un sólido debate dogmático, con mayor conocimiento de las normas constitucionales y legales comparadas y la jurisprudencia de sus pares en distintas jurisdicciones. Para facilitar su lectura, los distintos capítulos se han dividido en tres secciones. La primera sección da cuenta de aspectos generales, tanto conceptuales como de reconocimiento legal a nivel regional, para introducir en la materia. La segunda sección se concentra en diversas experiencias comparadas sobre regulación constitucional, legal y jurisprudencial de la responsabilidad parental. Finalmente, la tercera sección busca introducir algunos debates específicos que han ido surgiendo en el campo de los debates constitucionales, legales, doctrinarios e internacionales sobre la responsabilidad parental.

Este proyecto no habría sido posible gracias al trabajo y compromiso de una comunidad creciente de académicas y académicos que han movido —y siguen moviendo— las fronteras del trabajo dogmático, en el campo

del derecho familiar constitucional. Contar con ellas y ellos en esta obra, ha sido un privilegio y un placer. Del mismo modo, esta obra se ha beneficiado del permanente apoyo de la directora del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México, Doctora Ana María Ibarra Olgún y de la editora del Centro, la Maestra Grizel Robles Cárdenas. El editor quisiera agradecer también la ayuda de la Licenciada Velia Márquez Rojas, en el proceso de edición final de este libro.

Doctor Nicolás Espejo Yaksic
Ciudad de México, junio de 2021

*Esta obra es un sentido homenaje al profesor John Eekelaar
quien, por más de 55 años, ha ayudado a dar forma
al derecho de familia contemporáneo y a promover
la defensa de los derechos de la niñez.*

PREÁMBULO
La responsabilidad parental
como privilegio*

John Eekelaar**

* Este texto se publicó originalmente como Eekelaar, J., "La responsabilidad como privilegio", en *Responsabilidad parental*, coordinado por Lathrop Gómez, Fabiola y Espejo Yaksic, Nicolás, 13-31, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2017.

** Co-director del Oxford Centre for Family Law and Policy (OXFLAP), Emeritus Fellow del Pembroke College de la Universidad de Oxford y Fellow del King's College de Londres.

La responsabilidad parental como un conjunto de deberes

El término "responsabilidad parental" parece simple. Pero esta simplicidad es engañosa. Parece referirse a "algo" que los padres "tienen" y que concierne a su relación con sus hijos. Tener una responsabilidad parece ser algo como "tener un deber"; y tener un deber implica, a su vez, estar sujeto a la ley. Ésta es la base de la ética kantiana: todos estamos bajo un deber prescrito por la ley formulada como imperativo categórico. Lo que esto significa en este contexto, es que alguien con "responsabilidad parental" está obligado por una norma o normativa en lo que se refiere a su comportamiento respecto de sus hijos. En resumen, que deben cuidar de ellos, apoyarlos y criarlos de buena manera. Y, debido a que "responsabilidad parental" es un término legal, se trata de normas legales.

Pero ¿es eso todo? Si una norma identifica que uno está bajo el deber de hacer *x*, entonces uno debe hacerlo: generalmente este deber no se puede transferir a otra persona, haciendo que esa persona lo haga por uno

(o, si se hace, uno puede ser responsable de la forma en que se ha hecho tal transferencia). A primera vista, esto parece ser cierto respecto a la responsabilidad parental, ya que, en principio, no se puede renunciar a ella.¹ Sin embargo, a veces, la responsabilidad parental puede ser transferida con autorización judicial; por ejemplo, por una madre subrogada a los padres destinatarios mediante orden parental,² o por los padres biológicos a los padres adoptivos mediante una orden de adopción. En tal caso, la responsabilidad parental, y ciertamente la parentalidad en sí, se transfiere a los padres adoptivos. A su vez, una autoridad local adquiere responsabilidad parental si se dicta una orden de cuidado respecto al niño, en cuyo caso la comparte con los padres del niño, determinando ella la forma en que los padres la continúan ejerciendo.³

En el caso del derecho inglés, la *Children Act* de 1989 extendió la responsabilidad parental a cualquier persona a quien le sea otorgada una "orden de residencia" relativa al niño.⁴ Esto fue modificado por la *Children and Families Act* de 2014, que reemplazó tales órdenes por "órdenes de disposición del niño"; además de estipular que la responsabilidad parental será adquirida por la persona cuyo nombre aparece en tal orden como "la persona con la cual vivirá el niño", pudiendo extenderse a una persona no designada de esta manera.⁵

Todo esto hace que la responsabilidad parental parezca más bien una suerte de bien o mercancía: un "paquete" que puede ser trasladado, duplicado e, incluso, teóricamente, comprado y vendido (aunque esto no se apruebe del todo, a pesar que aparentemente ocurre o ha ocurrido en casos de adopción internacional). Pues bien, ¿qué es lo que hay en este "paquete"?

¹ Véase *Children Act*, 1989, s. 2(9): "Una persona que tiene responsabilidad parental por un niño no puede renunciar ni transferir parte alguna de esa responsabilidad a otro, pero puede disponer que parte de o toda ella sea cumplida por una o más personas que actúen en su representación".

² Deben estar casados, en una unión civil o en una "relación familiar duradera": *Ley de Fertilización Humana y Embriología* de 1990, enmendada por la HFEA (Autoridad de Fertilización Humana y Embriología) en 2008, p. 54.

³ *Children Act*, 1989, s. 33.

⁴ *Children Act*, 1989, s. 12(2).

⁵ Véase: *Children and Families Act*, 2014, enmienda 2, Parte Uno, cláusulas 21 (3) y (4).

La Comisión de Derecho de Familia Europeo describió las "responsabilidades parentales" como "un conjunto de derechos y deberes cuyo objetivo es promover y resguardar el bienestar del niño. En particular abarcan: (a) cuidado, protección y educación; (b) mantenimiento de relaciones personales; (c) determinación del lugar de residencia; (d) administración de propiedad, y (e) representación legal".⁶ Esto hace eco de la *Children Act* del Reino Unido de 1989, la cual afirma en la sección 3:

1) En esta Ley, "responsabilidad parental" se refiere a todos los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que por ley un padre de un niño tiene en relación con el niño y su propiedad.

Estas definiciones tienen larga data. Desde los informes de la Comisión Inglesa de Derecho en la década de los ochenta y el Informe del Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1984⁷ que indicó que "las responsabilidades parentales son un conjunto de deberes y poderes cuyo objetivo es asegurar el bienestar moral y material del niño, en particular cuidando de la persona del niño, manteniendo relaciones personales con éste y encargándose de su educación, mantenimiento, representación legal y administración de su propiedad". Las definiciones europeas están formuladas en plural: *responsabilidades* parentales, a diferencia de la ley inglesa. Pero la definición inglesa es esencialmente la misma porque responsabilidad parental es considerada un sustantivo colectivo que se refiere a *todos* los "derechos, deberes, poderes y autoridad" individuales. Lo curioso de ambas definiciones es que los "derechos" individuales y (en el caso inglés) también los "poderes" y la "autoridad" individuales, son descritos como "responsabilidades", es decir, deberes. Bien señaló H.L.A. Hart que una característica típica de los derechos es que se puede renunciar a ellos.⁸ Si aceptamos esto, es difícil ver cómo un derecho también puede ser un deber.

⁶ Véase: «<http://ceflonline.net/principles/>» [consulta: 17 de abril de 2016].

⁷ Recomendación No. R(84)4, febrero 28, 1984.

⁸ Hart, H.L.A., 1973, p. 171; reimpresso en: 1982. *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*. Oxford, Clarendon Press, p. 162.

1. Deberes y derechos

Puede resultar útil pensar en otros casos donde las personas tienen deberes legales de cuidar de algo, como el de un arrendador, por ejemplo. Un arrendador tiene el deber legal de mantener el inmueble que arrienda en buen estado. A menos de que el arrendatario esté de acuerdo, no puede renunciar a ello; pero, a su vez, sin lugar a duda, el arrendador podría subcontratar el cumplimiento de este deber legal con terceros. El arrendador también tiene derechos, principalmente en relación con el pago de la renta. También existe el derecho de acceder al inmueble, pero no de acceso irrestricto; sólo, previo aviso razonable, con el propósito de realizar cualesquiera reparaciones que el arrendador tiene el deber de realizar.

¿En qué se parece un arrendador a un padre? Los deberes del arrendador de mantener el inmueble en buen estado parecen similares al deber del padre de cuidar del niño. Tener un deber implica el poder; de hecho, implica el derecho de realizarlo. De ahí el derecho de acceso del arrendador para la realización de reparaciones. Entonces, no se trata de tener el deber de cumplir con un derecho, sino de tener el derecho de cumplir con un deber. El deber es el de reparar, no el de entrar. El derecho está estrictamente confinado a la realización de reparaciones. Esto parece muy similar al caso del padre. El padre tiene el deber de cuidar del niño. Esto está respaldado por el derecho consuetudinario y por una variedad de disposiciones reglamentarias.⁹ Todas ellas establecen los deberes de los padres. Pero tener estos deberes implica el derecho de llevarlos a cabo. Por tanto, así como en el caso del derecho del arrendador de entrar y reparar, el derecho del padre existe para permitir el cumplimiento del deber de cuidar del niño y se restringe al cumplimiento de ese deber. Al igual que el arrendador, el padre no puede incurrir en acoso o abuso.

Pero también existen interesantes diferencias entre el caso del arrendador y el del padre.

⁹ Éstas están estipuladas en: Bridgeman, J., 2008; Bridgeman, J., 2007.

1.1 ¿Deberes de los niños?

Lo primero es que, a diferencia del derecho del arrendador en contra del arrendatario, el derecho del padre no es en contra del niño. Mientras que un arrendatario está legalmente obligado a permitir el acceso del arrendador para que éste realice reparaciones, yo argumentaría que el niño no está *legalmente* obligado a cumplir con los esfuerzos de los padres por educarlo. El derecho del padre es contra terceros (que pueden incluir al Estado), no contra el niño. Algunos pueden estar en desacuerdo, alegando que los niños están bajo el deber legal de cumplir con aquellas cosas que sus padres demandan de ellos como parte de su deber de cuidar de ellos. Pero ¿puede esto ser cierto? Moralmente, sin duda, un niño debería generalmente hacer lo que su padre le ordena, pero pienso que estaríamos llevando el legalismo demasiado lejos al sostener que un niño o una niña tiene el deber legal de comer su desayuno, ordenar su habitación, o incluso volver a casa a una hora prudente. El padre debe ejercer autoridad moral y tiene el derecho (al igual que contra terceros) de hacerlo. El no lograr hacerlo de manera exitosa podría conducir a intervención social. Pero eso concierne a los derechos y deberes de las autoridades estatales, no los del niño.

No se trata, de decir que los niños no pueden tener deberes legales o que deberían ser tratados como incapaces de tenerlos, o de actuar responsablemente.¹⁰ Desde una perspectiva diferente, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño afirma que los niños sí tienen responsabilidades, particularmente, sujetas a su edad y habilidad, "de respetar a sus padres, superiores y mayores en todo momento y de asistirlos en caso de necesidad".¹¹ Existe debate en cuanto a la medida en la cual esto puede considerarse como una imposición de deberes específicos, aplicables por ley, sobre los niños.¹² Si bien Sloth-Nielsen¹³ considera lo

¹⁰ Véase Morrow, V., 2008, capítulo 6.

¹¹ Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, artículo 31 (a).

¹² Véase la discusión en Sloth-Nielsen, J., 2008.

¹³ *Ibidem*.

anterior como la creación de obligaciones legales, es difícil vislumbrar de qué manera podrían traducirse tales en la práctica, especialmente las responsabilidades proclamadas más adelante de "preservar y fortalecer la solidaridad nacional y social" e incluso "contribuir de la mejor manera que sus capacidades permitan en todo momento y a todo nivel a la difusión y consecución de la unidad africana". A *contrario sensu*, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño son mayoritariamente entendidas como la imposición de obligaciones sobre los Estados de promover estos ideales en los niños.

Puede objetarse que, si los niños no tuvieran el deber de obedecer a sus padres, un niño podría simplemente dejar su hogar y esperar que el Estado, u otras personas, se encargaran de mantenerlo. Una autoridad local en Inglaterra "puede proporcionar alojamiento" a alguien menor de 16 años si un padre que está dispuesto a ello y es capaz de ofrecerlo, no se opone;¹⁴ pero sólo si dicha autoridad piensa que esto es necesario para resguardar o promover el bienestar del niño.¹⁵ Si los padres se oponen, la autoridad no podrá cuidar del niño a menos que recurra a mandatos legales específicos. Pero esto podría considerarse como un aspecto de los derechos contra terceros que hemos visto integrados a la responsabilidad parental, es decir, que la autoridad no puede, sin razón válida, cuidar del niño en lugar de los padres. Si el niño tiene más de 16 años, la autoridad puede cuidar de él o ella, aunque los padres lo objeten, pero sólo si el niño o niña acepta.¹⁶ En otras palabras, son todas cuestiones relativas a los deberes de la *comunidad* hacia los niños que por diversos motivos no están dispuestos o no pueden recibir cuidado parental, no relativas a los deberes de los niños hacia sus padres.

Si la comunidad concluye en un caso particular que no debe proveer esos recursos (quizás porque los recursos parentales son satisfactorios y

¹⁴ Children Act, 1989, s. 20(7).

¹⁵ Children Act, 1989, s. 20(4).

¹⁶ Children Act, 1989, s. 2(11).

no existe ninguna razón de peso por la cual el niño no debería aceptarlos), o que no se le permite hacerlo debido a la objeción de los padres, simplemente estará negando recursos al niño, y no haciendo cumplir los deberes que tiene el niño hacia sus padres. En tal caso, uno esperaría que el niño regresara con sus padres en busca de cuidado. Pero supongamos que el niño no quiere hacerlo, por ejemplo, duerme en cualquier parte, o amenaza con hacerse de malas compañías. Entonces, la comunidad debe decidir cómo usar sus recursos respecto del niño. El niño podría pasar a estar bajo protección policial;¹⁷ la autoridad puede procurar una Orden de Protección de Emergencia,¹⁸ y tal vez, eventualmente, una Orden de Cuidado.¹⁹ Yo sostendría, aunque no estoy seguro de poder dar fundamentos definitivos para ello, que un niño efectivamente tendría el deber legal de cumplir con las órdenes de la autoridad local si ésta adquiriese la responsabilidad parental del niño (bajo una orden de cuidado, por ejemplo). Estas órdenes podrían mandar al niño regresar a su hogar. La diferencia entre la posición de la autoridad local frente al niño y la de los padres frente al niño, es que la primera es una entidad *legal*, y las órdenes que da al niño tienen efecto legal, mientras que las de un padre no lo tienen.

Ahora bien, supongamos que el niño encuentra alguien más con quien vivir, tal vez un abuelo o abuela. Si los padres quisieran "recuperar" al niño, el asunto debería (y así sería en Inglaterra) resolverse mediante la aplicación del principio de bienestar o interés superior (*welfare*), y no en base a los deberes del niño hacia sus padres. Sería como cualquier caso controversial sobre dónde debe vivir el niño, en el cual el niño tiene una opinión sobre el asunto. Si la opinión del niño sobre dónde quiere vivir debe decidir o no el asunto, es parte de la decisión sobre la manera en la que debe aplicarse el *test* de bienestar o del interés superior.²⁰

¹⁷ Children Act, 1989, s. 46(1): esto se limita a 72 horas.

¹⁸ Children Act, 1989, s. 44.

¹⁹ Children Act, 1989, s. 31: sobre la base de que el niño "está sufriendo, o es probable que sufra, daño significativo" y el niño está "fuera de control parental".

²⁰ Véase Eekelaar, J., 2014.

Respecto a la educación, si bien proveer educación es un deber parental significativo, también puede considerarse como un deber del niño, pero es un deber que, según pienso, el niño le debe a la comunidad, no a sus padres, aunque sea cumplido por el niño de acuerdo con las opciones parentales.

• Cumplimiento de responsabilidades parentales

La responsabilidad parental tiene otro rasgo que la distingue del caso del arrendador. Su cumplimiento parece depender en grandísima medida de la disposición que tiene el padre implicado en ejercerla. Si uno de los padres simplemente deja al niño con el otro padre, y se marcha a algún otro lugar, y luego se relaciona poco o nunca con el niño, como suele suceder, ese padre retiene la responsabilidad parental. Con todo, los mecanismos para hacer cumplir los deberes son muy imperfectos. Es difícil hacer cumplir el deber de cuidar de un niño por medios legales. Tal vez podríamos decir que los deberes tan elaboradamente estipulados en las definiciones de responsabilidad mencionadas anteriormente, pueden ser sustituidos por el estrecho deber de contribuir algún apoyo financiero para el niño. Un arrendador no podría rehuir su deber de efectuar reparaciones simplemente pagándole al arrendatario para que lo haga. Pero incluso tal deber sustituto es muy difícil de hacer cumplir. En el Reino Unido casi ha sido abandonado.

1.3 Deberes y amor

Una tercera desviación de la analogía del arrendador es más compleja, porque se refiere a actitudes mentales. Claro está que un arrendador puede querer realizar las reparaciones necesarias con el propósito de mantener el valor de su propiedad. Pero, generalmente, no deseará hacerlo sólo porque sí. Se tratará de un deber que debe cumplir, y, si es concienzudo, lo hará según le sea requerido. Sin embargo ¿son así los deberes parentales? ¿Acaso los padres normalmente cuidan de sus hijos sólo porque tienen el deber de hacerlo? ¿Están conscientes siquiera de que se trata de

una obligación legal? Tal vez, subliminalmente. Pero lo hacen por amor, algo que generalmente no se hallará en una relación arrendador/arrendatario. Aunque estén conscientes de que existen obligaciones, es probable que los padres quieran hacer más por sus hijos que meramente cumplir con sus obligaciones legales.²¹ ¿Qué significa todo esto para la idea de responsabilidad parental?

La primera y más obvia consecuencia es que en gran medida la obligación es autoimpuesta; no se requieren equipos de abogados preparando documentos que estipulen las responsabilidades en términos claros para todos los padres y futuros padres. El supuesto de que los padres generalmente aman a sus hijos ha sido considerado como crucial para lograr que la protección de los niños funcione en la práctica, porque sin él la necesidad de investigar los posibles casos de abuso o negligencia infantil abrumaría a los servicios sociales.²² Por otro lado, el hecho mismo de que los padres generalmente se ven beneficiados por el cumplimiento de su obligación puede llevar a dificultades únicas, a saber, que algunos padres puedan desear cumplirla de manera tal que satisfaga más sus necesidades que las del niño, para cuyo beneficio ha sido diseñada. Esta característica puede dar origen a los más graves problemas, como todos sabemos.

Pero existe otra consecuencia. Ésta nace del hecho que la mayoría de los padres mantienen a sus hijos voluntariamente, a menudo por sobre cualquier exigencia legal. Los padres querrán tener la libertad de darse este lujo. No se someterán fácilmente a estar atados a prescripciones legales. Esto puede ser visto como el deseo de tener una relación privilegiada con su hijo, tener un espacio donde puedan interactuar y encargarse de él o ella según consideren adecuado, porque aman al niño, y quieren desempeñar un papel importante en la formación del carácter del niño. Entonces, parte del rompecabezas sobre la responsabilidad parental es saber

²¹ Es innecesario explorar ideas sobre los deberes "supererogatorios" que forman parte de algunos discursos éticos. El punto es simplemente que los derechos y deberes legales en estas (al igual que en otras) relaciones, no agotan la totalidad del aspecto normativo de la relación.

²² Véase Dingwall, R.; Eekelaar, J. y Murray, T., 2014.

hasta dónde se les permite a los padres cumplir sus responsabilidades de la manera que consideren óptima para su hijo. Es improbable que este problema surja en el caso del arrendador.

2. Responsabilidad parental como privilegio

Se podría, por tanto, argumentar a favor de que el concepto de responsabilidad parental puede ser comprendido de mejor manera como "privilegios parentales" en lugar de "deberes parentales". Los hijos no deben deberes legales a sus padres, pero a estos últimos sí se les otorga el privilegio de ejercer autoridad moral sobre ellos y guiarlos y dirigirlos. Realizar estas tareas no es directa ni fácilmente ejecutable, si bien existen infracciones claras que pueden sancionarse. Sin embargo, los privilegios generalmente se otorgan esperando que éstos sean ejercidos de manera adecuada, y podrían ser retirados si ello no ocurriese. Tener un privilegio conlleva un sentido más fuerte que el que un titular haya sido puesto en una posición de confianza. Si a uno se le confía el cuidado de un objeto de valor, puede que sea un privilegio el poder hacer uso de él y disfrutarlo, pero existe el deber de mantenerlo a salvo; un deber no puede estar sujeto a negociación en relación con cuánto placer se obtiene del objeto.

Asimismo, una cuarta desviación de la analogía del arrendador radica en el hecho de que, si un arrendatario no cumple con sus deberes, el remedio consiste en que el arrendador busque la ejecución legal de los mismos. Generalmente, el Estado no se verá involucrado, excepto, tal vez, si la salud o seguridad públicas son un problema. A primera vista, esto puede parecer similar a la responsabilidad parental. Estuvo muy claro en la historia de la legislación que introdujo el concepto de responsabilidad parental, que el Gobierno consideraba que este concepto venía a expresar la política de que la crianza y educación de los niños debía ser mucho menos un asunto de Estado de lo que previamente había sido. Era visto mucho más como un asunto de los padres de los niños: los niños son

principalmente responsabilidad de sus padres y no del Estado.²³ El concepto venía a ser una señal de la reducción en la supervisión por parte del Estado sobre la manera en la que se crían los hijos. Por supuesto que, a diferencia de un arrendatario, los hijos rara vez se encuentran en posición de pedirles cuentas a sus padres, pero la idea era que, al distanciar a los padres de la supervisión del Estado, existiría mayor probabilidad de que éstos ejercieran su función de manera responsable.

Pero es cuestionable que esta expectativa se haya cumplido. Una persistente inquietud sobre el comportamiento de adolescentes, e incluso de niños más pequeños después del asesinato de James Bulger, de tres años de edad, a manos de dos niños de diez años en 1993, dio cuenta de que el Estado estaba muy interesado en los resultados de los esfuerzos de los padres, a pesar de que la crianza y educación de los hijos puede hipotéticamente ser responsabilidad de éstos más que del Estado. Persistentes casos de negligencia parental y maltrato severo de niños han asegurado el interés continuo del Estado en su comportamiento. Esto es consecuente con la idea de responsabilidad parental como un "privilegio" otorgado por el Estado a los padres, implicando un rango de libertad en su ejercicio, pero, en última instancia, sujeto a la aprobación del Estado sobre los resultados de este ejercicio. Volveré a este punto más adelante.

3. Asignación inicial de responsabilidad parental

Los niños requieren cuidados desde su nacimiento, por lo que, si se otorga tales privilegios a los adultos, es importante saber, desde ese momento, sobre quién caen esos privilegios. No basta simplemente con decir que sobre los "padres" del niño, ya que esto genera la pregunta sobre qué es un padre. Ni siquiera es siempre obvio quién es la madre, dada la posibilidad de donación de óvulos e implantación de embriones y, menos

²³ Véase Eekelaar, J., 1991.

considerablemente, de maternidad subrogada. Existe gran espacio de variación sobre cómo se deben determinar estos asuntos.²⁴ Dejando de lado las ocasiones en las cuales la responsabilidad parental pueda ser adquirida más adelante en la vida de un niño (por ejemplo, por un tutor, o alguien estipulado en la orden de disposición del niño), mi opinión es que el privilegio de responsabilidad parental debería otorgarse, y es de hecho otorgado por las leyes inglesas, a la persona o personas que al momento de nacer el niño estén más probablemente involucradas de manera cercana con la crianza del niño y, por tanto, sean capaces de ejercerlo.²⁵ ¿Quiénes son, entonces, estas personas?

• Madres

Si decimos que uno de los adultos debe ser la madre del niño, podría haber tres posibles contendoras: la mujer que da a luz al niño, la mujer con cuyo material genético fue concebido el niño y una mujer que no es ninguna de las dos pero que empezó a cuidar del niño casi desde su nacimiento. ¿Y si llegamos más lejos y llamamos a todos a quienes otorgamos ese privilegio los "padres" del niño?²⁶ El "punto de partida" del derecho inglés, de que la mujer que da a luz siempre será considerada como uno de los padres, y que también tendrá responsabilidad parental, no es una regla que funcione mal, ya que identifica a la mujer que casi siempre será la persona apropiada para tener ese privilegio. No funciona en el caso de la maternidad subrogada planificada, pero si el acuerdo de maternidad subrogada funciona, el estatus de la maternidad subrogada y la responsabilidad parental que lo acompaña pueden extinguirse y ser transferidos a los padres destinatarios por medio de una "orden parental". La exigencia de que se emita una orden a favor de ambos padres destinatarios

²⁴ Véanse Brainham, A., 2008, p. 322; Harder, L. y Thomarat, M., 2012, p. 62; Callus, T., 2012.

²⁵ T. Callus argumenta que debería depender de la intención de "criar y cuidar" del niño. Sospecho que éste se trata de un criterio demasiado incierto. Sin tal intención, sostiene ella, la mera relación biológica no debería tener consecuencias. Pero admite que las relaciones sexuales voluntarias deberían levantar el supuesto de tal intención (incluso si se usa anticoncepción): Callus, T., 2012, pp. 359-360.

²⁶ Véanse las excelentes discusiones en: Lind, C. y Hewett, T., 2009, pp. 391-406; Lind, C., 2008.

cuando uno de ellos está genéticamente emparentado con el niño y están juntos ya sea casados o en una unión civil o en una "relación familiar duradera", demuestra lo acertada que es la reforma introducida, en cuanto indica que las personas a quienes se les otorga la responsabilidad parental deben ser quienes probablemente participan más en la crianza del niño.²⁷ Una mujer que está en tal relación con la madre puede convertirse en padre (en un sentido genérico) junto con la otra madre, si ha consentido a la inseminación de la madre y está viviendo en unión civil con ella (aunque no se le llame "madre").²⁸ Es muy probable que esta persona participe muy de cerca en la crianza del niño. En tal caso, el hombre que engendró al niño no puede ser tratado legalmente como el padre, lo cual significa que no puede adquirir responsabilidad parental.²⁹

• Padres

La asignación de responsabilidad parental en el caso de los padres (varones) ha causado gran discusión. Sin embargo, ha sido resuelto de buena manera en el caso de la reproducción asistida. Un hombre será considerado como uno de los padres del niño que haya procreado, a menos que haya donado semen a través de una clínica autorizada. Sin embargo, no tendrá responsabilidad parental a menos que esté casado con la madre o esté registrado como el padre lo cual, en la actualidad, requiere el consentimiento de la madre.³⁰ Se presumirá que un marido es el padre del hijo concebido por su mujer de manera natural, como también lo será un marido que haya dado su consentimiento para que su mujer sea inseminada por un donante. La misma presunción tendrá lugar para el caso del hombre que haya notificado a la clínica que está dispuesto a ser considerado el padre junto a una mujer que esté siendo tratada en la clínica

²⁷ HFEA (Autoridad de Fertilización Humana y Embriología), 1990, p. 30; HFEA (Autoridad de Fertilización Humana y Embriología), 2008, s. 54.

²⁸ HFEA (Autoridad de Fertilización Humana y Embriología), 2008, s. 42(1).

²⁹ HFEA (Autoridad de Fertilización Humana y Embriología), 2008, s. 45(1).

³⁰ Se ha considerado si esto podría suceder sin el consentimiento de la madre: pero aún no se ha realizado cambio alguno.

(y ella esté de acuerdo con ello).³¹ Nuevamente, se trata de personas que están en una buena posición para ejercer el privilegio.

La posición de los padres (varones) solteros es un caso especial, e ilustra otra e incluso quizás más controversial función de la responsabilidad parental. Cuando la Comisión hizo sus propuestas en 1982 para retirar el estatus de ilegitimidad, se habló mucho sobre los padres solteros "meritorios de serlo" y aquellos que no lograban dicho estatus. La Comisión expresó preocupación respecto a que igualar los derechos de padres casados y solteros podía poner a las madres en riesgo de acoso y presión indebida de parte de los primeros.³² En definitiva, la Comisión procedió bajo la percepción de que muchos padres solteros no estaban en posición de criar a sus hijos e hijas y que, por tanto, no deberían otorgárseles fácilmente las facultades legales para hacerlo. Desde entonces, el aumento en la cohabitación sin matrimonio ha transformado tal postura y, no mucho después, la Comisión recomendó que un padre soltero debería poder adquirir responsabilidad parental con el acuerdo de la madre,³³ algo reconocido en la *Children Act* de 1989.³⁴ Más adelante, dicho padre podría adquirir responsabilidad parental si era registrado como el padre legal en el certificado de nacimiento del niño o la niña, un hecho que requiere el consentimiento de la madre.³⁵ El proyecto de Reglamento de Registro de Nacimientos (de padres solteros y que no se desempeñan conjuntamente) de 2010, realizado bajo la Ley de Reforma del Bienestar de 2009, exigía a las madres proporcionar información sobre el padre, para que éste pudiera registrarse como padre y adquirir responsabilidad parental. El padre, sin embargo, podía simplemente rehusarse a hacerlo. La madre, también podía obtener exención simplemente declarando que no sabía

³¹ HFEA (Autoridad de Fertilización Humana y Embriología), 2008, s. 35, 37.

³² Law Commission. Family Law: Illegitimacy [Comisión de Derecho, Derecho de Familia: Ilegitimidad]. Law Commission No. 118, 1982, párrafo 4.26

³³ Law Commission. Review of Child Law: Guardianship and Custody [Comisión de Derecho, Revisión de Derecho Infantil: Tutela y Custodia]. Law Commission No. 172, 1988, párr. 2.18-19.

³⁴ Children Act, 1989, sección 4(1)(b).

³⁵ Adoption and Children Act [Ley de Adopción y Niños], 2002, p. 111.

quién era o dónde estaba el padre, o que tenía motivos para temer por su seguridad o la de su hijo.³⁶ Pero el padre podía registrarse en contra de su voluntad. En noviembre de 2013, el Gobierno todavía estaba evaluando si dar o no efecto al reglamento de 2010.³⁷

Está lejos de aclararse si el sólo acto de registro es una base sólida sobre la cual otorgar el privilegio de responsabilidad parental. Sin embargo, es posible que la función de tener responsabilidad parental estuviera, en parte, cambiando. Los tribunales han hablado vagamente sobre ella confiriéndole un "estatus" o "sello de aprobación".³⁸ Detrás de esto podría estar la idea de que tener responsabilidad parental es una indicación de que, incluso si su titular puede no estar *actualmente* en una posición para ejercer dicho privilegio, o ejercerlo de manera significativa, la persona tiene buenas posibilidades de ejercerla en algún momento en el futuro, y el poseer la responsabilidad podría alentar a que esa persona lo haga.³⁹ Se trata, por tanto, de un intento por lograr que los padres que no residen con sus hijos se involucren más con ellos. Esto se tratará más adelante.

4. La continuidad de la responsabilidad parental

Una situación similar parece haber surgido en relación con los padres que se han separado. Es un rasgo importante del concepto de responsabilidad parental el que ésta sobreviva a la separación o divorcio de los padres casados. La continuidad de la responsabilidad parental conjunta entre padres separados, o que alguna vez estuvieron casados, puede considerarse como un paso tardío hacia la promoción de "custodia legal conjunta" después del divorcio que había comenzado en los Estados Unidos en la década de los setenta, y en los países escandinavos casi al mismo tiempo.

³⁶ Welfare Reform Act [Ley de Reforma del Bienestar], 2009, cláusula 6, insertando s. 2B en la Ley de Registro de Nacimientos y Defunciones de 1953.

³⁷ Véase: «www.parliament.uk/briefing-papers/sn03372.pdf» [consulta: 11 de abril de 2016].

³⁸ Re H (un menor) (responsabilidad parental), EWCA. Civ. 542, 2002.

³⁹ Re P (Responsabilidad Parental), FLR, 2, 1997, 722.

Inicialmente, estas reformas fueron un intento por mantener el *estatus* del padre no residente como tal, quizás otorgándole el derecho de ser consultado sobre las decisiones acerca de su hijo. La Comisión, sin embargo, insistió en que el tener responsabilidad parental no debería darle el derecho a ese padre de ser consultado sobre las decisiones que el otro padre tomaba en el ejercicio de su responsabilidad parental. A menos que se estipulara expresamente lo contrario, los padres tendrán la facultad de actuar "independientemente" el uno del otro.⁴⁰ Esto fue promulgado en la sección 2(7) de *Children Act* de 1989. El objetivo era, al parecer, que el padre no residente tuviera el privilegio de responsabilidad parental sólo en la medida que fuera necesario, bajo cualquier acuerdo u orden.

A pesar de que los tribunales han dejado claro que el tener responsabilidad parental no otorga por sí solo el derecho de relacionarse cotidianamente con un niño (en un caso incluso restringiendo al padre el derecho de averiguar dónde estaba viviendo su hijo)⁴¹, la línea entre la responsabilidad en el sentido más legal de tener el derecho a estar informado sobre el niño y tal vez ser consultado respecto a éste, y las expectativas de una relación efectiva, incluyendo quizás periodos extensos de cuidar del niño (lo que los estadounidenses llaman custodia "física"), es fácil de cruzar.⁴² Quizás el más claro ejemplo de esto es la legislación australiana de 2006, que creó la "presunción" de "igual responsabilidad parental compartida" (exigiendo la consulta sobre cualquier "tema importante a largo plazo") lo cual, a su vez, gatilló la exigencia de que los tribunales debieran "considerar" si era o no favorable para el interés superior del niño pasar igual, substancial o significativo tiempo con ambos padres.⁴³ Esto parece haber aumentado el número de órdenes de tiempo compartido impuestas judicialmente. En Inglaterra, la clara visión de la Comisión (y del Parlamento) de que la responsabilidad parental compartida no debería

⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 2.10.

⁴¹ Re H (niño) (responsabilidad parental), 2002.

⁴² Véase Singer, A., 2006, capítulo 3.5.

⁴³ Family Law Act [Ley de Derecho de Familia] (Shared Parental Responsibility), 2006.

conllevar el deber de consultar, ha sido evadida por decisiones judiciales, por lo menos en lo que respecta a asuntos importantes.⁴⁴ El Parlamento ahora ha ido más lejos aún, decretando la presunción de que la "participación" de cada uno de los padres en la vida de un niño "aumentará el bienestar del niño" (aunque no se supone que esto implique que el niño deba pasar algún periodo de tiempo en particular con ese padre).⁴⁵ Por tanto, la responsabilidad parental parece haberse ampliado, ha pasado de ser un privilegio otorgado a aquellos adultos que más probablemente vayan a efectivamente criar al niño, a ser un rótulo legal asociado a ciertos adultos que indica que ellos *deben* participar de la crianza del niño y a quienes debería permitírseles hacerlo si así lo eligen. El peligro de esto es que amenaza con hacer que las decisiones sobre dicha participación se traten más sobre quién es el adulto, que sobre el bienestar del niño.

5. Distinguiendo la parentalidad de la responsabilidad parental

Se agrega, además, la complicación de la distinción que existe en el derecho inglés entre la paternidad legal (la cual generalmente se asocia al parentesco genético) y la responsabilidad parental. Lind y Hewitt, por ejemplo, argumentan que:

Las relaciones de estado son duraderas de una manera en que la responsabilidad parental no lo es. Permanecen más allá de la infancia del niño. La concesión de la ley de que los niños deberían poder rastrear su herencia genética cuando son adultos es, por tanto, claramente una concesión sobre estado parental (y no función). Si se asignara estado sin ninguna clase de contenido de función, y si pudiera dirigirse a más de dos adultos, los "padres biológicos"

⁴⁴ Por ejemplo, Re B (un niño) (inmunización). FCR, 3, 2003, (Informes del Tribunal de Familia) 156. Herring, p. 412.

⁴⁵ Children and Families Act, 2014, s. 11.

en la adopción y los "padres genéticos" en la reproducción asistida no tendrían que perder su vínculo de estado con sus hijos nunca.⁴⁶

Parece haber un claro proceso de ampliación del estado de parentalidad a los padres no genéticos involucrados en la crianza del niño, y que por tanto tienen responsabilidad parental también, como la pareja masculina o femenina de una madre que concibe mediante inseminación de un donante, o parejas masculinas que están criando al niño en conjunto o, en algunas circunstancias, padrastros o madrastras. Pero si ha de ampliarse a personas que no se están ocupando activamente de la crianza del niño, como sugieren Lind y Hewitt, se debe poner atención a sus consecuencias. ¿Estaría esto creando un "linaje" (o linajes) con sucesión de derechos, y una serie de otras relaciones familiares? ¿Debe anotarse en el registro de nacimiento? ¿Estaría creando obligaciones, por ejemplo, de alimentos (como sucede en el derecho inglés, a los padres solteros que no tienen responsabilidad parental)? ¿Podría resultar en presión por la consulta de decisiones importantes sobre el niño, e incluso algún grado de participación personal? Parece ser que la Columbia Británica ha avanzado hacia dicha fragmentación al permitir que los donantes de gametos acuerden ser padres junto con la potencial madre biológica y una persona casada o en una relación de tipo matrimonial con ella. En tal caso, *todas* aquellas partes "serán los padres del niño", abriendo la posibilidad de que el niño tenga más de dos padres.⁴⁷ Bajo el esquema de la Columbia Británica, son los "tutores" del niño: los padres que conviven, los padres que se han separado y, *con su consentimiento, cualquier padre que no ha vivido con el niño*. Sólo los tutores pueden tener responsabilidades parentales y pasar tiempo con el niño para criarlo; pudiendo acordar que un padre que nunca ha vivido con el niño tenga también tales responsabilidades.⁴⁸

Mi punto de vista es que en principio (aunque puede haber excepciones) la información sobre el parentesco biológico de un niño o una niña

⁴⁶ Lind, C. y Hewitt, T., 2009, p. 391.

⁴⁷ Ley de Derecho de Familia, 2011, pp. 27, 30, 39.

⁴⁸ Ley de Derecho de Familia, 2011, pp. 39 y 40. Véase Harder, L. y Thomarat, M., 2012.

debe ciertamente registrarse y estar a disposición de ellos. Pero también sostengo que un padre identificado como tal debería, en principio, no tener *derecho* alguno de ejercer una relación con el niño o la niña solamente en virtud de su relación biológica.⁴⁹ Eso excluiría su responsabilidad parental. ¿Deberían sin embargo ser considerados "padres" o "progenitores", si bien padres o progenitores sin responsabilidad parental? Sin duda muchas personas serían así descritas como padres, o padres "reales", o algo similar, pero otorgarles estatus legal es otro tema. Un hombre que se convierte en padre debería adquirir algún tipo de obligación de alimentos (a menos que haya sido como resultado de una donación autorizada), pero aparte de eso, a menos que la parentalidad se origine en un contexto en el cual también conlleva el privilegio de responsabilidad parental, dudo si debiese incluir alguna consecuencia legal. ¿Cuáles serían? Si no las hay, ¿tendría algún sentido el estatus? El enfoque de Columbia Británica ofrece una solución porque permite que dichas personas tengan el estatus de padres *por acuerdo*. Debido a que la parentalidad incluye "tutela", es probable que el acuerdo incluya aspectos del ejercicio de la tutela.

Por otro lado, existen buenas razones para ampliar el estatus de parentalidad más allá de la parentalidad genética cuando es acompañada de responsabilidad parental. Quizás la más obvia es cuando un tutor reemplaza a un padre o madre. El progenitor puede haber fallecido, o estar discapacitado de alguna forma. Ya hemos visto casos en los cuales la pareja de un padre o madre genética puede adquirir parentalidad y responsabilidad parental, y esto puede verse simplificado en el caso de los padrastros y madrastras.

Pienso que éstos son temas que diferentes ordenamientos pueden y deben resolver por sí mismos. Pueden hacerlo reteniendo al mismo tiempo el concepto central de responsabilidad parental de la forma anteriormente descrita.

⁴⁹ Eekelaar, J., 2007, capítulo 3 (Truth).

Conclusiones

Se puede apreciar que la responsabilidad parental presenta muchos aspectos. Sitúa a los padres o progenitores en una posición especial, privilegiada en relación con el cuidado y la crianza de sus hijos e hijas, la cual se justifica bajo el supuesto común y razonable de que la mayoría de los padres aman a sus hijos y quieren hacerles el bien. Reconoce también que tienen un alto grado de libertad respecto a la manera en la cual desarrollan esta tarea. También reconoce que es un beneficio otorgado a los padres o progenitores y, por tanto, no ha de transferirse libremente a otros, aunque existen mecanismos para compartirla en ciertas circunstancias, o, en casos extremos, transferirla a otros. Todo esto, a mi parecer, calza muy bien con la idea de privilegio.

A pesar de que la relación genética es un importante fundamento para otorgar el privilegio en relación con un niño o niña recién nacida, no se trata de una condición necesaria ni suficiente para concederlo. Por tanto, puede ser otorgado a las personas que tienen una relación especial con el niño o niña o a su padre genético. En vista de esta cercanía, dichas personas también pueden ser designados como "padres" (o padres "legales") del niño. De tal forma, también se convertirían en parte del linaje del niño. Por el contrario, hay algunos padres genéticos a quienes habitualmente no se les concederá responsabilidad parental, ni se convertirán en parte del linaje del niño. Pero esto puede modificarse mediante las acciones de las partes, como por ejemplo si una madre registra el nombre de un padre soltero como padre del niño (ya sea a través de concepción natural o asistida), o bajo la solución de la Columbia Británica, conforme a la cual los padres genéticos en casos de concepción asistida pueden adquirir el estatus de padres por acuerdo entre los adultos en cuestión. Ya que, bajo la legislación, los padres son "tutores" y pueden por tanto tener responsabilidades parentales, el estatus conlleva este privilegio.

Sin embargo, es un privilegio que acarrea responsabilidades. Las acciones del Estado deberían principalmente ir dirigidas a apoyar a aquellos

que tienen estas responsabilidades para permitirles cumplirlas de buena manera, aunque debe estar preparado para retirarlas ante la necesidad de proteger al niño o la niña. Por este motivo, aunque pienso que el concepto puede razonablemente considerarse un privilegio, y puede tratarse de una mejor expresión que "derecho", puede ser acertado retener la palabra "responsabilidad" como parte de su descripción. Quizás podríamos hablar de privilegios y responsabilidades parentales.

Bibliografía

Brainham, A. (2008), "Arguments about Parentage", *Cambridge Law Journal*, (67).

Bridgeman, J. (2008), "Parental Responsibility, Responsible Parenting and Legal Regulation", en Keating, H., Bridgeman, J. y Lind, C., (eds.), *Responsibility, Law and the Family*. Aldershot: Ashgate Publishing, pp. 234-235.

_____ (2007), *Parental Responsibility, Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Callus, T. (2012), "A new parenthood paradigm for twenty-first century family law in England and Wales?", *Legal Studies*, (32), pp. 347-368.

Dingwall, R., Eekelaar, J. y Murray, T. (2014), *The Protection of Children: State Intervention and Family Life*, 2a. ed. Disponible en: «qpbbooks.com» [consulta: 7 de junio de 2016].

Eekelaar, J. (2014), "Family Justice on Trial: Re A", *Family Law*, (473).

_____ (2007), *Family Law and Personal Life*, Oxford, Oxford University Press.

- _____ (1991), "Parental Responsibility: State of Nature or the Nature of the State?", *Journal of Social Welfare and Family Law*, (13), pp. 37-50.
- Harder, L. y Thomarat, M. (2012), "Parentage Law in Canada: The Numbers Game of Standing and Status", *International Journal of Law, Policy & the Family*, (26), reimpresso en sus: 1982, *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- Hart, H.L.A. (1973), "Bentham on Legal Rights", en Simpson, A.W.B., (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford, Clarendon Press.
- Lind, C. y Hewitt, T. (2009), "Law and the Complexities of Parenting: Parental Status and Parental Function", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 31(4), pp. 391-406.
- Lind, C. (2008), "Responsible Fathers: Paternity, the Blood Tie and Family Responsibility", en Keating, H., Bridgeman, J. y Lind, C., (eds.), *Responsibility, Law and the Family*, Aldershot, Ashgate Publishing, capítulo 10.
- Morrow, V. (2008), "Responsible Children and Children's Responsibilities? Sibling Care-taking and Babysitting by School-Age Children", en Keating, H., Bridgeman, J. y Lind, C., (eds.), *Responsibility, Law and the Family*, Aldershot, Ashgate Publishing, capítulo 6.
- Singer, A. (2006), "Parenting Issues after Separation: A Scandinavian Perspective", en Eekelaar, J. y George, R., (eds.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Oxford, Routledge, capítulo 3.5.
- Sloth-Nielsen, J. (2008), "A Dutiful Child: The Implications of Article 31 of the African Children's Charter", *Journal of African Law*, 52(2), pp. 159-189.

Fallos, leyes u otros

Adoption and Children Act [Ley de Adopción y Niños], 2002.

Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.

Children Act, 1989.

Children and Families Act, 2014.

Family Law Act [Ley de Derecho de Familia] (Shared Parental Responsibility), 2006.

Law Commission. Family Law: Illegitimacy [Comisión de Derecho, Derecho de Familia: Ilegitimidad]. Law Commission No. 118, 1982.

Law Commission. Review of Child Law: Guardianship and Custody [Comisión de Derecho, Revisión de Derecho Infantil: Tutela y Custodia]. Law Commission No. 172, 1988.

Ley de Derecho de Familia, 2011.

Ley de Fertilización Humana y Embriología, 1990, enmendada por la HFEA (Autoridad de Fertilización Humana y Embriología) en 2008.

Re B (un niño) (inmunización). FCR, 3, 2003.

Re H (un menor) (responsabilidad parental). EWCA. Civ. 542, 2002.

Re P (Responsabilidad Parental). FLR, 2, 1997, 722.

Recomendación No. R(84)4, febrero 28, 1984.

Welfare Reform Act [Ley de Reforma del Bienestar], 2009. En la Ley de Registro de Nacimientos y Defunciones de 1953.

A. PRINCIPIOS Y AVANCES REGIONALES

CAPÍTULO I

Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental

Nicolás Espejo Yaksic*

* Investigador asociado del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Presidente de la Red Internacional de Derecho Constitucional Familiar (RIDCF). Profesor visitante de la Facultad de Derecho y Miembro del Directorio Académico del Observatorio de Derechos de la Niñez de la Universidad de Leiden; Miembro Correspondiente del Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge, Visiting Fellow del Exeter College de la Universidad de Oxford (2019-2021).

Resumen

A diferencia de conceptos como potestad, poder o derechos parentales, la noción de responsabilidad parental busca destacar que las niñas y los niños no son una suerte de posesión a ser controlada por sus padres o madres, sino personas con derechos y expectativas de cuidado por parte de tales adultos. Como tal, la responsabilidad parental permite describir de mejor manera las expectativas del sistema jurídico contemporáneo en torno a las funciones parentales y el papel central de los intereses superiores de la niñez. Se trata de un marco más pertinente para regular las relaciones entre progenitores e hijos e hijas y que no resulta incoherente con el reconocimiento de facultades, autoridades y derechos de tales adultos, aunque siempre en el marco del ejercicio de dicha responsabilidad. Bajo este prisma, el juez debe siempre considerar los intereses del niño o la niña como una consideración primordial, lo que no significa desconocer el valor y la importancia esencial que ambos padres y otros adultos relevantes desempeñan para la precisión y efectivización de tales intereses superiores.

Palabras clave

Responsabilidad parental; patria potestad; deberes y privilegios; derechos parentales; interés superior del niño; interpretación judicial.

1. Introducción

La *responsabilidad parental* es el conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño o la niña, que incluyen: *a)* cuidado; protección y educación; *b)* mantenimiento de las relaciones personales; *c)* determinación de la residencia; *d)* administración de la propiedad; y *e)* representación legal.¹ O si se quiere, de un modo más simple, como aquellos derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tienen el padre y la madre (o, en determinados casos, un tercero), en relación con el(la) niño(a) y sus bienes.²

El ejercicio concreto de esta forma de responsabilidad legal difícilmente podría ser precisado por el legislador. La determinación sobre qué constituye un actuar "responsable", en el ámbito de las relaciones paternofiliales, varía de caso a caso y depende, entre otras características, de la edad, madurez y circunstancias específicas de cada niña o niño, como que se encuentre en situación de discapacidad o enfermo.³ A pesar de ello, la doctrina ha entendido que ella incluye, respecto del niño o la niña: *a)* proporcionar un hogar; *b)* mantener contacto (relación directa y regular) con ella/él; *c)* proteger y mantener; *d)* guiar y orientar (sin medidas

¹ Comisión para el Derecho Europeo de Familia, Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad Parental (Principios ECFL), Principio 3.1. (2017).

² Children Act de 1989, Inglaterra & Gales, s. 3(1). A lo largo de este texto procuro referirme a "padres y madres", en referencia a los progenitores y otros adultos que se consideren como responsables del niño o la niña. A su vez, procuro utilizar la expresión "niños y niñas" para indicar a todo el universo de niñas, niños y adolescentes, incluidos los niños, las niñas y adolescentes trans. Cuando tales distinciones no son utilizadas, mi intención sigue siendo referirme a todas y todos los padres, así como a todas y todos los niños.

³ Herring, J., 2013, p. 421.

disciplinarias violentas) en su desarrollo personal; e) determinar y proporcionar la educación que recibirá; f) determinar (por lo menos, respecto de las y los más pequeños) su religión; g) prestar consentimiento para su tratamiento médico, cuando actúe en su representación; h) elegir su nombre; i) otorgar consentimiento para contraer matrimonio, en aquellos casos en que ello es permitido por la ley local; j) acordar o rechazar un acuerdo para su adopción; k) solicitar documentos o instrumentos públicos, tales como cédulas o pasaportes; l) llevar a la niña o niño fuera del país de residencia y consentir o rechazar su emigración; m) administrar su propiedad o bienes; n) representarle en procedimientos legales y/o administrativos; entre otras funciones.⁴

La noción de responsabilidad parental no siempre resulta fácil de precisar. Esto se debe a dos razones. De un lado, la responsabilidad parental abarca no sólo la posición de los padres/progenitores de la niña o niño sino también, la de otros miembros de la familia o adultos cercanos al niño(a) cuando los primeros no pueden o no quieren ejercer sus derechos y deberes.⁵ Así, la responsabilidad parental describe el conjunto de poderes, derechos y deberes de los progenitores, pero también de otras personas que se encuentran *in loco parentis*, sea de manera temporal o permanente.⁶ De otro lado, el trabajo de precisar la noción de responsabilidad parental se dificulta al considerar las diversas funciones que esta institución cumple y a una distinción esencial entre dos dimensiones de la misma: *qué* constituye la responsabilidad parental y *quién* la puede

⁴ George, R., 2012, p. 131; y Lowe, N. y Douglas G., 1998, pp. 350 y ss.

⁵ Ello permite distinguir, a su vez, entre los conceptos de *paternidad/maternidad* y el de *parentalidad*. La primera categoría constituye una relación "permanente", que se extiende más allá de la minoría de edad y que tradicionalmente resulta de los lazos filiales entre dos personas (con excepción del creciente reconocimiento de la paternidad social o moral). La parentalidad, en cambio, constituye una categoría funcional, no necesariamente atada al hecho de ser considerado como padre o madre de un(a) niño(a) y que se circunscribe al cumplimiento de las funciones de cuidado y representación del (de la) niño(a) o adolescente. La misma puede ejercerse concurrentemente por distintos adultos (en distintos grados de responsabilidad) y cesa cuando el (la) niño(a) cumple la mayoría de edad o en otras determinadas hipótesis (matrimonio, unión civil o adopción del (de la) niño(a) o adolescente). Para una distinción conceptual en esta materia, véase Bainham, A., 1999, pp. 25-46.

⁶ Cfr. Ferrer-Riba, J., "La responsabilidad parental en Europa", en esta misma obra.

ejercer.⁷ La primera dimensión cubre los deberes legales y facultades que permiten a un adulto —sea éste, padre o madre biológico, gestacional, moral u otro adulto responsable— ejercer el cuidado o actuar en representación del niño. La segunda dimensión, en tanto, determina quién posee (y quien no) la autoridad para adoptar decisiones en este ámbito. Ello, evidentemente, muta de jurisdicción en jurisdicción, así como los principios y criterios comunes para su definición, asignación, ejercicio, suspensión y/o pérdida.

Una de las características más destacables de la noción de responsabilidad parental es que ella ancla y limita a la vez, las facultades, obligaciones y derechos de los padres, a la satisfacción, respeto y garantía del interés superior de la niña, el niño o el adolescente. En otras palabras, y a diferencia de un acercamiento legal a las funciones parentales o de cuidado que pone el énfasis en los poderes, libertades o derechos de los adultos, la idea de responsabilidad parental se estructura en torno a los *intereses superiores de las niñas y los niños* en el marco de dicha relación. Así, las atribuciones legales sobre la crianza y el cuidado de los adultos no otorgan derechos absolutos a favor de quienes tienen dicha responsabilidad y se encuentran siempre limitadas por los derechos o intereses de la niñez.⁸

Este anclaje de las funciones parentales orientado a la satisfacción de los derechos o intereses de los hijos se encuentra actualmente presente en varios de los sistemas legales que prefieren otras nociones legales, tales

⁷ Eekelaar, J., 1991, pp. 37-50.

⁸ *Cfr.* Espejo Yaksic, N., 2020, pp. 587-593. Esta idea de responsabilidad no sólo se ha consolidado en el campo estrictamente familiar, al limitar los amplios poderes o potestades parentales tradicionales. En el campo del derecho privado, la noción de responsabilidad desempeña un papel esencial a la hora de ampliar el campo de la responsabilidad civil de los padres, en el ejercicio de sus funciones parentales. Con ello, las antiguas "inmunidades" en el núcleo familiar y que permitían evitar la entrada del derecho en el ámbito de las relaciones familiares, ceden hoy frente a la obligación del sistema jurídico de intervenir en el ámbito familiar, protegiendo derechos y determinando las responsabilidades civiles que se deriven de su infracción. Para un análisis detallado y excelente de esta materia, véase Rueda, N., 2020.

como las de *patria potestad*, *poder parental*, *autoridad parental* o *derechos parentales*. Con todo, parece preferible regular las relaciones entre padres/progenitores e hijos/hijas, con base en la institución de la responsabilidad parental. Como se argumenta en este trabajo, la noción de responsabilidad parental describe de mejor manera la experiencia diaria de padres y madres que buscan guiar y orientar a sus hijos en el proceso de su desarrollo integral. A su vez, la idea de responsabilidad parental interactúa de mejor forma con la protección de los intereses superiores de los niños y las niñas, desde una perspectiva constitucional y democrática del derecho. Finalmente, consolidar el giro del derecho de familia desde nociones como potestad, poder, autoridad o derecho parental hacia la noción de responsabilidad parental, resuelve de mejor manera los equilibrios, pesos y prioridades que pueden surgir en casos de conflictos entre los intereses o derechos (de protección y autonomía) de los niños y las niñas, de un lado y los derechos directos y derivados de los padres y madres, del otro.

2. De la patria potestad a la responsabilidad parental: trayectorias de un concepto

La patria potestad ha sido una institución legal fundamental en el derecho civil, al menos desde su reconocimiento y regulación en el derecho romano. En su concepción romana, la patria potestad se conforma por tres nervios jurídicos esenciales: *a*) es *patriarcal*: sólo los *patres (sui iuris)* sin ascendientes masculinos pueden ser los jefes civiles y religiosos de la familia. El *paterfamilias* es el titular del gobierno de todos los nexos que someten a los miembros del grupo familiar; *b*) es *patrilineal* porque a la muerte del padre, la patria potestad se transmite en línea descendente de ciudadano romano a ciudadano romano, de varón a varón, nacido de justas nupcias, o adoptado; y *c*) es *política y agnaticia*,⁹ porque las facultades

⁹ El parentesco agnaticio es aquel que se fundamenta en la potestad del *paterfamilias* y no supone, necesariamente, relación de sangre.

y poderes del *pater* nacen de aquélla. El nacimiento en justas nupcias, la adopción y la arrogación¹⁰ constituyen acreditaciones jurídicas civiles en favor de quienes se encuentran bajo patria potestad, le conceden su nombre y derechos hereditarios a la muerte del *paterfamilias*. A su vez, los sometidos a la potestad del *paterfamilias* siguen la condición jurídica de éste: son ciudadanos romanos.¹¹

2.1 Los límites a la patria potestad: del *paterfamilias* a la protección de los intereses de las niñas y los niños

En su origen, la patria potestad parece haber constituido un derecho (en cuanto facultad o poder) riguroso y absoluto del jefe de familia sobre la persona y los bienes de las hijas y los hijos, similar al del amo sobre el esclavo. Tal idea se fundamenta en el rol del *paterfamilias* como autoridad máxima de familia sobre las personas y cosas sometidas a su poder, sacerdote doméstico y juez del grupo familiar.¹² En palabras de Martin, en el derecho romano la patria potestad se erige como "ejemplo de poder puro, diseñado únicamente en beneficio de su titular".¹³ Tal poder se manifiesta en una serie de atribuciones a favor del *paterfamilias* sobre los hijos, tales como la plena disposición de sus bienes, el someterle a todo tipo de castigos, alquilarles e incluso venderles.¹⁴

Si bien algunas de estas omnímodas atribuciones se mantuvieron en regímenes legales que se basaron en el derecho romano, la patria potestad fue experimentando una transformación sustancial. Ya en los tiempos republicanos tardíos e imperiales en Roma, la institución se perfiló como un poder jurídico que se debía ejercer conforme a unos deberes (*officium*)

¹⁰ La arrogación es la adopción de una persona *sui iuris* o emancipada. Mientras el adoptado es *alieni iuris*, sometido a una potestad, el arrogado era totalmente libre.

¹¹ *Cfr.* Suárez Blázquez, G., 2014, pp. 159-187.

¹² Méndez Chang, E., 2019, p. 94.

¹³ Martin, O., 1925, p. 28.

¹⁴ Kaser, M., 1982, p. 276; Borda, G. A., 2002, p. 307.

de protección y cuidado de aquellos sujetos a la potestad del *paterfamilias*. Ello parece coincidir con transformaciones más amplias sobre el concepto mismo de familia, desde una concepción más política de la familia agnaticia a los vínculos de parentescos asociados a la familia cognaticia.¹⁵ En el derecho visigodo, *El Código de Eurico* dispuso la ilicitud que supone el vender, donar o pignorar a los hijos por parte de los padres y las consecuencias que derivan de no tener en cuenta tal prohibición.¹⁶ Del mismo modo, en la *Lex Visigothorum*, y en consonancia con la legislación romana tardía, la patria potestad pasa a ser concebida como un *officium* en interés de los hijos, limitando los poderes absolutos del padre.¹⁷

A su vez, en las *Siete Partidas*, y aun cuando la patria potestad se define como "poder y señorío",¹⁸ la regulación de las concretas facultades atribuidas al padre denota que aquel poder era limitado.¹⁹ De manera importante, las *Siete Partidas* establecen la motivación central que debe mover el ejercicio de la patria potestad y que sirve, a la vez como límite a su ejercicio: la piedad y el parentesco natural. El título XIX dispone:

Piedad y parentesco natural deben mover a los padres para criar a los hijos, dándoles y haciéndoles lo que es necesario según su poder. Y esto debe moverse a hacer por parentesco natural. Porque si las bestias que no tienen entendimiento razonable aman naturalmente y crían a sus hijos, mucho más lo deben hacer los

¹⁵ Cfr. Suárez Blázquez, 2014, pp. 165-174; y Rodríguez Ennes, L., 2009, pp. 115-134.

¹⁶ "No sea lícito a los padres vender o donar a sus hijos, ni pignorarlos; y a nada tendrá derecho el que los recibió, sino pierda el precio que dió quien compró un hijo a sus padres.", (BOE, 2014, p. 299).

¹⁷ Otero Varela, A., 1956, p. 217.

¹⁸ "Poder y señorío tienen los padres sobre los hijos según razón natural y según derecho". Cfr. *Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (1256-1265)*, Partida IV, Título XVII (Del poder que tienen los padres sobre sus hijos, de cualquier naturaleza que sean), en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3589/2.pdf>»

¹⁹ Tales limitaciones se manifiestan en restricciones a disponer de la vida del hijo o a venderle, salvo circunstancias extremas. Los padres tienen un derecho de corrección sobre el hijo, pero el mismo se deriva del deber de educarlos, entre otros. Importantemente, las *Siete Partidas* regulan las causales de pérdida de la patria potestad por crueldad en el castigo hacia el hijo o la prostitución de la hija. Cfr. Marlasca Martínez, O., 2000, pp. 144-147.

hombres que tienen entendimiento y sentido sobre todas las otras cosas. Y además los hijos están obligados naturalmente de amar y temer a sus padres y de hacerles honra, servicio, y ayudarles en todas aquellas maneras que lo pudieran hacer.²⁰

Como la *patria potestas* del derecho romano temprano, en el derecho germánico primitivo el *mund* (*mundium*) era inicialmente un complejo de potestades bajo el control del hombre jefe de familia. Con el desarrollo del derecho germánico posterior (en la Edad Media), el *mund* comenzó a asociarse con la existencia de deberes específicos del jefe de familia para con aquellos sujetos a su poder. Lo anterior se debía a que, en el derecho germánico, la capacidad jurídica dependía de la capacidad para portar armas. Como las mujeres y los niños no podían portar armas, estaban sujetos a *mund*. Por ello, el *mund* tenía que actuar en interés de la mujer o el niño. Así, el *mund* perdió gradualmente su centro en las ideas de poder o potestad, para consolidarse como una obligación de cuidar hacia la mujer y el niño. En el caso específico de este último, velar por su interés superior.²¹

Finalmente, y en particular desde la adopción del Código napoleónico, la patria potestad muta de poder despótico concebido en provecho de quien la ejercía a una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a ella.²² El Código napoleónico no utiliza la expresión patria potestad, prefiriendo el término poder paternal o paterno (*puissance paternelle*). La idea de poder paterno se desarrolla por los legisladores revolucionarios con la expresa intención de modificar y disminuir los poderes de la patria potestad: una institución que representa, a sus ojos, la imagen del despotismo monárquico y que, consecuentemente, fue liberalizada y sujeta al control de su ejercicio por parte del poder público. La noción de poder paternal se mantuvo vigente en el derecho

²⁰ Alfonso X, *Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio (1256-1265)*, Partida IV, Título XIX (Cómo deben los padres criar a sus hijos, y además cómo los hijos deben pensar en los padres cuando fuera necesario).

²¹ Kruger, H., 2004, pp. 100-106; y Claro Solar, L. 1992, p. 153.

²² Marlasca Martínez, *op. cit.*, pp. 123-151.

civil francés desde 1804 a 1970, cuando fue reemplazada formalmente por la de autoridad parental (*autorité parentale*).²³

Así, de las amplias y discrecionales facultades otorgadas originalmente al *paterfamilias*, los sistemas legales occidentales han ido precisando los poderes y autoridades parentales, de modo tal que los han hecho compatibles con los principios y derechos que permean las relaciones familiares en general y aquellas entre padres/progenitores e hijos, en especial.²⁴ En particular, resulta particularmente controvertido, el afirmar que la patria potestad sea un mero derecho subjetivo del padre o la madre y no, en cambio, un complejo indisoluble de deberes y derechos.²⁵ En palabras de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México:

la patria potestad no se configura meramente como un derecho de los padres, sino como una función que se les encomienda en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución en consideración prioritaria del interés del menor.²⁶

A la luz de estos avances legales y dogmáticos, podemos afirmar que, aun cuando se siga utilizando en algunos sistemas legales contemporáneos, la institución de la patria potestad ha perdido toda relación sustancial

²³ Deleury, E., Rivet, M. y Neault, J. M., 1974, p. 792. Consultado en: «<https://core.ac.uk/reader/59342410>».

²⁴ Espejo Yaksic, N., 2017, pp. 33-52.

²⁵ Borda, G., *op. cit.*, p. 309. Así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de México ha sostenido que, con la introducción en el texto constitucional de la cláusula del interés superior de la niñez, los tribunales debían abandonar la vieja concepción de la patria potestad como un poder "omnímodo" sobre los hijos. En opinión de la Corte, esta institución debía entenderse no como un derecho de los progenitores, "sino como una función que se les encomienda a los padres en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de los hijos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno filial", Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 348/2012.

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Amparo en Revisión 800/2017, p. 76.

con su origen conceptual o etimológico. En la patria potestad, la *patria* (padre) ha dejado de serlo, puesto que el poder exclusivo del padre es distribuido de manera equitativa entre los progenitores.²⁷ A su vez, en la patria potestad, la *potestad* (poder discrecional) de los progenitores ha sido desplazada por las ideas de "autoridad" o "responsabilidad", conceptos que se justifican y ejercen en función de deberes orientados al bienestar y los derechos de los hijos y no, en cambio, de sus padres.²⁸

2.2 El surgimiento de la responsabilidad parental: algunas tendencias legislativas comparadas

La noción legal de responsabilidad parental tiene sus orígenes en el derecho europeo en general, así como en el derecho inglés, en particular. En el contexto europeo, la responsabilidad parental comienza a ser utilizada el año 1979, en el trabajo de la Asamblea Parlamentaria y del Comité de Ministros del Consejo de Europa.²⁹ Este instituto genérico que busca describir el conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño, se consolida el año 2007 con la adopción, por parte de la Comisión para el Derecho Europeo de Familia de los Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad Parental (Principios ECFL).³⁰

Los Principios ECFL se basan en un análisis comparado de unas 22 jurisdicciones europeas, se conciben como un marco de referencia para futuras reformas y representan el núcleo central común del derecho familiar europeo o, en aquellos casos donde tal núcleo no ha podido ser determinado, el "mejor derecho" disponible.³¹ Como indica Ferrer-Riba,³² si bien

²⁷ Nery Jr. N. y Nery Jr. R. M., 2003, p. 732.

²⁸ Jiménez Sanjinés, R., 2006.

²⁹ Cfr. Consejo de Europa, Recomendación (Asamblea Parlamentaria) 874 (1979) sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño (Principio II, c) y; Consejo de Europa, Recomendación (Comité de Ministros) (84)4 de 28 de febrero de 1984 sobre responsabilidades parentales.

³⁰ Comisión para el Derecho Europeo de Familia, nota 1.

³¹ Scherpe, J., 2009, pp. 43-44.

³² Ferrer-Riba, J. "La responsabilidad parental en Europa", en esta misma obra.

la expresión 'responsabilidad parental' no es usada de modo sistemático e intensivo por los ordenamientos nacionales europeos (salvo Inglaterra y Gales, Dinamarca y Portugal),³³ los Principios ECFL han servido de guía a legislaciones nacionales para armonizar los sistemas legales europeos en esta materia. A su vez, incluso en aquellos casos en que la legislación nacional o local europea sigue utilizando otras expresiones como *patria potestad* o *autoridad parental*, las modificaciones legales efectuadas en los últimos años han ido acercando dichas instituciones a la concepción general de responsabilidad parental propuesta a nivel regional.

Aun cuando el Código Civil francés utiliza la expresión *autoridad parental* (*autorité parentale*),³⁴ ésta es definida como un conjunto de derechos y deberes que tienen como objetivo final el interés superior del niño; corresponde a ambos padres (no solo al *pater*); se orienta hacia la protección de la seguridad, la salud, la moral y el aseguramiento de la educación y el desarrollo de los niños; se debe ejercer sin violencia física o psicológica e implica el involucramiento del niño o la niña en las decisiones que le afectan, de acuerdo con su edad y grado de madurez. En Alemania, el término responsabilidad parental (*elterliche Verantwortung*) es utilizado crecientemente por la doctrina, y en algunos casos, por la legislación. Sin embargo, desde 1980, el Código Civil alemán usa el término *elterliche Sorge*, que puede ser traducido como "cuidado parental" o "custodia parental" y que comprende el cuidado respecto de la persona y los bienes del niño o la niña. Dicha expresión reemplazó, a su vez, la antigua formulación *elterliche Gewalt* (poder parental), con el propósito de destacar que los niños no se encuentran bajo "el poder" de los padres, sino bajo su "cuidado" o "custodia".³⁵ Finalmente, en el caso de la legislación catalana

³³ En Inglaterra y Gales, *Children Act de 1989*; Dinamarca, Ley núm. 499 del 6 de junio de 2007 y; Portugal, Ley núm. 61, de 31 de octubre de 2008. *Cfr.* Scherpe, 2009, p. 48; y Anne Sanders, "Paternidad y responsabilidad parental en el derecho constitucional familiar alemán", en este mismo libro.

³⁴ Francia, Code civil: Titre IX: De l'autorité parentale (Articles 371 à 387-6).

³⁵ *Cfr.* Scherpe, 2009, p. 48; y Anne Sanders, en esta misma obra.

se utiliza tanto la noción de *patria potestad* como la de *responsabilidad parental*. El artículo 236.1 del Código Civil de Cataluña entiende a dicha potestad como el instrumento en virtud del cual los progenitores pueden cumplir con las "responsabilidades parentales" respecto a los hijos menores no emancipados y en algunos casos, los hijos mayores de edad incapacitados. Adicionalmente, el mismo Código reconoce formalmente la noción de responsabilidad parental al momento de regular el cuidado de los hijos en casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación (art. 233.8) y al tratar los efectos de la filiación (art. 235.2.2.).³⁶

Quizás el ejemplo más claro de reconocimiento de la noción de responsabilidad parental es aquel desarrollado en el sistema legal de Inglaterra y Gales.³⁷ Durante el siglo XIX, el derecho consuetudinario inglés concebía la relación entre padres e hijos en términos de "derechos parentales", lo que otorgaba a los primeros una autoridad casi completa sobre sus hijos.³⁸ Sin embargo, esta concepción fue mutando sustancialmente, al punto que los derechos e intereses superiores del niño pasaron a delimitar el alcance legítimo de la función parental.³⁹

La *Children Act* de 1989 define la responsabilidad parental como los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tienen los padres (o, en determinados casos, un tercero), en relación con el niño y sus bienes. El uso de la expresión "derechos" permite advertir que los padres sí tienen determinados derechos, en tanto seres humanos y como padres, pero estos han sido generalmente entendidos no como

³⁶ Código Civil de Cataluña, arts. 236.1-236.36 y artículo 233.8.

³⁷ Otras legislaciones del *common law* también utilizan la expresión responsabilidad parental para referirse al marco justificatorio de las atribuciones, facultades, derechos y obligaciones de los padres respecto de los hijos. Es el caso de Australia, que la define como "Todos los deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que por ley tienen los padres en relación con los hijos" (*Family Act 1975*, S. 61B). La legislación de Sudáfrica regula esta materia bajo el título "Responsabilidades y Derechos Parentales", señalando una serie de obligaciones y facultades asociadas a los mismos (*Children Act 38, 2005*, Cap. 3).

³⁸ *In re Agar-Ellis*: CA (1883).

³⁹ House of Lords, *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech AHA and another* (1985), 3 WLR 830. Sobre esta cuestión, más generalmente, Taylor, R., 2019, pp. 229-275.

propiedad, potestad o simple poder sobre los hijos. En cambio, el énfasis en la "responsabilidad" y no en los "derechos" busca destacar que los niños no son una suerte de posesión a ser controlada por los padres, sino personas que deben ser cuidadas por ellos.⁴⁰ Coherente con esta interpretación, los tribunales ingleses han afirmado generalmente el carácter prioritario o primordial del interés superior del niño cuando los derechos de éste pueden entrar en conflicto con los derechos y autoridades de los padres u otros adultos responsables.⁴¹

En el ámbito latinoamericano, en cambio, la noción de responsabilidad parental se encuentra en una etapa de incipiente desarrollo. Con la excepción de Argentina, y en menor medida Colombia, las legislaciones latinoamericanas siguen utilizando el concepto clásico de *patria potestad* para referirse a las relaciones entre adultos responsables y los niños. En otros casos, se utilizan otras expresiones tales como *autoridad parental* o *poder familiar*.

Argentina constituye el único ejemplo de la región con una adecuación normativa integral desde la noción de patria potestad a la de responsabilidad parental, en su legislación civil.⁴² El Código Civil y Comercial argentino (2015) define a la *responsabilidad parental* como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral

⁴⁰ Probert, R., Gilmor, S. y Herring, J. 2009, p. 2; y Herring, J., 2013a, p. 414.

⁴¹ *Re O (Contact: Imposition of Conditions)* [1995] 2 FLR 124; *Re M (Minors) (Contact: Violent Parent)* [1999] 2 FCR 56; *Re C (a child: contact)* [2004] All ER (D) 367 (Jul). Para una visión crítica de este énfasis judicial, sin tomar debidamente en cuenta la necesidades de balancear otros derechos convencionales o constitucionales de los padres: Choudry, S. y Fenwick, H., 2005, pp. 453-492; y Bainham, A., 2009, pp. 23-42.

⁴² *Cfr.* Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), Título VII (Responsabilidad Parental) Arts. 638-704. Parte de la doctrina ha entendido que el cambio de desde patria potestad a responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial constituye un verdadero giro radical en la concepción de las relaciones familiares y el modo en que ha de entenderse y ponerse en práctica el vínculo entre niños y adultos en el escenario de la vida familiar. *Cfr.* Fernández, S. E. "La responsabilidad parental en el código civil y comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios", en *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental* 20/05/2015, 181 (La Ley 2015-C), pp. 181-196.

mientras sea menor de edad y no se haya emancipado."⁴³ A su vez, la legislación civil argentina regula respecto de la responsabilidad parental sus principios generales; la titularidad y ejercicio; los deberes y derechos de los progenitores sobre el cuidado de los hijos; la obligación alimentaria; los deberes de los hijos; los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines; la representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad y, finalmente, la extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental.⁴⁴ Todas estas normas deben ser interpretadas a la luz de determinados principios jurídicos que dan coherencia a su aplicación práctica, en especial, el del interés superior del niño.⁴⁵

El caso colombiano es particular. De un lado, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia utiliza la expresión *responsabilidad parental* para referirse a la relación entre progenitores e hijos. Con todo, el artículo 288 de Código Civil de Colombia continúa utilizando la expresión *patria potestad*. Conforme al Código de la Infancia y la Adolescencia de dicho país, la responsabilidad parental es "un complemento" de la patria potestad reconocida en la legislación civil. De este modo, y como sugieren Herrera y Lathrop, en el derecho colombiano la responsabilidad parental sería sinónimo de lo que se conoce como "tenencia", "cuidado personal" o "tutición" y no, en cambio, la figura que conecta todas las relaciones jurídicas de carácter civil que se derivan del vínculo entre padres e hijos. Habría entre patria potestad y responsabilidad parental, una relación de género a especie, respectivamente.⁴⁶

⁴³ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), artículo 638.

⁴⁴ Para una revisión exhaustiva de la idea de responsabilidad parental en Argentina véase, en especial, Marisa Herrera, "Responsabilidades parentales en plural. Conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos" y Aída Kemelmajer de Carlucci "La responsabilidad parental en la Argentina vista desde el bloque de constitucionalidad", ambos en esta misma obra.

⁴⁵ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), artículo 639 (a).

⁴⁶ *Cfr.* Herrera y Lathrop, "Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana", en este mismo libro. Para una argumentación sobre cómo la noción de responsabilidad parental se deriva de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, refrendada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, véase: Alma

Con las dos excepciones mencionadas, las legislaciones latinoamericanas siguen utilizando el concepto clásico de *patria potestad* para referirse a las relaciones entre adultos responsables y los niños. Es el caso de México, Perú y Chile, entre otros. El Código Civil Federal de México⁴⁷ dispone que los hijos menores de edad se encontrarán bajo la *patria potestad* mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley. Agrega que ella se ejerce por los padres (o falta de ellos los ascendientes hasta segundo grado, en el orden que determine el juez) y que tal potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, entre otros aspectos.⁴⁸ Al igual que en el caso colombiano, aunque sin hacer mención expresa a la noción de responsabilidad parental, la Ley General de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes (LGDNNA) de 2014 dispone una serie de *obligaciones* para quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como para las demás personas que por razón de sus funciones o actividades tengan bajo su cuidado niñas, niños y adolescentes, en proporción con su *responsabilidad*.⁴⁹

Beltrán-Puga, "La responsabilidad parental en la jurisprudencia constitucional de Colombia", en esta misma obra y; Arango, M., en Espejo Y., N., e Ibarra O., A., 2019, pp. 279-320.

⁴⁷ Para un análisis detallado de la forma en que las diversas legislaciones locales de las entidades federativas y de la Ciudad de México regulan la patria potestad en conformidad con la noción de responsabilidad parental, véase: Daniel Delgado, "La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México", en esta misma obra.

⁴⁸ Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos, Título VIII (De la Patria Potestad), artículos 411-448.

⁴⁹ Tales obligaciones son: a) garantizar sus derechos alimentarios, el libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio de sus derechos, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones aplicables; b) registrarlos dentro de los primeros 60 días de vida; c) asegurar que cursen la educación obligatoria, participar en su proceso educativo y proporcionarles las condiciones para su continuidad y permanencia en el sistema educativo; d) impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiada a niñas, niños y adolescentes, sin que ello pueda justificar limitación, vulneración o restricción alguna en el ejercicio de sus derechos; e) asegurar un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad; f) fomentar en niñas, niños y adolescentes el respeto a todas las personas, así como el cuidado de los bienes propios, de la familia y de la comunidad, y el aprovechamiento de los recursos que se dispongan para su desarrollo integral; g) protegerles contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata de personas y explotación; h) abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral. El ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes no podrá ser justificación para incumplir la obligación prevista en la presente fracción; i) evitar conductas que puedan vulnerar el ambiente de respeto y generar violencia o rechazo en las relaciones entre niñas, niños y adolescentes, y de éstos con quienes ejercen la patria potestad, tutela

Por su parte, el Código Civil de Perú define a la *patria potestad* de los padres como el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores, a la vez que regula su ejercicio, extinción, pérdida y privación, así como una serie de deberes y derechos de los padres en el contexto de su ejercicio.⁵⁰ De manera similar a lo que se observa en el caso mexicano, la legislación civil peruana se complementa en esta materia con lo dispuesto en el Nuevo Código de Niñez y Adolescencia. Este último Código vuelve a regular la patria potestad, aunque precisando de manera algo diversa los derechos y deberes de los padres, en concordancia no sólo con lo dispuesto por el Código Civil sino también por el artículo 9o. de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Conforme al Nuevo Código de Niñez y Adolescencia, corresponde a los padres, en el ejercicio de la patria potestad: *a)* velar por su desarrollo integral; *b)* proveer su sostenimiento y educación; *c)* dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; *d)* darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare, podrán recurrir a la autoridad competente; *e)* tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos; *f)* representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil; *g)* recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención; *h)* administrar y usufructuar sus bienes, cuando

o guarda y custodia, así como con los demás miembros de su familia; *j)* considerar la opinión y preferencia de las niñas, niños y adolescentes para la toma de decisiones que les conciernan de manera directa conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, y *k)* educar en el conocimiento y uso responsable de las tecnologías de la información y comunicación. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), *Diario Oficial de la Federación* (DOF) 04/12/2014, artículo 103.

⁵⁰ Código Civil de Perú, Título III (Patria Potestad), artículos 418-471. Respecto de los derechos y deberes de los padres, el Código establece un catálogo expreso de deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad. Estos son: *a)* proveer al sostenimiento y educación de los hijos; *b)* dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; *c)* aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación; *d)* tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario; *e)* representar a los hijos en los actos de la vida civil; *f)* administrar los bienes de sus hijos; y *g)* usufructuar los bienes de sus hijos.

los tuvieran; y, i) tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil.⁵¹

En el caso de Chile, y aun cuando la legislación civil refiere a la noción de patria potestad y no a la de responsabilidad parental, la primera sólo regula las relaciones patrimoniales entre progenitores e hijos. Así, el Código Civil chileno define a la *patria potestad* como el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o a la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados⁵² y que ella, a falta de acuerdo, toca al padre y a la madre en conjunto.⁵³ A su vez, en lo relativo a las relaciones personales de la vida cotidiana entre padres e hijos, la legislación civil chilena usa la expresión *cuidado personal*, figura que vino a reemplazar la "tuición" y que se entiende como la responsabilidad por la crianza y educación de los hijos. Desde el año 2013 y conforme al Código Civil chileno, toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste, a su vez, se basa en el principio de *corresponsabilidad*, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, deben "participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos".⁵⁴ Si los progenitores viven separados, el cuidado personal lo tiene el progenitor que conviva con el hijo.⁵⁵ Adicionalmente, los progenitores pueden acordar el cuidado personal compartido, es decir, que el hijo viva tiempos similares bajo cuidados cotidianos de ambos progenitores, procurando la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes.⁵⁶ Cuando las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez puede atribuir el cuidado personal del hijo al otro

⁵¹ Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, Libro III, Título I, Capítulo Primero (Patria Potestad), artículo 73.

⁵² Código Civil de Chile, artículo 243 (1).

⁵³ *Id.*, artículo 244 (2).

⁵⁴ *Id.*, artículo 224 (1).

⁵⁵ *Id.*, artículo 225 (3).

⁵⁶ *Id.*, artículo 225 (2).

de los padres, o radicarlo en uno solo de ellos. Como destaca Lathrop,⁵⁷ uno de los aportes más innovadores de la legislación civil chilena en este campo ha sido el establecer reglas sobre atribución del cuidado personal del niño, cuando éste es determinado por el juez. El artículo 225-2 del Código Civil chileno señala los criterios y circunstancias no taxativas a considerar en el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal en los juicios seguidos entre progenitores. Estos criterios deben ponderarse conjuntamente.⁵⁸

Finalmente, otros sistemas jurídicos de América Latina utilizan otras nociones distintas a las de responsabilidad parental y patria potestad para describir las facultades, poderes y responsabilidades de los padres u otros adultos designados por la ley, para el cuidado de los hijos y la administración de sus bienes. Así, Bolivia y El Salvador utilizan la expresión *autoridad parental*. El Código de las Familias y del Proceso Familiar, de Bolivia refiere a la *autoridad de la madre, del padre o de ambos* y la define como una función de carácter natural y jurídico que conlleva derechos y obligaciones en las relaciones entre la madre, el padre y sus hijas e hijos menores de edad. El mismo Código precisa que dicha autoridad existe para el cumplimiento de sus derechos y deberes respecto a sus hijas e hijos menores de edad, y se ejerce bajo vigilancia de las autoridades e instancias públicas correspondientes.⁵⁹ Por su parte, el Código de

⁵⁷ Fabiola Lathrop, "La corresponsabilidad parental en contextos de separación en Chile", en esta misma obra.

⁵⁸ Los criterios son: la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar: a) la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; b) la contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo; c) la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 229 del Código Civil; d) la dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades; e) la opinión expresada por el hijo; f) el resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar; g) los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio; h) el domicilio de los padres; y, i) cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo. Código Civil de Chile, artículo 225-2.

⁵⁹ Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia, Título IV, Capítulo Primero (Autoridad de la Madre, del Padre o de Ambos), artículo 37 I-II.

Familia de El Salvador (artículos 206-246) regula la *autoridad parental* y la define como el conjunto de facultades y deberes que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida y, además, para que los representen y administren sus bienes.⁶⁰ En su versión actual, el Código Civil de Brasil regula el *poder familiar* en sus artículos 1630 a 1638. A estos efectos, el Código se limita a señalar que los hijos se encuentran sujetos al poder familiar, en cuanto menores. A su vez, el Código precisa que compete a los padres, respecto de sus hijos, dirigir su crianza y educación; tenerlos en su compañía y custodiarlos; otorgarles o negarles el consentimiento para contraer matrimonio; nombrarlos tutores por testamento o documento auténtico, si el otro progenitor no sobrevive, o el superviviente no puede ejercer el poder familiar; representarlo, hasta los dieciséis años, en los actos de la vida civil, y asistirlo, después de dicha edad, en los actos de los que sea parte, dando su consentimiento; exigirlos a quienes los retienen ilegalmente y exigirles obediencia, respeto y los servicios propios de su edad y condición.⁶¹

3. ¿Derechos o responsabilidades parentales?

Hasta ahora, he definido, caracterizado y localizado la idea de responsabilidad parental en el derecho de familia contemporáneo. En especial, he destacado como algunos sistemas legales han pasado a reconocer formalmente la noción de responsabilidad parental, como un concepto paraguas para entender y regular las relaciones entre padres/progenitores/otros adultos responsables respecto de sus hijos o niños bajo su cuidado. Otros sistemas jurídicos, en tanto, han retenido la antigua figura de la patria potestad o bien, preferido otras expresiones como autoridad parental o poder familiar. Sea cual sea la expresión que se utilice, para existir un creciente consenso en torno a comprender que las facultades, derechos,

⁶⁰ Código de Familia de El Salvador, Libro Tercero, Título II (De la Autoridad Parental), artículo 206-1.

⁶¹ Código Civil de Brasil, artículo 1634.

poderes o autoridades de los padres deben orientarse siempre hacia la satisfacción del bienestar o los intereses de las niñas y los niños. Tales intereses, a su vez, operarían como límites a los derechos o autoridades parentales reconocidos por la ley.

A la luz de lo anterior, parece relativamente pacífico afirmar que ambos padres deben orientar sus acciones a la protección de las y los niños, poniendo dicha preocupación —y no sus propios intereses— al centro de su acción. Sin perjuicio de lo anterior, parece existir menos consenso o claridad, respecto a la comprensión de qué son, qué implican y cómo deben entenderse los *derechos parentales* y cómo tales derechos pueden resultar coherentes y compatibles con la idea de responsabilidad parental. Se trata, a mi modo de ver, de debates esenciales que no deben ser pasados por alto, ya que permiten situar este debate en el marco de las exigencias de los sistemas constitucionales y democráticos de derecho, orientar la interpretación judicial y resolver eventuales conflictos jurídicos.

Toda persona, por el solo hecho de ser tal, es titular de todos los derechos y garantías fundamentales reconocidos explícita e implícitamente por el sistema constitucional respectivo. Estos derechos y garantías suelen incluir aquellos reconocidos por tratados de derechos humanos ratificados y vigentes y que se incorporan al bloque de constitucionalidad de un determinado sistema legal.⁶² Para el caso que nos ocupa, esto implica que los padres son titulares de todos los derechos fundamentales que se derivan de la dignidad de la persona humana y que buscan garantizar su seguridad, libertad e igualdad. Esto incluye, por ejemplo, sus derechos a no ser discriminados, a su vida privada y familiar y al debido proceso, entre muchos otros.

⁶² Además de su dimensión constitucional, los derechos fundamentales poseen una dimensión universal que se concreta en su consagración en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos y que han sido ampliamente desarrollados a nivel jurisprudencial y doctrinal en el constitucionalismo contemporáneo. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, p. 32 y; Corte Constitucional de Colombia, C-910-04, párr. 5.4.1.

La cuestión es más compleja cuando nos preguntamos respecto a qué justifica la existencia de determinados derechos fundamentales que ciertas personas pueden tener, *en cuanto* padre/madre de un niño(a).⁶³ Simplificando este debate, se podría afirmar que existen al menos dos posibles respuestas: *a)* no es posible justificar la existencia de derechos parentales fundamentales o constitucionales. Los padres pueden tener determinadas libertades que les permiten ejercer sus deberes o responsabilidades parentales, pero no derechos fundados en sus intereses independientes; y *b)* los derechos parentales se justifican en función de la protección que ejercen respecto a intereses propios de los padres, en cuanto tales. En particular, los *derechos parentales de control*⁶⁴ sobre la vida de las niñas y los niños se sostendrían en virtud de una serie de intereses fundamentales, tales como la intimidad, la libertad o el propio ejercicio de la parentalidad.

3.1 Deberes y privilegios: la parentalidad no es una cuestión de derechos

Se ha argumentado que padres y madres no poseen un derecho moral calificado o condicional para impactar la vida de sus hijas e hijos de manera significativa, priorizando sus propios intereses por sobre los de los segundos. Desde esta perspectiva, los derechos parentales no constituirían derechos morales, ya que tales derechos carecen de dos componentes esenciales de los derechos morales. Primero, los derechos morales

⁶³ Recordemos, en todo caso, que no es indispensable ser considerado como padre/madre de un niño para ser titular de responsabilidad parental. Un familiar cercano (abuelo(a)/ tío, etc.) u otro adulto responsable puede ser asignado con responsabilidad parental (o patria potestad o autoridad parental), en virtud de una sentencia judicial que así lo determine o por otra forma que reconozca el sistema legal local. A su vez, un padre o madre podría ser, en determinadas circunstancias, privado o privada de la titularidad de su responsabilidad parental.

⁶⁴ Estos se refieren a derechos específicos orientados a dirigir la vida de los niños en aspectos tales como lugar de residencia, tipos de relaciones que el niño puede desarrollar (y con quién), a qué tipo de guía moral o religiosa los niños se pueden ver expuestos y, en general, cómo los niños usan su tiempo. Tales derechos deben ser distinguidos de otros tipos posibles de derechos parentales, tales como el derecho a ser padre o el derecho a mantener una relación directa y regular con los hijos, cuando los padres se encuentran separados. *Cfr.* Altman, Scott A., 2018, p. 213.

se orientan hacia sus poseedores. En segundo lugar, los derechos morales tienen carácter discrecional. Dado que los derechos parentales de los padres se orientan hacia los intereses de un tercero (el niño o la niña) y no pueden ser ejercidos con discrecionalidad (padre y madre no son libres para hacer lo que les plazca con sus autoridades o poderes sobre los hijos) tales derechos deben rechazarse.⁶⁵

Parece razonable reconocer a padres y madres ciertas libertades para que, por medio de ellas, estos puedan cumplir debidamente con sus deberes o responsabilidades. Del mismo modo, se podría esperar que esas mismas responsabilidades generen obligaciones en otras partes, para no interferir con los padres en el cumplimiento de sus deberes parentales. Sin embargo, tales atribuciones no podrían habilitar a ambos padres a priorizar sus propios intereses cuando ellos toman decisiones que afectan significativamente la vida de los niños o las niñas. Los derechos se orientan hacia la protección de sus titulares —los niños—, no en beneficio de quienes actúan en su interés (madres y padres). Como señala Montague:

[...] las decisiones de los padres con respecto a sus hijos comprenden un área repleta de obligaciones por parte de los padres y que afectan la vida de sus hijos en pos de su bienestar; dado que los derechos de los padres a cuidar a sus hijos resultan incompatibles con la obligación de hacerlo, no existen derechos de los padres.⁶⁶

Este giro hacia el bienestar del niño es esencial para comprender los límites de los derechos parentales. Tal y como los padres y las madres pueden tener un interés (propio) en formar o constituir un cierto tipo de relaciones humanas asociadas a la crianza de sus hijos e hijas, las y los niños tienen un interés fundamental en ser criados adecuadamente por sus padres. Del interés de los padres, se derivaría el derecho "a ser padre/

⁶⁵ Montague, P., 2000, pp. 41-62.

⁶⁶ *Id.*, pp. 57-58.

madre", a constituir tal tipo o forma de relación, pero ningún interés que permita determinar el rango y contenido de derechos de control o crianza sobre los hijos.⁶⁷ Bajo esta visión, una vez que los padres entran en una relación de cuidado con sus hijos, se convierten en fiduciarios de ellos; una forma de relación que, como tal, no puede estar gobernada por los intereses de los padres.⁶⁸ Mientras padres/madres e hijos/hijas tienen intereses específicos asociados a la crianza, sólo de los intereses de los segundos es posible derivar derechos vinculados a dicha forma de relación: el derecho a ser cuidados por sus padres.

Adicionalmente, algunos han precisado que aun cuando los derechos parentales se justifiquen formalmente en referencia a la protección de los intereses superiores de los niños y las niñas, tales derechos tienen el efecto de negar la igual consideración moral de estos últimos.⁶⁹ En la práctica, el ejercicio de los derechos parentales parece exceder por mucho las razones que los justifican, incluso desde la perspectiva de protección de los derechos de los niños. En realidad, los derechos de control de los padres se estructuran para la protección de la autonomía de éstos, concediendo amplios poderes sobre múltiples aspectos de la vida de las hijas y los hijos, incluso cuando tales poderes signifiquen tratar a las niñas y los niños como cuasipropiedad de los padres.⁷⁰ Por ello, en vez de justificar los derechos parentales desde un idealizado modelo de cuidado o protección, estos deberían ser reformulados como derechos de los propios niños y niñas *en contra de* aquellos padres/madres que actúan en contra de sus intereses fundamentales.⁷¹

En términos generales, las tesis que han rechazado la idea de derechos parentales parecen basarse en la convicción de que el ejercicio de la parentalidad es una cuestión de responsabilidad y no, en cambio, de derechos.

⁶⁷ Hannan, S. y Vernon, R., julio 2008, pp. 173-189.

⁶⁸ *Id.*, p. 185.

⁶⁹ Godwin, S., 2015.

⁷⁰ *Id.*, pp. 5, 8 y 17.

⁷¹ *Id.*, p. 80.

En palabras de la Comisión de Derecho de Inglaterra y Gales y cuya opinión sirvió de base para la promulgación de la *Children Act* de 1989:

[...] hablar de *derechos parentales* no es sólo inadecuado desde una perspectiva jurídica, sino que constituye, también, un uso engañoso del lenguaje común u ordinario y que puede inducir a error o confusión [...] los padres, en vez de un "derecho", tienen sólo un "título" o "reclamo" (*claim*) prioritario para cuidar o mantener contacto con sus hijos. Sin embargo, tal reclamo o privilegio será siempre desplazado si los intereses del niño indican lo contrario.⁷²

3.2 Justificación de los derechos parentales como derechos fundamentales

A pesar de las argumentaciones anteriores, no parece del todo claro que los padres carezcan de derechos fundamentales en el ejercicio de sus funciones parentales. De hecho, la existencia de derechos parentales se puede justificar de dos formas. De un lado, sosteniendo que tales derechos son correlativos de diversos intereses fundamentales de los propios padres/madres, tales como sus intereses por ejercer libremente la crianza de sus hijos e hijas. De otro lado, se ha justificado la existencia de derechos parentales en virtud de que tales derechos permitirían a los padres proteger otros intereses fundamentales, como los intereses o derechos de sus hijos e hijas. Los primeros derechos serían derechos parentales independientes u originales; los segundos, derechos parentales indirectos o derivados.⁷³

3.2.1 Derechos parentales *independientes u originales*

Afirmar que *X* tiene un derecho equivale a sostener que sus intereses, o a lo menos un aspecto de ellos, son razón suficiente para la imposición

⁷² The House of Commons, 1988, párr. 2.4.

⁷³ Aunque esta distinción puede no ser completamente exacta, creo que cumple una función didáctica que puede ser útil para una mejor comprensión de la justificación de tales derechos.

de deberes hacia otros, sea para impedir la interferencia en la acción de X o para garantizarle algo. En otras palabras, una persona tiene un *derecho* cuando sus *intereses* son protegidos de determinadas formas por la imposición legal de restricciones normativas sobre actos y actividades de otras personas. Cuando tales intereses son fundamentales, entonces hablamos de derechos fundamentales, los que pueden ser reconocidos de manera explícita o implícita en la Constitución.⁷⁴

Siguiendo esta formulación esencial en torno a la idea de derechos fundamentales, se ha sostenido que los derechos parentales protegen intereses fundamentales de los padres/madres. En esta concepción "independiente o primitiva", los intereses de los padres no son menos relevantes o importantes que los intereses de los niños o las niñas o de la propia sociedad. En otras palabras, si los padres son sujetos de la misma consideración moral que cualquier otra persona, no sería justo entonces tratarlos como meros medios para la satisfacción de los intereses de otros, violentando de esta forma, el igual valor de la persona humana.⁷⁵ En términos más específicos, es posible distinguir una serie de argumentos puntuales en torno a la justificación independiente de los derechos parentales. Algunos de ellos son los siguientes:

- La autoridad parental y los derechos fundamentales derivados de ella que reconocen la capacidad de los padres/madres para criar a sus hijos e hijas de manera coherente con sus compromisos más profundos, son un elemento esencial de la "libertad expresiva" de esos padres.⁷⁶ En esta justificación liberal clásica, los intereses expresivos de los padres o madres no son reducibles al cumplimiento de sus deberes fiduciarios a favor de los intereses de sus hijos e hijas, sino un vehículo por medio del cual tales personas pueden realizar y perpetuar sus compromisos distintivos.⁷⁷

⁷⁴ Raz, J., 1984, p. 238; MacCormick, N., 1982, p. 164.

⁷⁵ Galston, W. A., 2002, p. 94; y Callan, E. 1997.

⁷⁶ Galston, W. A., 2002, pp. 102-103.

⁷⁷ Macleod, C., 1997, p. 119.

- Madres y padres tienen un derecho fundamental a una relación íntima de cierto tipo con sus hijos e hijas. Este derecho se descompone en una serie de derechos asociativos, que son aquellos que se requieren para proteger esa relación. Estos derechos no están conectados ni se derivan de sus derechos independientes a la libertad de religión, asociación o expresión, ni a los intereses expresivos de los padres en general. Los derechos parentales surgen del interés o derechos de los padres y las madres a desarrollar y vivir, entusiastamente, un cierto tipo de relación humana significativa.⁷⁸
- Madres y padres tienen el interés fundamental en compartir una vida con un niño o niña y participar activamente en su desarrollo.⁷⁹ En particular, tales adultos tienen un interés fundamental en criar, aconsejar y educar a sus hijos e hijas, permitiéndoles crecer como adultos felices, buenos y productivos.⁸⁰ Tales funciones son buenas, no sólo para quien se benefician de tales cuidados o para la sociedad en general, sino para el sujeto que las ejerce. Para poder ejercer efectivamente tales funciones, madres y padres deben ser capaces de actuar "auténticamente", lo que, a su vez, requiere de la discrecionalidad que otorgan los derechos parentales para determinar como y cuándo actuar en consecuencia.⁸¹

El reconocimiento de los derechos parentales como derechos fundamentales derivados de intereses independientes de los padres ha sido afirmado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. La Corte ha sostenido que los padres y madres tienen derechos parentales fundamentales o constitucionales, derivados de sus intereses (como padres) en adoptar *libremente*, decisiones concernientes al

⁷⁸ Brighouse, H. y Swift, A., 2006, pp. 80-108.

⁷⁹ Archard, D., 2003, p. 97.

⁸⁰ Altman, Scott A., 2011, pp. 305-314.

⁸¹ *Id.*, p. 221. En un sentido similar, Bainham, A., 2009, pp. 30-33.

cuidado, custodia y control de sus hijos.⁸² Al construir su decisión mayoritaria, la Corte ha argumentado que la cláusula de debido proceso (Enmienda XIV) de la Constitución contiene un componente sustantivo que brinda mayor protección contra la interferencia del gobierno con ciertos derechos fundamentales e intereses de libertad; incluido el derecho fundamental de los padres/madres a tomar decisiones sobre el cuidado, la custodia y el control de sus hijas e hijos.⁸³ De acuerdo con esta interpretación, entonces, los derechos parentales serían independientes de los derechos o intereses de los niños y las niñas y no se justificarían en relación con estos últimos.

3.2.2 Derechos dependientes o derivados

Una segunda forma de justificar la existencia de derechos parentales consiste en afirmar que tales derechos se derivan de otros intereses fundamentales (constitucionales) *distintos a los de los padres*, como los intereses propios de los hijos e hijas o de la sociedad. En esta línea de argumentación, madres y padres no sólo tienen responsabilidades u obligaciones asociadas al cuidado o crianza de los niños y las niñas, sino también derechos parentales que surgen del cumplimiento de tales funciones parentales. Así, por ejemplo, se pueden considerar dos argumentos centrales:

- 1) Los derechos parentales se justifican por los beneficios que ellos producen en los niños y las niñas: ser criados en un ambiente estructurado que genera lazos de cuidado con determinadas personas.⁸⁴ Tal interés requiere consistencia tanto en los cuidadores como en el cuidado mismo. Por tal razón, el niño o la niña tendría

⁸² Esta idea ha sido expresada más recientemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 60 (2000). Cfr. Margaret Ryznar, "El escrutinio judicial sobre los derechos parentales", en este mismo libro.

⁸³ *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 60 (2000), §26.10.160(3). La Corte cita otros precedentes anteriores que, en su opinión, sirven de base para la consolidación jurisprudencial de esta tesis. Cfr. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 391, 401 (1923), *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 534-35 (1925), y *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 232-33 (1972).

⁸⁴ Steele, H., y Steele, M., 2013, pp. 214-233.

un derecho contra otras personas para que ellas no intervengan en el cuidado otorgado por sus padres. Ello se traduciría, a su vez, en derechos indirectos o derivados de madres y padres en contra de ciertas formas de interferencia.⁸⁵

- 2) Los derechos parentales, específicamente los derechos de control sobre los hijos e hijas, existen para la satisfacción de un interés fundamental de los padres: actuar como *fiduciarios* de los intereses de sus hijos e hijas.⁸⁶ Aunque la analogía entre relaciones parentofiliales y relaciones fiduciarias no es exacta, ella sirve para remarcar la idea de que madres y padres poseen derechos en la medida que ellos son instrumentales para asegurar el bienestar, los intereses o los derechos de los niños y las niñas y no, en cambio, los propios intereses de esos padres.⁸⁷

Es probable que la manifestación más clara de la noción dependiente o derivada sobre los derechos parentales es la que se encuentra en uno de los casos más influyentes en el derecho inglés, el caso *Gillick*.⁸⁸ En dicha decisión judicial —que antecede y refuerza la posterior *Children Act* de 1989— se afirma que los derechos parentales de control sobre los hijos e hijas no existen para el beneficio del padre/madre, sino para el beneficio del (la) niño(a). A su vez, tales derechos se justifican "sólo en la

⁸⁵ Millum, J., 2018, pp. 46-77; y; Fried, C., 1978, p. 152.

⁸⁶ Esta idea se encuentra ya en el trabajo de Locke, quien precisa que el poder del padre está lejos de pertenecerle por ningún derecho natural, sino sólo como guardián de sus hijos y en el cumplimiento de su "obligación de mantener, preservar y educar su prole". *Cfr.* Locke, J., 1678, párrs. 65-66.

⁸⁷ Scott, E. R. y Scott, R. E., 1995, pp. 2401-2476. Esta tesis también ha sido entendida, en parte, como una justificación de intereses independientes u originales de los padres. En esta lectura, ser fiduciario o agente del bienestar de un niño constituye un bien o valor fundamental para los padres de un niño y que les habilita con la autonomía y protección legal de sus derechos parentales, en sustitución de las recompensas pecuniarias que reciben otros fiduciarios. *Cfr.* Brighouse y Swift, 2006, p. 93; y Hannan y Vernon, *op. cit.*

⁸⁸ The House of Lords, *Gillick v. West Norfolk*. En el caso, la Cámara de los Lores determinó que los menores de 16 años podían otorgar su consentimiento (o a lo menos, negarlo) en materias sanitarias, cuando se demostrase que tenían la suficiente comprensión e inteligencia (competencia) para hacerlo. Cuando el (la) niño(a) alcanza tal madurez, los derechos de control de los padres ceden a los derechos de los niños a tomar sus propias decisiones. En un sentido similar, *R (Axon) v. Secretary of State for Health* [2006] EWHC 37 (Admin), párr. 130.

medida en que permiten al padre desarrollar sus deberes hacia el (la) niño(a) y hacia otros(as) niños(as) y la familia".⁸⁹ En términos concretos, respecto al carácter derivado de los derechos y deberes parentales, Lord Scarman precisó que:

Los derechos de los padres claramente existen y no desaparecen por completo hasta la mayoría de edad. Los derechos de los padres se relacionan tanto con la persona como con los bienes del niño: la custodia, el cuidado y el control de la persona y la tutela de los bienes del niño. Pero el derecho común (*common law*) nunca ha tratado tales derechos como soberanos o más allá de la revisión y el control. Tampoco nunca nuestra ley ha tratado al niño como si no tuviese capacidades y derechos reconocidos por la ley. El principio legal, como intentaré demostrar, es que los derechos de los padres se derivan del deber de los padres y existen sólo mientras sean necesarios para la protección de la persona y los bienes del niño.⁹⁰

Como se puede advertir, el aspecto central de este tipo de justificación sobre los derechos parentales es que tales derechos se encuentran "derivados de" y "limitados por" el deber prioritario de cuidar a los niños y las niñas.⁹¹ No se trata, en otras palabras, de que no existan derechos parentales sino, más bien, que tales derechos disminuyen en significancia y peso frente a los intereses y derechos de los niños y las niñas. Ésta parece ser una solución razonable y que no niega el reconocimiento de los intereses/derechos de padres y madres, a la vez que enmarca tales valores en un orden de preferencias dadas por el peso específico del principio del interés superior.

Como ha sugerido Eekelaar,⁹² quizá sea mejor comprender la idea de parentalidad legal en general —y la noción de responsabilidad parental

⁸⁹ *Gillick v. West Norfolk*, 841.

⁹⁰ *Gillick v. West Norfolk*, 853.

⁹¹ Archard, *Children, Family and the State*, 94. Sin adherir.

⁹² En este sentido, véase Eekelaar, J. 2017, pp. 13-31.

en particular— en términos de un "privilegio". Padres y madres —y, en menor medida, quienes son asignados con responsabilidad parental— son reconocidos por la ley como aquellas personas que tienen el "privilegio" de ejercer las funciones parentales esenciales: guiar y orientar a los niños y las niñas.⁹³ Mientras el ejercicio de tal privilegio conlleva una serie de deberes u obligaciones legales para los padres respecto de la crianza y cuidado de los hijos e hijas, el presupuesto de la ley es que ambos padres actúan motivados por el amor y la pretensión de hacerles bien.⁹⁴ Para el debido cumplimiento de tales deberes, es razonable esperar que la ley reconozca a esos adultos ciertos derechos, privilegios que permiten ejecutar tales cuidados.⁹⁵ En otras palabras, si es que existen deberes tan importantes para madres y padres, el Estado debe garantizar la posibilidad efectiva de cumplirlos, lo que incluye respetar la idea de que son esos adultos (no el Estado o terceros) los llamados preferentemente a criar y guiar a los hijos e hijas.⁹⁶

4. Restricciones a las responsabilidades o autoridades parentales

En materia de responsabilidad parental, no basta con tener una justificación general respecto a la existencia o inexistencia de derechos parentales fundamentales. Una vez aclarada esta primera cuestión, es necesario prestar atención a un aspecto crítico en la materia: ¿cómo han de resolverse, en sede judicial, los posibles conflictos entre los distintos intereses que puedan surgir en un caso judicial? Más específicamente, ¿qué criterios esenciales debiera tener en cuenta el juez o la jueza al enfrentar posibles contiendas entre los intereses de padres y madres, por un lado,

⁹³ En otro trabajo he sugerido que los deberes de los padres generan, a su vez, *privilegios* a favor de sus titulares. En este caso, el privilegio consiste en el derecho oponible por los padres contra el Estado u otros adultos (no contra los niños), a que se respete (no interfiera) en el ejercicio de sus deberes parentales preferentes. *Cfr.* Espejo Yaksic, N., 2019.

⁹⁴ *Id.*, pp. 21-22, 30-31; y Honneth, A., 2007.

⁹⁵ Eekelaar, J., 2001, p. 426.

⁹⁶ Eekelaar, J., 1991.

y los intereses de los hijos e hijas, por otro? A su vez, ¿cómo debiera decidir un juez o jueza aquellos casos en los cuales los intereses de los padres chocan entre sí o cuando hay tensión con los deberes de cuidado o protección de terceros calificados, tales como los médicos o los funcionarios de los servicios sociales?

A pesar de su rol capital en la materia que nos ocupa, estas preguntas suelen ser pasadas de lado o reducidas a afirmar, en términos generales, la primacía de los derechos o intereses de los niños y niñas, por sobre los intereses, derechos o autoridades de sus padres o de los terceros calificados. Después de todo, si es que el interés superior es una consideración "primordial" que se manifiesta concretamente en la obligación jurídica de maximizar los derechos o intereses de los niños y las niñas, por sobre los de los adultos, incluidos sus padres;⁹⁷ entonces, los derechos o intereses de la niñez triunfarán siempre. Sin embargo, la precisión de esta cuestión es más compleja que el mero enunciado en torno al carácter primordial del interés superior del niño o de la niña; en especial, a la hora de evaluar y determinar qué es aquello que demanda tal principio en el caso concreto, respetando las dos ideas centrales que gobiernan la responsabilidad parental; a saber: *a*) que las funciones parentales refieren a las responsabilidades de los padres por sus hijos e hijas, más que a sus derechos sobre ellos o ellas; y *b*) que la responsabilidad por la crianza de los hijos e hijas corresponde principalmente a los padres y a las madres, antes bien que al Estado.

4.1 El interés superior del niño o la niña como una consideración primordial

Tratándose de conflictos entre la interpretación que madres y padres hacen respecto a su autoridad para decidir sobre aspectos relacionados con la crianza de los hijos y las hijas, por un lado, y los derechos individuales

⁹⁷ Archard, D., 2004, p. 62.

o intereses de esos niños(as), el juez o la jueza debe considerar el interés superior de estos últimos como *una consideración primordial o fundamental*.⁹⁸ En otras palabras, la jueza o el juez debiera prestar atención a las pretensiones, opiniones y derechos parentales, pero considerando que los mismos surgen y se orientan por la expectativa de cuidado a favor de los niños y las niñas. Esta posición deriva de comprender la interpretación de estos casos ya no desde un enfoque basado en los poderes, autoridades o derechos de madres y padres sino, en cambio, desde su *responsabilidad* sobre ellos. Por ello, en aquellos casos en que las opiniones, poderes o derechos parentales pugnan con la opinión del niño o la niña o de un tercero calificado (un médico, un asistente social), el juez debe resolver de manera tal que logre acreditar que la solución escogida es aquella que, en el caso concreto, protege de mejor forma el interés superior de ese niño o de esa niña.

En otras palabras, a efectos de evaluar el mejor interés del niño o la niña, la jueza o el juez debe "mantener una mente abierta" sobre los eventuales resultados que genera la aplicación de los elementos descritos y los distintos resultados que ellos pueden arrojar. El juez, como sugiere Eekelaar, debe enfrentar la cuestión por medio de un examen holístico de un amplio margen de posibilidades y, sujeto al peso específico de otros intereses relevantes, escoger qué es lo mejor para *este* niño o niña y en *estas* circunstancias.⁹⁹ Tal interés superior, a su vez, se debe comprender como uno orientado a garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos de niños y niñas y su desarrollo holístico.¹⁰⁰

⁹⁸ Este argumento se refuerza en virtud de la referencia legal expresada por la Convención sobre los Derechos del Niño: "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". CDN, artículo 18 (1).

⁹⁹ Eekelaar, J., 2016, p. 100.

¹⁰⁰ Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, (2013) párr. 4.

4.1.1 Evaluación y determinación del interés superior del niño o la niña

La evaluación y determinación del interés superior del niño o la niña no puede transformarse en un ejercicio meramente abstracto, subjetivo y sin reglas claras. De ser ese el caso, el interés superior del niño o la niña podría ser utilizado por el juez para llenar de contenido de manera discrecional y sin respeto hacia los derechos parentales (y los de los propios niños y niñas), en lo referido a la crianza. Evaluar y determinar qué es el interés superior no es siempre una tarea fácil, pero tampoco resulta imposible. La "evaluación del interés superior" consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un(a) niño(a) o un grupo de niños en concreto. Incumbe al responsable de la toma de decisiones y su personal (a ser posible, un equipo multidisciplinario) y requiere la participación de la niña o el niño. A su vez, la determinación de dicho interés es un proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior.¹⁰¹

En este campo, tanto el Comité de Derechos del Niño de la ONU¹⁰² como la legislación y jurisprudencia comparada han desarrollado criterios jurídicos generales (para todo tipo de casos) y específicos (para materias determinadas) que guían y orientan la evaluación y la determinación de tal interés, por parte del juez o la jueza. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado un listado enunciativo de criterios de decisión generales que los jueces debieran observar. Estos son: garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes; asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de sus derechos; protegerlos de riesgos prohibidos; equilibrar sus derechos y los derechos de sus

¹⁰¹ CRC/C/GC/14, párr. 47.

¹⁰² El Comité ha precisado una serie de elementos que el (la) juez(a) debiera considerar a la hora de evaluar el interés superior del (de la) niño(a), así como un listado no exhaustivo de garantías procesales que resultan esenciales para *determinar* su contenido. Cfr. CRC/C/GC/14, párrs. 48-99.

familiares, teniendo en cuenta que, si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, niñas y adolescentes; garantizar un ambiente familiar apto para su desarrollo; justificar claramente la intervención del Estado en las relaciones familiares; evitar cambios desfavorables en las condiciones de los niños y niñas involucrados; así como respetar el derecho del niño a ser escuchado y participar en las decisiones que le involucran, de conformidad con sus capacidades evolutivas.¹⁰³ En un sentido similar, la Suprema Corte de Justicia de México ha observado la necesidad de contar con criterios que permitan al juzgador establecer aquello que, en el caso concreto, demanda el interés superior. En una causa sobre adopción, la Corte mexicana identificó los siguientes criterios:

i) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; ii) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; iii) se debe mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego. Finalmente debe destacarse que el juzgador tiene la obligación de examinar minuciosamente, las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor.¹⁰⁴

De un modo similar, aunque para determinadas materias, el Código Civil de Chile señala los criterios y circunstancias específicos y no taxativos

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-510 de 2003 y Sentencia T-115 de 2014.

¹⁰⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3859/2014, pp. 13-14.

a considerar por el (la) juez(a) en el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal en juicios entre progenitores, como: la vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar; la aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; la contribución a la manutención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo; la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso 5o. del artículo 229 del Código Civil; la dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades; la opinión expresada por el hijo; el resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar; los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio; el domicilio de los padres y; cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.¹⁰⁵

Los criterios jurídicos que el juez o la jueza atienda para evaluar y determinar el interés superior del niño o la niña son variados, pero siempre deben considerar la opinión de éstos. La evaluación del interés superior debe abarcar el respeto del derecho del niño o la niña a expresar libremente su opinión y a que ésta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan.¹⁰⁶ Tratándose de casos referidos a niños o niñas más pequeños, si bien es razonable conceder un peso específico mayor a las opiniones y decisiones de ambos padres, ello no significa dejar de oírlos ni dejar de considerar su opinión. Como ha indicado el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, la evolución de las facultades, incluso en niños y niñas pequeños, debería considerarse como un proceso positivo y habilitador y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan su autonomía y su expresión, tradicionalmente justificadas alegando la relativa inmadurez del niño o niña y su necesidad

¹⁰⁵ Código Civil de Chile, artículo 225-2. Véase, también, *Children Act 1989*, Section 1(3).

¹⁰⁶ CRC/C/GC/14, párr. 43.

de socialización.¹⁰⁷ Conforme el niño o la niña crece y desarrolla su propia visión del mundo y una mejor comprensión respecto a los riesgos, oportunidades y definiciones que enfrenta, su opinión será especialmente relevante a la hora de determinar qué es aquello que demanda su interés superior.¹⁰⁸ Ello deriva de reconocer, de manera progresiva, un mayor peso específico a los intereses por autonomía del niño o la niña, particularmente cuando las consecuencias de la decisión judicial adoptada recaerán principalmente en él o ella. Como ha sugerido la Baronesa Hale, Jueza de la Suprema Corte del Reino Unido:

[...] Es el niño, más que nadie más, quien deberá vivir con aquello que la Corte decida. Aquellos que sí escuchan a los niños comprenden que, a menudo, ellos tienen un punto de vista que es muy distinto al de las personas que los cuidan. Ellos son bastante capaces de ser actores morales en su propio derecho. Así como los adultos —les guste o no— tendrán que hacer aquello que la Corte decida, los niños también. Pero ello no constituye una razón para dejar de oír al niño, más que para negarse a oír las opiniones de los padres.¹⁰⁹

4.1.2 Interés superior y daño o riesgo de daño significativo

Las consideraciones anteriores son relevantes para todas las materias en las que el juez o jueza deba evaluar determinar el interés superior del niño

¹⁰⁷ Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40 periodo de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006), párr. 17.

¹⁰⁸ Esta idea ha sido influenciada fuertemente por uno de los casos más importantes en materia de autonomía de los niños, el caso *Gillick*. En 1982, Victoria Gillick demandó a la autoridad de salud local y al Departamento de Salud y Seguridad Social ante los tribunales con miras a impedir que los médicos proporcionasen asesoramiento o tratamiento anticonceptivo a su hija menor de 16 años, sin su consentimiento. Al decidir, la Cámara de los Lores resolvió que si un niño es capaz o no de dar el consentimiento necesario dependerá de la madurez y comprensión del niño y de la naturaleza del consentimiento requerido. El niño debe ser capaz de hacer una evaluación razonable de las ventajas y desventajas del tratamiento propuesto, por lo que el consentimiento, si se otorga, puede describirse de manera adecuada y justa como verdadero consentimiento. *Cfr.* The House of Lords, *Gillick v. West Norfolk*.

¹⁰⁹ *Re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2006] UKHL 51, párr. 57.

o niña. Sin embargo, tratándose de materias en las que se determine la necesidad de dictar una medida de protección que separe al niño o la niña de sus padres y con el objeto de protegerle frente a la amenaza de sufrir un daño grave o significativo, el análisis desarrollado por el juez o la jueza debe ser doble.¹¹⁰ En estos casos el juez(a) se verá guiado(a) por el principio del interés superior, en cuanto guía primordial para la determinación de la medida en cuestión, pero no bastará que considere —luego de los procesos de evaluación y determinación— que el interés superior lo lleva a fallar en uno u otro sentido. La jueza o el juez deberá, además, acreditar que las circunstancias que habilitan la medida de separación del niño(a) de su ambiente familiar constituyen "un daño o riesgo de daño grave y significativo" para el mismo(a).

Esta exigencia adicional se deriva de un supuesto fundamental: que el sistema de protección debe tener como eje central la garantía de los derechos de los niños y las niñas, de una manera compatible con el goce del derecho a la vida familiar. Lo anterior se deriva de reconocer a la familia como el medio prioritario en que debe desarrollarse el niño o la niña, por lo que puede (y debe) intervenir solo cuando ella falle en este cometido y siempre que se cumpla con las exigencias del derecho y dentro de los límites previstos en él.¹¹¹ Por tanto, tratándose de la adopción

¹¹⁰ Mientras las medidas de protección, en general, pueden ser adoptadas tanto por funcionarios de los servicios sociales como por jueces, aquellas que implican la separación de los niños de sus padres sólo pueden ser adoptadas por un juez. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es clara: "Los Estados Partes 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." Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49, art. 9(1).

¹¹¹ Lázaro, I. 2011, pp. 263-265. Esta idea ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México a través del denominado "principio del mantenimiento de las relaciones familiares". Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte mexicana ha afirmado que la separación de un niño o niña de sus padres biológicos debe superar un *test estricto*, en tanto dicha decisión tiene un carácter trascendental y definitivo que incide de lleno en

de medidas que puedan impactar en la separación de los niños de sus padres, el juez o jueza debe siempre considerar los elevados y estrictos estándares de exigencia que justifican la adopción de este tipo de medidas.¹¹² En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

[...] dada la importancia del derecho a la protección a la familia, el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.¹¹³

En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha afirmado que el Estado debe ser cuidadoso al evaluar el impacto que la medida de alejamiento puede causar en el niño o la niña y en sus padres. Como corolario de ello, una medida de separación del niño o niña debe ser considerada como temporal, por lo cual se le debe poner término tan pronto como las circunstancias lo permitan y encaminarse a que el niño o la niña vuelva a estar bajo la crianza de sus padres y madres.¹¹⁴ En particular, la Corte ha reiterado que se debe conceder particular importancia al interés superior que, dependiendo de la naturaleza y gravedad de la situación, puede superponerse al interés del progenitor.¹¹⁵

la vida de los niños, niñas y sus padres. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6179/2015.

¹¹² "Al ser la familia el núcleo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento, el bienestar y la protección de los niños, los esfuerzos deberían ir encaminados principalmente a lograr que el niño permanezca bajo la guarda de sus padres o, cuando proceda, bajo la de otros familiares cercanos, o que vuelva a ella". Directriz No 3, *Directrices sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños*, Resolución de Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General No. 64/142-2009.

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala* (2012), párr. 145. Esta Corte ha señalado también que el mencionado artículo 17 reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general; agregando que el derecho de protección a la familia "es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas". *Cfr.* Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica* (2012), párr. 145.

¹¹⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, *P. C. and S. versus United Kingdom* (2002), párrs. 116 y 117.

¹¹⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Johansen versus Noruega* (1996), párr. 78.

Estas consideraciones fundamentales permiten comprender por qué, en este tipo de materias, el (la) juez(a) no sólo debe referir al interés superior del niño(a) en el caso concreto. Además de ello, deberá acreditar que la existencia de un daño significativo para el (la) niño(a), antes de adoptar una medida que lo separe de sus padres. Un daño es *significativo* cuando el (la) niño(a) está sufriendo o es probable que sufra un daño grave —no cualquier tipo de daño— y que se aleja de aquel cuidado que sería razonable esperar de un padre o adulto responsable, en relación con el (la) niño(a).¹¹⁶ En otras palabras, para el (la) juez(a) no será suficiente argumentar que el (la) niño(a) se encuentra en una situación de riesgo general, o que, en su opinión, su interés superior se satisfaría de mejor forma, al estar separado de su padre o madre. Si bien cualquier situación de riesgo o vulneración de un niño o una niña es relevante a efectos de garantizar su interés superior, si tales circunstancias no constituyen un daño significativo, habrán de proceder *otro tipo de medidas* de protección. Tales medidas, fundadas en circunstancias distintas y en función de su entidad, intensidad o persistencia, se deben orientar a eliminar, reducir o compensar las dificultades que enfrentan los niños, sin tener que separarlos de sus progenitores o de su entorno familiar.

Un ejemplo legislativo interesante en este campo es el de Cataluña. En materia de protección de la niñez, la legislación catalana diferencia entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo. Un niño o niña se encuentra en una situación de *riesgo* cuando su desarrollo y bienestar se ven limitados o perjudicados por cualquier circunstancia personal, social o familiar, siempre y cuando para la protección efectiva del niño, niña o adolescente no sea necesaria la separación del núcleo familiar. Por su parte, un(a) niño(a) se encontrará en situación de *desamparo* cuando esté en una situación de hecho en la que le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad, siempre que para su protección

¹¹⁶ Cfr. *Children Act* de 1989, sección 31.

efectiva sea necesario aplicar una medida que implique la separación del núcleo familiar.¹¹⁷ La relevancia de la legislación catalana estriba en el nivel de precisión del supuesto de hecho que habilita la dictación de una medida de protección, permitiendo definir si el juez o jueza se encuentra —o no— frente a un daño significativo. Ello, a su vez, facilita el trabajo de determinación de aquella medida de protección que no sólo resulte idónea, sino también *proporcional*, a la situación de hecho que afecta al niño o a la niña.

El estándar del "daño o riesgo de daño grave y significativo" para el niño o la niña no se encuentra exento de polémica. Por ejemplo, en el derecho australiano —donde este estándar se conoce como de "riesgo de daño inaceptable"— algunos estudios han apuntado a lo difícil que resulta precisar en qué consiste ese tipo de daño, así como por no proteger potencialmente a niñas y niños frente a acusaciones de abuso sexual contra uno de los padres.¹¹⁸ Si bien tales críticas resultan fundadas, es importante no perder de vista que la utilización del estándar del daño o riesgo de daño grave y significativo es uno de los dos criterios que el juez o la jueza debe considerar al momento de determinar la procedencia general y particular de una medida de protección. El principio del interés superior del niño, que siempre incluye la necesidad de advertir posibles riesgos graves para el niño o la niña, sigue siendo aplicable como una consideración primordial.¹¹⁹

¹¹⁷ Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, artículos 102 y 105, respectivamente. La ley catalana incluye una lista de situaciones que constituyen riesgo y desamparo, lo que ayuda enormemente en el proceso de determinación del tipo de medida que corresponde adoptar. En el derecho nacional español también se distingue entre situaciones de riesgo y situaciones de desamparo. *Cfr.* Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 17 y 18, respectivamente.

¹¹⁸ *Cfr.* Meda Couzens y Amira Aftab, "La responsabilidad parental en Australia", en este mismo libro, refiriendo al trabajo de Young, L., 2014, pp. 233-265.

¹¹⁹ A su vez, en años recientes algunos padres han argumentado frente a las cortes la necesidad de usar este estándar más exigente, y no el del interés superior, en toda materia asociada al ejercicio de la responsabilidad parental. Esta línea de argumentación ha sido, hasta ahora, rechazada por la jurisprudencia. *Cfr.* Goold, I., 2019, pp. 29-48.

4.2 La importancia de las relaciones entre padres e hijos, para la determinación del interés superior

En las secciones anteriores de este trabajo he precisado algunos criterios generales que un juez o jueza debiera considerar a la hora de limitar el ejercicio de las responsabilidades parentales. Como se ha indicado, el principio del interés superior del niño o la niña opera como eje central para la justificación y delimitación de tales restricciones. Sin embargo, es importante que la jueza o el juez advierta que, tanto en el proceso de evaluación como de determinación del interés superior, los intereses y las responsabilidades de padres y madres desempeñan un papel importante. Del ejercicio concreto de la responsabilidad parental por parte de ambos padres surgen relaciones de cuidado que resultan indispensables para el desarrollo del niño o niña y el propio ejercicio de sus derechos.¹²⁰ Por tanto, separar los intereses de los niños o los de sus padres, madres u otros adultos responsables no resulta del todo fácil,¹²¹ salvo en aquellos casos en los que sea evidente que esos adultos actúan o interpretan sus responsabilidades de un modo contrario a los derechos individuales de los primeros.

Tener en cuenta esta dimensión *relacional* de los intereses de los niños y las niñas es esencial, especialmente en aquellos casos en los que el (la) juez(a) debe resolver un desacuerdo respecto de alguna materia y que surge, precisamente, de la intención de los padres por responder a sus deberes parentales. A diferencia de aquellos casos en los que los adultos

¹²⁰ "[...] los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal, y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma, los padres (y otros cuidadores) son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos." Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40o. periodo de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006), párr. 16.

¹²¹ Herring, J., 2014, p. 29.

descuidan sus obligaciones esenciales (por ejemplo, en casos de negligencia, abandono o violencia), un padre o madre responsable actuará bajo la convicción de que interviene en uno u otro sentido, en cumplimiento de un deber. Dicho padre o madre podrá estar equivocado(a) en su lectura sobre aquello que demandan sus responsabilidades parentales y es obligación del juez o jueza, en aquellos casos que lleguen a su conocimiento, evaluar si tales decisiones protegen o no los intereses superiores del niño(a). Pero un padre o madre que actúa por mor de sus deberes es alguien que actúa motivado por sus responsabilidades y no, en cambio, con negligencia. En otras palabras, la lógica que gobierna el actuar de estos padres y madres con sus hijos e hijas, se caracteriza principalmente por su *preocupación* por el bienestar de los segundos y no, en cambio, por un *conflicto* con ellos.¹²² La declaración de un padre que explica las razones para decidir suspender el tratamiento médico a su hija, puede ilustrar este punto:

Decidimos (padre y madre) rechazar un tratamiento adicional. Nada de lo que nos fue dicho no dio esperanza alguna de que existiera una oportunidad genuina de que *Josie* fuese a sobrevivir, sin pasar por lo que consideramos como una cantidad injustificable de sufrimiento y el riesgo de una, aun mayor, indigna muerte. *Joyce*, la enfermera, nos dijo que no debíamos sentir que la habíamos condenado a muerte, pero ambos nos sentimos horrorosamente culpables, incluso cuando anhelamos que hubiéramos hecho lo correcto.¹²³

Como sugiere esta declaración, no hay nada inherentemente falto de cuidado o responsabilidad en una decisión parental que implica que un

¹²² Joe Bridgeman ha desarrollado este punto de manera brillante, a propósito de un detallado análisis sobre los procesos y la jurisprudencia inglesa en el campo de las decisiones médicas respecto de los hijos pequeños. *Cfr.* Bridgeman, J., 2007.

¹²³ Declaración de Jonathan Mallone, padre de *Josie* ante la Comisión de Investigación de la Bristol Royal Infirmary, párr. 42, citado en Bridgeman, J., 2007, p. 135. La Comisión conoció una serie de declaraciones de padres cuyos hijos fueron sometidos a cirugía cardíaca en el Bristol Royal Infirmary entre 1984 y 1995, buscando aprender de sus experiencias, opiniones, sentimientos y expectativas.

niño o niña no reciba un tratamiento médico o que dicho tratamiento sea suspendido o retirado. Es más, los padres pueden llegar a esta difícil situación, precisamente, *porque* cuidan de sus hijos.¹²⁴ Esta dimensión relacional en la construcción de los derechos de la niñez, entonces, no es abstracta o teórica. Tanto en la evaluación como en la determinación del interés superior, la jueza o el juez debe procurar compatibilizar —en la medida de lo posible— los derechos de los niños con las autoridades, responsabilidades e intereses de ambos padres. Son esos padres y madres quienes, en cumplimiento de sus deberes morales y legales buscan impartir, en consonancia con la evolución de las facultades del (de la) niño(a), *dirección* y *orientación* apropiadas para que esa niña o niño pueda ejercer sus derechos.¹²⁵ Por tanto, el (la) juez(a) debe prestar especial atención a la opinión de los padres y madres en el proceso de evaluación y determinación del interés superior del (de la) niño(a). No hacerlo, equivaldría a desconocer el lugar diferenciado y central que la ley concede a los padres y madres en la protección de los intereses de los niños y las niñas.

Que no se entienda mal, toda relación humana —incluidas las relaciones entre padres e hijos— conlleva riesgos y eventuales daños. En el caso de las relaciones familiares, tales riesgos son particularmente concretos y se manifiestan en una serie de violaciones a los derechos de quienes componen el núcleo familiar, especialmente si se encuentran en una posición de mayor dependencia o vulnerabilidad.¹²⁶ Y es que, sin derechos, las relaciones humanas basadas en el cuidado pueden transformarse en dañinas o manipuladoras.¹²⁷ Por eso, no puede existir cuidado (responsabilidad) sin justicia (derechos).¹²⁸ Así entendidos, los derechos de los niños y las niñas no vienen a reemplazar el núcleo de las relaciones de cuidado entre padres/madres e hijos/hijas, sino que operan como garantía de protección cuando tales cuidados se vuelven opresivos,

¹²⁴ Bridgeman, J., 2007, p. 134.

¹²⁵ CRC/C/GC/14, artículo 5(1).

¹²⁶ Herring, J., 2013b, pp. 64-68.

¹²⁷ Alexander M., P. 1998, p. 142.

¹²⁸ Held, V., 2006, p. 17.

violentos o injustos.¹²⁹ Como sugiere Waldron, la estructura de los derechos no es constitutiva de la vida social, sino que debe ser comprendida, en cambio, como una posición de "respaldo" y "seguridad" en caso de que los demás elementos constitutivos de esa relación social (el cuidado en este caso) se desintegre o distorsione.¹³⁰

Habiendo aclarado lo anterior, parece central insistir en un acercamiento judicial a los posibles conflictos que surgen en el ejercicio legítimo de las responsabilidades, de una forma tal que se evite una lógica adversarial. En el campo de las relaciones entre padres/madres e hijos/hijas, así como respecto de los conflictos entre progenitores y que afectan directamente a los niños, el juez o jueza debiera desarrollar un acercamiento interpretativo y adoptar una actitud integradora, evitando profundizar las tensiones y contradicciones entre las partes. Si bien el juez o la jueza no es un mediador(a) del conflicto jurídico sometido a su decisión, tampoco es cualquier juez(a). A diferencia de los conflictos civiles o comerciales tradicionales, las tensiones que se producen en el ejercicio de las responsabilidades parentales —tales como las decisiones de padres y madres respecto al consentimiento médico, la educación o el desarrollo de la autonomía personal de los niños y niñas— deben gobernarse por una preocupación integral por los derechos y el desarrollo holístico de los últimos. Ello incluye, por cierto, una consideración específica por comprender el papel que madres y padres (y otros terceros calificados) desempeñan en el ejercicio de los derechos de los niños y las niñas, así como una seria y eficaz valoración de la opinión de estos, en función de su edad y madurez.

Algunos podrán considerar que estas observaciones son idealizadas. Pero ellas están lejos de serlo. Tratándose de casos referidos a niños(as) más pequeños, es razonable conceder un peso específico mayor a las opiniones y decisiones de los padres o madres, aunque siempre en el marco de la

¹²⁹ En otro trabajo he desarrollado esta idea en relación con los conceptos de derechos y garantías de la niñez. *Cfr.* Espejo Yaksic, N. 2020, pp. 582-587.

¹³⁰ Waldron, J., 1993, p. 374.

evaluación y determinación de su interés superior. Tal peso irá disminuyendo conforme el (la) niño(a) crece y desarrolla su propia visión del mundo y una mejor comprensión respecto a los riesgos, oportunidades y definiciones que enfrenta. Pero ello no significa que, tratándose de adolescentes maduros(as) o competentes, los intereses de los padres/madres no deban ser considerados. Una solución óptima para el (la) juez(a) es aquella que otorga la máxima protección posible a los intereses del (de la) niño(a), mientras limita, en el menor grado posible, los intereses o derechos de esos padres y madres.¹³¹ Tal y como indica la propia Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, al determinar una materia que afecte al (a la) niño(a), el (la) juez(a) debe considerar su interés como *una* (no *la*) consideración primordial.¹³² Ello sugiere que, al momento de resolver, el (la) juez(a) no sólo tendrá en cuenta el interés superior del (de la) niño(a), aun cuando, como hemos visto, dicho interés resulte preponderante y guíe su decisión final.

Adicionalmente, la opinión de los padres/madres es fundamental para el (la) juez(a), toda vez que ella resulta instrumental para la evaluación y determinación del interés superior del propio niño o niña. La información que padres y madres proveen al (a la) juez(a), y la calificación que ellos hacen respecto de ella, es un elemento fundamental al momento de buscar formarse una opinión sobre aquello que demanda el interés superior. En otras palabras, la opinión de los padres/madres no es "un antecedente más" en el ejercicio de interpretación judicial. Los padres y las madres son sujetos especialmente calificados para contextualizar y precisar una serie de preocupaciones, datos y relatos que permiten formarse una mejor opinión sobre el niño o la niña y la materia que se enfrenta. Esto puede ser especialmente relevante en casos en que el (la) juez(a) debe formarse una opinión más amplia respecto a los derechos y el bienestar del niño(a) en contextos sanitarios o médicos,¹³³ aunque no sólo en ellos.

¹³¹ Eekelaar, J., 2002, pp. 243-244.

¹³² CRC/C/GC/14, artículo 3(1).

¹³³ "[los padres suelen ser los únicos adultos capaces de tener un conocimiento continuo del niño como paciente. Su conocimiento es único, no sólo en la cantidad de detalles acumulados, sino también en calidad ...]". Alderson, P., 1990, pp. 52-65, 61.

A su vez, padres y madres jugarán un rol protagónico en la etapa posterior al fallo, incluido el contexto en que tal decisión se aplicará. Considérese, por ejemplo, el caso de los padres religiosos que se oponen a la transfusión de sangre de sus hijos(as), el de los padres que cuestionan las decisiones del equipo médico que trata a su hijo(a), o aquellos que se oponen al ejercicio de los derechos sexuales o reproductivos de una hija en situación de discapacidad mental. ¿Cómo puede el juez afirmar el interés superior en esos casos sin contar posteriormente con alguna forma de involucramiento de esos padres o madres? Si esos padres no perciben, a lo menos, que su opinión ha sido debidamente considerada en el proceso judicial, la efectividad de dicho fallo judicial podrá verse afectada considerablemente. Existe, en otras palabras, un *rol pedagógico* en la forma en que el juez o la jueza escucha y considera la opinión de los padres/madres, a la vez que explica a los mismos, las razones que justifican su decisión.¹³⁴

Finalmente, es importante considerar que la información y opinión que recibe el juez(a) puede ser también de otros terceros calificados, en contextos en los cuales su opinión es fundamental. Esos antecedentes también serán clave a la hora de evaluar y determinar el interés superior del niño o la niña, en el caso concreto. Así, por ejemplo, en casos en que se discute sobre la salud del (la) niño(a) o la necesidad de autorizar —o negar— un determinado tratamiento médico, la opinión del cuerpo médico tiene un peso específico particularmente intenso para el (la) juez(a).¹³⁵ De modo similar, en casos referidos a otras materias —como la educación, la salud mental o la opinión del (de la) niño(a) sobre su residencia o el régimen de relación directa y regular con el padre o madre

¹³⁴ Recientemente, distintos tribunales en el mundo han desarrollado iniciativas para adecuar y hacer más comprensibles sus fallos para los niños. Por ejemplo, redactando versiones en lenguaje simple para los niños, o enviándoles una carta, y que se adjuntan al fallo en su formato tradicional. Sin embargo, es importante que también los padres cuenten con un espacio formal para la mejor comprensión de la decisión del juez, sobre todo cuando la materia decidida tendrá efectos importantes en la dinámica de las relaciones entre padres e hijos.

¹³⁵ Véase, en especial, el capítulo de Jonathan Herring, "Responsabilidad parental y decisiones médicas en el Derecho Inglés", en esta misma obra.

no residente— la información provista por profesionales, expertos y/o encargados de protección resultará indispensable para que el (la) juez(a) se forme una opinión sobre aquello que mandata el interés superior.

Como ha observado Joe Bridgeman:

[...] es importante reconocer también que el bienestar y los intereses de autonomía de los niños dependen, del mismo modo, de los cuidados entregados por otras personas en cumplimiento de sus responsabilidades profesionales. La ley tiene un papel que desempeñar, a través de la revisión independiente por parte de un tribunal, cuando los padres y profesionales con responsabilidad de cuidados no están de acuerdo respecto al interés superior del niño, cuando el desacuerdo tenga consecuencias graves para su futuro o exista incertidumbre sobre el bienestar del niño en el ejercicio de su autonomía. En esos casos, el tribunal debe reconocer las respectivas responsabilidades de padres y profesionales y animarlos a trabajar conjuntamente en la tarea compartida de proteger el bienestar y promover la autonomía del niño.¹³⁶

El juez o la jueza, en consecuencia, no está solo o sola. En cuanto protagonista de la evaluación y determinación del interés superior del niño o de la niña en aquellos casos que llegan a su conocimiento, quien juzga puede y debe mantener una actitud abierta, informarse al máximo sobre el niño o la niña y facilitar el involucramiento de ambos padres y de otros profesionales que concurren en el ejercicio de sus responsabilidades y obligaciones. En el cumplimiento de su obligación por considerar el interés superior del niño o la niña como una consideración primordial, el (la) juez(a) tiene la oportunidad de transformar las condiciones y dinámicas del proceso que lidera, valorando el peso específico de las opiniones que recibe, garantizando un involucramiento activo de los intervinientes y considerando la opinión del propio niño o niña.

¹³⁶ Bridgeman, J., 2017, p. 73.

5. Conclusiones

En este trabajo he intentado proveer una panorámica general en torno a la figura de la responsabilidad parental. Se ha sostenido que esta forma de comprender las relaciones parento-filiales implica una evolución fundamental en el campo del derecho de familia, caracterizada por el desplazamiento de las ideas de potestad/poder paterno, por la de responsabilidad parental (de ambos padres). Este giro corresponde a la consolidación de una tendencia en torno a la disminución y re-comprensión sobre los antiguos poderes omnímodos concedidos históricamente al padre sobre sus hijos. En su concepción moderna, representada en varios ejemplos del derecho comparado, las facultades, autoridades o derechos parentales se justifican y ejercen en relación con la protección de los niños y las niñas y su desarrollo holístico. Esto resulta fundamental a la hora de comprender la noción misma de parentalidad, y su relación con los derechos fundamentales. Como nos recuerda John Eekelaar, mientras una persona responsable sigue sus obligaciones legales, la responsabilidad no termina ahí: una persona responsable considerará el efecto que sus acciones puedan tener sobre los otros y ajustará su comportamiento, incluso si esto significa renunciar a sus derechos legales.¹³⁷ La parentalidad, en otras palabras, no es principalmente una cuestión de derechos sino de responsabilidad.

Mientras la responsabilidad parental se ejerce tradicionalmente por los "padres legales" (padre y madre) de un(a) niño(a) y bajo un esquema de corresponsabilidad, ella también puede ser concedida a otras personas que se encuentran *in loco parentis*. En otras palabras, la responsabilidad parental abarca no sólo la posición de los padres/progenitores de la niña o niño sino también, la de otros miembros de la familia o adultos cercanos al (a la) niño(a) cuando los primeros no pueden o no quieren ejercer sus derechos y deberes. Con todo, es importante tener en mente que la

¹³⁷ Eekelaar, J., 2006, pp. 128; 130-131.

extensión y profundidad de las facultades, autoridades o derechos que concede la responsabilidad parental será más intensa, tratándose de los padres legales de un niño. Lo anterior surge como corolario básico del reconocimiento de derechos parentales derivados de las funciones parentales de cuidado y crianza del (de la) niño(a).

Una dimensión particularmente relevante para la comprensión de la responsabilidad parental es aquella referida al lugar que ocupan los derechos parentales y cuáles son las condiciones de su reconocimiento y limitación. A diferencia de los derechos fundamentales generales, los derechos parentales surgen, se comprenden y ejercen en relación con la satisfacción del interés superior del niño o la niña; no, en cambio, respecto de los propios intereses independientes de padres y madres. No se trata, en otras palabras, de que no existan derechos parentales sino, más bien, de que tales derechos disminuyen en significancia y peso, frente a los intereses y derechos de los niños y las niñas. Ello tiene consecuencias muy directas para la interpretación judicial.

Por un lado, y tratándose de conflictos judicializados entre la interpretación que madres y padres hacen respecto a su autoridad para decidir sobre aspectos relacionados con la crianza del (de la) niño(a), el (la) juez(a) debe considerar el interés superior del (de la) niño(a) como *la consideración primordial o fundamental*. En otras palabras, el (la) juez(a) debiera prestar atención a las pretensiones, opiniones y derechos parentales, pero considerando que los mismos surgen y se orientan por la expectativa de cuidado a favor de los niños y las niñas. La evaluación y la determinación de aquello que constituye el interés superior, sin embargo, no son discrecionales y se encuentran sujetas a una serie de criterios normativos y procesales que permiten evitar una lectura tutelar sobre los intereses de los niños y las niñas. Por otro lado, en materias en las que se determine la necesidad de dictar una medida de protección que separa al niño o niña de sus padres y con el objeto de protegerle frente a la amenaza de sufrir un daño grave o significativo, el análisis desarrollado por el (la) juez(a) debe ser doble. La jueza o el juez no sólo se verá guiado por el principio

del interés superior, sino que, además, deberá acreditar que las circunstancias que habilitan la medida de separación del (de la) niño(a) de su ambiente familiar constituyen "un daño grave y significativo" para él o ella. Este estándar se deriva del peso y papel preponderantes del derecho a la vida familiar para el ejercicio de los derechos de la niñez y su desarrollo integral u holístico.

El afirmar que los derechos de padres y madres ceden frente a la obligación judicial de otorgar protección efectiva a los intereses superiores de la niñez no significa, sin embargo, que los intereses, derechos u opiniones de ambos padres, deban ser pasadas por alto. Madres y padres son titulares de derechos fundamentales generales y de derechos parentales derivados, que deben ser considerados por el (la) juez(a). No sólo eso. La opinión de los progenitores resulta fundamental para el (la) juez(a), a la hora de informar el proceso de evaluación y determinación del interés superior del (de la) niño(a) y para contar con las condiciones necesarias para el cumplimiento su decisión. En el ejercicio de su función jurisdiccional y en el campo de las relaciones paterno-filiales, el juez o la jueza debe desarrollar una actitud específica, que se informa de la participación activa no sólo del niño y la niña, sino de sus progenitores y otros adultos o profesionales llamados a velar por el interés superior de la niñez.

Bibliografía

Alderson, P. (1990), "Consent to Children's Surgery and Intensive Medical Treatment", *Journal of Law and Society*, (17), pp. 52-65.

Altman, Scott A. (2011), "The Pursuit of Intimacy and Parental Rights", en *The Routledge Companions to Philosophy of Law*, editado por Andrei Marmor, pp. 305-314. Londres: Routledge.

_____ (2018), "Parental Control Rights", en *Philosophical Foundations of Children's and Family Law*, ed. Elizabeth Brake y Lucinda Ferguson, pp. 209-226. Oxford: Oxford University Press.

Archard, D. (2003), *Children, Family and the State*, Aldershot: Ashgate Publishing Limited.

_____ (2004), *Children: Rights and childhood*. Londres/Nueva York: Routledge, London.

Arango, M. (2019), "La constitucionalización del derecho de familia en Colombia. El alcance del derecho a la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes", en *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas Comparadas*, editado por Espejo Yaksic, N., Ibarra Olguín, A. M., pp. 279-320. Ciudad de México: SCJN.

Bainham, A. (1999), "Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions", en *What is a Parent?: A Socio-Legal Analysis*, eds. Andrew Bainham, Shelley Day Sclater y Martin Richards, pp. 25-46. Portland/Oxford: Hart Publishing.

_____ (2009), "Is Anything Now Left of Parental Rights?", en *Responsible Parents and Parental Responsibility*, editores Probert, Rebecca, Gilmore, Stephen y Herring, Jonathan, pp. 23-42. Oxford/Portland: Hart Publishing.

BOE, *El Código de Eurico*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2014, «https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2014-1».

Borda, G. A. (2002), *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, Argentina: Lexis Nexis.

Bridgeman, J. (2007), *Parental Responsibility, Young Children and Health Care*, Cambridge: Cambridge University Press.

_____ (2017), "Protegiendo el Bienestar y Promoviendo la Autonomía", en *Responsabilidad parental*, coordinado por Lathrop Gómez, F. y Espejo Yaksic, N., pp. 53-73, Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Brighouse, H. y Swift, A. S. (octubre 2006), "Parents' Rights and the Value of the Family", *Ethics* (117), pp. 80-108.

Callan, E. (1997), *Creating Citizens: Political Education and Liberal Democracy*, Oxford: Clarendon Press.

Choudry, S. y Fenwick, H. (2005), "Taking the Rights of Parents and Children Seriously: Confronting the Welfare Principle under the Human Rights Act", *Oxford Journal of Legal Studies*, (25), pp. 453-492.

Claro Solar, L. (1992), *Explicaciones del derecho civil chileno y comparado*, vol. II, *De las Personas*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Comisión para el Derecho Europeo de Familia (2007), *Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad Parental (Principios ECFL)*.

Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas (2006), *Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 40 periodo de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006).

_____ (2013), *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, CRC/C/GC/14 (2013).

Consejo de Europa (1979), *Recomendación (Asamblea Parlamentaria) 874 (1979) sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño* (1979).

_____ (1984), *Recomendación (Comité de Ministros) (84)4 de 28 de febrero de 1984 sobre responsabilidades parentales* (1984).

Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño (1990), adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Deleury, E., Rivet, M. y Jean-Marc, N. (1974), "De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité", *Les Cahiers de droit* 15, no. 4. «<https://core.ac.uk/reader/59342410>».

Directrices sobre las Modalidades de Cuidado Alternativas de Niños, resolución de Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General No. 64/142-2009.

Eekelaar, J. (1991), "Parental Responsibility: State of Nature or Nature of the State?", *Journal of Social Welfare and the Family* (13), pp. 37-50.

_____ (2001), "Rethinking Parental Responsibility", *Family Law* (31), pp. 426-430.

_____ (2002), "Beyond the Welfare Principle", *Child and Family Law Quarterly* (14), pp. 243-244.

_____ (2006), *Family Law and Personal Life*, Oxford: Oxford University Press.

_____ (2016), "Two Dimensions of the Best Interests Principle", en *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. Best Interests, Welfare and Well-Being*, editado

por Sutherland, Elaine E. y Barnes Macfarlane, Lesley-Anne, 99-111. Cambridge: Cambridge University Press.

_____ (2017), "Responsabilidad parental como privilegio", en *Responsabilidad parental*, Lathrop Gómez, F y Espejo Yaksic, N. (coords.), pp. 13-31, Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Espejo Yaksic, N. (2020), "Derechos de los niños, niñas y adolescentes", en *Curso de Derechos Fundamentales*, (eds.), P. Contreras y C. Salgado, pp. 571-602, Santiago, Chile: Tirant Lo Blanch.

_____ (2017), "El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental", en *Responsabilidad parental*, Lathrop Gómez, F y Espejo Yaksic, N. (coords.), pp. 33-52, Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Fernández, S. E. (2015), "La responsabilidad parental en el código civil y comercial. ¿Cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios", en *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental 20/05/2015*, 181 (La Ley 2015-C), pp. 181-196.

Fried, C. (1978), *Wright and Wrong*, Cambridge, Harvard University Press.

Galston, W. A. (2002), *Liberal Pluralism*, Cambridge: Cambridge University Press.

George, R. (2012), *Ideas and Debates in Family Law*, Oxford: Hart Publishing.

Godwin, S. (2015), "Against Parental Rights", *Columbia Human Rights Law Review* (47) 1, pp. 1-83.

Goold, I. (2019), "Evaluating 'Best Interests' as a Threshold for Judicial Intervention in Medical Decision-Making on Behalf of Children",

en *Parental Rights, Best Interests and Significant Harms-Great Ormond Street Hospital v. Gard*, editado por Goold, Imogen, Herring, Jonathan y Auckland, Cressida, pp. 29-48. Oxford: Hart Publishing.

Hannan, S. y Vernon, R. (julio 2008), "Parental Rights: A Role Based Approach", *Theory and Research in Education* 6, núm. 2 (julio 2008), pp. 173-189.

Held, V. (2006), *The Ethics of Care: Personal, Political and Global*. Nueva York: Oxford University Press.

Herring, J. (2013a.), *Family Law*. Reino Unido: Longman Law Series, Pearson.

_____ (2013b), *Caring and the Law*, Oxford/Portland: Hart Publishing.

Herring, J. (2014), *Relational Autonomy and Family Law*, Nueva York/Londres: Springer.

Honneth, A. (2007), *Disrespect: The Normative Foundations of Critical Theory*, Cambridge, Malden, Massachusetts: Polity Press.

Lázaro, I. (2011), "Intervención pública en la protección de menores y respeto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 83-84, pp. 263-265.

Locke, J. (1689), *Two Treatises of Government [Segundo tratado sobre el gobierno civil]*. Londres, «<https://www.yorku.ca/comninel/courses/3025pdf/Locke.pdf>».

Lowe, N. y Douglas, G. (1998), *Bromley's Family Law*, Oxford: Oxford University Press.

- Jiménez Sanjinés, R. (2006), *Lecciones de derecho de familia y derecho del menor*, La Paz, Bolivia: Editora Presencia.
- Kaser, M. (1982), *Derecho romano privado*, Madrid: Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 2a. ed.
- Kruger, H. (2004), "The Legal Nature and Development of Parental Authority in Roman, Germanic and Roman-Dutch Law: A Historical Overview", en *Fundamina: A Journal of Legal History*, (10): pp. 84-112.
- Nery Jr., N. y Nery Jr., R. M. (2003), *Código civil anotado e legislação extravagante*, Brasil: Revista dos tribunais.
- MacCormick, N. (1982), *Legal Right and Social Democracy: Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- Macleod, Colin M. (1997), "Conceptions of Parental Autonomy", *Politics and Society*, (25) 1, pp. 117-140.
- Marlasca Martínez, O. (2000), "Limitaciones al ejercicio de la patria potestad. De Roma al derecho moderno", *Estudios de Deusto*, Bilbao, Universidad de Deusto(48.2), pp. 123-151.
- Martin, O. (1925), *La Coutume de Paris trait d'union entre le droit romain et les législations modernes*. París: Société anonyme du Recueil Sirey.
- Meyers, Peter A. (1998), "The 'Ethic of Care' and the Problem of Power", *The Journal of Political Philosophy* (6) 2, pp. 142-170.
- Méndez Chang, E. (2019), *Introducción al derecho romano*, Lima, Perú: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Millum, J. (2018), *The Moral Foundations of Parenthood*, Nueva York: Oxford University Press.

- Montague, P. (2000), "The Myth of Parental Rights", *Social Theory* 26, pp. 41-62.
- Otero Varela, A. (1956), "La patria potestad en el Derecho histórico español", *Anuario de historia del derecho español*, 26, pp. 209-242.
- Probert, R., Gilmore, S. y Herring, J. (2009), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford/Portland: Hart Publishing.
- Raz, J. (1984), *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.
- Rodríguez Ennes, L. (2009), "La adopción romana: continuidad y discontinuidad de un modelo", *Dereito* 18, núm. 1, 2009, 115-134 «<https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7917/04.Rodriguez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>».
- Rueda, N. (2020), *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad. Un estudio comparado entre Italia y Colombia*, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Scherpe, J. (2009), "Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View", en *Responsible Parents and Parental Responsibility*, editores Probert, Rebecca; Gilmore, Stephen y Herring, Jonathan, pp. 43-44, Oxford/Portland: Hart Publishing.
- Scott, E. R. y Scott, R. E. (1995), "Parents as Fiduciaries", *Virginia Law Review* 81, no. 8, pp. 2401-2476.
- Steele, H. y Steele, M. (2013), "Parenting Matters: An Attachment Perspective", en *What is Parenthood? Contemporary Debates about the Family*, editado por L. C. McClain y D. Cere, 214-233, Nueva York: New York University Press.

Suárez Blázquez, G. (2014), "La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XXXVI, pp. 159-187.

Taylor, R. (2019), "La responsabilidad parental en la Constitución británica. El caso de Charlie Gard", en *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, editores Nicolás Espejo Yaksic y Ana María Ibarra Olgún, 229-275. México: SCJN.

The House of Commons (1988), "The Law Commission (LAW COM. No. 172)", *Family Law, Review of Child Law, Guardianship and Custody*. Londres: 25 de julio de 1988, «https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/229026/0594.pdf».

Young, L., Dhillon, S. y Groves, L. (2014), "Child Sexual Abuse Allegations and s 60CC(2A): A New Era?", *Australian Journal of Family Law* 28, núm. 23, 233-265.

Waldron, J. (1993), *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press.

Otros

Alfonso X, *Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio* (1256-1265), en: «<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3589/2.pdf>».

Legislación comparada

Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación.

Australia, Family Act 1975.

Bolivia, Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia.

Brasil, Código Civil de Brasil.

Cataluña, Código Civil de Cataluña.

Cataluña, Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

Chile, Código Civil.

Dinamarca, Ley núm. 499 del 6 de junio de 2007.

El Salvador, Código de Familia.

España, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Francia, *Code Civil*.

Inglaterra y Gales, *Children Act de 1989*.

México, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), *Diario Oficial de la Federación (DOF)* 04/12/2014.

1. Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos

Perú, Nuevo Código de los Niños y Adolescentes.

2. Código Civil.

Portugal, Ley núm. 61, de 31 de octubre de 2008.

Sudáfrica, *Children Act* 38, 2005.

Jurisprudencia

Inglaterra y Gales

In re Agar-Ellis: CA (1883).

Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA and another (1985), 3 WLR 830.

Re O (Contact: Imposition of Conditions) [1995] 2 FLR 124.

Re M (Minors) (Contact: Violent Parent) [1999] 2 FCR 56.

Re C (a child: contact) [2004] All ER (D) 367 (Jul).

R (Axon) v Secretary of State for Health [2006] EWHC 37 (Admin), párr. 130.

Re D (A Child) (Abduction: Rights of Custody) [2006] UKHL 51, párr. 57.

México

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Contradicción de Tesis 293/2011.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 348/2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3859/2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 6179/2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Amparo en Revisión 800/2017.

Colombia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-510 de 2003.

Corte Constitucional de Colombia, C-910-04.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-115 de 2014.

Estados Unidos de América

US Supreme Court, *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 60 (2000),
§26.10.160(3)

US Supreme Court, *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 391, 401 (1923).

US Supreme Court, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 534-35
(1925).

US Supreme Court, *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 232-33 (1972).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (2012).

Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica (2012).

Corte Europea de Derechos Humanos

Johansen vs. Noruega (1996).

P, C. and S. vs. United Kingdom (2002).

CAPÍTULO II

Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana*

Marisa Herrera** y Fabiola Lathrop***

* Una primera versión de este trabajo ha sido publicada en la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia (32, enero-junio, 2017):143-173, doi: «<https://doi.org/10.18601/01234366.n32.0>». Aquí se presenta este trabajo actualizado y ampliado.

** Marisa Herrera es abogada y Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires; investigadora del CONICET (Comisión Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina); profesora Adjunta de "Derecho de Familia y Sucesiones", Universidad de Buenos Aires; profesora titular de "Derecho de Familia", Universidad de Palermo, Argentina.

*** Fabiola Lathrop es abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile; Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca; y profesora titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Resumen

La Convención sobre los Derechos del Niño ha tenido impacto reformador en las legislaciones latinoamericanas. Las relaciones entre progenitores e hijos no han estado al margen de esta renovación legal. El desarrollo habría sido bastante dispar; al menos es lo que acontece con la figura de la responsabilidad parental. Pocos Estados han introducido modificaciones sustanciales en el régimen jurídico de las relaciones entre padres e hijos. Otros se habrían quedado a mitad de camino. Un tercer grupo no habría tomado nota sobre los avances que incentiva dicha herramienta legal internacional, observando una deuda pendiente con los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. ¿Qué Estados han cumplido con dicha manda, cómo y en qué sentido para estar acorde con los postulados de la Convención? Éste es el interrogante clave que transversaliza este estudio contemporáneo sobre la figura de la responsabilidad parental en América Latina.

Palabras clave

Derechos Humanos; Derechos de Niños y Adolescentes; Responsabilidad parental; Derecho comparado: América Latina.

1. Introducción

Recuperada la democracia en varios países latinoamericanos,¹ los ordenamientos jurídicos intentaron ponerse a tono con los tratados internacionales de derechos humanos que habrían venido a subvertir ciertos principios y reglas sobre los cuales se edificaron las legislaciones en general, siendo una de las más impactadas la vinculada de manera directa con el derecho de familia.

La gran mayoría de los Estados latinoamericanos —con mayor o menor desarrollo legislativo— han pasado de un modelo patriarcal con criterios legales hermenéuticos propios de los Códigos Civiles del siglo XIX, a ser interpelados y en consecuencia, reconstruidos, para estar a tono con sistemas sociales y familiares más democráticos. En este marco, se produjeron reformas legales de enorme trascendencia en diferentes ámbitos del derecho de familia más clásicos —como la filiación y el divorcio— y más modernos —como la violencia intrafamiliar y de género, la protección psico-socio-jurídica de la infancia y la justicia familiar, entre otros—. Este proceso se llevó a cabo gracias al influjo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante Convención) y, en menor medida, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.² Varios son los principios de derechos humanos que emanan de ambos instrumentos legales: la condición de

¹ En este artículo se analiza la legislación de los siguientes países por orden alfabético: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

² Cabe recordar que su artículo 16 expone que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: [...] d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial".

los niños³ como sujetos de derecho y, derivado de ello, el de autonomía progresiva, ambos enmarcados en el principio rector del interés superior del niño;⁴ la preservación de los vínculos o lazos familiares y el respeto a la vida familiar e igualdad y no discriminación,⁵ por destacar los más elocuentes, que habrían puesto en crisis las regulaciones clásicas y existentes en el campo de las relaciones de familia.

En lo que concierne a la relación jurídica entre progenitores e hijos conocida de manera contemporánea como "responsabilidad parental", el derecho de familia latinoamericano se ha concentrado, principalmente, en los efectos derivados de la ruptura de la pareja (matrimonial o no) en los hijos: alimentos, cuidado personal y régimen de comunicación. De manera crítica, se puede afirmar que no existe un fuerte desarrollo dogmático ni

³ A modo de aclaración general, no se desconocen los avances que se han logrado en el campo del lenguaje escrito con fines de ampliarlo y pluralizarlo desde la perspectiva de género utilizándose el símbolo @ o la x. Aquí se utiliza de manera tradicional el masculino, sólo para facilitar la lectura.

⁴ Amplísima es la bibliografía existente en torno a este principio rector, sólo a modo de ejemplo se trae a colación la Observación General No. 14 sobre "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)" de 2013. Aquí se expone de manera clara que la expresión "interés superior del niño" abarca tres dimensiones: a) es un derecho sustantivo al tener que evaluarse y sopesar "distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general"; b) es un principio jurídico interpretativo fundamental y c) constituye una norma de procedimiento por lo cual "siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados", en «http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf» (Consultada el 24/01/2017).

⁵ Centrándonos en el ámbito regional latinoamericano, cabe destacar que todos estos principios han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A modo de síntesis, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* de 2012 dicha Corte señaló: "La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio" (*Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 142). Esta consideración se amplió en el caso *Fornerón e hija vs. Argentina* de 2012, al agregar: "no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas" (*Caso Fornerón e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242, párrafo 98).

jurisprudencial sobre el concepto y los principios propios de esta institución y en lo que respecta a su contenido —en particular, lo relativo al cuidado de los hijos— suele haber confusión en varios ordenamientos jurídicos en torno a qué actos comprometen o se derivan de dicho cuidado.⁶ De este modo, el régimen jurídico de la responsabilidad parental en la región observa algunas similitudes pero también, importantes diferencias como se verá en el presente ensayo.

Salvo algunas excepciones, se observaría una aproximación atomizada de la responsabilidad parental a propósito de intereses específicos de algunos grupos, como son el reconocimiento de nuevas identidades y formas de parentalidad,⁷ en absoluta coherencia con el lugar de relevancia que están ocupando en la agenda pública los derechos de las minorías.⁸

En general, no existe una concepción integrada sobre los principios que deberían regular las relaciones de familia, incluidas las existentes entre

⁶ Cabe señalar que el caso argentino constituye la excepción en nuestro continente. Este país cuenta con un Código Civil y Comercial de la Nación que ha entrado en vigencia el 1o. de agosto de 2015 y que introduce modificaciones sustanciales en el campo del Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia.

⁷ Espejo, N., 2014.

⁸ Nuevamente a modo de ejemplo, cabe recordar la cantidad de países que, de manera ascendente, van aceptando la figura del "matrimonio igualitario", es decir, van ampliando la institución del matrimonio a las parejas del mismo sexo. En orden cronológico ascendente, el primer país que permitió a una pareja del mismo sexo contraer matrimonio fue Holanda (2001), seguido de Bélgica (2003); Canadá y España (2005); Sudáfrica (2009); Noruega y Suecia (2009); al igual que en Argentina (2010), se sumaron Portugal e Islandia y posteriormente; Dinamarca (2012); Uruguay, Francia y Nueva Zelanda (2013); el Reino Unido integrado por Inglaterra, Gales y Escocia (durante el 2013 y 2014); Luxemburgo (2015); Eslovenia (2015) y Finlandia cuya legislación entró en vigor en el 2017. Asimismo, cabe señalar que en breve se estaría sumando Taiwán que sería el primer país asiático en consagrar la unión legal entre personas del mismo sexo (en «<http://www.telam.com.ar/notas/201610/168867-matrimonio-igualitario-taiwan.html>») (Consultado el 23 junio de 2020.) Grupo de legislaciones a los cuales se deben agregar Estados Unidos, Brasil y Colombia por decisión judicial e Irlanda en el 2015 por referéndum popular. Sin perder de vista la situación chilena en el que se destaca el acuerdo amistoso arribado —por iniciativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (MOVILH) y el Estado chileno en el que, entre otras cuestiones, acordaron iniciar un proceso de debate público a los fines de redactar un proyecto de ley de matrimonio igualitario que debe presentarse al Congreso dentro del primer semestre del 2017 (se trata del Caso P-946-12 de fecha 11/06/2016, en «<http://www.movilh.cl/documentacion/2016/Acuerdo-MOVILH-Estado.pdf>») (Consultado el 23/06/20.)

progenitores e hijos.⁹ La dogmática jurídica sobre la responsabilidad parental no ha sido capaz de establecer cuáles son los principios sobre los que debería estructurarse su régimen jurídico, para aprovechar el lugar de relevancia y protagonismo asumido por la Convención. ¿Acaso este instrumento legal internacional de tal envergadura no es hábil para re-conceptualizar la noción y contenido de las relaciones entre progenitores e hijos si se toman como punto de partida los principios centrales que emanan de dicha normativa central?

Es necesario destacar una fuerte carencia teórica con claros efectos prácticos en esta oportunidad revisionista. Probablemente, ello se deba al dilema que deben enfrentar varios países de la región en cuanto a la falta de regulación de ciertos tópicos que han superado los paradigmas tradicionales y que no habrían encontrado hasta la actualidad un espacio en la legislación interna, como: la responsabilidad parental ejercida por progenitores del mismo sexo; la figura del *step-parent* en el contexto de la familia ensamblada;¹⁰ los desafíos que plantean las filiaciones no biológicas —en especial, las derivadas del uso de las técnicas de reproducción asistida en el marco de una pareja del mismo sexo de mujeres en la que una es la que da a luz y la otra aportó o no su material genético pero el niño es criado por ambas—; y todo lo relacionado al ejercicio de ciertos derechos por los hijos menores de edad que cuentan con edad y grado de madurez suficiente de conformidad con el principio de autonomía progresiva; lo que implica revisar conceptos jurídicos claves en el derecho civil con alto impacto en el derecho de familia, como son la capacidad civil y la representación legal con fuerza en el campo de los derechos personalísimos.¹¹

⁹ Ha contribuido a ello el proceso de constitucionalización del derecho, pues constituye un fenómeno que ha dotado de coherencia al derecho de familia; sin embargo, su aceptación no es unánime en nuestro continente. Ha alcanzado gran desarrollo en la doctrina argentina (Gil, Famá, Herrera, 2006). En Chile cuenta con defensores (Lathrop, 2017 y Schmidt, 2005) y detractores (Corral, 2004).

¹⁰ No se ha desarrollado el concepto de "nuevas parentalidades", que busca hacer la distinción entre ser un progenitor (parentesco reconocido en un vínculo legal) y desarrollar o cumplir las funciones parentales. Véase Bainham, 2009.

¹¹ En cuanto a esta última cuestión, Paraguay presenta una norma sobre educación y salud sexual de los adolescentes que obliga especialmente a la familia a garantizar los servicios y programas de

Es sabido que, al suscribirse la Convención durante la década de 1990, el interés superior del niño se erigió como eje rector. En esta línea, la protección del derecho del niño a ser oído¹² y el respeto por su autonomía progresiva¹³ han sido recogidos de manera prácticamente unánime en los textos de las legislaciones internas que tuvieron por finalidad reforzar y adecuar a la idiosincrasia de cada Estado dicha Convención. Se trata de leyes que, si bien han pretendido afianzar la perspectiva de derechos humanos de niños y adolescentes en los ámbitos nacionales, no siempre han tenido plena aceptación y coherencia con las legislaciones civiles (ya sean Códigos Civiles o Códigos de Familia, según la estructura normativa que se siga). Es decir, las leyes civiles suelen ser más tradicionales, conservadoras y, por ende, refractarias a concepciones más modernas y amplias como las nociones de autonomía progresiva¹⁴ y coparentalidad.¹⁵ Este verdadero "choque de cultura legislativa" entre leyes de protección

salud y educación sexual integral del niño y del adolescente (Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 14).

¹² En general, en aspectos de la crisis matrimonial o de pareja existe un mandato legal que exige escuchar al niño y tomar debidamente en cuenta su opinión. En este sentido, la norma suele hacer referencia a la edad y grado de madurez del niño (Código Civil, Chile, artículo 242; Código de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay, artículo 93; Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 85). En todo caso, algunas legislaciones fijan edades determinadas, como la legislación ecuatoriana, que establece que la opinión de los menores de doce años debe ser valorada por los jueces, en consideración a su grado de desarrollo; y que la opinión de los adolescentes es obligatoria para el juez, a menos que sea manifiestamente perjudicial para su desarrollo integral (Código de la Niñez y Adolescencia, Praguay, artículo 106 inciso final). Los énfasis (subrayados) que se observan en el texto principal y en las notas han sido añadidos.

¹³ Las legislaciones de la región han introducido de manera más o menos explícita el principio de autonomía progresiva. Así, por ejemplo, el artículo 222 del Código Civil chileno establece: "La preocupación fundamental de los padres (progenitores) es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades [...]". Destaca en la región la norma brasileña que distingue los conceptos de representación y asistencia por parte de los progenitores en el acceso a la justicia, en función de las edades de los hijos (Estatuto del Niño y del Adolescente, artículo 142).

¹⁴ Artículo 5 de la Convención: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."

¹⁵ La coparentalidad autoriza a mantener vínculos con ambos progenitores tanto durante como tras la ruptura de la unión entre los adultos; emana del artículo 18 de la Convención: "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá

integral de infancia y adolescencia y las legislaciones de familia (reguladas dentro o fuera de códigos civiles), provocaron fuertes desajustes interpretativos provenientes de voces doctrinarias más críticas o rupturistas ante nociones y perspectivas clásicas. ¿Qué papel ha jugado la Convención en esta tensión evidente y entendible?

Precisamente, inspirados en la Convención, algunos países comenzaron a incorporar y desarrollar conceptos e instituciones más inclusivas y democráticas, abandonando el modelo románico de la "patria potestad" centrado en el poder del padre varón sobre la mujer y los hijos. Transcurridas casi tres décadas de la Convención, subsisten reminiscencias de esta figura que impiden o dificultan interpretaciones acordes a ella. Ejemplo de ello es el Código Civil chileno que permite de manera inespecífica que "cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquél por el tiempo que estime más conveniente".¹⁶

Desde la perspectiva opuesta, la reforma integral de la legislación civil argentina vigente desde el 1o. de agosto de 2015, que regula las relaciones de familia en su Libro Segundo, constituye una excepción al ser una normativa más actual y coherente con los postulados y principios que emanan de la Convención. De allí que se le otorgue un lugar de relevancia dentro del presente análisis comparado del derecho latinoamericano.

Otro claro ejemplo de legislaciones atrasadas y en contradicción con la Convención son aquellas que mantienen el castigo corporal como modo de vinculación vertical y autoritaria entre progenitores e hijos, como el Código de Familia de El Salvador, cuyo artículo 215 referido a la "Corrección y orientación" expresa en su primera parte que "Es deber del padre y de la madre corregir adecuada y moderadamente a su hijos y auxiliarse, en caso necesario, de profesionales especializados o de los servicios de

a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño [...]".

¹⁶ Código Civil, Chile, artículo 234, inciso tercero.

orientación sicopedagógica a cargo de centros educativos o entidades de protección de menores o de la familia". Esta misma línea se sigue en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el artículo dedicado a la "Protección al maltrato", disponiendo en la parte pertinente que "Las niñas, niños y adolescentes deben ser tratados con respeto a su persona e individualidad y no pueden ser sometidos a castigos corporales, psicológicos o a cualquier otro trato ofensivo que atente contra su dignidad, sin perjuicio del derecho de la madre y padre de dirigirlos, orientarlos y corregirlos moderada y adecuadamente".¹⁷

A continuación, se analiza cuál es el panorama legislativo sobre los principales tópicos que conforman la responsabilidad parental en los 12 sistemas jurídicos nacionales compulsados a los fines de llevar adelante un estudio comparado y a la par, conocer el grado de desarrollo legislativo —más o menos cercano a la Convención— que se observa en la región.¹⁸ Básicamente, nos detendremos en los siguientes aspectos: denominación; concepto y contenido; titularidad y ejercicio; y, especialmente, en las situaciones de ruptura o separación de los adultos.

A los fines de profundizar la mirada crítica sobre la responsabilidad parental es necesario, como punto de partida, tener en cuenta los siguientes dos elementos básicos: 1) la mayor complejidad del entretejido social que involucra, entre otras cuestiones, el aumento en la perspectiva de vida, la inserción de la mujer en el mercado laboral; los cambios sustanciales en roles y funciones, y la mayor amplitud de configuraciones familiares; y 2) la consolidación de ciertos valores democráticos de incidencia directa en las relaciones de familia, como el principio de igualdad y no discriminación, el que involucra la mayor horizontalidad en los vínculos afectivos y la participación —visibilidad— de todos sus integrantes, teniéndose en cuenta el grado de desarrollo psico-cognitivo en

¹⁷ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, El Salvador, artículo 38, último párrafo.

¹⁸ Las normas sobre responsabilidad parental se ubican, mayoritariamente, en Códigos de Familia y/o Códigos de la Infancia y de la Adolescencia; y, en segundo lugar, en leyes especiales.

protección de cada uno de ellos. Una revisión democrática de la responsabilidad parental implica, de por sí, revalorizar lo individual o los sujetos en relación con lo familiar. En otros términos, debe salirse de la lógica ancestral y supuesta contradicción entre autonomía de la voluntad (individual) y el orden público (lo social familiar), y reconvertirlo en un conector no un contradictorio; es decir, proteger la autonomía y la libertad de cada uno de los integrantes del grupo familiar aceptando su individualidad, sin perjudicar ni perder de vista los principios de responsabilidad y solidaridad familiar.

Esta labor deconstructiva y reconstructiva a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos bajo el manto de la Convención es hábil para profundizar y actualizar el estudio sobre una figura clásica del derecho de familia. ¿Cuáles son las principales tensiones y los desafíos que enfrenta la relación jurídica entre progenitores e hijos a la luz del denominado "derecho de las familias" como consecuencia obligada de la actual e indiscutible "constitucionalización del derecho de familia",¹⁹ como se le dice a la mirada del derecho de familia desde el vértice de todo ordenamiento jurídico estadual —la Constitución— impregnada por la fuerza y consolidación de la aludida doctrina internacional de los derechos humanos? A la par, se pretende brindar un panorama legislativo a nivel regional que permita observar el mayor o menor grado de adecuación legislativa nacional a la Convención y tomar conciencia sobre cuáles son los principales aspectos que desafían hoy a la dogmática latinoamericana en la materia.

2. El lenguaje no es neutro. ¿Patria potestad, autoridad parental o responsabilidad parental?

Las legislaciones latinoamericanas muestran una variedad de denominaciones para referirse al régimen jurídico que rige las relaciones entre

¹⁹ Gil *et. al.*, 2006; Kemelmajer, 2014; Herrera, 2015.

progenitores e hijos. Diferente es lo que acontece en el contexto europeo, en que el concepto "responsabilidad parental" —proveniente de la Children Act de 1989 del derecho inglés— se encuentra generalizado.²⁰ Si bien algunos países han replicado la noción de "responsabilidad parental", como Colombia²¹ y Argentina,²² en general; los códigos civiles o de familia latinoamericanos continúan refiriéndose a la "patria potestad" —como sucede en Uruguay,²³ Ecuador,²⁴ Paraguay,²⁵ Perú²⁶ Venezuela²⁷ y Chile—²⁸ a la "autoridad parental" como en Bolivia²⁹ y El Salvador;³⁰ o al "poder familiar", como en Brasil.³¹

Si bien existen legislaciones que han introducido principios modernos como el de igualdad parental o corresponsabilidad parental, no han modificado la denominación de algunas instituciones. Ello sucede en el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano³² y el Código Civil chileno

²⁰ El Comité de Expertos sobre Derecho de Familia (CJ-FA) del Consejo de Europa reconoce la relación legal que existe entre un progenitor y un hijo con el término "parental responsibility". Al mismo tiempo, la Comisión Europea de Derecho de Familia (CEFL) ha promovido desde 2007 los principios del derecho de familia europeos que salvo algunas diferencias con la legislación de Inglaterra y Gales, define la responsabilidad parental en términos muy similares a la *Children Act* de 1989: Section 3.1: *all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property*. [todos los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que son concedidos a los progenitores respecto de un hijo, en relación a su persona y sus bienes (traducción propia)].

²¹ El artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia utiliza esta denominación. Sin embargo, el artículo 288 de Código Civil colombiano continúa hablando de "patria potestad".

²² Nuevo Código Civil y Comercial, Argentina, artículos 638 y ss.

²³ Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, artículo 30.

²⁴ Código de la Niñez y la Adolescencia, Ecuador, artículos 104 y ss.

²⁵ Código de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay, artículos 70 y ss.

²⁶ Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículos 74 y ss.

²⁷ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Venezuela, artículos 347 y ss.

²⁸ El Título X del Libro I del Código Civil chileno tiene por nombre "De la Patria Potestad".

²⁹ Código de las Familias y Proceso Familiar, Bolivia, Capítulo Primero del Título IV, denominado "Autoridad de la madre, del padre o de ambos", aprobado en el 2014.

³⁰ Título II, "De la autoridad parental" (Código de Familia, El Salvador, artículos 206 al 246).

³¹ En el Código Civil de Brasil se habla de "poder familiar", en uno de los artículos 1.630 y siguientes del Código Civil. La expresión "poder familiar" fue introducida en Brasil por la Ley No. 12.010 de 2009.

³² El caso de Ecuador es paradigmático en cuanto a la superposición de conceptos. Esta legislación adopta el concepto de "corresponsabilidad parental" (Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 100) pero mantiene la "patria potestad" como institución (Código de la Niñez y Adolescencia, artículos 104 y ss.).

reformado en 2013.³³ De esta forma, aún existe en estos países la "patria potestad" y otras instituciones del derecho de familia que no han sido derogadas o "releídas" a la luz de la Convención, con las consiguientes antinomias que ello produce.

En la vereda contraria se encuentra la reciente legislación argentina que modificó de manera integral y sustancial todo el sistema legal civil, en el que las relaciones de familia han tenido un gran protagonismo dado el tenor y grado de modificaciones incorporadas. Dentro del Libro Segundo focalizado en las "Relaciones de Familia", su Título VII se dedica a la "Responsabilidad parental". A la par, cabe destacar que la Argentina fue el primer país en América Latina en admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo al sancionar la Ley 26.618 en el 2010. Esta normativa fue clave para presionar sobre la necesidad de adecuar su legislación civil a este cambio estructural que posibilitaba, desde el plano jurídico, que un niño pudiera tener dos madres o dos padres. Por ello el Código Civil y Comercial alude de manera neutra al concepto de "progenitores" —el mismo que se utiliza en el presente ensayo— evitando referencias al sexo como "madre" para la mujer y "padre" para el varón; en igual sentido en las relaciones de pareja al receptarse el término "cónyuges" y no "esposa" o "esposo". En esta misma línea se dejó de hablar de presunción de "paternidad matrimonial", para hablar de presunción de "filiación matrimonial" o "filiación presumida por ley"; así, se presume que el cónyuge de quien da a luz es el otro progenitor por determinación legal derivada del matrimonio, sin importar que el matrimonio sea conformado por una pareja de igual o diferente sexo.³⁴ De lo contrario, los hijos nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos personas

³³ El artículo 224 del Código Civil consagra la corresponsabilidad parental; sin embargo, los artículos 243 y siguientes hablan de "patria potestad". El nuevo Código Civil y Comercial argentino ha abandonado el concepto de "patria potestad" para reemplazarlo por el de "responsabilidad parental". Sin embargo, cierta legislación especial continúa utilizando el concepto anterior. En todo caso, ya antes de la entrada en vigencia del nuevo Código se criticaba que la Ley 26.061 de 2005 —de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes— hubiese reiterado el concepto de "patria potestad", por ser impropio a una ley de protección integral de la infancia y adolescencia. Véase Minyersky y Herrera, 2008.

³⁴ Herrera, M., 2015, pp. 406-407.

de diverso sexo tendrían doble vínculo filial y no así los nacidos de un matrimonio conformado por dos personas del mismo sexo, incurriéndose en una abierta violación del principio de igualdad en perjuicio de los hijos en familia homoparentales.

Por último, en materia de denominaciones, un término que hace tiempo también ha estado en crisis es el de "menores". Es sabido que las personas menores de edad son sujetos de derechos y como tales, no son "menores" que ningún adulto. Todo lo contrario, tienen los mismos derechos que todo adulto, más un *plus* de derechos derivados de situación de vulnerabilidad y especialidad que los rodea. De allí que varias legislaciones específicas sobre este grupo etario utilizan los términos "niños" o "crianzas",³⁵ de conformidad con las denominaciones que recepta la Convención de niños, niñas y adolescentes. Una vez más se observa cómo los textos legislativos específicos dedicados a la niñez y adolescencia más contemporáneos utilizan un lenguaje más moderno y acorde con la Convención que las legislaciones civiles o de familia más antiguas y que continúan focalizándose en la noción de "menores".

La excepción por incidencia directa del principio de autonomía progresiva es la legislación argentina, cuyo Código Civil y Comercial diferencia la noción de "niños" de la de "adolescentes". La primera está reservada para las personas menores de edad hasta los 13 años, y para "adolescentes", quienes se encuentran en la franja entre los 13 y 18 años de edad.³⁶ Al respecto, algunos países de la región siguen esta clasificación y en otros, por el contrario, la edad divisoria se encuentra en los 12 años. Esta última postura legislativa es seguida por varios países, como son: Bolivia,³⁷ Brasil,³⁸ Colombia,³⁹ Ecuador⁴⁰ y Perú.⁴¹

³⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, Brasil, en su versión original.

³⁶ Código Civil y Comercial, Argentina, artículo 25.

³⁷ Código Niña, Niño y Adolescente, Bolivia, artículo 5.

³⁸ Estatuto del Niño y del Adolescente, Brasil, artículo 2.

³⁹ Código de la Infancia y la Adolescencia, Colombia, artículo 3.

⁴⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador, artículo 4.

⁴¹ Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo I.

3. Concepto y contenido

La responsabilidad parental es definida en América Latina como el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los progenitores en cuanto a la persona y los bienes de sus hijos menores de edad.⁴² Sólo Colombia, de manera llamativa, restringe la definición de derechos y define responsabilidad parental como "un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil"⁴³ y, por tanto, subsume la primera a la segunda como si fuera una relación de género y especie.⁴⁴ De este modo, la responsabilidad parental sería sinónimo de lo que se conoce como "tenencia", "cuidado personal" o "tuición" en otras legislaciones de la región y no del género, es decir, la figura que conjunta todas las relaciones jurídicas de carácter civil que se derivan del vínculo entre padres e hijos.

El contenido de la responsabilidad parental también sufre algunas variaciones en las distintas legislaciones del continente latinoamericano. Si bien en la amplia mayoría se integra por relaciones personales (cuidado, comunicación, alimentos, representación) y patrimoniales (usufructo o renta, administración y disposición de bienes de los hijos), no en todos es así. Por ejemplo, en Chile subsiste el concepto de "patria potestad" en referencia a la administración de los bienes del hijo y la representación legal del mismo;⁴⁵ en tanto, en lo relativo a los aspectos personales cotidianos del hijo se utiliza el concepto de "cuidado personal".⁴⁶ No existe en Chile, a diferencia de todos sus países hermanos, un instituto global que contenga la reglamentación del estatuto personal como patrimonial con respecto al hijo.⁴⁷

⁴² Código Civil y Comercial, Argentina, artículo 638. El artículo 252 del Código Civil de Uruguay se refiere a la patria potestad, pero la define de manera similar a la ley argentina.

⁴³ Código de la Infancia y la Adolescencia, Colombia, artículo 14.

⁴⁴ El artículo 288 del Código Civil colombiano define a la patria potestad como "el conjunto de derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone".

⁴⁵ Código Civil, Chile, artículo 243.

⁴⁶ Código Civil, Chile, artículo 225.

⁴⁷ Lathrop, 2005, pp. 3-6.

Por su parte, no todos los países de la región enumeran el contenido que integra la figura de la responsabilidad parental, como sí lo hace Perú al referirse a los elementos personales y patrimoniales, como: *a)* Velar por el desarrollo integral de los niños y adolescentes; *b)* Proveer a su sostenimiento y educación; *c)* Dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes; *d)* Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente; *e)* Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos; *f)* Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil; *g)* Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención; *h)* Recibir ayuda de ellos atendiendo a su condición y sin perjudicar su atención; *i)* Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran, y *j)* Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.004 del Código Civil.⁴⁸

Este sendero, aunque más completo, es el que adopta la legislación argentina al abrir el Título VII del Libro Segundo dedicado a la responsabilidad parental definiéndola como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado."⁴⁹ Tras ello, se explicitan los principios sobre los cuales se construye el régimen de responsabilidad afirmando que "La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: *a)* el interés superior del niño; *b)* la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; *c)* el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez". En este contexto, el artículo 646 enumera los deberes de los

⁴⁸ Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 74.

⁴⁹ Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 638.

progenitores en relación con los hijos: i) Cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; ii) Considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; iii) Respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; iv) Prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; v) Respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo; y vi) Representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

4. Titularidad y ejercicio en situaciones de convivencia entre los progenitores

La titularidad de la responsabilidad parental recae en los progenitores; excepto en situaciones extremas en las que se suspende, priva o extingue, dando lugar al ingreso de otras figuras, como la tutela a cargo de terceras personas que pueden ser familiares o no, o de manera más gravosa, a través de la figura de la adopción.⁵⁰ Además, es sabido que se puede delegar el ejercicio de la responsabilidad parental y por tanto, ver desmembrada la titularidad y el ejercicio.⁵¹

La regla para determinar la titularidad depende de la relación de filiación determinada por la presunción legal, reconocimiento o sentencia judicial cuando se trata de la filiación por naturaleza o biológica y, de manera

⁵⁰ Argentina (Código Civil y Comercial, artículo 638), Uruguay (Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 30), Ecuador (Código Civil, artículo 283), Paraguay (Código de la Niñez y la Adolescencia, artículo 70), Bolivia (Código de las Familias y del proceso familiar, artículo 35), Perú (Código de los Niños y Adolescentes, artículo 74), Venezuela (Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, artículo 347), Colombia (Código Civil, artículo 288), Brasil (Código Civil, artículos 1.631 a 1.633) y Chile (Código Civil, artículos 222 y 243).

⁵¹ Excepcionalmente, en casos muy particulares, es posible que un tercero pueda ejercer ciertos derechos y deberes que provienen de la responsabilidad parental (no la responsabilidad parental en bloque). Es el caso chileno, en que el Código Civil (artículo 226) permite al juez, en caso de inhabilidad de los progenitores, otorgar el cuidado personal del hijo a un tercero, especialmente a los ascendientes. Algo muy similar sucede en Brasil (Código Civil, artículos 1.583 No.1 y 1.584 No.5), Ecuador (Código Civil, artículo 269) y Colombia (Código Civil, artículo 254).

más contemporánea, por voluntad procreacional debidamente exteriorizada en el correspondiente consentimiento informado, cuando se trata de niños nacidos de reproducción asistida; esta última regulada de manera autónoma en el Código Civil y Comercial argentino, que reconoce la existencia de tres causas de fuente filial: naturaleza, adoptiva y derivada de las técnicas de reproducción humana asistida.⁵²

La titularidad es conjunta si la filiación está determinada por ambos progenitores, con total independencia de su estado civil, la edad o sexo de los hijos.⁵³ Ellos están llamados a ejercerla conjuntamente o por separado, dependiendo de si viven juntos o no. Aquí se ensambla la interacción y retroalimentación entre titularidad y ejercicio, cuestión que está presente en todos los ordenamientos jurídicos compulsados.

En los supuestos de doble filiación —determinación filial con ambos progenitores— y éstos conviven, la titularidad y el ejercicio está en cabeza de ambos y sólo ante la falta de acuerdo se recurre al juez. Salvo aquellos actos de suma gravedad o importancia para la vida de los hijos (como contraer matrimonio cuando son menores de edad o para salir del país y deben contar con el consentimiento expreso de ambos padres), el resto de los actos que realiza un progenitor se presume que cuenta con el consentimiento presunto del otro.

Otro un principio unánime es que cuando un progenitor fallece, está ausente con presunción de fallecimiento o padece una discapacidad severa por la cual está restringida su capacidad civil, el ejercicio de la responsabilidad parental queda en cabeza del progenitor presente y/o capaz. Se trata de situaciones de excepción en el que por diferentes razones —físicas o jurídicas— el hijo queda bajo el cuidado y el ejercicio

⁵² Código Civil y Comercial, Argentina, artículo 558.

⁵³ Esta es la realidad en la región, salvo en Perú. En este país, si el hijo ha sido reconocido por ambos progenitores no existiendo matrimonio entre ellos, el juez determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los progenitores y, en todo caso, a los intereses del "menor" (Código Civil, artículo 421).

de la responsabilidad de uno solo de los progenitores. Ello también acontece en los casos en que los niños cuentan con un solo vínculo filial en el que tanto la titularidad como el ejercicio lo ostenta el único progenitor.

La decisión legislativa novedosa es la que adopta el Código Civil y Comercial argentino en el supuesto especial de niños que cuentan con una filiación determinada y la restante es por sentencia judicial derivada de una acción de reclamación filial que arroja resultado positivo. En la gran mayoría de las legislaciones de la región, el ejercicio de la responsabilidad sigue en cabeza de quien ya ostentaba de manera individual la filiación como sanción al otro progenitor emplazado por sentencia judicial. En la legislación argentina ese es el principio, pero admite que el progenitor emplazado judicialmente también pueda ejercer conjuntamente con el progenitor originario y único hasta ese momento, siempre que ello sea en beneficio o interés del hijo.⁵⁴ ¿Acaso un padre emplazado por sentencia que desconocía de su paternidad no podría después encariñarse y tener un buen lazo afectivo con su hijo y ejercer, en consecuencia, la responsabilidad parental de manera conjunta con la madre?

Por último, se coloca de resalto una realidad jurídica compleja que se asoma de manera incipiente en la región y coloca en tela de juicio un principio básico en el campo de la filiación como es el "binarismo".

Nos referimos a la llamada "pluriparentalidad": la posibilidad de que una persona posea más de dos vínculos filiales. Ello repercute de manera directa en la responsabilidad parental. En Argentina, durante el año 2015, se presentaron dos casos ante el Registro Civil, referidos a niños nacidos por técnicas de reproducción humana en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres. En ambos casos, quien aportó el material genético era amigo de la pareja, y cumplía también el rol de padre: esos niños criados por estos tres adultos. Aquí, los registros civiles intervinientes hicieron lugar al reconocimiento efectuado por el

⁵⁴ Código Civil y Comercial, Argentina, artículo 641 inc. e) última parte.

hombre y emitió una nueva partida, constando el triple vínculo filial.⁵⁵ Después se han presentado planteos en la justicia tendientes a que se declare la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial que, en su última parte, dispone que "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación"; y el consecuente reconocimiento de tres filiaciones en supuestos que comprometen las tres fuentes filiales: filiación biológica,⁵⁶ adoptiva⁵⁷ y derivada de técnicas de reproducción humana asistida.⁵⁸

En Brasil también se han planteado pedidos similares, pero en el ámbito judicial. Un ejemplo es el fallo de la Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande, en 2015, en el que se hizo lugar al reconocimiento de multiparentalidad solicitado por un matrimonio conformado por dos mujeres y un hombre, quienes había celebrado un "pacto de filiación". En virtud de éste, los tres requirentes se comprometieron recíprocamente en todo lo relativo al ejercicio del poder familiar, derecho sucesorio, guarda, visitas y alimentos. La Cámara revocó el rechazo decidido en la instancia anterior y declaró procedente "el pedido de reconocimiento de la multiparentalidad en relación con la hija, debiendo rectificarse el registro civil, a fin de que conste también como progenitora la esposa de la madre, con inclusión de los respectivos abuelos maternos."⁵⁹ En otro precedente posterior, el Superior Tribunal Federal de Brasil, con fecha de 22 de septiembre de 2016, reconoció la triple filiación. Se trata de una situación fáctico-jurídica bastante común como es

⁵⁵ Peralta, 2014; Herrera *et. al.*, 2015.

⁵⁶ Juz. Civl. Fam. y Suc., Única Nom., Monteros, 07/02/2020, "L.F.F. c/ S.C.O. s/ filiación". En: «<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/02/fallos48522.pdf>» (Consultada el 23/06/20).

⁵⁷ Juzgado de Familia, No. 4, La Plata, 20/02/2017, y auto ampliatorio del 06/03/2017, "B. A. J. M. s/ adopción acciones vinculadas", inéditos (comentado en Fernández y Herrera, 2018) y Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 3a. Nominación, Córdoba, 18/02/2020. En: «<https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22011>».

⁵⁸ Juzgado de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, 24/11/2017, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", RDF 2018-III. Cita Online: AR/JUR/103023/2017.

⁵⁹ Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia de Río Grande Do Sul, L.P.R., R.C. y M.B.R. s/Acción civil declaratoria de multiparentalidad, 12/02/2015. En: «<http://s.conjur.com.br/dl/tj-rs-autoriza-registro-multiparental.pdf>» (Consultada el 03/10/2015).

la existencia de una filiación en cabeza de un hombre sobre quien opera la presunción de paternidad por ser el marido de la madre, pero no resulta ser el progenitor biológico. El caso compromete a una adolescente que sabe esta historia, quien tiene un fuerte lazo afectivo con el padre jurídico. Al enterarse que no es hija de él decide buscar a su progenitor biológico. "Durante una de las audiencias celebradas en primera instancia, F. G. declara que su propósito real no era impugnar el vínculo establecido de antemano a favor de I. G., sino que se le reconozcan los mismos derechos que titularizan los hijos que sí fueron reconocidos por A. N., dejando entrever así cierta motivación de índole patrimonial".⁶⁰ De esta manera, el tribunal concluyó que "la paternidad socioafectiva, anotada o no en el Registro Público, no impide el reconocimiento del vínculo de filiación concomitante basado en el origen biológico, con todas sus consecuencias patrimoniales y extra-patrimoniales."

5. El ejercicio de la responsabilidad parental en casos de separación

5.1. Precisiones previas

Las legislaciones latinoamericanas no distinguen de manera clara el cuidado personal del niño de quien comparte su residencia habitual (salvo Venezuela, que habla de "residencia").⁶¹ Tampoco se indica legalmente quién o quiénes toman las decisiones de importancia relativas a la vida del hijo (que impactan su vida futura) y las cuestiones cotidianas relacionadas con su cuidado.

En la región se discute sobre la "guarda", "tenencia" o "cuidado personal" y no, sobre la "residencia" de los hijos. En Perú, por ejemplo, la

⁶⁰ De La Torre y Silva, 2017.

⁶¹ "El padre y la madre decidirán de común acuerdo acerca del lugar de residencia o habitación de los hijos o hijas. Cuando existan residencias separadas, el ejercicio de los demás contenidos de la responsabilidad de crianza seguirá siendo ejercido por el padre y la madre." (Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Venezuela, artículo 359).

responsabilidad parental es ejercida por el progenitor a quien se "confían" los hijos; mientras que el otro progenitor queda "suspendido" en el ejercicio de la responsabilidad parental.⁶² En Chile, el cuidado personal de los hijos se confía a quien "conviva" con ellos en caso de que los progenitores vivan separados.⁶³ Íntimamente vinculada con ello está la preferencia materna para la atribución del cuidado personal que receptan diversas legislaciones. Como punto de partida, esta regla conculca un principio constitucional-convencional básico, como es el de igualdad y no discriminación en razón del género. Además, replican estereotipos de género fundados en una manda de "orden natural" fuertemente anclados al sistema legal, que se extienden al judicial cuando se deben resolver conflictos de cuidado tras la ruptura de la unión. Este elemento impide una verdadera democratización de las relaciones familiares.⁶⁴

En Ecuador, si no hay acuerdo o éste es inconveniente para el interés superior del niño, la "patria potestad" de menores de 12 años se confía a la madre; si son mayores de 12 años, se confía al progenitor que demuestre mayor estabilidad emocional y madurez psicológica y que esté en mejores condiciones de prestar dedicación y ambiente familiar. Si ambos presentan iguales condiciones, se prefiere a la madre.⁶⁵ En Paraguay, la preferencia materna es a favor de los hijos menores de cinco años;⁶⁶ en Perú, de tres años⁶⁷ y en Uruguay, de dos años⁶⁸ (sin embargo, a la luz del reconocimiento del matrimonio a las parejas del mismo sexo,⁶⁹ se entiende que tal preferencia materna se encontraría tácitamente derogada).⁷⁰

⁶² Código Civil, Perú, artículo 420.

⁶³ Código Civil, Chile, artículo 225, inciso tercero.

⁶⁴ Lathrop, 2010.

⁶⁵ Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador, artículo 106.

⁶⁶ Código de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay, artículo 93.

⁶⁷ Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 84.

⁶⁸ Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, artículo 35. Esta regla que convive con el artículo 174 del Código Civil que establece que, salvo que el juez estime motivos graves, debe preferir a la madre como tenedora de todos los hijos menores de cinco años.

⁶⁹ Según la Ley 19.075 de 2013.

⁷⁰ Esto ha sido sostenido por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er turno, sentencia No.166 del año 2012 y No.0010-000825/2013.

En algunos países, esta regla de preferencia convive con criterios orientadores para la atribución de la responsabilidad parental, cuidado personal y régimen de contacto. En Venezuela, en caso de desacuerdo respecto a lo que exige el interés de los hijos para la "patria potestad", los progenitores deben guiarse por la práctica que les haya servido para resolver situaciones parecidas.⁷¹ En Uruguay, el juez debe tener en cuenta que el hijo debe permanecer con el progenitor con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca.⁷² En Ecuador, el juez debe regular el régimen de contacto teniendo en consideración la forma en que el progenitor ha cumplido sus obligaciones parentales, y los informes técnicos que se estimen necesarios.⁷³

Chile, por su parte, sigue el modelo anglosajón y otras legislaciones más recientes, como la catalana de 2010, al derogar la preferencia materna para la atribución del cuidado personal⁷⁴ y adoptar un régimen y ejercicio del cuidado personal unipersonal y compartido, siendo que el juez y los progenitores deben considerar y ponderar conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: *a)* La vinculación afectiva entre el hijo y sus progenitores, y demás personas de su entorno familiar; *b)* La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; *c)* La contribución a la manutención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro progenitor, pudiendo hacerlo; *d)* La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular; *e)* La dedicación

⁷¹ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Venezuela, artículo 349.

⁷² Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, artículo 35. Asimismo, en Perú, el hijo deberá permanecer con el progenitor con quien convivió mayor tiempo, siempre que le sea favorable (Código de los Niños y Adolescentes, artículo 84).

⁷³ Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador, artículo 123.

⁷⁴ La Ley 20.680, de junio de 2013, modificó el artículo 225 del Código Civil chileno que entregaba a la madre el cuidado personal de los hijos menores de 18 años. En este mismo sentido, el nuevo Código Civil y Comercial argentino derogó el artículo 206 del Código Civil anteriormente vigente, que establecía que los hijos menores de cinco años quedaban a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. Esta última norma había sido fuertemente criticada en la doctrina de este país por considerarla inconstitucional. *Cfr.* Lloveras y Salomón, 2009, p. 376.

efectiva que cada uno de los progenitores procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades; f) La opinión expresada por el hijo; g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar; h) Los acuerdos de los progenitores antes y durante el respectivo juicio; i) El domicilio de los progenitores; y j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendiendo el interés superior del hijo.⁷⁵

En esta lógica, la legislación argentina adopta como regla el cuidado personal compartido; es decir, el principio de mantener la presencia de ambos progenitores en el cuidado de su hijo tras la ruptura del vínculo de pareja, al considerar que este es el sistema legal que mejor responde a la manda que surge del artículo 18.1 de la Convención.⁷⁶ Por su parte, clasifica el cuidado personal compartido bajo dos modalidades: indistinto o alternado. El artículo 650 aclara que "En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado". Como se puede observar, la ley llama a preferir —ya sea a pedido de uno o de ambos progenitores o incluso de oficio— la modalidad indistinta, salvo que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo⁷⁷ al entender que este sistema es el que mejor responde al interés de los hijos al respetar la presencia y protagonismo de ambos progenitores en su vida cotidiana.

Incluso en los supuestos de cuidado unipersonal, el artículo 654 del Código Civil y Comercial argentino impone al progenitor a cargo del cuidado el deber de informar al otro sobre cuestiones atinentes a la educación, salud y otras referidas a la persona y bienestar del hijo. Y cuando

⁷⁵ Código Civil, Chile, artículo 225-2.

⁷⁶ Véase *supra* nota núm. 14.

⁷⁷ Código Civil y Comercial, Argentina, artículo 651.

exista un conflicto entre los progenitores por el cuidado de los hijos, la nueva normativa civil y comercial le indica a los jueces que a los fines de resolver que progenitor estará a cargo del cuidado del hijo, se deberá ponderar: *a)* La prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; *b)* La edad del hijo; *c)* La opinión del hijo; *d)* El mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo, aclarándose que el progenitor no custodio tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente (artículo 653). Además, el artículo 656 expresa que

Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.

De este modo, la legislación argentina se aleja de toda asignación o preferencia legal fundada en el estado civil, edad o sexo de los hijos, u orientación sexual de los progenitores, reafirmando el principio de igualdad y no discriminación fundada en diferentes "categorías sospechosas";⁷⁸ y siguiendo los lineamientos generales que provienen de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mencionado caso *Atala Riffo y otros contra Chile*, del año 2012.

5.2. Sobre el derecho-deber de comunicación

El progenitor que no ejerce el cuidado personal tiene, fundamentalmente, un derecho de comunicación con su hijo. Se trata de un derecho bifronte, ya que también se le reconoce al hijo su derecho a mantener comunicación con el progenitor no conviviente. Este derecho se deriva de manera directa del mencionado artículo 18.1 de la Convención.

⁷⁸ Cataldi, 2015; Fernández, 2015; Grosman, 2014; Herrera, 2014; Molina de Juan, 2014.

Escasas legislaciones latinoamericanas reconocen derechos adicionales a este progenitor que no ejerce el cuidado personal. Es el caso excepcional de Argentina que ya hemos mencionado.⁷⁹ Algo similar sucede en la legislación brasileña.⁸⁰

Por su parte, varias legislaciones de la región reconocen el derecho del niño a mantener relaciones con sus progenitores y su familia en general luego de la separación, y a que se regule un régimen de contacto con ellos, tratándose de un verdadero derecho-deber de seguir relacionado con el progenitor no conviviente.⁸¹

Desde otra perspectiva, el derecho de comunicación compromete el derecho a la identidad en su faz dinámica o como se lo denomina en la doctrina y jurisprudencia brasileña, la "socioafectividad".⁸² Por ello, las leyes de protección integral de la región reconocen un lugar de preferencia a la familia nuclear y también a la ampliada, admitiéndose este derecho a personas con quienes no se tiene ningún vínculo jurídico de parentesco sino pura afectividad como las "madres de crianza", una "madrina" o "padrino". En Uruguay, el régimen de contacto es en orden preferencial, para progenitores, abuelos y familiares e, incluso, para otras personas que mantengan vinculación afectiva estable con el hijo si el interés de éste así lo exige.⁸³ En Ecuador, Perú y Paraguay también puede establecerse un régimen de contacto respecto de parientes y otras personas ligadas afectivamente al hijo.⁸⁴

⁷⁹ Véase *supra* punto 5.1. sobre "precisiones previas".

⁸⁰ Código Civil, Brasil, artículo 1584 no.3.

⁸¹ El derecho a mantener relación con ambos progenitores también se deriva de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención al disponer:

"Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres (progenitores) 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 (progenitores) o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

⁸² Lobo, 2010; Dias, 2009.

⁸³ Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, artículo 38.

⁸⁴ Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador, artículo 124; Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 90; Código de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay, artículo 95.

En general, se advierte que el contenido y el modo como se llevan a cabo en este régimen de comunicación no se encuentran especificados en la ley. Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de distinguir sus manifestaciones: visitas, estancias y otro tipo de comunicaciones, incluyendo las que son posibles gracias a las nuevas tecnologías.⁸⁵ Por otra parte, también sucede que en algunas ocasiones se llegan a acuerdos en los cuales se recepta un régimen de comunicación amplio y por ende, en el plano fáctico, no se observa gran diferencia con los supuestos de cuidado personal compartido. Aquí habría más una distinción jurídica y simbólica (un progenitor tiene a su cargo del "cuidado" y el otro un régimen de comunicación amplio), que en el ámbito afectivo dado la fuerte presencia y vinculación sin limitaciones de ningún tipo de horarios, lugares, etc., entre el padre no conviviente y el niño.

Las problemáticas más complejas de este derecho-deber surgen cuando se incumple, es decir, lo relativo a su efectividad, eficacia y eficiencia de los mecanismos de protección del régimen de comunicación determinado.⁸⁶ La mayoría de las legislaciones contemplan medidas de índole civil para el progenitor obstaculizador. A modo ejemplar, la legislación chilena establece la recuperación del tiempo perdido cuando ha mediado obstaculización, y la dictación de órdenes de arrestos o de multas proporcionales.⁸⁷ En Perú se señala que "el incumplimiento del régimen

⁸⁵ Lathrop, 2013, p. 177.

⁸⁶ Como se ha señalado, en el contexto del régimen de comunicación con el hijo, finalmente, la decisión en orden a facilitar tal contacto es lo que hace a un progenitor que reside con el hijo, un progenitor responsable desde el punto de vista de sus funciones parentales. *Cfr.* Wallbank, 2009, p. 307.

⁸⁷ Ley de Menores 16.618, Chile, artículo 48. La Ley 20.680 de 2013 introdujo modificaciones en orden a fortalecer la protección de este régimen. Así, el artículo 229, inciso quinto, del Código Civil —podría decirse que aspiracionalmente— establece que "El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo." En este mismo sentido, la nueva redacción que la Ley 20.680 de 2013 dio al artículo 225-2 d) del Código Civil ordena al juez, al momento de decidir sobre el cuidado personal del hijo, entre otros criterios y circunstancias: "La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular; para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el artículo 229 inciso quinto".

La reforma de 2013 quiso fortalecer el ejercicio de la responsabilidad parental favoreciendo al *friendly parent*; es decir, permitiendo al juez considerar que es más apto para ejercer el cuidado

establecido judicialmente puede sancionarse con apremios y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia".⁸⁸ En Argentina, el Código Civil y Comercial recepta una previsión bien amplia ante el incumplimiento del régimen de comunicación al expresar en el artículo 557: "El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia". Esta previsión amplia es la que ha permitido que los jueces puedan tomar medidas bien diferentes y acordes con la complejidad planteada como, por ejemplo, ordenar trabajo comunitario a favor de una madre que impedía, sistemáticamente, el contacto entre el progenitor no conviviente y su hijo.⁸⁹

De acuerdo con la legislación chilena, en situaciones complejas los jueces se inclinan por establecer un funcionamiento detallado del régimen de contacto con el fin de evitar conflictos futuros entre las partes. Asimismo, se ordenan regímenes más rígidos que lo normal. Los casos más recurrentes en los que se restringe o suspende este derecho-deber son los referidos a violencia intrafamiliar y los de vulneración grave de derechos, como cuando hay antecedentes de abuso sexual por parte del progenitor que no ejerce el cuidado personal o por parte de alguna persona con quien éste conviva. En estos casos de grave conflictividad, el régimen de comunicación puede quedar supeditado al cumplimiento de alguna terapia u otra obligación impuesta por el tribunal; o se ordena para la materialización del régimen recurrir a casas de parientes, terceros neutrales e, incluso —aunque marginalmente en la actualidad— a las dependencias mismas de los Tribunales de Familia.⁹⁰ Asimismo, cabe destacar una experiencia reciente en algunas provincias argentinas denomi-

personal del hijo el progenitor que no obstaculiza la relación de los hijos con la persona que no convive con ellos.

⁸⁸ Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 90.

⁸⁹ Tribunal de Familia, 2do, 1ra Circunscripción, Mendoza, 19/12/2016, "E., C. F. y U., A. M. c/ D., M. C. s/ ejecución, inédito.

⁹⁰ Lathrop, 2013, pp.129-135.

nadas "Puntos de Encuentro Familiar" siguiéndose algunas legislaciones autonómicas españolas. Se trata de un recurso institucional de carácter interdisciplinario y especializado que interviene ante conflictivas familiares complejas como cuando un progenitor impide al otro relacionarse con su hijo, o tal restricción es con algún pariente como abuelos o tíos.⁹¹

También se observa el creciente aumento en la iniciación de causas por sustracción y consecuente restitución internacional de niños.⁹² La práctica indica que buena parte de los hechos constitutivos de estos ilícitos se encuentran asociados a situaciones de incumplimiento de regímenes de cuidado personal y de comunicación.

Estos elementos demuestran la débil virtualidad práctica de dichos mecanismos y el escaso impacto disuasivo que presentan en contextos de conflictividad. En Latinoamérica no existe intervención sistematizada sobre este tipo de conflictos, más allá de lo que dispone la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, debido a las dificultades en la comunicación y procedimientos que lleva adelante cada Autoridad de Aplicación nacional. Se pretendió llevar adelante una "Ley Modelo" para unificar criterios en los procesos de restitución, pero hasta la fecha no se ha implementado este tipo de medidas.⁹³

Por último, cabe referirse a las medidas de tipo penal ante el incumplimiento del derecho-deber de comunicación. En los países en los que sí las hay —como en Argentina, de conformidad con la Ley 24.270 que regula

⁹¹ Alesi, 2015; Lathrop, 2015.

⁹² Las solicitudes de restitución, tanto entrantes como salientes, han aumentado en Chile de 39 en 2016 a 86 en 2019. Del 2016 al 2018, 59 de las demandas de sustracción que conoció la oficina internacional de la Corporación de Asistencia Judicial fueron salientes, es decir, en que el niño o la niña debía volver a Chile. Que las solicitudes aumenten año a año se explica por la alta conflictividad familiar, así como por el incremento de los procesos migratorios y de las familias transnacionales. Véase: «<http://www.cajmetro.cl/cuenta-publica-de-la-corporacion-de-asistencia-judicial-de-la-region-metropolitana>» compulsada el 23/06/20.

⁹³ Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños. En: «<http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf>». (Consultada el 26/01/2017).

el delito de "impedimento de contacto"—, el abordaje penal tiene escasa utilidad práctica.

Es por ello que el replanteo crítico sobre cómo mejorar la intervención en este tipo de conflictivas familiares severas debe centrarse en las políticas públicas a los fines de concientizar y reeducar los roles parentales en general. A la par, contar con un sistema judicial con integración interdisciplinaria que permita un abordaje con una perspectiva más amplia, profunda y compleja de las problemáticas que se le presenten. Estos mecanismos generan una respuesta a largo plazo más sostenidas y beneficiosas para todo el grupo familiar, a diferencia de lo que acontece con las sanciones penales, a las cuales se les atribuye una eficacia más inmediata, pero por otro lado, no apunta al fondo de la cuestión y además, puede generar efectos contrarios o iatrogénicos.

5.3. Algunos cambios sustanciales en el abordaje de la responsabilidad parental ante las situaciones de ruptura

En caso de ruptura, las relaciones parentales parecen cada vez menos determinadas por las expectativas de roles convencionales y más, por sentimientos personales en contextos de quiebre familiar.⁹⁴ Así, rupturas menos litigiosas benefician el mantenimiento del vínculo progenitores e hijos tras la separación de los adultos. Los cambios operados en el campo del divorcio giran, en gran medida, por su grado de aceptación social, al entenderse que se trata de decisiones de índole personal en proyectos de vida que cada vez son más extensos; siendo posible que el compañero que uno elige en la juventud no sea la persona con quien se quiera seguir adelante dicho proyecto cuando se llega a la mediana edad y aún le resta vivir un cuarto de siglo. En esta línea argumental, el divorcio forma parte de las decisiones que las personas adoptan en la vida como algo doloroso pero no traumático, pudiéndose separar la relación entre adultos que

⁹⁴ Esta característica se observa de manera menos intensa que en el contexto europeo. Véanse Maclean, 2007, pp.1-7; y Roberts, Fehlberg, Maclean, Smyth, 2011.

ha dejado de funcionar del vínculo entre progenitores e hijos que perdura en un contexto pacífico y de no confrontación; siendo esto beneficioso para todo el grupo familiar. Por otra parte, esta realidad social permite la construcción de vínculos de pareja más genuinos o menos hipócritas, ya que no habría un mandato social que cumplir fundado en el matrimonio para toda la vida, es decir, el deber de continuar en pareja con alguien en contra de los propios deseos.

El derecho de familia de la región está en proceso de distinguir entre los efectos de la separación y del divorcio respecto de la pareja, por una parte, y de los hijos, por otra. De esta forma, las legislaciones son más proclives en aceptar una mayor autonomía de los progenitores en materias que podrían impactar la vida de los hijos después de la ruptura, pero cuando no llegan a acuerdos, la intervención del juez y su equipo interdisciplinario deviene imperiosa.⁹⁵

Esta creciente preocupación por el interés del hijo en casos de divorcio se manifiesta, al menos, en dos aspectos concretos. Por una parte, la obligación legal impuesta a la pareja de presentar al tribunal un acuerdo que regule el futuro económico y la vida personal de sus hijos, el cual deberá ser revisado por dicha autoridad.⁹⁶ Por otra parte, la centralidad de los hijos y que ellos sean los menos perjudicados por la ruptura de la pareja que se manifiesta en el progresivo reconocimiento y regulación de la corresponsabilidad parental. Permitiendo así regímenes de comu-

⁹⁵ Esta libertad en la regulación de las consecuencias económicas que conlleva la ruptura para la pareja, en específico para los ex-cónyuges, es limitada en algunos países por el principio de protección al cónyuge más débil (usualmente la mujer). Así sucede en el artículo 3, inciso primero, de la Ley de Matrimonio Civil chilena. Véase Espejo y Lathrop, 2014, p. 137.

⁹⁶ Véase los artículos 21, 27 y 55 de la Ley de Matrimonio Civil chilena y el artículo 439 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino. En otros países, la ley acota el impacto de la separación en los hijos, regulando acuerdos en contextos de un "divorcio remedio" (Código Civil, Perú, artículos 340-342). Este acuerdo debe ser aprobado por un juez que resuelve conforme a un procedimiento de familia contencioso, oral y, en mayor o menor medida, con caracteres de especialización e interdisciplina (en Chile, Ley que crea los Tribunales de Familia No.19.968; en Uruguay, Código General del Proceso, artículo 350.2).

nicación y contacto más flexibles, como asimismo, la posibilidad de desarrollar el cuidado del hijo y vivir con él de manera compartida.⁹⁷

Desde hace algunos años se ha comenzado a demandar en América Latina el reconocimiento legal de una serie de cambios producidos en la estructura familiar, como es la función del padre varón en el cuidado de los hijos y, por supuesto, el cuidado personal compartido o alternado. Sin embargo, pocas legislaciones latinoamericanas han reconocido estas figuras y, en los casos en que lo ha sido, mayoritariamente debe ser acordada sin que pueda ser impuesta por el juez aun a petición de una sola de las partes.⁹⁸

Así, en Chile es posible pactar cuidado personal compartido, pero no puede el juez ordenarlo aunque lo solicite uno de los progenitores.⁹⁹ Asimismo, en Uruguay la ley establece que los progenitores podrán determinar la "tenencia" de común acuerdo.¹⁰⁰ En Venezuela, excepcionalmente, también podrá convenirse el cuidado personal compartido cuando fuere conveniente al interés del hijo.¹⁰¹ En Perú, en cambio, de no existir acuerdo o si este resulta perjudicial para los hijos, el juez tiene mayor libertad pues puede disponer la "tenencia compartida", salvaguardando en todo momento el interés superior del niño.¹⁰²

Brasil ha dado un paso más adelante al permitir que sea decretada por el juez en atención a las necesidades específicas del niño, o en razón de la distribución del tiempo necesario para la convivencia de éste con el pro-

⁹⁷ Véase los artículos 1583º y 1584º del Código Civil de Brasil, reformado en 2008. Véase Kemelmajer de Carlucci 2012.

⁹⁸ En este sentido, se ha señalado que los países de la región debieran transitar hacia la generalización del cuidado personal compartido como régimen primario, no sólo convenido por los progenitores sino también imponible por el juez. Véase Chechile, 2007.

⁹⁹ Código Civil, Chile, artículo 225, inciso cuarto.

¹⁰⁰ Código Civil, Uruguay, artículo 177 y Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay, artículo 24.

¹⁰¹ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Venezuela, artículo 349.

¹⁰² Código de los Niños y Adolescentes, Perú, artículo 81.

genitor, agregando que de no haber acuerdo entre los progenitores y siempre que sea posible debe establecerse el cuidado personal compartido.¹⁰³

En cuanto a la aplicación de estas nuevas figuras, podemos afirmar que existen inconveniencias al determinar qué ámbitos son los que se comparten: crianza o residencia y, en este último caso, la medida de la alternancia. Ello, no obstante el esfuerzo por adecuar la legislación interna al interés superior, y al principio de igualdad y corresponsabilidad parental.

En este sentido, Argentina constituye la excepción en la región. Así, el Código Civil y Comercial distingue tres niveles de vinculación entre progenitores e hijos: titularidad, ejercicio y cuidado personal. En los tres, el principio central gira en torno a la noción de "compartir".¹⁰⁴ La titularidad, excepto situaciones extremas, es compartida. Lo mismo sucede con el ejercicio de la responsabilidad parental, en la cual la ruptura de la pareja no influye, continuando el ejercicio conjunto y, por tanto, presumiéndose que los actos que realiza uno de los progenitores cuenta con la conformidad tácita del otro.¹⁰⁵ Por su parte, el cuidado personal también es por regla compartido en sus dos modalidades: alternado o indistinto, previéndose como excepción el cuidado personal unipersonal subsistiendo, aun en estos casos, un deber de información mínimo por parte del progenitor conviviente hacia el no conviviente, para evitar la extinción completa de toda vinculación entre progenitores e hijos.

El reconocimiento de esta figura conocida como "coparentalidad" en estos países, tiene su explicación en que hombre y mujer están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. La participación laboral femenina ha aumentado en todos los países de la región, cuestión que ha redefinido las

¹⁰³ Código Civil, Brasil, artículo 1.584.

¹⁰⁴ Kemelmajer de Carlucci y Molina de Juan, 2015.

¹⁰⁵ Excepto ciertos actos de gravedad, como salir del país, ingresar a comunidades religiosas o contraer matrimonio cuando se trata de hijos de entre 16 a 18 años de edad (artículo 645).

funciones que se cumplen al interior de la familia y, a la par, conduce hacia la disolución paulatina y progresiva de los "binomios" mujer-hogar y progenitor-proveedor. A su vez, puede observarse una creciente preocupación de los padres (varones) por mantener un contacto más fluido con sus hijos.¹⁰⁶

Sin embargo, datos estadísticos —de demandas por cuidado personal, régimen de comunicación y alimentos, y cifras sobre el uso del tiempo libre— demuestran la tensión existente entre ciertas demandas progresivas de algunas organizaciones sociales y la verdadera asunción de roles que se sostiene estar generándose en las familias.¹⁰⁷ Resulta pertinente confrontar la legitimidad de estas reivindicaciones con la efectiva coparticipación en el desarrollo de las funciones parentales: aunque se observa una mayor participación de los varones en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, los datos siguen siendo elocuentes en cuanto a la fuerte asignación femenina de estas labores.

Por último, en aquellos países que extienden la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo (Argentina, Brasil, Colombia, Uruguay y algunos estados de México), la consecuencia obligada es el reconocimiento de que en el seno de una familia puede no existir necesariamente un hombre o una mujer. Este impacto se produce en los roles de cuidado y, en general, acarrea consecuencias jurídicas en la responsabilidad parental. Ejemplo de ello lo encontramos en Argentina en materia de apellido de los hijos. El artículo 64 de la legislación civil faculta a los progenitores —estén casados o no, sean de igual o de diferente sexo— a elegir libremente el apellido de sus hijos, pudiendo escoger el de uno de ellos o el de ambos en el orden que lo deseen. Ante el supuesto excepcional de falta de acuerdo, el régimen legal supletorio es el sorteo ante el registro civil.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Lathrop, 2009, pp. 209-213.

¹⁰⁷ Para conocer un panorama general sobre las políticas de cuidado en la región y desigualdades de género, se recomienda compulsar: Rico y Robles, 2016.

¹⁰⁸ Herrera, 2015; Muñiz, 2014; Basterra, 2015.

6. Conclusiones

La vertiginosidad de las reformas legales llevadas a cabo en la región, una vez ratificada la Convención, no fue acompañada de un profundo estudio dogmático en torno a cómo impactó en una de las tantas figuras del derecho de familia como lo es la responsabilidad parental. Este dinamismo impidió advertir la complejidad y dimensión de los cambios, coadyuvado por la falta de especialización, adecuada difusión y socialización de los procesos de reforma entre los operadores del derecho y también entre los que se interesan o trabajan de manera directa con los vínculos entre progenitores e hijos por fuera del ámbito jurídico. Ello se debe a varias razones, entre ellas, un sistema universitario, legislativo y judicial, salvo escasas excepciones, que continúa anclado a criterios legales tradicionales, incapaces de (re)interpretar la normativa vigente conforme a los nuevos principios y/o a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Desde otra perspectiva, se puede aseverar que la consagración formal de los derechos contenidos en la Convención no ha alcanzado la efectividad deseada: diversas instituciones del derecho de familia están construidas bajo paradigmas anteriores a la Convención; siguen su curso tradicional centradas en la noción del mantenimiento del *statu quo*; es decir, no han sido suficientemente actualizadas a los principios democráticos señalados a lo largo del presente ensayo.

Esta consideración crítica no rige para la Argentina, al regular de manera integral un nuevo Código Civil y Comercial en el que se introdujeron modificaciones sustanciales en la regulación de las relaciones de familia. Así, además de los cambios que observa la figura de la responsabilidad parental ya mencionados, prevé de manera especial normas referidas a la denominada "familia ensamblada"¹⁰⁹ de manera propositiva y no negativa,

¹⁰⁹ Código Civil y Comercial, Argentina, artículos 672 a 676.

reconociéndosele a los "progenitores afines" un cúmulo de derechos y obligaciones mínimos que hacen a la vida cotidiana de los niños que conviven con ellos.¹¹⁰

En general, las legislaciones de la región obedecen a un concepto funcional de familia; ello, no obstante, ciertos esfuerzos de adecuación de políticas familiares y de la propia normativa interna a los postulados de la Convención. Continúa existiendo un "padre" y una "madre" vinculados por un matrimonio con perspectivas de convivencia de larga duración, hijos propios y roles de género perfectamente definidos. Las mujeres responsabilizadas de lo doméstico y los hombres de lo extra doméstico. ¿Es posible salirse de estas lógicas ancestrales tan diferentes a lo que muestra la realidad social contemporánea? La respuesta positiva se impone, y ello es lo que ha acontecido con la reforma integral adoptada por la legislación civil argentina.

Por último, cabe destacar que tal como se esgrimió, la legislación es un instrumento hábil de por sí y en soledad, muy pobre o débil para lograr cambios sociales profundos en contextos de quiebre familiar. De esta forma, se palpa la necesidad de que las políticas públicas en materia de familias en plural, sean encaminadas a todas las personas —hombres y mujeres, cualquiera sea su orientación sexual— en tanto progenitores para el adecuado ejercicio de su responsabilidad frente a los hijos. Las políticas públicas referidas a la post-separación deberían fortalecer instituciones que faciliten la conciliación de la vida laboral y familiar, así como la implementación de planes de parentalidad y programas de habilidades parentales.¹¹¹

¹¹⁰ Alesi, 2015; Cazzani y Sánchez, 2015; Herrera, 2014; Huais et al., 2014.

¹¹¹ Eekelaar señala que si el gobierno desea educar a los progenitores en cuanto a las virtudes de un actuar responsable en estas materias, una estrategia es persuadirlos a que cooperen con el otro. El autor señala que en Estados Unidos y Canadá los progenitores que se han separado están a menudo obligados a asistir a clases sobre habilidades parentales. Asimismo, señala que puede contribuir a este deseo el fortalecimiento de la sensibilidad hacia los intereses de los hijos, mediante la información y la mediación. *Cfr.* Eekelaar, 2012, p. 126.

Bibliografía

- Alesi, M. B. (2015), "Deberes y derechos de los padres (progenitores) e hijos afines (Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada)", en Herrera, M. y Kemelmajer de Carlucci, A. (dir.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, mayo 2015*, Buenos Aires: La Ley, pp. 197-218.
- _____ (2015), "Puntos de Encuentro Familiar en la Provincia de Chubut", en: Graham, M. y Herrera, M. (dir.), *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia*. Buenos Aires: INFOJUS- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, pp. 509-539.
- Bainham, A. (2009), "Is Anything Now Left of Parental Rights?", en: Gilmore, S., Herring, J., Probert, R., *Responsible parents and Parental responsibility*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, pp. 23-42.
- Basterra, M. I. (2015), "El principio de igualdad y la elección del apellido de los hijos en el Código Civil y Comercial", *La Ley*, Revista del Código Civil y Comercial 2015, (agosto), pp. 79-85.
- Cataldi, M. M. (2015), "El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad", en Herrera, M. y Kemelmajer de Carlucci, A., (dir.), *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, mayo 2015*. Buenos Aires: La Ley, pp. 127-146.
- Cazzani, G. E. y Sánchez, L. A. (2015), "La figura del progenitor afín y su obligación alimentaria", *La Ley*, Derecho de Familia y de las Personas 2015, (junio), pp. 3-9.

- Chechile, A. (2007), "Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación", en Grosman, C., (dir.), y Herrera, M. (coord.) *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados*, Buenos Aires: Lexis Nexis, pp. 293-313.
- Corral, H. (2004), "Algunas reflexiones sobre la Constitucionalización del Derecho privado", en «<https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf>». (Consultada el 23/06/20).
- De la Torre, N. y Silva, S. A. (2017), "Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología", 6(310). Cita Online: AR/DOC/4218/2017.
- Dias, M. B. (2009), "Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos afectivos", *Revista Jurídica UCES*, (13), pp. 83-90.
- Eekelaar, J. (2012), *Family Law and Personal Life*, Oxford: Oxford University Press.
- Espejo Yaksic, N. y Lathrop, E. (2014), "Relaxation and dissolution of marriage in Latin America: Trends and challenges", en Eekelaar, John, (ed.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Oxford: Routledge.
- Espejo Yaksic, N. (2014), "Transplanting Parental Responsibility in Latin America", conferencia dictada en el "International Colloquium on Parental Responsibility: Comparative Perspectives", celebrado en el Kellogg College, Oxford University, Sep. 23-24.
- Fernández, S. E. (2015), "La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios", en Herrera, M. y Kemelmajer de Carlucci, A., (dir.),

Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, mayo 2015, Buenos Aires: La Ley, pp. 181-196.

Fernández, S. y Herrera, M. (2018), "Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad", *RDF*, 83(145). Cita Online: AR/DOC/2892/2018.

Gil, A., Famá, M. V. y Herrera, M. (2006), *Derecho constitucional de familia*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar.

Grosman, C. (2014), "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, (66), pp. 227-255.

Herrera, M. (2015), "El Código Civil y Comercial de la Nación desde la perspectiva de género", *La Ley 2015-A*, pp. 927-940.

_____ (2015), *Manual de Derecho de las Familias*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

_____ (2014), "Compartir: Una idea cardinal del régimen del ejercicio de la responsabilidad parental hoy (por interpretación) y mañana (por ley)", *Rubinzal online*, (293).

_____ (2014), "La noción de socioafectividad como elemento 'rupturista' del derecho de familia contemporáneo", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, (66), pp. 75-113.

Herrera, M., Duprat, C. y Pellegrini, M. V. (2015), "Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Código Civil y Comercial. Edición Especial XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, pp. 93-110.

- Huais, M. V., Tissera Costamagna, R. y Vilela Bonomi, M. V. (2014), "Nuevos paradigmas en las relaciones de familia: la figura del progenitor afín y su obligación alimentaria", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, (67), pp. 173-195.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Molina de Juan, M. F. (2015), "Una visión transversal de la ley, la sociedad y la praxis judicial en la responsabilidad parental: El desafío de compartir", *Diario La Ley*, pp. 1-3.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014), "Capítulo Introductorio", en Herrera, M. y Lloveras, N., *Tratado de Derecho de Familia*, pp. 9-93.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2012), "La guarda compartida. Una visión comparativa", *Revista de Derecho Privado*, (Edn. Especial).
- Lathrop, F. (2017), "Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el derecho de Familia chileno", *Estudios Constitucionales*, 15(1), pp. 329-372.
- _____ (2015), "Protección interdisciplinaria de los regímenes de relación directa y regular: los puntos de encuentro familiar", en Fernández, S., (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 797-810.
- _____ (2013), *El Cuidado Personal y la Relación Directa y Regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana*, Santiago de Chile: Abeledo Perrot/Thomson Reuters.
- _____ (2010), "(In)constitucionalidad de la regla de atribución preferente materna del cuidado personal de los hijos del artículo 225 del Código Civil chileno", *Revista Ius et Praxis*, 16(2), pp. 147-184.

- _____ (2009), "La corresponsabilidad parental", en Varios Autores, *Estudios de Derecho Civil IV. Sextas Jornadas de Derecho Civil*. Olmué, Santiago de Chile: Legal Publishing, pp. 209-213.
- _____ (2005), *Cuidado Personal de los Hijos. Análisis de Ley de Matrimonio Civil y Tribunales de Familia*, Santiago de Chile: Puntotex.
- Lloveras, N. y Salomón, M. (2009), *El Derecho de Familia. Desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Lobo, P. (2010), "Socioafetividade no direito de familia: A persistente trajetória de um conceito fundamental", en Dias, M. B., Ferreira Bastos, E., Martins Moraes, N. M. (coord), *Afeto e Estruturas Familiares*, Belo Horizonte: IBDFAM- Del Rey editora, pp. 453-472.
- Maclean, M. (2007), "Introduction: Conflicted Contact between Parents and Children after Separation", en Maclean, M., (ed.) *Parenting after Partnering: Containing Conflict after Separation*, Oxford y Oregon: Hart Publishing, Oñati International Series in Law and Society, pp. 1-7.
- Minyersky, N. y Herrera, M. (2008), "Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061", en García Méndez, E., (comp.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Buenos Aires:, Fundación Sur Argentina-Editores del Puerto, pp. 43-70.
- Molina de Juan, M. F. (2014), "El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familiar", *La Ley* 2014-C, (568).
- Muñiz, J. (2014), "El nombre de los hijos en los matrimonios de personas del mismo sexo", *Revista Interdisciplina de Derecho y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, (67), pp. 225-236.

- Peralta, M. L., (2014), "Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad", *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia*, (68), pp. 53-70.
- Rico, N. y Robles, C., 2016. "Políticas de Cuidado en América Latina. Forjando la igualdad", en «https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40628/1/S1600887_es.pdf». (Consultada el 23/06/20).
- Roberts, C., Fehlberg, B., Maclean, M., Smyth, B. (2011), "Caring for children after parental separation: would legislation for shared parenting time help children?", University of Oxford-Department of Social Policy and Intervention, (Family Policy Briefing 7, May), pp. 1-16.
- Schmidt, C. (2005), "La constitucionalización del Derecho de Familia". En: Martinic, M. D., Tapia, M., (dir.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro*, Santiago: LexisNexis, Tomo II, pp. 1235-1244.
- Wallbank, J. (2009), "Parental responsibility and the responsible parent: managing the "problem of contact", en Gilmore, S., Herring, J., Probert, R., *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford y Oregon: Hart Publishing, pp. 95-313.

Fallos, leyes u otros

- Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia de Río Grande Do Sul, L.P.R., R.C. y M.B.R. s/Acción civil declaratoria de multiparentalidad, 12/02/2015, en «<http://s.conjur.com.br/dl/tj-rs-autoriza-registro-multiparental.pdf>». (Consultada el 03/10/2015).
- Caso P-946-12 de fecha 11/06/2016, Chile, en «<http://www.movilh.cl/documentacion/2016/Acuerdo-MOVILH-Estado.pdf>». (Consultado el 23/06/20).

Código Civil, Brasil.

Código Civil, Chile.

Código Civil, Colombia.

Código Civil, Ecuador.

Código Civil, Perú.

Código Civil, Uruguay.

Código de Familia, El Salvador.

Código de la Infancia y la Adolescencia, Colombia.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Ecuador.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Paraguay.

Código de la Niñez y la Adolescencia, Uruguay.

Código de las Familias y Proceso Familiar, Bolivia.

Código de los Niños y Adolescentes, Perú.

Código General del Proceso, Uruguay.

Código Niña, Niño y Adolescente, Bolivia.

Comité de los Derechos del Niño (2012), "Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)" en «http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf» (Consultada el 24/01/2017).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Caso Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Estatuto del Niño y del Adolescente, Brasil.

Juzgado Civil, Familiar y Sucesorio, Única Nom., Monteros, 07/02/2020, "L.F.F. c/ S.C.O. s/ filiación" en «<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/02/fallos48522.pdf>» (Consultada el 23/06/20).

Juzgado de Familia, nro. 4, La Plata, 20/02/2017, y auto ampliatorio del 06/03/2017, "B. A. J. M. s/ adopción acciones vinculadas", inéditos.

Juzgado de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, 24/11/2017, "C. M. F y otros s/ materia a categorizar", RDF 2018-III. Cita Online: AR/JUR/103023/2017.

Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 3a. Nominación, Córdoba, 18/02/2020, en «<https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22011>»

Ley de Menores 16.618, Chile.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, El Salvador.

Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, en «<http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf>» (Consultada el 26/01/2017).

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes,
Venezuela

Nuevo Código Civil y Comercial, Argentina.

Ley que crea los Tribunales de Familia No. 19.968, Chile.

Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er turno, sentencia No. 166 del
año 2012 y No.0010-000825/2013.

Tribunal de Familia, 2do, 1ra Circunscripción, Mendoza, 19/12/2016,
"E., C. F y U., A. M. c/ D., M. C. s/ ejecución, inédito.

CAPÍTULO III

La responsabilidad parental en Europa*

Josep Ferrer-Riba**

* Este trabajo, realizado en el marco del proyecto *Multiparentalidad y relaciones familiares complejas* (RTI2018-094442-B-I00), es una versión actualizada y ampliada del capítulo "Parental responsibility in a European perspective" publicado por el autor en: Jens M. Scherpe (ed.), *European Family Law*, vol. III (*Family Law in a European Perspective*), Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 284-310. (Trad. técnica Josep Ferrer-Riba y Nicolás Espejo Yaksic).

** Catedrático de Derecho civil en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

Resumen: El trabajo presenta el concepto de responsabilidad parental y los Principios Europeos de Derecho de Familia en materia de responsabilidades parentales a partir de su elaboración de acuerdo con el derecho y la jurisprudencia internacionales. Se analizan también los procesos de armonización de las legislaciones nacionales en el régimen de atribución, ejercicio y extinción de las responsabilidades parentales. Se pone énfasis también en la creciente complejidad de las estructuras familiares en las sociedades europeas, que lleva a atribuir funciones parentales a terceras personas (padres afines, acogedores, personas con derechos de relación personal) en términos jurídicos muy diversos. La constatación de estos y otros desarrollos conduce a plantearse la conveniencia de abrir más espacios a la autonomía privada y de permitir la desagregación del conjunto de poderes y deberes de la responsabilidad parental para asignarlos de modo más casuístico de acuerdo con las circunstancias en que se desarrolla la vida familiar de cada menor.

Palabras clave: responsabilidad parental; Principios de Derecho Europeo de Familia; atribución de responsabilidad parental; ejercicio de responsabilidad parental; acogimiento de menores; familias reconstituidas; emancipación; privación de responsabilidad parental.

1. Introducción

Se entiende comúnmente como responsabilidad parental el conjunto de poderes, derechos y deberes que la ley atribuye a madres y padres (en adelante, "padres") respecto de sus hijos menores de edad o, bajo ciertas circunstancias, a terceras personas para ejercer ciertas funciones parentales respecto de algún menor de edad (en adelante, "niño"). Estos poderes, derechos y deberes se dirigen a proteger y promover los derechos y el bienestar de los niños, y abarcan sustancialmente la provisión de cuidado personal, educación, administración patrimonial y ejercicio de la representación legal. Hay también consenso, respecto del concepto de responsabilidad parental, en torno a la idea de que los poderes parentales han de ejercerse en beneficio de los niños, tomando en consideración primordial sus intereses superiores, y respetando y promoviendo su madurez y autonomía progresivas.

Esta concepción de la responsabilidad parental, ampliamente compartida, se ha visto avalada en Europa por instrumentos internacionales adoptados por el Consejo de Europa,¹ la Conferencia de la Haya de Derecho

¹ El más importante de estos instrumentos es, sin duda, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (1950) (CEDH). Específicamente en relación al ámbito de la responsabilidad parental hay que mencionar la Recomendación (84)4 de 28 de febrero de 1984 sobre responsabilidades parentales, adoptada por el Comité de Ministros (CM) del Consejo de Europa, así como el *Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage (the White Paper)*, elaborado en el marco del Consejo de Europa por el Committee of Experts on Family Law (CJ-FA) y conocido como *White Paper 2002* (aunque fue adoptado en 2004 y publicado en 2006). A partir del *White Paper* y algunos materiales más recientes, la CJ-FA elaboró en 2010 y 2011 un borrador de recomendación, el *Draft recommendation on the rights and legal status of children and parental responsibilities* (en adelante, *Draft CM/Rec 2011*) que hasta la fecha no ha prosperado. Es de interés todavía en este ámbito, pese al tiempo transcurrido, el informe (Lowe, 2006) en el que se evalúan los instrumentos legales emanados del Consejo de Europa en el ámbito del derecho de familia y se sugieren pasos a seguir.

Internacional Privado,² la Unión Europea,³ y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). También han afianzado los trabajos de derecho comparado de familia promovidos y publicados por la Comisión de Derecho Europeo de Familia (CEFL), que han llevado a publicar los Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la Responsabilidad Parental (Principios CEFL).⁴ Estos Principios —como otros que se redactaron con anterioridad a instancias del Consejo de Europa— han sido configurados para servir de guía a legisladores nacionales e internacionales y para disponer de un modelo adecuado para la armonización del derecho de familia en Europa.⁵ Este conjunto de materiales de derecho positivo y de *soft law* está contribuyendo muy eficazmente a la consolidación de estándares europeos comunes en este campo y es tomado como un muy valioso punto de referencia en este trabajo.

En tanto que materia de investigación jurídica, la responsabilidad parental plantea múltiples retos suscitados por la heterogeneidad de modelos familiares en las sociedades europeas contemporáneas y por el compromiso de estas sociedades de reconocer los derechos y promover el bienestar de los niños. En las últimas décadas, las familias europeas han ido diversificando sus estructuras y ganando complejidad funcional. Esta transformación de las relaciones familiares no sólo se ha producido

² Véase, particularmente, el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (1996).

³ Véase el Reglamento (CE) No. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) No. 1347/2000 (DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003), conocido generalmente como "Reglamento Bruselas II bis, el cual a su vez va a quedar derogado, el 1 de agosto de 2022, por el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE núm. 178, de 2 de julio de 2019).

⁴ Boele-Woelki, K. *et al.*, 2007a.

⁵ Sobre la organización y actividades de la CEFL, véase Boele-Woelki *et al.*, 2007a: v-vi; Boele-Woelki, K. y Martiny, D., 2007b, pp. 125-143. Sobre el método de trabajo de la CEFL y su aplicación al ámbito de las responsabilidades parentales, véase Boele-Woelki, K., 2008, pp. 63-84.

en los vínculos horizontales o de pareja. Ha llegado también a los vínculos verticales, entre padres e hijos o, más en general, entre adultos y niños. Las relaciones entre adultos y niños en entornos familiares son en la actualidad mucho menos uniformes que en el pasado, tanto en su caracterización jurídica como en sus funcionalidades, debido a una pluralidad de factores —ideológicos, tecnológicos, culturales, de política social— que se han alimentado entre sí.

Por un lado, en sus relaciones familiares las personas se desenvuelven hoy con mayor libertad: el derecho a desarrollar libremente la personalidad, reconocido con rango constitucional en muchos países, ha puesto en tela de juicio los estatus familiares tradicionales, que se han visto forzados a redefinirse (p. ej., admitiendo las familias homoparentales) y se ven presionados a reconocer mayores espacios para la autonomía privada. En el plano tecnológico, la irrupción de las técnicas de reproducción asistida ha llevado a fundamentar la relación paterno/materno-filial en la voluntad procreativa y a disociar la parentalidad genética y la parentalidad de intención, con aparición de la figura del progenitor o los progenitores genéticos sin estatus ni funciones parentales. En otra dirección, en las relaciones de pareja, la generalización del divorcio y mayor labilidad de los vínculos interpersonales lleva cada vez con más frecuencia a la recomposición familiar y, con ella, a la irrupción en un mismo hogar de personas que asumen en mayor o menor grado funciones parentales respecto de los hijos de su cónyuge o pareja. Las políticas de protección de menores, finalmente, llevan a la adopción de medidas que implican la intervención de terceros en la vida de niños y adolescentes asumiendo funciones de guarda, educación y protección personal, sea en algún régimen de acogimiento o, de modo permanente, por medio de la adopción.

Estos desarrollos tienen características muy variadas. Su tratamiento jurídico, que en muchos ordenamientos no se halla bien resuelto, no puede ser uniforme y ha de abordarse con un instrumental diverso. Un marco teórico de análisis propuesto recientemente distingue con acierto tres

posibles técnicas de actuación:⁶ (i) la flexibilización de la paternidad o maternidad legales, actuando sobre la condición legal de padre o madre e incidiendo en las reglas para su atribución y su reasignación; (ii) la diversificación de los estatus parentales, desarrollando alternativas institucionales a la condición legal de padre o madre como vía para fundamentar el ejercicio de ciertas funciones parentales; (iii) la difracción de los derechos, obligaciones y efectos asociados a la parentalidad sin condicionar tal asignación a la condición legal de padre o madre ni a otros estatus predefinidos. En mi opinión, los ordenamientos jurídicos han de aplicar las tres técnicas a la vez, esto es, operar sobre la paternidad o maternidad legales, crear otros constructos institucionales o reformular en la medida en que convenga los ya existentes —entre los cuales, singularmente, la responsabilidad parental— y, en algún caso, establecer consecuencias jurídicas *ad hoc* para ciertas relaciones entre adultos y menores de modo más casuístico.

En una medida importante, los problemas de articulación jurídica que presentan estas nuevas realidades familiares pueden y deben ser afrontados recurriendo a la responsabilidad parental, sea en sus formatos actuales o con adaptaciones. Hay supuestos de relación familiar entre adultos y menores que no han de ser resueltos aplicando normas de atribución de la paternidad o maternidad legales, ni con estructuras de multiparentalidad en sentido estricto —esto es, con la extensión de la cualidad jurídica de padre o madre a más de dos personas. Si lo que primordialmente requiere una cierta relación personal es que se atribuya a alguien facultades y deberes de cuidado personal respecto de un niño, el instrumento jurídico al que hay que recurrir, por de pronto, es la responsabilidad parental. Ello no quita que haya que plantearse luego si es conveniente que esa responsabilidad parental se desenvuelva dentro de una relación de filiación, o tenga la posibilidad de llegar a convertirse en una relación

⁶ Sosson y Willems, 2019, pp. 13, 855-864. La combinación de las tres técnicas que se mencionan da lugar también, según los mismos autores, a "modelos híbridos", que responderían en nuestra opinión al planteamiento más recomendable.

de filiación, o deba quedar al margen de tal posibilidad. La diversidad de enfoques de los derechos nacionales europeos en estas materias, tanto desde una perspectiva técnico-jurídica como de política familiar, confirma la necesidad de continuar investigando en estas materias.⁷

2. Significado y alcance de la responsabilidad parental

La responsabilidad parental (o las responsabilidades parentales, en plural, como propone el Consejo de Europa)⁸ es una expresión moldeada en el derecho internacional. No es usada de modo sistemático e intensivo por los ordenamientos nacionales, con la importante salvedad de Inglaterra y Gales y, más recientemente, Dinamarca y Portugal.⁹ Su significado y alcance han experimentado con el tiempo una evolución importante. Desde que empezó a emplearse, en varias recomendaciones del Consejo de Europa (1979, 1984),¹⁰ hasta su consolidación en los Principios CEFL, pueden distinguirse dos etapas.

En una primera fase, aproximadamente hasta el cambio de siglo, el término responsabilidad parental se emplea esencialmente como una forma de referirse al conjunto de poderes y deberes que las leyes atribuyen a los padres en relación con sus hijos menores más centrada en estos que en aquellos. Enfatizando la idea de responsabilidad, como hace también

⁷ Cfr. Ferrer-Riba, J., 2012b, pp. 1247-1250.

⁸ Sobre la cuestión terminológica véase Scherpe, J., 2009b, p. 45.

⁹ Para Inglaterra y Gales, véase *Children Act* 1989, ss 2, 3; Scherpe, J., 2012, pp. 71-84. Para Dinamarca véase la Ley No. 499 del 6 de junio de 2007, y amplia información en Jeppesen de Boer, 2008, pp. 65-68. Para Portugal, véase Ley No. 61, de 31 de octubre de 2008, que modifica la regulación del divorcio. Otros países han introducido la expresión, usándola en singular o en plural, pero sin cambio sustancial en contenido respecto de su entendimiento tradicional como autoridad o potestad parental, como Noruega (Ley de 1981), Escocia (*Children Act* 1995, s. 1) y Cataluña (Código civil, arts. 233-8, 235-2.2, 236-1). Para un análisis comparado desde el punto de vista terminológico, véase también Boele-Woelki. K. *et al.*, 2007a, pp. 26-27.

¹⁰ Recomendación (Asamblea Parlamentaria) 874 (1979) sobre una Carta europea de los derechos del niño (Principio II, c: "The concept of "parental authority" must be superseded by "parental responsibility"), y Recomendación (Comité de Ministros) (84)4 de 28 de febrero de 1984 sobre responsabilidades parentales.

la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño (1989) (CNUDN),¹¹ se quiere poner de relieve que estos poderes, tradicionalmente conocidos como patria potestad o potestad parental, se atribuyen sólo en la medida en que son necesarios para cumplir con los deberes de protección y asistencia a los niños y por ello deben ejercerse siempre en interés de estos. En la actualidad esta concepción se acepta sin discusión.

La noción de responsabilidad parental, tanto en las recomendaciones del Consejo de Europa citadas como en la CNUDN, abarca no sólo la posición de los padres sino también, cuando estos faltan o no pueden ejercer sus derechos y deberes, la de otros miembros de la familia o personas allegadas al niño que ocupan la posición de los padres. Lo afirma también con claridad la Convención de la Haya de 1996, para la cual el término "*responsabilidad parental*" comprende "la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño" (art. 1(2)). En estos textos, resumiendo, la expresión responsabilidad parental ha de ser entendida principalmente como una actualización terminológica, esto es, como un modo más adecuado de referirse al conjunto de poderes, derechos y deberes de los padres, pero también de otras personas que se encuentran *in loco parentis*.

La segunda etapa se inicia con la publicación del Informe sobre Principios relativos a la determinación y consecuencias jurídicas de la filiación (2002) redactado por una comisión de expertos en derecho de familia, también a iniciativa del Consejo de Europa; continúa con la aprobación del Reglamento Bruselas II *bis* de 2003, y se consolida definitivamente con la publicación en 2007 de los Principios CEFL.

En estos textos, el concepto de 'responsabilidades parentales' se amplía y pasa a designar la posición de cualquier persona a quien se atribuyen

¹¹ Art. 18 (1): [...] ambos padres tienen obligaciones comunes [*common responsibilities*] en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño".

derechos y deberes dirigidos a promover y salvaguardar el bienestar de un niño, al margen de su mayor o menor contenido. En este sentido, las responsabilidades parentales incluyen el derecho a fijar el lugar de residencia del niño (que es el principal contenido de los derechos de guarda o custodia), el derecho a mantener relaciones personales con el niño cuando sea apropiado (que describe aquello de que tratan los derechos de relación personal, contacto o visitas) y todas las demás funciones de cualquier persona o entidad dirigidas a cuidar de la persona o los bienes del niño.¹² De acuerdo con este significado más amplio, las responsabilidades parentales pueden ser asignadas a personas distintas de los padres (p.ej., abuelos, padrastros o padres afines, personas acogedoras, incluso instituciones públicas).¹³

La formación de un concepto omnicompreensivo que incluye cualquier posición jurídica enderezada a promover y salvaguardar el bienestar del niño es particularmente útil para la aplicación de las normas de derecho internacional privado. Es una formulación que simplifica extraordinariamente la forma de abordar los típicos problemas de calificación que se suscitan en los casos de conflicto de leyes y garantiza un tratamiento igualitario de los niños implicados en relaciones transfronterizas cuyas circunstancias requieren el reconocimiento o ejecución transfronterizas de resoluciones judiciales relativas a sus vidas personales o familiares.

Desde la perspectiva del derecho sustantivo de familia, sin embargo, su oportunidad no es tan evidente. Por una parte, el reconocimiento de que todas las formas de relación jurídicamente relevante con un niño constituyen responsabilidad parental realza el valor intrínseco de las diferentes formas de parentalidad afectiva y social, aunque no se fundamenten en una filiación biológica o adoptiva, y no las discrimina según tengan mayor o menor intensidad. Cuando se predica de los padres, ayuda a

¹² Artículo 1.2 de Reglamento Bruselas II bis; Principio 3:1 CEFL; Principio 20 Draft CM/Rec 2011.

¹³ Art. 1(1)(b), (c), (d) Bruselas II bis; Principios 3:2 y 3:9 CEFL; Principios 22 y 24 Draft CM/Rec 2011.

poner de relieve que sus deberes y obligaciones parentales permanecen después de que cese la convivencia con sus hijos, aunque no tengan su guarda o custodia y la intensidad de su contacto con ellos sea menor o distinta. Por otra parte, sin embargo, la gran amplitud del concepto socava su valor normativo. Los redactores de los Principios europeos afirmaron enfáticamente que "conceptos como tutela o custodia, todavía empleados en ordenamientos nacionales, han quedado atrás".¹⁴ Sin embargo, su sustitución por el concepto de responsabilidad parental no lleva a hacer desaparecer la necesidad de fijar criterios para decidir dónde habrán de residir los hijos menores de padres separados, cómo van a ejercerse las responsabilidades de guarda y de toma de decisiones, cómo habrán de establecerse los derechos de relación o contacto personal o cómo deberán coordinarse las potestades parentales con las asignadas a otras personas investidas de funciones tuitivas más limitadas. No es de extrañar que en estas áreas el *White Paper* y los Principios CEFL resulten poco ilustrativos en comparación con el mayor caudal de ideas, criterios aplicativos y recomendaciones aportados por los Principios de derecho en materia de disolución familiar publicados, hace casi ya dos décadas, por el *American Law Institute*.¹⁵

El uso normativo del concepto europeo de responsabilidades parentales exige necesariamente una deconstrucción funcional. Dichas responsabilidades pueden dar cobertura a poderes y deberes de toma de decisiones, a relaciones de convivencia, a relaciones de contacto personal, a funciones de protección transitoria e incluso a funciones de supervisión del ejercicio de otras funciones. El conjunto de tales responsabilidades se dirige a promover y salvaguardar los derechos y el bienestar de los niños, pero con un alcance muy diverso. Así, por ejemplo, los Principios CEFL que tratan del contenido de las responsabilidades parentales en relación con la persona o con el patrimonio del niño,¹⁶ a pesar de su

¹⁴ Boele-Woelki *et al.*, 2007a, p. 14.

¹⁵ American Law Institute, 2002, pp. 92-408.

¹⁶ Véase Principios CEFL: 3:19, 3:22, 3:23 y 3:24.

pretendida generalidad, no pueden aplicarse a personas que asumen funciones de guarda transitorias o que son titulares de derechos de contacto o relación personal, sino sólo del padre o los padres (o de otras personas que ocupen su lugar) con plenitud de poderes decisorios.

A continuación abordamos la responsabilidad parental en sentido estricto; esto es, la posición que ocupan los padres u otras personas a las que se asignan roles parentales, en el núcleo de la cual se encuentran deberes de actuación en el ámbito personal y patrimonial de los niños y legitimación autónoma para la toma de decisiones, tanto con efectos frente al niño como frente a terceros.

3. Atribución de la responsabilidad parental

3.1. Titularidad y ejercicio de responsabilidad parental

Antes de examinar cómo y a quién se atribuye la responsabilidad parental es conveniente abordar la distinción entre 'ser titular' y 'ejercer' dicha responsabilidad. Es este un tema confuso en la dogmática de la responsabilidad parental que planea sobre las decisiones normativas que toman algunos ordenamientos para estructurarla. Los Principios CEFL, por ejemplo, se refieren separadamente a la atribución y al ejercicio de responsabilidades parentales y apuntan que ambos conceptos "no son ciertamente expresiones sinónimas", pero acaban admitiendo que los ordenamientos en los que se inspiran no son claros en absoluto respecto de esta distinción y no definen bien qué se entiende por cada uno de ellos.¹⁷

Una de las fuentes de donde procede la distinción se halla en el derecho internacional privado.¹⁸ El Convenio de la Haya de 1996, por ejemplo,

¹⁷ Boele-Woelki *et al.*, 2007a, pp. 77. Los Principios CEFL enfatizan particularmente la distinción respecto de terceros (véase Principios 3:9, relativo a la atribución, y 3:17, relativo al ejercicio).

¹⁸ Véase, p. ej. la exposición de motivos del Draft CM/Rec 2011 [CDCJ (2011) 15, p. 79.

establece criterios diferentes para determinar la ley que gobierna la atribución de responsabilidad parental y su ejercicio. En ambos casos dicha ley es la del Estado de la residencia habitual del niño (en el momento de la atribución de responsabilidad parental o de su ejercicio), pero en este segundo supuesto la ley aplicable puede cambiar si cambia el lugar de residencia, cosa que no puede ocurrir en el primer caso.¹⁹ El tratamiento separado de la atribución y el ejercicio de la responsabilidad parental, así, refleja el hecho de que la atribución de responsabilidad parental es un evento único, mientras que su ejercicio tiene naturaleza recurrente.

El fundamento apuntado de la distinción, aunque es certero, no explica las razones que conducen a ciertos ordenamientos a distinguir entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental. La distinción, que es habitual en los sistemas que atribuyen la responsabilidad parental a los padres tan pronto como queda establecida la filiación²⁰ (aunque no sea exclusiva de ellos),²¹ reconoce la idoneidad en abstracto del titular de responsabilidad parental para asumir las funciones parentales, sin condicionar la posibilidad de tomar decisiones cambiantes sobre su ejercicio teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. La titularidad, así, puede estar desprovista de poderes de ejercicio si el interés superior del niño justifica que dicho ejercicio corresponda en exclusiva al otro padre o a terceros. Ello puede ocurrir, por ejemplo, como consecuencia de las circunstancias personales de uno de los padres, de la vida separada de ambos padres o de la necesidad de adoptar medidas de protección del niño. La posición jurídica del ‘titular pasivo’ de responsabilidad

¹⁹ Véanse los artículos 16 y 17 del Convenio, que tratan respectivamente de la ley que rige la atribución o extinción de responsabilidad parental y la ley que rige su ejercicio.

²⁰ Así, por ejemplo, en Francia, Italia y España. Véanse, respectivamente, Francoz Terminal, 2019, pp. 255; Auletta, T., 2020, p. 370; Ferrer-Riba, J., 2019, pp. 489-490.

²¹ La distinción también es conocida en países que no atribuyen automáticamente la responsabilidad parental a los dos padres, como Alemania y Holanda, pero con un alcance distinto. En Alemania la distinción otorga la posibilidad de transferir el ejercicio a terceros o suspender el ejercicio con fundamento en una incapacidad: véase Gernhuber, J. y Coester-Waltjen, D., 2020, secc. 57-1, pp. 674-679; secc. 64 III, pp. 819-822. Con respecto a Holanda, véase Jeppesen de Boer, C., 2008, pp. 149-151.

parental, entonces, tiene un contenido limitado: si se trata de uno de los padres, este o esta tiene deberes de prestación de alimentos, derechos de contacto, la facultad de oponerse a la adopción del hijo por un tercero, facultades de supervisión y una expectativa de asumir o reasumir el ejercicio pleno de la responsabilidad parental si sobrevienen circunstancias que lo hagan necesario (p. ej., muerte del otro progenitor o la terminación de una medida de acogimiento).

Por otra parte, los ordenamientos que admiten la titularidad de responsabilidades sin ejercicio suelen contemplar también el supuesto inverso: el ejercicio de responsabilidades sin ser titular de las mismas. Esta situación puede producirse en casos de delegación de funciones, a petición o con el consentimiento de los titulares de responsabilidad parental o impuesta por la autoridad competente por razones de protección de un niño.

3.2. La atribución a los padres

En la actualidad no se discute que la responsabilidad primordial de la crianza y educación de los niños corresponde a sus padres en plano de igualdad. El art. 18 CNUDN consagra este principio y compromete a los Estados a emplear sus mejores esfuerzos para asegurar su reconocimiento y aceptación. El consenso que suscita esta idea, sin embargo, no se traduce en una atribución incondicional y automática de la responsabilidad parental a ambos padres tan pronto queda determinada legalmente la paternidad y la maternidad.²² Los informes de derecho comparado elaborados a instancias de la CEFL²³ permiten distinguir dos grandes grupos de ordenamientos jurídicos:

²² La cuestión que tratamos a continuación se plantea generalmente en el caso de relación de filiación constituida, con fundamento en la procreación biológica, por un padre y una madre. En los proyectos parentales de dos varones (por adopción o contrato de maternidad subrogada válido y eficaz) o de dos mujeres, la existencia de matrimonio o relación de pareja formalizada puede en su caso ser presupuesto, junto con el consentimiento, para la determinación de la copaternidad o comaternidad, y la responsabilidad parental de ambos es consecuencia de dicha determinación.

²³ Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), 2005, p. 265 y ss.

(i) *Ordenamientos que atribuyen la responsabilidad parental a ambos padres con carácter general desde que la filiación queda determinada.*²⁴

Este enfoque inclusivo, establecido como principio, es compatible con la regulación de casos excepcionales, que excluyan de responsabilidad parental a progenitores que, por las circunstancias en las que se ha determinado la filiación u otras causas, no sean idóneos para tenerla. La tenencia de responsabilidad parental, en estos ordenamientos, tampoco implica necesariamente su ejercicio efectivo, como hemos avanzado anteriormente.

(ii) *Ordenamientos que distinguen entre padres de hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio.*²⁵

Estos sistemas jurídicos son reticentes a atribuir responsabilidad parental automática al varón no casado con la mujer que ha dado a luz, con el argumento de que, no habiendo matrimonio, la disposición del primero a asumir sus responsabilidades y a cooperar con la madre en la crianza de los hijos puede variar mucho según las circunstancias y en algunos casos, ciertamente, puede ser nula. Por ello, la ley hacer depender la adquisición de responsabilidades parentales por el padre que tiene un hijo fuera de matrimonio de la concurrencia de algún indicador que confirme su idoneidad. El TEDH afirmó que la opción de tratar más rigurosamente a los padres no casados con la madre con la finalidad de identificar a aquellos que puedan considerarse ‘merecedores’ —a los cuales cabría atribuir poderes parentales— es una diferenciación que respeta

²⁴ El efecto de atribución automática de la responsabilidad parental puede encontrarse en Bélgica, Croacia, Dinamarca, España, Francia, Hungría, Italia, Lituania, Polonia, República checa y Rusia. A este respecto, véase Scherpe, J., 2009b, p. 46, con remisión a los informes nacionales publicados en Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner (eds.), 2005. Hay que tener en cuenta que en algunos países la determinación de la maternidad fuera de matrimonio requiere el reconocimiento de la madre o una decisión judicial (Francia e Italia) y que la atribución automática puede estar condicionada a la existencia de convivencia entre los padres (Italia e Hungría).

²⁵ Véase Scherpe, J., 2009b, pp. 46; Sosson/Willems, 2019, pp. 743-744. Según Scherpe, cit., filtrando y actualizando los datos suministrados por los informes de CEFL, la distinción rige en Alemania, Austria, Finlandia, Inglaterra y Gales, Irlanda, Noruega, Países Bajos, Suecia y Suiza.

el principio de proporcionalidad y por ello no constituye una discriminación prohibida por el CEDH.²⁶

El acceso del padre a la responsabilidad parental, en este segundo grupo de ordenamientos, puede provenir en primer lugar del respaldo de la madre: normalmente la ley atribuye la responsabilidad parental al padre si llega a casarse con la madre o si ambos progenitores llegan a un acuerdo, explícito o deducible de determinadas conductas (como la constancia registral del padre en el certificado de nacimiento del hijo), para compartir dichas responsabilidades.²⁷

Si la madre se opone a compartir la responsabilidad parental, las leyes nacionales normalmente habilitan como vía subsidiaria la opción de adquirir la responsabilidad parental por medio de una decisión judicial.²⁸ Algunos ordenamientos, como el alemán y el austríaco, tradicionalmente habían rechazado esta alternativa, entendiéndolo que la atribución de responsabilidades conjuntas contra la voluntad de un progenitor y sin un mínimo espíritu cooperativo entre los padres tiene más desventajas que ventajas y podría perjudicar el bienestar del niño. Este planteamiento, que había suscitado muchas críticas,²⁹ fue finalmente rechazado por el TEDH en los casos de *Zaunegger* (2009)³⁰ y *Sporer* (2011).³¹ El Tribunal no compartió la asunción de que "la guarda conjunta de un niño contra la voluntad de la madre no es conforme *prima facie* con el interés del niño", y juzgó discriminatorio el trato dado al padre no casado con la madre en comparación con el del padre separado o divorciado. En caso de separación o divorcio, incluso en un escenario de máxima conflictividad, ambos padres retienen su potestad a no ser que el tribunal, a petición

²⁶ STEDH 14 de setiembre de 1999, *McMichael c. Reino Unido*.

²⁷ Véase, p. ej., *Children Act* 1989 (Inglaterra y Gales), s 4 (1) (a) (b); § 1626a (1) 1 BGB (Alemania); § 177 (2) ABGB (Austria); art. 1:252 BW (Países Bajos).

²⁸ Véase, p. ej., *Children Act* 1989 (Inglaterra y Gales), s 4 (1) (c); art 1253c BW (Países Bajos).

²⁹ V. Coester, M., 2007, pp. 1137-1145; Scherpe, J., 2009a, pp. 950-960; *idem*, 2009b, pp. 57-58, con referencias adicionales.

³⁰ STEDH 3 de diciembre de 2009, *Zaunegger c. Alemania*.

³¹ STEDH 3 de febrero de 2011, *Sporer c. Austria*.

de uno de ellos, le atribuya la guarda individual de acuerdo con el interés superior del menor. Según el Tribunal, no hay una razón sólida que justifique hacer al padre no casado de peor condición. Aunque no hay consenso respecto de si los padres de hijos nacidos fuera de matrimonio deberían tener derecho a pedir la guarda conjunta sin aprobación de la madre, las decisiones sobre atribución de la guarda han de fundamentarse en el interés superior del niño y, en caso de conflicto entre los padres, debe haber oportunidad para someter la cuestión a escrutinio judicial. A raíz de las sentencias, tanto el derecho austríaco como el alemán pasaron a admitir que el padre no casado con la madre pudiera obtener la responsabilidad parental, en todo o en parte, por decisión judicial.³²

El *White Paper 2002* se alineó con la posición favorable a atribuir responsabilidades parentales a ambos padres, pero, reconociendo que existían —y existen todavía— ordenamientos en los que sólo uno de los padres las tiene *ope legis*, defendió que el otro pudiera tener una oportunidad de asumirlas, salvo que ello fuera en perjuicio del interés superior del niño.³³ Los Principios CEFL, por su parte, sostienen que "Las personas respecto a las cuales se ha establecido la filiación legal del niño tienen la responsabilidad parental sobre el mismo", sin ningún otro condicionante.³⁴ Este principio se compagina con el poder de la autoridad competente para privar de responsabilidades parentales a su titular si su comportamiento, por acción u omisión, ocasiona un riesgo grave a la persona o a los bienes del niño, y con la posibilidad de establecer un régimen de ejercicio individual de la responsabilidad parental por acuerdo entre los padres o por decisión de la autoridad competente.³⁵

³² Véase, secc. 1626a (1) núm. 3 y (2) BGB (Alemania), en la redacción dada por la *Gesetz zur Reform der elterlichen Sorgen nicht miteinander verheirateter Eltern*, de 16 de abril de 2013 (BGBl. 19 abril de 2013); § 180 (1) núm. 2 y (2) ABGB (Austria), en la redacción dada por la *Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz* de 2013 (BGBl. 11 de enero de 2013).

³³ Principio 19. El Draft CM/Rec 2011 profundiza en esta dirección añadiendo al Principio que 'la falta de consentimiento u oposición por el padre que tiene responsabilidades parentales no debería ser obstáculo para tal adquisición'.

³⁴ Principio 3:8. Véase Boele-Woelki *et al.*, 2007a, pp. 59-65.

³⁵ Principios 3:32 y 3:15 respectivamente.

La regla de atribución automática de la responsabilidad parental, con las cautelas expresadas, ha de considerarse claramente superior a las reglas de atribución selectiva. Si el interés del hijo requiere imponer limitaciones a la posición jurídica de sus padres o de uno de ellos, es preferible restringir las facultades de ejercicio y no la titularidad de las responsabilidades parentales. Así se evitan percepciones de desapoderamiento por el padre cuya posición se ha visto laminada y se predispone mejor al cumplimiento de los deberes mínimos de la parentalidad (prestación de alimentos; mantenimiento de contacto personal).³⁶ Los ordenamientos que no reconocen la atribución automática de la responsabilidad parental llegan a resultados parecidos concediéndola por vía judicial con criterios muy generosos, como muestra la práctica del derecho inglés.³⁷ Esta *praxis* llega a desnaturalizar el significado de la atribución de responsabilidad y a degradarla hasta convertirla, en algunos casos, en una mera formalidad de aprobación oficial.³⁸ Llegados a este punto, es preferible atribuir el estatus de ‘titular pasivo’ de responsabilidad parental a todos los padres con carácter general, con excepciones muy estrictas, y modular la legitimación para llegar a ser ‘titular activo’ por vía de acuerdo entre los padres o por una resolución judicial u otro acto de autoridad.

3.3. Terceras personas

La participación de terceras personas en el ejercicio de roles parentales está llevando el tratamiento jurídico de la responsabilidad parental a nuevos e importantes desarrollos. Los estudios de derecho comparado muestran que un número creciente de ordenamientos jurídicos europeos toman en consideración formas no tradicionales de parentalidad social al regular la responsabilidad parental.³⁹ Los Principios europeos reconocen que las responsabilidades parentales pueden ser objeto de atribución a

³⁶ Coester, M., 2012, pp. 1344.

³⁷ Herring, J., 2019, pp. 397-404.

³⁸ Reece, H., 2009, pp. 85-102.

³⁹ Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I., 2005, pp. 389-476; Motte, G., 2019, pp. 822-823.

personas distintas de los padres legales y ejercidas en todo o en parte por otras personas, adicionalmente o en sustitución de los padres.⁴⁰

Este reconocimiento, expresado en términos muy amplios, ofrece cobertura al menos a tres grupos de casos. En primer lugar, incluye a personas que ejercen derechos de contacto personal, en consonancia con la idea de que el mantenimiento de relaciones de contacto personal con un niño cae dentro de la órbita de las responsabilidades parentales.⁴¹ En segundo lugar, incluye a los terceros llamados a asumir funciones parentales "en lugar de los padres", esto es, para sustituirlos. La sustitución de los padres por otras personas que se ponen en su lugar, por causa de muerte, incapacidad o cualquier otra causa que lleve a la terminación de sus responsabilidades parentales, es una consecuencia necesaria de la continuidad en la protección del menor que históricamente ha sido siempre prevista y regulada en términos muy variables. Finalmente, bajo ciertas circunstancias, la intervención de terceros puede producirse 'adicionalmente', esto es, agregando la participación de terceros al ejercicio de las funciones parentales. Este es un fenómeno más reciente, que da cuenta de la mayor complejidad de las relaciones familiares en las sociedades actuales y de la importancia que dan los ordenamientos jurídicos a garantizar un entorno seguro para la crianza y educación de los niños. Entre estos terceros hay que incluir dos grupos de casos socialmente bien perfilados: los de protección o cuidado alternativo de niños desamparados, mediante la intervención de personas o familias acogedoras (*foster parents*) y los derivados de reconstitución familiar, esto es, los casos de participación del cónyuge o pareja del padre o de la madre en el ejercicio de responsabilidades parentales (*step-parents*).

3.3.1. Personas acogedoras

Hay relaciones de trato familiar y convivencia con menores que llegan a formarse específicamente para cubrir necesidades de protección de

⁴⁰ Principio 20.3 del *White Paper 2002* y Principios CEFL 3:9 y 3:17.

⁴¹ Boele-Woelki *et al.*, 2007a: 67-68. Sobre estas relaciones, v. Principios CEFL 3:25 a 3:29.

estos. La imposibilidad de un ejercicio satisfactorio de las responsabilidades parentales por padres y madres lleva a veces a involucrar en el ejercicio de funciones parentales o cuasiparentales a guardadores de hecho, a iniciativa propia o por delegación formal o informal de los progenitores. Hay situaciones de abandono, maltrato o riesgo grave para los menores que justifican también la intervención pública con adopción de medidas formales de protección, como las de acogimiento en familia extensa o ajena. En todos estos supuestos encontramos unidades familiares o de convivencia con presencia de figuras parentales, al margen de la paternidad o maternidad legales, cuya posición jurídica ha de configurarse tomando como primera referencia la regulación de las responsabilidades parentales.

La adopción formal de medidas de acogimiento familiar tiene implicaciones para la posición de los padres, cuya responsabilidad queda necesariamente afectada; para la persona o personas acogedoras, que pasan a ejercer funciones parentales, y para las autoridades públicas, por iniciativa de las cuales o bajo cuya supervisión normalmente se adoptan las medidas de protección. El diseño institucional de estas situaciones en Europa es muy diverso.⁴² Por lo común, a las personas acogedoras les son atribuidas ciertas responsabilidades, que pueden abarcar desde la toma de decisiones cotidianas hasta el ejercicio de derechos y deberes parentales con suma amplitud. La diversidad de las funciones desempeñadas por los acogedores no tiene que ver con el grado de confianza que la ley deposita en ellos, sino con las circunstancias familiares. Si las razones que justifican la puesta de un niño en acogimiento se perciben como permanentes, es común que los padres sean privados de sus responsabilidades y que la medida ordenada por la autoridad desemboque en la constitución de una tutela o en una adopción. Si, por el contrario, la necesidad de protección es transitoria o por lo menos se concibe como reversible,

⁴² Véase Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I. (eds.), 2005, pp. 389-476; Ferrer-Riba, J., 2012a, pp. 179-182; Motte, G., 2019, pp. 815-820.

el ejercicio de responsabilidades por los acogedores puede coexistir con el mantenimiento de ciertas responsabilidades por parte de los padres o con la asunción de dichas responsabilidades por la autoridad pública encargada de la protección de menores. No sólo el grado de los poderes decisorios atribuidos a los acogedores es muy variable; también lo es el procedimiento para su atribución, que según las jurisdicciones puede tener lugar por acuerdo con los padres, por resolución judicial o directamente en virtud de la misma ley.⁴³

Para la articulación de la relación entre los padres y las personas acogedoras es útil la distinción entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. Los padres pueden retener la titularidad de la responsabilidad al tiempo que los acogedores ejercitan, en todo o en parte, los poderes y deberes comprendidos en ella. El hecho de que los padres mantengan su responsabilidad significa que conservan la posibilidad de volver a ejercerlas en el futuro y que su asentimiento es necesario para que el hijo sea dado en adopción. En cambio, no parece afortunado aplicar la distinción entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental a los acogedores, como insisten en hacer los Principios CEFL.⁴⁴ Los acogedores son nombrados para ejercitar derechos y deberes parentales en virtud de delegación de los padres parental o de una resolución dictada por una autoridad competente, y carece de sentido pensar que puedan ser solo titulares de las responsabilidades parentales, pues son siempre llamados a ejercerlas inmediatamente.

3.3.2. El cónyuge o pareja del padre o la madre ("padre/madre afín")

La relevancia de este supuesto ha de vincularse a la proliferación del fenómeno de la reconstitución familiar en las sociedades europeas. Los

⁴³ Motte, G., 2019, pp. 818-819.

⁴⁴ Cfr. los Principios 3:9 y 3:17, y los comentarios al Principio 3:9, en Boele-Woelki *et al.*, 2007a, pp. 66-67.

cónyuges o parejas de cualquiera de ambos padres (en adelante, para simplificar, 'padre afín') se implican a menudo *de facto* en las tareas de cuidado diario y prestación de asistencia a los niños. Los ordenamientos jurídicos están tomando cada vez más conciencia de este rol informal, no sólo reconociendo que la relación con los hijos del esposo o la pareja constituye vida familiar y atrae la protección debida a la familia, sino también permitiendo la participación del padre o la madre afín en el ejercicio de responsabilidades parentales. Esta voluntad de reconocimiento es todavía muy desigual. No ha llegado todavía a un número importante de países, y se materializa de maneras muy diversas. El examen de los ordenamientos nacionales muestra divergencias sustanciales en relación con los requisitos que deben cumplirse para que el padre o la madre afín pueda asumir responsabilidades, con las fuentes de su legitimación —esta puede emanar de la ley, de una resolución judicial, o de un acuerdo privado— y con el contenido de los poderes y deberes que se le pueden llegar a conferir.⁴⁵

Los Principios CEFL establecen que "la pareja del padre o la madre que viva con el niño puede tomar parte en las decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana salvo en caso de objeción del otro padre que detente la responsabilidad parental".⁴⁶ La norma se inspira en el modelo del *kleines Sorgerecht* alemán,⁴⁷ seguido recientemente en Cataluña,⁴⁸ y del de otros países que circunscriben la intervención del padre afín al poder y/o deber de participar en la crianza del niño de su pareja y reemplazar a ésta si las circunstancias lo requieren.⁴⁹ Se trata de un modelo de participación que traduce en términos legales un rol social vivido en muchas familias.

⁴⁵ Véase, información relevante de derecho comparado en Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I., (eds.), 2005, pp. 389-428 (cuestiones 27 a 30).

⁴⁶ Principio 3:18.

⁴⁷ *Cfr.* §1687 b BGB, que extiende estos poderes también al derecho de representación legal en situaciones de emergencia.

⁴⁸ Véase art. 236-14 Código civil de Cataluña, incluyendo el derecho a adoptar decisiones de la vida cotidiana y medidas urgentes en caso de riesgo inminente para el niño.

⁴⁹ Tal como disponen los ordenamientos de la República Checa (sec. 33 del Código de familia) y de Suiza (art. 299 ZGB).

Otros países han optado por planteamientos más ambiciosos, llegando a admitir que el padre afín pueda asumir responsabilidades parentales plenas. Es el caso, por ejemplo, del derecho danés, que requiere que la pareja en cuestión esté casada con el padre legal, que este sea titular exclusivo de la responsabilidad parental y que el acuerdo entre ambos cónyuges tenga aprobación oficial.⁵⁰ Este modelo de integración familiar del padre afín trae a primer plano una cuestión interesante y poco explorada, esto es, la consideración de la atribución de responsabilidades parentales como una alternativa (o una etapa previa) a la adopción y la conveniencia de demarcar sus respectivos ámbitos operativos. En una dirección similar, el derecho inglés permite la asunción de responsabilidades parentales por los padres afines de manera completa, pero también con una extensión limitada, tanto si hay un titular único de responsabilidades parentales como si hay dos. En este modelo, la ley prevé que los padres afines asuman esta posición mediante consentimiento de los padres legales, pero también lo pueden hacer a través de una resolución judicial.⁵¹

Los datos confirman la ausencia de un núcleo común en la materia, tanto en cuanto a los requisitos para atribuir responsabilidad parental a un cónyuge o pareja como en cuanto a los contenidos de dicha responsabilidad. Es un ámbito jurídico en transición, en el que coexisten propuestas de regulación basadas en la autonomía privada, en la toma de decisiones por una autoridad competente o en la producción de efectos establecidos directamente por la ley. La atribución *ope legis* de responsabilidades parentales a un padre afín ha de considerarse excepcional.⁵² Los datos de derecho comparado indican que suele limitarse a una legitimación para adoptar decisiones cotidianas o urgentes. Los trabajos más recientes del

⁵⁰ Artículo 13 (2) de la Ley sobre responsabilidad parental. Véase también Jeppesen de Boer, 2008, pp. 200-201.

⁵¹ *Children Act* 1989, s 2(6); sobre ello, véase Herring, 2019, pp. 389-390.

⁵² En los Países Bajos esto es posible respecto del niño nacido de uno de los cónyuges durante el matrimonio que no tenga vínculos familiares con otro progenitor (típicamente, niño nacido en una pareja lesbiana): véase el informe holandés de Boele-Woelki, Schrama y Vonk, en Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I., 2005, p. 403 (cuestión 27).

Consejo de Europa inciden en la vía de la autonomía privada, y proponen permitir los acuerdos vinculantes entre uno de los padres y su cónyuge o pareja registrada al efecto de que éste asuma responsabilidades parentales, siempre que el otro padre, si también es titular de responsabilidad parental, lo consienta por escrito.⁵³ Los modelos normativos que descansan prevalentemente en la autonomía privada de las partes implicadas son teóricamente plausibles, pero no siempre se adaptan a las dinámicas informales en que se desarrolla la vida familiar. Para su operatividad es esencial combinarlos con la posibilidad de recurrir a la autoridad competente, sea para eludir posibles vetos injustificados del padre no residente o para desvirtuar acuerdos contrarios al interés superior del niño.

4. Terminación de la responsabilidad parental

4.1 Las causas de extinción de la responsabilidad parental

La responsabilidad parental puede terminar por causas que afecten al niño o que afecten a sus padres o a cualquier otro titular de las mismas. Las dos clases de causas de extinción siguen patrones parecidos en todos los ordenamientos europeos. Desde la perspectiva del niño, la responsabilidad parental cesa cuando éste llega a la mayoría de edad, contrae matrimonio o inicia una relación de pareja registrada (con excepciones en algunas jurisdicciones), o fallece.⁵⁴ Desde la perspectiva de los titulares de la responsabilidad parental, esta se extingue con su muerte, por adopción del niño (respecto del padre o padres sustituidos por los adoptantes, a quienes la responsabilidad es transferida), y por una resolución

⁵³ Principio 24 del Draft CM/Rec 2011.

⁵⁴ *Cfr.* Principio 3:30 CEFL, que incluye la adopción del niño. Teniendo en cuenta que dicho principio enumera las causas de extinción desde la perspectiva del niño, la referencia a la adopción es confusa. La adopción comporta sustitución en la titularidad de responsabilidades parentales, pero no extinción, pues la responsabilidad parental pasa al padre o padres adoptivos. Por lo demás, en el caso de adopción por el cónyuge o pareja del padre, la sustitución es solo parcial (por suplantación del otro progenitor, si la filiación estuviera determinada respecto del mismo).

adoptada por la autoridad competente (p. ej., una orden que deje sin efecto una resolución previa que confiaba la responsabilidad parental a una persona determinada). Finalmente, aunque conceptualmente este supuesto no suele ser tratado como una causa de extinción, hay que hacer notar que en la mayoría de ordenamientos jurídicos la responsabilidad parental puede ser objeto de privación o remoción. Esta también tiene lugar por medio de un acto de autoridad y ha de fundamentarse en la puesta en riesgo del hijo o la causación de daños al mismo, sea en su persona o en sus bienes.

En la extinción de la responsabilidad parental hay tres temas que merecen ser destacados. El primero se relaciona con la autonomía personal del niño: la ley debe fijar en qué momento o período de su vida el niño puede asumir el poder de autodeterminarse y las responsabilidades parentales deben razonablemente llegar a su fin. El segundo tiene que ver con los padres u otros ejercientes de responsabilidad parental: la ley debe fijar por qué causas y por medio de qué procedimiento los titulares de responsabilidad parental pueden ser privados o removidos de la misma. El tercero se relaciona con la continuidad en la protección y se plantea cuando la persona que ejerce responsabilidades parentales cesa como titular de esta función por cualquier causa y ha de ser relevada. En los ordenamientos que distinguen entre titularidad and ejercicio de la responsabilidad parental, el ejercicio pasa al otro titular, si lo hay, y se discute entonces si este efecto ha de ser automático o no. En caso de que no haya otro titular, se plantea quién debe asumir la responsabilidad y cómo ha de hacerlo, si bajo el mismo marco institucional o con sujeción a un estatuto de derechos y deberes diferente.

4.2. Mayoría de edad y emancipación

Las responsabilidades parentales acaban en la generalidad de los casos con la llegada del niño a su mayoría de edad, que es el momento en que asume plena responsabilidad sobre su persona y sus bienes. Los ordenamientos nacionales pueden disponer que las responsabilidades parentales

continúen más allá de la mayoría de edad o antes de llegar a ella:⁵⁵ cabe anticipar la finalización de las responsabilidades parentales, por causa de matrimonio o por emancipación, y cabe prolongarlas, en caso de que el hijo padezca alguna discapacidad que restrinja o impida su capacidad de autogobierno.

No hay acuerdo en Europa sobre la oportunidad de que la ley permita avanzar la terminación de las responsabilidades parentales antes de los 18 años, atendiendo al grado de madurez del menor o a sus circunstancias personales y familiares. Algunos ordenamientos dan una respuesta institucional a esta cuestión por medio de la emancipación.⁵⁶ La emancipación puede ser concedida por los padres o, si se cumplen ciertos requisitos, por la autoridad judicial, y conlleva la extinción de la responsabilidad parental y la adquisición por el menor emancipado de capacidad contractual plena o limitada. El instituto de la emancipación constituye una vía de deferencia al criterio de los padres, que se hallan en mejor posición que el legislador para evaluar la aptitud de sus hijos para asumir plenitud de responsabilidades civiles, o a otros indicadores de independencia y madurez personal, como el hecho de vivir autónomamente, obtener y administrar los propios medios de vida o haber optado por iniciar una comunidad de vida con otra persona.

La falta de uniformidad en el derecho europeo sobre esta cuestión no resulta particularmente problemática. Por una parte, la reducción de la edad de mayoría a los 18 años, general en todo el continente, ha estrechado la franja en la que podían manifestarse diferencias relevantes. Muchos ordenamientos que no contemplan la emancipación admiten, sin embargo, que el matrimonio del menor o la formalización de una relación de pareja determine el cese de la responsabilidad parental. Finalmente,

⁵⁵ En este sentido, véase el Principio 25 Draft CM/Rec 2011.

⁵⁶ Para información sobre los ordenamientos que permiten la emancipación, véase Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I. (eds.), 2005, pp. 55-63 (cuestión 3). De las jurisdicciones analizadas, la emancipación está contemplada por los ordenamientos de Cataluña, España, Francia, Italia (solo por matrimonio), Lituania, los Países Bajos, Portugal y Rusia.

todos los ordenamientos abren hoy día espacios de decisión autónoma a los menores, tanto en el terreno de los derechos de la personalidad como en el de la capacidad contractual, tomando en consideración su madurez, su edad, el tipo de contrato que se pretenda celebrar, su objeto y los usos sociales.⁵⁷ La diversidad legislativa en esta materia es enormemente acusada,⁵⁸ pero hay una clara tendencia común de fondo a favorecer la autonomía del menor, sin excluir el mantenimiento de las responsabilidades parentales, aún atenuadas.

4.3. Privación y rehabilitación de la responsabilidad parental

Si un titular de responsabilidad parental la ejercita de manera perjudicial para la persona o los bienes del niño puede ser removido de la misma, de modo parcial o total. La posibilidad de remover la responsabilidad parental es generalizada en los ordenamientos europeos.⁵⁹ También es recogida por los textos de derecho uniforme.⁶⁰ Algunos ordenamientos, por excepción, cuando se dan circunstancias que justifican que los padres sean apartados de sus responsabilidades, se limitan a decretar medidas de protección del niño u otro tipo de resoluciones que restringen o suspenden el ejercicio de los derechos y deberes parentales y los transfieren a otras personas, sin proceder formalmente a la privación de la responsabilidad parental.⁶¹ Esta opción, aunque minoritaria, merece

⁵⁷ Véase, Hellwege, P., 2012, pp. 138-140.

⁵⁸ Para apreciar esta diversidad, véase Francoz-Terminal, L., 2008, pp. 145-193, comparando los derechos francés, inglés y escocés. El derecho francés permite la emancipación a partir de los 16 años por resolución judicial a petición de uno de los padres (art. 413-2 *Code civil*); en el derecho escocés el niño adquiere capacidad de obrar a la edad de 16 años (*Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, s.1); el derecho inglés no prevé umbrales de edad, pero parte precisamente del principio de hacer prevalecer siempre la capacidad natural del menor. Los ordenamientos de Escocia e Inglaterra mantienen mecanismos de protección del menor en ejercicio de su capacidad contractual; el derecho francés los excluye para el menor emancipado. Al margen de estas diversas fórmulas de acceso a la 'premayoridad', los tres sistemas facilitan, por medio de expedientes diversos, el ejercicio los derechos de naturaleza personal de los menores antes de su llegada a la mayoría de edad.

⁵⁹ Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I. (eds.), 2005, pp. 669-692 (cuestión 51).

⁶⁰ Principio 3:32 CEFL; Principio 24 *White Paper 2002*; Principio 27 Draft CM/Rec 2011.

⁶¹ En este sentido, véanse los informes de Lund-Andersen (Dinamarca), Lowe (Inglaterra y Gales) (respecto de las personas a quienes se ha conferido la responsabilidad parental en el momento del

sin duda ser tomada en consideración para futuros desarrollos institucionales de la responsabilidad parental.

La privación de la responsabilidad parental presupone que el titular de la misma ha incurrido en malos tratos, abuso, negligencia, o cualquier otra forma de conducta que cause daño al niño o lo ponga en grave riesgo de ser dañado, sea en su persona o en sus bienes. Las causas que determinan la privación de la responsabilidad parental no han de implicar necesariamente una valoración de culpabilidad en la conducta de los padres. Aunque sobre esta cuestión no hay unanimidad en Europa, en la actualidad predomina la tendencia a concebir la privación de la responsabilidad parental como una medida tuitiva y a objetivar los requisitos de su aplicación.⁶² Ello no significa desconocer que las circunstancias que llevan a la privación de la responsabilidad parental son en muchas ocasiones sancionables y que hay ordenamientos en los que la privación de la responsabilidad parental constituye propiamente una sanción accesoria a la condena por comisión de ciertos delitos. Pero incluso en estos casos la privación de la responsabilidad parental cumple —o debería cumplir— una función preventiva y de protección al menor. En esta dirección, el TEDH ha rechazado que pueda decretarse la privación de la responsabilidad parental por causas puramente sancionatorias que no guarden relación alguna con el bienestar de los menores.⁶³

El fundamento tuitivo de la remoción de la responsabilidad parental determina que, en la práctica, sólo se promueva cuando el niño pueda derivar algún beneficio de la medida. Las constelaciones de casos que han llegado al TEDH muestran que la medida de privación de la responsabilidad parental se plantea casi siempre en el contexto de la implementación de otras medidas de protección del niño que implican la perspectiva

nacimiento del niño) y Koutsouradis (Grecia) (jurisdicción en la que se puede privar del ejercicio de la potestad parental, pero no de su titularidad, salvo como consecuencia accesoria de una sentencia penal), en Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I., 2005, pp. 673, 678-679 (cuestión 51).

⁶² Boele-Woelki *et al.*, 2007a, pp. 214-215.

⁶³ STEDH 28 de septiembre de 2004, *Sabou y Pircalab c. Rumanía*.

futura de una ruptura definitiva de los lazos familiares, como la puesta del niño en acogimiento con vistas a una futura adopción o, llanamente, la decisión de promover la adopción. Según los ordenamientos y las circunstancias del caso concreto, la privación de la potestad puede anticipar la decisión a la que acabamos de referirnos, puede ser objeto de una pretensión ejercida en un procedimiento de protección del niño o puede constituir una consecuencia de la adopción de una medida de acogimiento. El TEDH ha tenido ocasión de formular y consolidar una doctrina jurisprudencial muy elaborada acerca de los estándares sustantivos y las cautelas procedimentales que las autoridades competentes deben observar en estos casos. Por esta vía, el tribunal ha contribuido a armonizar esta materia a nivel europeo en gran medida.⁶⁴

La jurisprudencia establecida por el TEDH contempla requisitos procedimentales y sustantivos. Entre los primeros, el tribunal reconoce no sólo las garantías tradicionales englobadas en el derecho a un juicio justo sino también el derecho de los afectados ‘a una participación suficiente en el procedimiento’, que ha llegado a ser uno de los pilares en el que se basan los ordenamientos europeos de protección de menores.⁶⁵ Desde el punto de vista de los requisitos sustantivos, la decisión de privar a los padres de sus derechos y responsabilidades se considera siempre excepcional y motivada por una exigencia fundamental asociada al interés superior del niño. En consecuencia, el grado de discrecionalidad de que gozan las autoridades nacionales es limitado y sujeto a un escrutinio estricto.⁶⁶ Ello se pone de relieve, sobre todo, cuando las circunstancias que motivan la necesidad de intervención no son imputables a los titulares

⁶⁴ Sobre estos estándares y salvaguardas, véase Ferrer-Riba, J., 2010, pp. 15-21; Choudry/Herring, 2010, pp. 299-308 (en relación con la decisión de poner a un niño bajo la guarda de terceras personas).

⁶⁵ Respecto de ambos tipos de derechos, véase Ferrer-Riba, J. 2010, pp. 16-17; Choudry/Herring, 2010, pp. 309-316. El hecho de que un padre no esté representado en el procedimiento de privación de su responsabilidad parental vulnera el art. 8 CEDH: STEDH 8 de enero de 2013, *A.K. y L. c. Croacia*.

⁶⁶ STEDH 7 de agosto de 1996, *Johansen c. Noruega*; STEDH 16 de julio de 2002, *P, C. y S. c. Reino Unido*; STEDH, 28 de octubre de 2010, *Aune c. Noruega*.

de responsabilidad parental, como cuando padecen carencias intelectivas.⁶⁷ En estos casos, hay que agotar la posibilidad de tomar medidas de apoyo educativo o económico antes de pasar a decisiones tan intrusivas en la esfera personal como la privación de la responsabilidad parental y el apartamiento de los hijos de sus padres.

La responsabilidad parental que ha sido objeto de privación puede ser rehabilitada. Los ordenamientos jurídicos que regulan la remoción admiten siempre esta posibilidad, si sobreviene un cambio de circunstancias que justifique su restauración y ello conviene al interés superior del menor.⁶⁸ De acuerdo con el TEDH, la imposibilidad de acceder a un tribunal para cuestionar la privación de los derechos parentales en un momento posterior, por razón de un cambio de circunstancias, no logra un equilibrio adecuado entre los intereses del niño, los de la persona desposeída de sus derechos y los de la sociedad en su conjunto, vulnerándose así el artículo 8 (CEDH).⁶⁹ Como he señalado más arriba, los casos que llegan al tribunal europeo muestran consistentemente que la privación de la responsabilidad parental sólo se adopta cuando la separación del hijo de su medio familiar de origen se percibe como irreversible y no es razonablemente imaginable el retorno a esta: "la privación de los derechos parentales [...] no es consistente con la finalidad de volverlos a reunir [padres e hijo]".⁷⁰ Mientras hay posibilidades de recuperación de la relación del hijo con sus padres, las medidas que se adoptan suelen implicar la suspensión del ejercicio de las funciones parentales (o su privación parcial), pero no su privación total. Por ello, aunque el fundamento teórico de la restauración de la responsabilidad parental es claro y convincente, se trata de hecho de una eventualidad excepcional.

La práctica habitual en torno a la privación de la responsabilidad parental permite seriamente cuestionar su utilidad e invita a prestar más

⁶⁷ STEDH, 26 de febrero de 2002, *Kutzner c. Alemania*.

⁶⁸ Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. (eds.), 2005, pp. 707-713 (cuestión 54). Véase, también, Principio 3:34 CEFL; Principio 28 Draft CM/Rec 2011.

⁶⁹ STEDH 17 de julio de 2012, *M. D. y otros c. Malta*.

⁷⁰ SSTEDH *Johansen c. Noruega*, *supra* n. 66; *M.D. y otros c. Malta*, *supra* n. 69.

atención a los ordenamientos que no la contemplan. Si un niño padece daños o se halla en riesgo de padecerlos a consecuencia de la conducta de su guardador o sus guardadores, el ejercicio de la responsabilidad parental puede ser transferido en todo o en parte a otro guardador (al otro padre, por medio de una resolución judicial que le atribuya la responsabilidad parental en exclusiva, a una persona acogedora) sin necesidad de privar formalmente de la titularidad de la responsabilidad al progenitor a quien es imputable la conducta dañosa. La finalidad primordial de la privación, cuando el padre afectado por la medida ya se encuentra apartado con anterioridad de la guarda y del ejercicio de sus poderes de toma de decisiones —como ocurre habitualmente— es suprimir sus derechos y expectativas residuales como ‘titular pasivo’ de responsabilidad parental, esto es, el derecho a recuperar el ejercicio de la responsabilidad si falla el otro padre, y el de oponerse a la adopción del hijo por un tercero. Estas posiciones jurídicas, sin embargo, pueden desactivarse por otras vías. La expectativa de asumir o recuperar el ejercicio de la responsabilidad parental puede sujetarse a control judicial, incluso previo. Del derecho a oponerse a la adopción cabe prescindir también en el mismo proceso de adopción por las mismas causas por las que cabe privar de la responsabilidad parental, evitando así la necesidad de una privación previa de la misma.⁷¹

4.4. Atribución sucesiva de la responsabilidad parental en caso de cese anticipado

La ley debe proveer sistemas de sustitución en el ejercicio de responsabilidades parentales en caso de que la persona que las está asumiendo fallezca, quede impedida para su ejercicio o por cualquier otra causa cese en las mismas. Esta eventualidad se aborda de modos distintos según las circunstancias concurrentes en el momento de producirse tal cese

⁷¹ Véase información de derecho comparado confirmando este punto en la STEDH *A.K. y L. V. c. Croacia*, *supra* n. 65.

anticipado. A estos efectos es oportuno distinguir tres grupos de casos:⁷² (a) extinción de la responsabilidad parental del progenitor que la ejerce conjuntamente con el otro o con otro titular de responsabilidad; (b) extinción de responsabilidad parental del progenitor que la ejerce solo, existiendo el otro; (c) extinción de la responsabilidad parental de uno o ambos padres, sin existencia de otro titular de la misma.

En el caso (a) la responsabilidad continúa en manos del segundo ejerciente (típicamente, el padre o la madre supervivientes) como un efecto legal. El tratamiento en las leyes de este supuesto ofrece muy pocas dudas en todas las jurisdicciones europeas.⁷³ Dado que el superviviente ya estaba ejerciendo funciones parentales, no hay razón para cuestionar su idoneidad para seguir en este ejercicio individualmente. A este planteamiento solo puede objetarse el trastorno que puede causar al niño un cambio sustancial en sus condiciones de vida, si el superviviente no convivía anteriormente con él. Algunos sistemas (Dinamarca, Noruega) dan cuenta de esta dificultad y la abordan permitiendo que un tercero pueda solicitar la atribución de responsabilidad parental.⁷⁴ Esta opción permite eludir la aplicación de la norma por defecto, pero pone la carga de justificar ante la autoridad la existencia de razones importantes para hacerlo, fundadas en el interés superior del niño.

Las situaciones del grupo (b) no tienen una respuesta unitaria plenamente satisfactoria. Según los Principios CEFL, si un padre que tiene responsabilidades parentales en exclusiva fallece, estas han de atribuirse al superviviente o a un tercero por decisión de la autoridad competente.⁷⁵

⁷² Cf. Principio 3:31 CEFL; Principio 23 *White Paper 2002*; Principio 26 Draft CM/Rec 2011. Aunque los Principios CEFL y el *White Paper* se refieren únicamente a los padres y plantean solo el supuesto de muerte de uno de ellos o de ambos, las reglas que proponen pueden aplicarse *mutatis mutandis* a otras personas titulares de responsabilidad parental y a otros supuestos de terminación de la responsabilidad que no sea por muerte.

⁷³ Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. (eds.), 2005, pp. 455-466 (cuestión 33).

⁷⁴ Boele-Woelki *et al.*, 2007a, p. 205, remitiéndose a los informes nacionales de Lund-Andersen/Jeppesen-De Boer (Dinamarca) y Sverdrup/Lødrup (Noruega).

⁷⁵ Principio 3:31 (2).

Los comentarios a esta propuesta advierten que se desvía del núcleo común europeo, el cual opta por atribuir automáticamente el ejercicio de las responsabilidades parentales al padre que sobrevive.⁷⁶ En realidad, las jurisdicciones nacionales solo atribuyen la responsabilidad parental con tal automaticidad al superviviente cuando esta persona ya tenía (pero no ejercía) la responsabilidad. Si se dan circunstancias que hacen indeseable esta asignación, está justificado que se faculte a un tercero (p. ej., un padre afín) para pedir al juez una asignación distinta. La propuesta de los Principios CEFL, en cambio, se acomoda mucho mejor al supuesto en que el superviviente no era titular de responsabilidad parental. En tal caso, es sin duda preferible evitar los automatismos y deferir la decisión a la autoridad competente para que valore hay algún tercero más cualificado para asumirlas. Sin embargo, esto no es 'una mejor solución' que se separe del núcleo común: es la regla habitual siempre que el fallecido fuera único titular de responsabilidades parentales.⁷⁷ En resumen, cuando fallece el padre que ejercía responsabilidad parental en exclusiva, parece razonable proponer que la responsabilidad se transmita, *ope legis* o por decisión judicial, al superviviente o a un tercero, dependiendo de las circunstancias (concretamente, dependiendo de si el padre superviviente ya era titular de responsabilidad o no lo era).⁷⁸

En el último grupo de casos (c), la terminación de la responsabilidad parental conduce al nombramiento de otra persona o personas para sustituir a los padres en el ejercicio de sus funciones de protección. Estas funciones quedan comprendidas en el concepto de 'responsabilidades parentales' en los principios europeos y en los instrumentos internacionales, pero las legislaciones nacionales las regulan en un marco institucional distinto, el de la tutela de menores. La sujeción de las personas que se ponen *in loco parentis* a un estatus legal distinto al de los padres tiene

⁷⁶ Boele-Woelki *et al.*, 2007a, pp. 210-211; Boele-Woelki, 2008, pp. 78.

⁷⁷ Véanse, p. ej., los informes nacionales de Roth (Austria), Lowe (Inglaterra y Gales), Dethloff / Martiny (Alemania), Boele-Woelki (Países Bajos) y Hausheer (Suiza) en Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I. (eds.), 2005.

⁷⁸ Véase en este sentido el Principio 23 (2) del *White Paper 2002*.

raíces históricas en el derecho romano y es explicable por la diversa naturaleza y fundamento de los vínculos que unen al tutor con el niño, pero responde también a una concepción patrimonialista de las funciones tutelares más propia de tiempos pretéritos. El derecho de tutelas ha tenido siempre una relevancia marginal en el derecho comparado.⁷⁹ Con todo, los esfuerzos armonizadores llevados a cabo en Europa en material de responsabilidades parentales trascienden al ámbito de la tutela: los principios relativos al contenido de dichas responsabilidades se aplican a cualquier persona que las ostente, con independencia de que se trate de los padres o de terceros.⁸⁰ Este planteamiento, que uniformiza el contenido legal básico de los derechos y deberes sobre la persona y el patrimonio de los niños, con independencia de quien los tenga atribuidos, parece acertado, siempre que deje a los padres o, en su defecto, a la autoridad competente la posibilidad de establecer mecanismos de fiscalización más intensa si las circunstancias personales o patrimoniales lo aconsejan.

Hay un consenso creciente a favor de permitir a los padres el nombramiento de sustitutos en el ejercicio de responsabilidades parentales en previsión de su fallecimiento.⁸¹ Los padres están en una posición mucho mejor que la ley o que un tribunal para juzgar que es lo más beneficioso para sus hijos. Ante el riesgo de que sus propuestas puedan no ser óptimas, algunos ordenamientos les confieren valor solo como deseos o recomendaciones que la autoridad ha de tener en cuenta.⁸² Sin embargo, teniendo en cuenta que el riesgo es pequeño, parece más consistente con la posición preeminente de los padres en la mayoría de los ordenamientos configurar su intervención como ejercicio de un derecho y poner la carga

⁷⁹ Véase Röthel, 2012, p. 812.

⁸⁰ Véanse Principios 3:19 a 3:24 CEFL, que se aplican a personas titulares de responsabilidades parentales plenas, sin distinguir si se trata de los padres o de terceras personas.

⁸¹ Principio 23 (3) (4) del *White Paper 2002*; Principio 26 (2) Draft CM/Rec 2011. Los Principios CEFL no toman partido en esta cuestión, que remiten a los derechos nacionales.

⁸² Véase, p. ej., los informes nacionales de Todorova (Bulgaria), Hrusaková (República checa), Ferland (Francia), Mikelenas (Lituania), Sverdrup/Lødrup (Noruega), Maczynski/Maczynska (Polonia), Antokolskaia (Rusia) y Hausheer (Suiza) en Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I., 2005, pp. 467-476 (cuestión 34).

de acreditar que sus previsiones no se corresponden con el interés superior de sus hijos menores a quien así lo alegue, incluyendo a estos si tienen madurez suficiente para ello.

5. Consideraciones finales

La visión panorámica de las principales tendencias en los ordenamientos jurídicos europeos muestra que la responsabilidad parental es una institución compleja, caracterizada por una notable diversidad normativa que dificulta su estudio jurídico-comparado. A pesar de los valiosos pasos emprendidos para su armonización a cargo de instituciones, tribunales y grupos de académicos internacionales, su diseño legal en los códigos civiles y de familia en Europa es todavía muy heterogéneo.

Desde una perspectiva europea, la responsabilidad parental en su forma actual se presenta como una institución centrada en el niño. La progresiva aceptación del término ‘responsabilidad’ en vez de ‘autoridad’ o ‘potestad’ refleja un cambio de paradigma que se ha impuesto en Europa tras un largo proceso de evolución social y jurídica. De acuerdo con esta percepción, el núcleo de la responsabilidad parental está formado por deberes de crianza y educación a los niños y por poderes para tomar e implementar decisiones que han de ser ejercidos en interés de los niños y para el cumplimiento de los deberes mencionados. Las potestades parentales no sólo están limitadas por el compromiso de procurar el bienestar del niño, sino también por el de respetar y promover su autonomía. Esto lleva a su debilitamiento y progresiva desaparición en la última etapa de la menor edad a través de técnicas diversas que permiten a los adolescentes tomar sus propias decisiones. Hace falta más investigación teórica y empírica sobre la efectividad relativa de estas técnicas para promover los intereses de los niños y adolescentes en cuestiones relacionadas con sus personas y sus bienes.

Si bien la responsabilidad parental está centrada en la persona de los niños, también hay consenso en afirmar su naturaleza ‘parental’, esto es,

su atribución en vía de principio a los padres. Esta atribución se fundamenta en los profundos lazos naturales y emocionales que normalmente conllevan las relaciones paterno/materno-filiales y la presunción de compromiso parental incondicional que se deriva de estos lazos. Es importante hacer notar que, en el panorama europeo actual, la atribución de esta responsabilidad queda cada vez más al margen del estatus familiar existente entre los padres. Su atribución ya ha quedado completamente dissociada de prevenciones de género y ahora vemos como va quedando paulatinamente dissociada de consideraciones de estado marital e incluso de la convivencia entre los padres. Sólo el interés superior de cada niño en particular y la manera en que se desenvuelve la relación con sus padres con el transcurso del tiempo justifican la introducción de modulaciones o excepciones a la regla que atribuye la responsabilidad parental a ambos padres en pie de igualdad; no la relación familiar entre estos.

La primacía de los padres como responsables de sus hijos menores también se manifiesta en el reconocimiento de su autonomía privada para acordar como ejercer la responsabilidad parental, para acordar delegarla o compartirla con terceros y para realizar nombramientos vinculantes o dar instrucciones anticipando una eventual ausencia futura. El reconocimiento de la autonomía de los padres para configurar las potestades y los deberes parentales, así como su forma de ejercicio, todavía no está plenamente consolidado en los ordenamientos jurídicos nacionales de Europa y normalmente se sujeta a grados diversos de supervisión judicial. Este es un terreno fértil de investigación jurídica, en el que es previsible que se produzcan avances significativos en los próximos años. El recurso a técnicas de reproducción asistida y el consiguiente protagonismo del principio voluntarista o de consentimiento como fundamento para la determinación de la parentalidad legal ha de traducirse en un mayor reconocimiento de la autonomía privada. Particularmente, la implementación de proyectos parentales colaborativos, con intervención de más de dos personas (p. ej., pareja de varones y mujer gestante y/o aportante de gametos femeninos; pareja de lesbianas y varón aportante de gametos masculinos) puede y debe abrir espacios para que los implicados lleguen

a acuerdos relativos a la atribución, delegación o renuncia de responsabilidades parentales o sobre el posible alcance de estas. Ello puede llegar a afectar al diseño institucional de las responsabilidades parentales, tanto si estas han de quedar definidas por ley, por una resolución judicial o administrativa o por un acuerdo privado: en particular, habrá que ponderar la posibilidad de atribuir las a personas distintas de los progenitores legales, de extenderlas a más de dos personas y de flexibilizar su contenido de poderes y deberes para adaptarlo a las circunstancias de cada caso.⁸³

La atribución incondicional de la responsabilidad parental a los padres, asociada a la necesidad de ponderar las circunstancias en que viven los niños y la calidad de sus vínculos personales familiares explica la creciente tendencia a la segregación de dicha responsabilidad en haces de deberes y derechos de contenido e intensidad variables. Un número significativo de jurisdicciones ha distinguido tradicionalmente entre la idoneidad para asumir responsabilidad parental en abstracto y una ‘superior idoneidad’ para ejercerla a la vista de las circunstancias familiares, por medio de la distinción entre la titularidad y el ejercicio de tal responsabilidad. Los ordenamientos que no incorporan esta distinción se ven forzados a adaptar el contenido la atribución y el contenido de la responsabilidad parental para dar cuenta de circunstancias personales y familiares que a veces difieren significativamente. Por otra parte, no debería olvidarse que la autoridad parental ha de combinarse con la función tuitiva y los poderes de actuación de las autoridades administrativas y judiciales para acordar medidas de protección, permitir la participación de terceros en el ejercicio de las funciones parentales o, en última instancia, remover a los padres del ejercicio de su responsabilidad parental. Esta interferencia en la titularidad o en el ejercicio de la responsabilidad parental también contribuye a su desagregación funcional: en ocasiones, se requiere trazar una distinción entre poderes relativos a asuntos cotidianos y relativos a

⁸³ Ferrer-Riba, J., 2018, pp. 173-174.

asuntos de mayor impacto temporal; entre poderes de ejecución y de supervisión, o entre poderes fundados en la guarda y custodia de un niño y poderes que pueden ser ejercidos al margen de la guarda. Esta desagregación de la responsabilidad parental —que para muchos justifica la preferencia por el término plural de ‘responsabilidades’— acentúa su imagen de institución compleja y abre múltiples espacios para su análisis comparativo.

Bibliografía

- American Law Institute (2002), *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Matthew Bender & Co (LexisNexis).
- Auletta, T. (2020), *Diritto di famiglia*, Giappichelli.
- Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. (eds.) (2005), *European Family Law in Action*, vol. III: *Parental Responsibilities*, Oxford/ Nueva York, Intersentia.
- Boele-Woelki, K. *et al* (2007a), *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Oxford/ Nueva York, Intersentia.
- Boele-Woelki, K.; Martiny, D. (2007b), "The Comission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities", *ERA Forum* 8, pp. 125-143.
- Boele-Woelki, K. (2008), "The CEFL Principles Regarding Parental Responsibilities: Predominance of the Common Core", en Boele-Woelki, K. y Sverdrup, T. (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Nueva York, Intersentia, pp. 63-84.
- Choudry, S. y Herring, J. (2010), *European Human Rights and Family Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing.

- Coester, M. (2007), "Nichteheliche Elternschaft und Sorgerecht", 14, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ), pp. 1137-1145.
- Coester, M. (2012), "Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern", 17, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ), pp. 1337-1344.
- Committee of Experts on Family Law [CJ-FA] (2006), *Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage – "the White Paper"*, Consejo de Europa, CJ-FA (2006) 4 e.
- Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2018), *Sistema de derecho civil*, vol. IV, t. 1, 12a. ed., Madrid, Tecnos.
- Ferrer-Riba, J. (2010), "Principles and Prospects for a European System of Child Protection", 2 *InDret*, pp. 1-31.
- Ferrer-Riba, J. (2012a), "Child protection", en Basedow, J. *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. I, Oxford University Press, pp.179-182.
- Ferrer-Riba, J. (2012b), "Parental responsibility", en Basedow, J. *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, Oxford University Press, pp. 1247-1252.
- Ferrer-Riba, J. (2018), "Familias y pluriparentalidad en Derecho español", 85 *Derecho de Familia* (*Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*), pp.163-177.
- Ferrer-Riba, J. (2019), "Legal relationships between adults and children in Spain and Catalonia", en Sosson, J., Willems, G. y Motte, G. (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies (A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook)*, Cambridge/Amberes/Chicago, Intersentia, pp. 481-514.

- Francoz-Terminal, L. (2008), *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, Berna, Intersentia/Stämpfli.
- Francoz-Terminal, L. (2019), "Legal relationships between adults and children in France", en Sosson, J., Willems, G. y Motte, G. (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies (A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook)*, Cambridge/Amberes/Chicago, Intersentia, pp. 249-284.
- Gernhuber, J. y Coester-Waltjen, D. (2020), *Familienrecht*, 7a. ed., Munich, CH Beck.
- Hellwege, P. (2012), "Capacity", en Basedow, J. et al. (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. I, Oxford University Press, pp. 137-141.
- Herring, J. (2019), *Family Law*, 9a. ed., Harlow/Nueva York, Pearson.
- Jeppesen de Boer, C. (2008), *Joint Parental Authority (A comparative legal study on the continuation of joint parental authority after divorce and the breakup of a relationship in Dutch and Danish law and the CEFL principles)*, Amberes/Oxford/Portland: Intersentia.
- Lowe, N. (2006), *Report for the attention of the committee of experts on family law (CJ-FA) containing an evaluation of the Council of Europe legal instruments in the field of family law*, Consejo de Europa, CJ-FA (2006) 1 Rev.
- Motte, G. (2019), "Multiplication of Potential Social and Emotional Ties", en Sosson, J., Willems, G. y Motte, G. (eds.) (2019), *Adults and Children in Postmodern Societies (A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook)*, Cambridge/Amberes/Chicago, Intersentia, pp. 793-823.

- Reece, H. (2009), "The Degradation of Parental Responsibility", en Probert, R., Gilmore, S. y Herring, J. (eds.), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford/Portland, Hart Publishing, pp. 85-102.
- Röthel, Anne (2012), "Guardianship of Minors", en Basedow, J. et al. (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. I, Oxford University Press, pp. 811-813.
- Scherpe, J. (2009a), "Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention", *73-4 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, pp. 935-961.
- Scherpe, J. (2009b), "Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View", en Probert, R., Gilmore, S. y Herring, J. (eds.), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford/Portland, Hart Publishing, pp. 43-62.
- Scherpe, J. (2012), "Elterliche Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern in England and Wales", en Coester-Waltjen, D. et al. (eds.), *Alles zum Wohle des Kindes? Aktuelle Probleme des Kindschaftsrechts*, Göttinger Juristische Schriften, Universitätsverlag Göttingen, pp. 71-84.
- Sosson, J. y Willems, G. (2019a), "Parentage, Parenthood and Parental Responsibility in Traditional Families", en Sosson, J., Willems, G. y Motte, G. (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge/Amberes/Chicago, Intersentia, pp. 725-757.
- Sosson, J. y Willems, G. (2019b), "The Future of Legal Relationships Between Adults and Children", en Sosson, J., Willems, G. y Motte, G. (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge/Amberes/Chicago, Intersentia, pp. 825-864.

**B. PERSPECTIVAS
CONSTITUCIONALES
Y LEGALES COMPARADAS**

CAPÍTULO IV

La responsabilidad parental en Irlanda

Louise Crowley*

* Profesora titular de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho del University College Cork (UCC).

Resumen

De acuerdo con el derecho constitucional irlandés, los padres y las madres son considerados como los principales educadores de sus hijos e hijas y la capacidad del Estado para intervenir en dicha autonomía parental sólo tiene lugar cuando ellos no han cumplido con su deber. Sin embargo, la Constitución limita el concepto de familia a aquella que se basa en el matrimonio y, a su vez, los derechos y responsabilidades para con los hijos e hijas, según la Constitución, sólo se aplican a las madres y padres casados. A la luz de este concepto limitado de familia y de la jerarquía que ello crea con respecto a la condición y derechos de las diversas formaciones familiares, se le ha dejado al legislador irlandés la tarea de crear marcos para otorgar reconocimiento y derechos a padres y madres dentro de una amplia gama de formaciones familiares que existen actualmente en la sociedad irlandesa. En el presente capítulo se seguirá la evolución de esos derechos y se expondrá la forma en que las familias no matrimoniales han obtenido gradualmente el reconocimiento, la condición jurídica y los derechos y

responsabilidades parentales correspondientes, que varían en función de la naturaleza de la relación entre padres e hijos. Sin embargo, en definitiva, Irlanda sigue manteniendo una visión restringida de la familia y continúa excluyendo de la protección constitucional a todas las demás formaciones familiares. Es probable que se requiera un referéndum constitucional para que los legisladores puedan equilibrar la posición de todos los padres y madres conforme a la legislación irlandesa.

Palabras clave: Constitución, familia, familia marital, derechos parentales, responsabilidades parentales, madres y padres solteros, custodia, tutela, referéndum, niños.

1. Introducción

Determinar la condición de padre o madre y la naturaleza y el alcance de las responsabilidades parentales para con los hijos e hijas se ha complicado históricamente en el contexto irlandés debido a un enfoque restrictivo del concepto de familia. La voluntad del Estado para reconocer la condición parental se ha visto excepcionalmente limitada como resultado de una opinión conservadora, y con influencia de la Iglesia, sobre las condiciones limitadas para determinar al padre o a la madre legalmente reconocido de un niño o niña. En los últimos años, la evolución de la sociedad y el debilitamiento de los lazos entre Iglesia y Estado han dado lugar a una ampliación significativa de la naturaleza y número de formaciones familiares, obligando a los legisladores a reconsiderar la definición de paternidad/maternidad legal (*parentage*). Las nuevas leyes han servido para identificar y proteger a quienes pueden hacer valer una relación jurídica con derechos exigibles respecto de un niño(a), entre los que se incluyen las madres y los padres no casados y los cuidadores no parentales. Al mismo tiempo, si bien tradicionalmente la responsabilidad por bienestar, la protección y el desarrollo de los niños y niñas también se situaba casi exclusivamente en el seno de la familia unida por vínculo matrimonial, el Estado conservaba una responsabilidad restringida

conforme a la Constitución irlandesa en lo que respecta al bienestar de los niños(as), cuando sus necesidades eran desatendidas por los padres. En 2012 las necesidades de los niños fueron finalmente reconocidas como un derecho constitucional independiente, que ahora debe guiar la ley y la toma de decisiones que afectan a los niños(as), al tiempo que se iguala la capacidad y la obligación del Estado para intervenir en favor de ellos. Sin embargo, en la práctica siguen existiendo muchas complicaciones y la aplicación de este enfoque más amplio y centrado en la niñez para la protección de todos los niños(as) no ha logrado aportar la claridad e igualdad de trato adecuados tanto para ellos como para los que ocupan puestos de responsabilidad. En este capítulo se demostrará el impacto histórico de la Constitución irlandesa en el ámbito del reconocimiento legal de los padres, la evolución gradual de las leyes a fin de reflejar los importantes cambios sociales y los consiguientes intentos de localizar los derechos de la niñez al centro de la determinación y el alcance de los derechos y responsabilidades parentales.

2. Estatus y responsabilidades parentales definidas como *custodia* y *tutela*

Las disposiciones de la Constitución irlandesa relativas a la familia dan un enfoque restrictivo al reconocimiento de la condición parental y los derechos conexos de custodia y tutela. Se ha confiado en la Constitución para identificar los derechos parentales inherentes a un grupo limitado de personas determinadas en función de su relación con el otro padre o madre, lo que genera una falta de reconocimiento de tales derechos a quienes están excluidos de estos parámetros restrictivos. Antes de examinar el enfoque estrecho de la identificación jurídica del padre/madre y la naturaleza de sus derechos y responsabilidades, es necesario abordar el lenguaje que se utiliza en la legislación irlandesa para designar a personas que reúnen los requisitos para obtener la responsabilidad parental, a fin de comprender mejor sus limitaciones y repercusiones. En lugar de basarse en términos como "padre" o "responsabilidad parental", la Constitución irlandesa hace referencia a los conceptos de "familia" y "padres", y la

legislación en la materia se refiere a los derechos de "custodia" y "tutela" como indicadores del estatus y autoridad de un adulto que reúne los requisitos correspondientes, en relación con un niño. La legislación hace referencia explícita y por separado a la condición jurídica de la madre y del padre en relación con los derechos de custodia, tutela y, en menor medida, de acceso, como se indica a continuación, pero no explica ni delimita adecuadamente sus significados, y además detalla derechos de madres y padres por separado, en lugar de referirse a ellos en sentido genérico, como "padres".

Actualmente, la condición y la naturaleza de los derechos y responsabilidades que se conceden a los padres por aplicación de la ley se determina, en primer lugar, por la relación entre esos dos adultos. Por ejemplo, la postura de larga data (previa a la promulgación de la Ley de Relaciones Familiares y con el Niño 2015 [*Children and Family Relationships Act 2015*]) establecía que el progenitor varón de un niño(a) se denominaba padre por ley pero que, a menos que estuviera casado con la madre del niño(a), no tenía ningún derecho legal inmediato con respecto al niño(a). Sin embargo, se establecía que tendría responsabilidades de manera automática, inmediatamente después del nacimiento de la niña o el niño. Así, al explicar el desarrollo del derecho irlandés relativo a la condición y responsabilidades de los padres, y a quiénes corresponden esos derechos, existe una notable ausencia de referencia al concepto de padre(s) (padre/madre) tanto en las disposiciones normativas, como en las decisiones judiciales correspondientes. Los conceptos jurídicos de "tutor" y "custodio" en los que se basará el presente capítulo tienen gran importancia en el derecho familiar irlandés, ya que es en la afirmación de uno o más de estos estatus que surgirán derechos y responsabilidades legales.

La *tutela* se considera un estatus muy relevante, como lo afirman tanto el Poder Judicial como los comentaristas académicos. Abarca tanto el deber de mantener y cuidar adecuadamente al niño(a) como el de asumir la responsabilidad de la toma de decisiones respecto a su estilo de vida y

desarrollo general. La condición de tutor incluye el deber de mantener y cuidar adecuadamente al niño(a) y requiere que el tutor participe en las decisiones importantes de su vida. Los tribunales han confirmado repetidamente que el estatuto de tutela da lugar a derechos y deberes de los padres relativos a la crianza de sus hijos.

La tutela conlleva el derecho a tomar todas las decisiones importantes relacionadas con el niño(a), tales como escoger la religión en la que crecerá, la habilidad para consentir en su tratamiento médico y el derecho a solicitar un pasaporte para el(ella).¹

La *custodia*, en tanto, da lugar a la responsabilidad por el cuidado diario del niño(a) y se ha definido judicialmente como el derecho del padre/madre a ejercer el cuidado físico y el control de su hijo(a) en el día a día. La Suprema Corte de Irlanda ha considerado que la custodia abarca las "decisiones cruciales de salud y educación del niño(a) y la puesta en práctica de esas decisiones."² Aunque es evidente que existe cierta confusión entre estos dos conceptos, la Jueza Finlay Geoghegan en *RC vs. IS*³ los consideró como "dos conceptos diferentes del derecho irlandés", confirmando las distintas explicaciones dadas por Shatter:

La tutela describe el conjunto de derechos y responsabilidades conferidos automáticamente a los padres de un niño(a) nacido dentro del matrimonio, y a la madre de un niño nacido fuera del matrimonio, relativos a la crianza de éste [...]. La tutela abarca el deber de mantener y cuidar debidamente a un niño(a) y el derecho a tomar decisiones sobre la educación religiosa y secular del niño(a), los requerimientos de salud y el bienestar general. El derecho a la custodia del niño(a) es uno de los derechos derivados de la condición de tutela.

¹ Murray, C., 2012, pp. 39-48.

² Suprema Corte de Irlanda, caso *N. y N. vs. G. y G. the Health Service Executive, and An Bord Uchtála* [2006] 4 IR 374 por el Juez McGuinness.

³ Suprema Corte de Irlanda [2003] 4 IR 431.

La custodia significa esencialmente el derecho al cuidado y control físico. Los padres casados que residen juntos son los tutores y custodios conjuntos de sus hijos(as). Si se separan, la custodia recae en el padre/madre con el que el niño reside principalmente. El padre o madre privado de la custodia como resultado de una ruptura matrimonial sigue siendo el tutor y tiene derecho a seguir participando en la toma de decisiones relativas a la crianza, el bienestar y el desarrollo de su hijo(a).⁴

Las deficiencias relativas a la terminología utilizada por el marco normativo vigente, en particular el uso de los términos tutela, custodia y derecho de visita, fueron señaladas por la Comisión de Reforma Legislativa en 2010, en el Informe sobre los Aspectos Jurídicos de las Relaciones Familiares (LRC).⁵ Esta crítica y las recomendaciones conexas figuran en el Capítulo Uno del Informe Final, en el que se pide una actualización de la terminología actual y la tan postergada introducción de definiciones. Basándose en la opinión de Kilkelly, respecto a que "las disposiciones legislativas irlandesas existentes reflejan un concepto anticuado de la crianza de los hijos(as), centrado en los derechos de los padres, en particular en lo relativo a la custodia de los hijos(as), más que en sus responsabilidades hacia los mismos",⁶ la Comisión de Reforma Legislativa pidió una mayor precisión y coherencia en el enfoque. En especial, el reconocimiento de la necesidad de aclarar "cuáles son las responsabilidades asociadas con el cuidado de un niño(a), lo que garantizaría que la existencia de los derechos requeridos para ejercer dichas responsabilidades fueran claros e identificables a partir de las reformas legales propuestas y, en particular, la inclusión de la definición del término responsabilidad parental."⁷ Se observó que la ausencia de definiciones legales relativas a los conceptos de tutela, custodia y acceso ha dado lugar a confusión, en particular entre tutela y custodia, y los derechos asociados a cada una de

⁴ *Ibid.*, p. 439, citando a Shatter, A. 1997, pp. 531-532.

⁵ LRC 101-2010 «[https://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/r101Family\(1\).pdf](https://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/r101Family(1).pdf)»

⁶ Documento de consulta del LCR en 16, citado de Kilkelly, U., 2008, p. 115.

⁷ *Ibid.*, p. 8.

ellas. A la luz de estas conclusiones, la Comisión de Reforma Legislativa recomendó que se utilizaran los términos *responsabilidad parental* y *cuidado y contacto cotidiano* en el contexto del derecho familiar irlandés, en lugar de tutela, custodia y derecho de visita. Al abogar en favor de la introducción del término 'responsabilidad parental', la Comisión de Reforma Legislativa propuso la introducción de una definición general de ella, la cual permite un mayor margen de desarrollo, en respuesta tanto a la evolución de las normas sociales como a las necesidades de los niños y niñas. Consideró que éste sería un enfoque más adecuado que permitiría "suficiente flexibilidad para el alcance del concepto y, al mismo tiempo, ofrecería una orientación legislativa general coincidente con el entendimiento actual".⁸ En última instancia, la Comisión recomendó que "la responsabilidad parental se defina en la legislación de manera que incluya el deber de mantener y cuidar adecuadamente al niño(a), el derecho a solicitar un pasaporte y el derecho a tomar decisiones acerca del lugar de residencia, su educación religiosa y secular, y sus necesidades de salud y bienestar general".⁹ Por otra parte, el Tribunal Superior (*High Court*) ha impugnado la idoneidad del término 'custodia' y preferido, en un entorno moderno centrado en el niño(a), el uso de los conceptos de "custodia conjunta" y "responsabilidad parental compartida", ambos generalmente comprendidos como ajustados a la satisfacción del interés superior del niño y la niña. Así, el Tribunal ha dicho:

De hecho, el término 'madre o padre custodio' se ha convertido en poco apropiado en el contexto de lo que, en los tiempos modernos, los tribunales tratan de lograr como sistema mediador y cooperativo de co-parentalidad en el contexto de la reubicación del niño(a).¹⁰

Lamentablemente, las recomendaciones para modernizar la terminología normativa no se han implementado y la legislación sigue basándose en

⁸ LRC 101-2010, párr. 1.09.

⁹ LRC 101-2010: 11, párr. 10.

¹⁰ Suprema Corte de Irlanda, *R.L. vs. Heneghan* [2014] IEHC 664, Juez Abbott.

tales conceptos más obsoletos. Las recientes sesiones del Comité Mixto del Oireachtas sobre Justicia e Igualdad¹¹ señaló la falta de progreso en el tema desde la publicación del informe del LRC de 2010, reconociendo que "[los] términos que utilizamos están considerados como centrados en los padres. Deberíamos, en cambio, utilizar términos centrados en los niños(as)".¹²

El Juez MacMenamin de la Suprema Corte de Irlanda también ha destacado recientemente la necesidad de clarificar los distintos significados y derechos atribuidos a los tutores y custodios. Al respecto, ha indicado que:

El derecho a la custodia de un niño(a) es uno de los que surgen de la relación de tutela. Sin embargo, no deben mezclarse los conceptos de custodia y tutela. Custodia implica la noción del cuidado diario del niño(a). El hecho de que uno u otro progenitor goce de la custodia no siempre significa, en sí, que sólo por ese hecho la madre o el padre custodio goce de derechos prioritarios sobre el otro progenitor, quien también es tutor. Es necesario entonces, examinar cuál es el factor determinante.¹³

3. ¿Cuáles son los derechos y responsabilidades de los padres según la legislación irlandesa?

En el caso *B vs. B*,¹⁴ el Juez Ó Dálaigh observó que el párrafo 1 del artículo 6 de la Ley de Tutela de Infantes (*The Guardianship of Infants Act*)

¹¹ Joint Committee on Justice and Equality, 2019.

¹² *Ibid.*, por Roche, Treoir. Este punto de vista, y la necesidad de fortalecer la posición de los padres en particular, fue secundado por las audiencias del Comité Mixto por Walsh, Mens Voice Ireland: "Apoyamos firmemente el argumento de Treoir a favor de los derechos de tutela automática para las madres y padres solteros y la necesidad de un registro central para estos documentos. En esta lucha entre derechos parentales, son los derechos de la niñez los que pierden. En cambio, hacemos hincapié en el principio de la igualdad de derechos entre ambos padres. La práctica actual pone al adulto en el centro del escenario, cuando el bienestar del niño(a) y su derecho fundamental a conocer y pasar tiempo con ambos padres, debería ser primordial".

¹³ Suprema Corte de Irlanda, caso *C. O'S. y T.B. vs. Judge Alice Doyle and DB and the Attorney General* [2013] IESC 60, párr. 27.

¹⁴ Suprema Corte de Irlanda, *B vs. B* [1975] IR 54.

de 1964 no es más que una reiteración del principio enunciado en el artículo 42 de la Constitución, el cual establece que

[...] el Estado reconoce que la educación primaria y natural del niño(a) es la Familia y garantiza el respeto del derecho y el deber inalienables de los padres a proveer a sus hijos(as), según los medios a su alcance, educación religiosa y moral, intelectual, física y social.

En cuanto a la gama de responsabilidades que deben cumplir ambos padres con respecto a sus hijas e hijos, la ausencia de una referencia explícita a los derechos de la niñez en la Constitución irlandesa, hasta el año 2012, no impidió que los tribunales identificaran numerosos derechos de la niñez implícitos o no enumerados. En *G vs. An Bord Uchtála*¹⁵ la Suprema Corte de Irlanda reconoció el derecho del niño o la niña a la integridad corporal, así como su derecho a tener la oportunidad de ser criado(a) con la debida consideración por su bienestar religioso, moral, intelectual y físico. En este contexto, el Juez Presidente O'Higgins enfatizó el derecho del niño a:

[...] ser alimentado y vivir, a ser criado y educado y tener la oportunidad de trabajar y realizar su plena personalidad y dignidad como ser humano. Estos derechos del niño [...] deben ser igualmente protegidos y reivindicados por el Estado.¹⁶

La obligación del Estado a la intervención cuando madres o padres han incumplido con su deber para con sus hijas e hijos, por razones físicas o morales, como se indica en el artículo 42A de la Constitución, refleja la obligación del Estado de hacerlo sólo en circunstancias extremas de incumplimiento. Evidentemente, la responsabilidad primordial de reivindicar los derechos del niño(a) y proteger su bienestar, recae el padre o

¹⁵ Suprema Corte de Irlanda, [1980] 1 IR 32.

¹⁶ *Ibid.*, p. 56.

madre de ese niño o niña. Ciertamente, antes del referéndum constitucional sobre los derechos de la niñez, se había establecido que:

Es sólo en circunstancias excepcionales que los tribunales han intervenido para proteger al niño(a) y reivindicar sus derechos constitucionales. El tribunal sólo intervendrá en circunstancias excepcionales, emitiendo una orden contraria a las decisiones de los padres y dando su consentimiento a las actuaciones que vayan en favor del niño(a).¹⁷

4. Artículo 41 de la Constitución irlandesa. Restringiendo el alcance del estatus parental

El derecho familiar irlandés se rige principalmente por los artículos 41 y 42 de la Constitución irlandesa, junto con una serie de disposiciones legislativas relativas a la familia, las relaciones y la protección de las y los niños, todas las cuales deben cumplir con el texto fundamental. Desde la creación del Estado Libre de Irlanda en 1937, la Constitución ha identificado expresamente a la unidad familiar como aquella que goza de una posición elevada dentro de la legislación y la sociedad irlandesas. En el derecho irlandés, el reconocimiento de la condición y responsabilidades de los padres se ha encuadrado principalmente en función de la madre o el padre del niño, y hasta hace muy poco la naturaleza de la condición parental y las responsabilidades conexas se definieron en función del estado civil de ellos. El artículo 41 de la Constitución de Irlanda define la condición especial de la familia e identifica expresamente el grado elevado y naturaleza superior de su condición y derechos conexas, del siguiente modo:

El Estado reconoce a la Familia como el grupo natural primario y fundamental de la sociedad, y como institución moral portadora

¹⁷ Suprema Corte de Irlanda, caso *North Western Health Board v HW and CW* [2001] 3 IR 622 at 727, 728 por el Juez Denham.

de derechos inalienables e imprescriptibles, que anteceden y superiores a toda norma de derecho positivo.¹⁸

Además, teniendo en cuenta esta proclamada importancia de la familia, el párrafo 2 del artículo 41 dispone que:

El Estado, por lo tanto, garantiza el amparo de la Familia en su constitución y autoridad, como base necesaria del orden social e indispensable para el bienestar de la Nación y el Estado.

A pesar de esta posición elevada de la familia, la Constitución no define expresamente los conceptos de familia o padre/madre. Esta ausencia de una definición precisa de familia fue reconocida por el Juez Costello, en *Murray y Murray vs. Ireland*,¹⁹ donde indicó que:

'Familia' es una palabra que en el uso cotidiano tiene muchos significados diferentes. La Constitución no intenta definirla, sino que la describe como "el grupo natural primario y fundamental de la sociedad", como "institución moral", como "base del orden social" y como "indispensable para el bienestar de la Nación y del Estado".²⁰

Sin embargo, la definición de matrimonio en el artículo 41.3 como "el grupo de unidad natural, primaria y fundamental de la sociedad [...] en el que se funda la familia" ha sido interpretada por el Poder Judicial irlandés como un mandato para la aplicación limitada de protecciones y derechos constitucionales, incluido el estatus parental con sus derechos y responsabilidades exigibles, a la familia matrimonial y, por tanto, a los padres y madres casadas. Al aplicar esta interpretación limitada del artículo 41, el Juez Hamilton, en *Murphy vs. el Fiscal General*,²¹ distinguió

¹⁸ Constitución de Irlanda, artículo 41.1.1

¹⁹ Suprema Corte de Irlanda [1985] ILRM 542.

²⁰ *Ibid.*, p. 546.

²¹ Suprema Corte de Irlanda [1982] 1 IR 241.

entre una pareja casada y una pareja no casada que cohabita cuando observó que:

En estos artículos, la Constitución garantiza a la familia, fundada en la institución del matrimonio, un papel y una función social como grupo natural primario y fundamental de la sociedad, que no concede a individuos que cohabitan.²²

Esta opinión judicial se ha repetido en muchos casos de alto perfil y en los tribunales superiores irlandeses y que proveen el contexto de limitación similar al estatus parental, sólo a las madres y padres casados. Al dictar sentencia en el caso *State (Nicolaou) vs. An Bord Uchtála* y el AG²³ de la Suprema Corte, en el contexto del derecho negado a un padre soltero para vetar la adopción de su hijo, el Juez Walsh confirmó que los derechos y deberes de la familia no se extendían a la familia fuera del matrimonio. Más específicamente, aclaró que:

Si bien es cierto que las personas solteras que cohabitan y los hijos(as) de su unión pudieran denominarse a menudo familia y tener muchas, o incluso todas, las apariencias de una familia, y pudieran efectivamente considerarse como tales a los efectos de una ley particular, también es cierto que, en lo que respecta al artículo 41 [de la Constitución], las garantías contenidas se limitan a familias basadas en el matrimonio.²⁴

Hasta hace poco, esta postura antigua y obstinada del derecho irlandés significaba que sólo los padres/madres heterosexuales y casados(as) podían ser reconocidos automáticamente como tutores y custodios conjuntos de su hijo(a). Este estricto enfoque constitucional sigue afectando significativamente y restringiendo los derechos de las madres y los padres no casados. Ni la madre ni el padre no casados están protegidos

²² *Ibid.*, p. 265.

²³ Suprema Corte de Irlanda [1966] IR 241.

²⁴ *Ibid.*, pp. 643, 644.

por las disposiciones de la Constitución en materia familiar, y los derechos otorgados al tutor varían según el sexo de los padres, de modo que la madre no casada ejerce automáticamente sus derechos personales y el padre no casado sigue estando en una posición jurídica aún más vulnerable. Los derechos automáticos exclusivos de tutela y custodia de las madres y los padres casados se detallan en las disposiciones legales correspondientes. La principal legislación, que rige la condición parental, las responsabilidades parentales conexas y los derechos de la niñez, es la *Guardianship of Infants Act* [Ley sobre la Tutela de Infantes] de 1964, enmendada, entre otras, por la *Status of Children Act* [Ley sobre la Condición Jurídica y Social de los Niños] de 1987; la *Judicial Separation and Family Law Reform Act* [Ley de Separación Judicial y Reforma del Derecho Familiar] de 1989; la *Family Law Act* [Ley sobre el Derecho Familiar] de 1995, la *Family Law (Divorce) Act* [Ley sobre el Derecho Familiar (Divorcio)] de 1996, la *Children Act* de 1997 y, más recientemente y de manera profunda, por *Children and Family Relationships Act* 2015 (en su forma enmendada). El artículo 6(1) de la *Guardianship of Infants Act* 1964, tal como se promulgó originalmente, disponía que "el padre y la madre de un niño(a) serán conjuntamente los tutores del niño(a)". El alcance de esta disposición legal fue limitado deliberadamente por la definición de padre que excluye expresamente "el padre natural de un hijo ilegítimo",²⁵ lo que significa que el hecho y naturaleza de los derechos del padre derivan de su matrimonio con la madre del niño(a), y no de su condición de padre biológico de este último. La ley fue enmendada en 1987 para eliminar el término "hijo(a) ilegítimo(a)",²⁶ pero la sección de reemplazo continuaba excluyendo al "padre de un niño(a) que no se ha casado con la madre de dicho niño(a)", manteniendo la exclusividad de la condición y los derechos automáticos para padres casados con la madre de éste. En cambio, los derechos automáticos de la madre soltera fueron

²⁵ Artículo 2(1), *Guardianship of Infants Act* 1964.

²⁶ El párrafo 1 del artículo 3 de la *Status of Children Act* 1987 dispone que la relación entre toda persona y su padre y su madre (o cualquiera de ellos) se determinará con independencia de la situación matrimonial de su padre y su madre, y todas las demás relaciones se determinarán de conformidad.

enunciados claramente en el artículo 6 (4) de la Ley de 1964, que dispone que "la madre de un hijo ilegítimo será (la única) tutora del niño". Así pues, en su forma original, la Ley de 1964 no preveía ningún tipo de derechos parentales automáticos concedidos a otras personas distintas de los padres casados o la madre soltera de un niño o niña.

Además, esta privilegiada posición de la familia matrimonial, en virtud de la Constitución irlandesa y la consiguiente protección de ella como unidad colectiva y venerada, ha dado lugar a una presunción casi irrefutable de que una niña o niño está mejor ubicado dentro de esa unidad familiar. Esta cuestión se sometió a consideración de la Suprema Corte en 2016 en el caso *N y N contra el Ejecutivo del Servicio de Salud, G y G y An Bord Uchtála*.²⁷ En esa ocasión se solicitó a la Corte que se pronunciara sobre la custodia de una niña de dos años a quien, inmediatamente después de su nacimiento (julio de 2004), se le asignaron unos padres con miras a ser adoptada. Casi un año después de darla en adopción, la madre de la niña retiró su consentimiento, se casó con el padre biológico de la niña y solicitó a los tribunales la devolución de su hija. En el Tribunal Superior (*High Court*), el Juez McMenamin identificó la presunción constitucional de que las necesidades de los niños(as) se satisfacen mejor en el seno de su familia conyugal. Sin embargo, el juez consideró que, en las circunstancias específicas del caso, y puesto que los solicitantes habían incumplido su deber parental hacia ella, la presunción a favor de la familia conyugal debía ser refutada. El Juez McMenamin consideró que se trataba de "circunstancias excepcionales". Sin embargo, la decisión fue revocada en apelación ante la Suprema Corte de Irlanda, explícitamente en consonancia con la presunción constitucional a favor de los padres naturales casados. El factor crucial identificado por la Suprema Corte para revocar la decisión del Tribunal Superior fue el matrimonio de los demandantes, que les concedió la condición de familia casada constitucional: "Una vez que se produjo el matrimonio, los Byrnes se convirtieron en una familia constitucional con todos los derechos y presunciones

²⁷ [2006] 4 IR 374.

correspondientes".²⁸ Al hacer esta declaración afirmativa sobre la preponderancia de los derechos de la familia conyugal, la Jueza McGuinness lamentó lo que consideró como una desatención al interés superior de la niña:

La cuestión central que debía examinar la Corte sufrió una metamorfosis; ya no se trataba del interés superior de la niña, sino de la legalidad o no de la custodia de la segunda y tercera parte demandada.²⁹

4.1. Derechos y estatus de la madre soltera

La madre soltera es reconocida automáticamente como la única custodia y tutora del niño(a) cuando éste(a) nace. Dada su condición de soltera, estos derechos no se fundamentan en el artículo 41 de la Constitución relativo a la familia, sino en el artículo 40 relativo al derecho fundamental de todo ciudadano a la igualdad de trato.³⁰ Tales derechos no gozan de la elevada y protegida condición que se otorga a los derechos de familia previstos en el artículo 41, y se han considerado explícitamente como no "inalienables ni imprescriptibles"³¹ por naturaleza, convirtiéndolos en inferiores a los de la madre y el padre casados. El Juez Henchy en el caso *G vs. An Bord Uchtála*³² identificó "la posición central y fundamental que la Constitución otorga a la familia en el orden social y moral" y, en ese contexto, señaló la "necesaria e ineludible diferencia de capacidad moral y función social entre los padres dentro de una familia y los padres de un hijo ilegítimo"³³ como base para el reconocimiento justificado de los

²⁸ *Ibid.*, p. 497, por la Jueza McGuinness.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Todos los ciudadanos serán iguales ante la ley. Esto significa que el Estado no puede discriminar injusta, irrazonable o arbitrariamente entre los ciudadanos. El demandante en el caso *Estado (Nicolau) contra An Bord Uchtála* utilizó un argumento similar, pero sin éxito, basado en el artículo 40, como se indica a continuación.

³¹ Por el Juez O'Higgins en *G contra An Bord Uchtála*, confirmado por el Juez McGuinness en *NAHB, WH y PH contra An Bord Uchtála*, que se discute a continuación.

³² Suprema Corte de Irlanda [1980] 1 IR 32.

³³ *Ibid.*, en 86.

preferentes derechos de padres y madres casados, citando las "diferencias de capacidad, físicas y morales, y de función social" a que se refiere el artículo 40.1 de la Constitución. Curiosamente, en el contexto de las madres y los padres no casados, se hace una clara distinción entre las presuntas capacidades de la madre y el padre no casados. En este caso, el Juez Henchy consideró que el derecho de la madre a la que se le otorga la custodia (y, por ende, la exclusiva responsabilidad de cuidados diarios) surge independientemente de su estado de soltería, e identificó este derecho como definitivamente fundamentado en el artículo 40.3 de la Constitución, siendo un derecho natural y personal de ella.³⁴ Esta afirmación del derecho automático de una madre soltera a la custodia de su hijo confirmó la anterior decisión de la Suprema Corte de Irlanda en el caso *Estado (Nicolau) vs. An Bord Uchtála*.³⁵ A partir de esta sentencia, se señaló además en *G. vs. An Bord Uchtála* que, como madre:

[...] tiene derecho a proteger y cuidar a su hijo(a), y a tener la custodia de éste(a) [...] basado en la relación natural que existe entre una madre y su hijo(a) [dada] la total dependencia e impotencia del infante y [...] la determinación natural de la madre a proteger y mantener a su hijo(a).³⁶

Este derecho constitucional, no enumerado, de una madre soltera a la tutela automática de su hijo se confirma en el párrafo 4 del artículo 6 de la Ley de Tutela de Infantes de 1964, que da lugar a un derecho automático contemporáneo a la custodia exclusiva, dado que el párrafo 2 del artículo 10 de dicha ley confirma el derecho de un tutor a la custodia y el derecho conexo a iniciar procedimientos para hacer valer ese derecho.

Sin embargo, a pesar de que la Suprema Corte determinó la base constitucional de los derechos automáticos de una madre soltera con respecto a

³⁴ Suprema Corte de Irlanda [1980] IR 32 a 65. El Juez Henchy rechazó el argumento de que la madre de un hijo ilegítimo no tendría derechos naturales respecto a ese niño como una "opinión totalmente insostenible".

³⁵ Suprema Corte de Irlanda [1966] IR 567.

³⁶ [1980] 1 IR 32 en 55 por el Juez O'Higgins.

su hijo o hija, y de la opinión del Juez Walsh de que "entre la madre y su hijo(a) no importa si la madre está o no casada con el padre del niño(a)", la Corte ha confirmado, no obstante, que tal derecho a la custodia "de ninguna manera es absoluto". La jurisprudencia ha demostrado que la capacidad y la obligación del Estado de intervenir cuando las madres o los padres no han cumplido con su deber moral de proteger al niño(a) ha sido más fácil de ejercer cuando este último no nace en una familia conyugal. En apoyo a la obligación del Estado de reivindicar los derechos de la niñez, la capacidad de una madre no casada con el padre para resistirse a esa intervención es ciertamente menor que la de las madres o los padres casados. El Juez McGuinness en *NAHB, WH y PH vs. An Bord Uchtála*,³⁷ confiando favorablemente en el juicio previo del Juez Presidente O'Higgins en *G. vs. An Bord Uchtála* señaló que, dada la condición de madre soltera de la parte notificante, sus derechos en relación con el hijo no eran ni inalienables ni imprescriptibles. En su opinión:

[...] estos derechos de la madre en relación con su hijo(a) no son ni inalienables ni imprescriptibles [...] pueden ser cedidos o transferidos total o parcialmente y condicionados o de forma absoluta, o bien la madre puede perderlos si su conducta hacia el niño(a) equivale a un abandono o a una renuncia a sus derechos y deberes.

4.2. Padres solteros

Otro efecto de la preponderancia explícita de la familia casada conforme al artículo 41 de la Constitución es la exclusión de la aplicación de esos derechos a un padre soltero, y esta interpretación restrictiva ha tenido un efecto perjudicial de larga data sobre dichos padres. Desde la creación del Estado Libre de Irlanda y hasta la promulgación de la Ley de Relaciones Familiares y con el Niño de 2015, no existía ningún mecanismo jurídico mediante el cual el padre soltero pudiera hacer valer automáticamente

³⁷ Suprema Corte de Irlanda [2002] 4 IR 252.

una relación parental legalmente exigible al nacer su hijo o hija. De hecho, no fue sino hasta 1987 que un padre soltero puede solicitar al Tribunal que dictara dicha orden. A diferencia del reconocimiento del derecho de la madre a hacer valer automáticamente la custodia en virtud del artículo 40 de la Constitución, los tribunales irlandeses no han ampliado este amparo al padre soltero.³⁸ Esta distinción entre los derechos automáticos de la madre natural, y del padre natural de un niño o niña ha sido defendida reiteradamente por los tribunales irlandeses. Así, se ha sostenido que:

No se ha demostrado, a satisfacción de este tribunal, que el padre de un hijo(a) ilegítimo tenga algún derecho natural, diverso a sus derechos legales, a la custodia o a la sociedad de dicho niño(a) aparte de los derechos legales, y la Corte no se ha convencido de que tal derecho haya sido reconocido como parte de la ley natural.³⁹

El grado del derecho de un padre soltero a ser nombrado tutor de su hijo ha evolucionado muy lentamente en el derecho irlandés, pero hasta el momento en que se promulgó la Ley de Relaciones Familiares y con el Niño de 2015, la postura seguía siendo que la condición de tutor sólo podía obtenerse mediante solicitud admisible ante el tribunal o mediante acuerdo con la madre del niño o niña. Hasta enero de 2016,⁴⁰ un padre natural no casado no tenía ningún derecho automático a ser nombrado tutor de su hijo o hija; e incluso, cuando se le nombraba, la relación padre-hijo(a) no gozaba de protección constitucional en tales circunstancias.

La ley de 1964, tal como se promulgó originalmente, privó al padre natural soltero de cualquier medio para asegurar dicha tutela. Finalmente, en

³⁸ En el caso *Estado (Nicolau) contra An Bord Uchtála*, el Tribunal rechazó el intento del demandante de hacer valer su derecho a ser nombrado tutor de su hijo, conforme al artículo 40 de la Constitución.

³⁹ Suprema Corte de Irlanda, caso *Estado (Nicolau) vs. An Bord Uchtála* [1966] I.R. 567 en 643 por el Juez Walsh.

⁴⁰ El 18 de enero de 2016 se promulgaron las partes relevantes en *Children and Family Relationships Act*, 2015.

1987 se logró un avance mediante el cual el padre biológico soltero del niño podía solicitar al Tribunal que se le nombrara tutor de éste, conforme al artículo 6A de la ley de 1964, incorporado mediante el artículo 12 de la Ley de la Condición Jurídica de la Niñez de 1987⁴¹ y la orden podía ser concedida cuando el tribunal considerara que redundaba en el interés superior del niño(a). La Children's Act (*The Children Act*) de 1997 avanzó en el tema al permitir que el padre fuera nombrado tutor por acuerdo entre ambos padres. El artículo 4 de la Children's Act de 1997 introdujo el nuevo apartado 4 del artículo 2 en la ley de 1964, que permite nombrar tutor al padre de un niño, con el acuerdo de la madre, siempre que ejecuten conjuntamente una declaración legal en la que manifiesten que son el padre y la madre de éste, que no están casados entre sí, que están de acuerdo con el nombramiento del padre como tutor y que han concertado acuerdos relativos a la custodia del niño o el derecho de visita al mismo. Si bien esta evolución estatutaria fue acogida con beneplácito y representó una vía muy importante para permitir a los padres asegurar su condición de tutor del niño o la niña, cuando ello redundase en su interés superior y sin necesidad de una solicitud judicial, la obligación de los padres —por sí solos— de solicitar o asegurar un acuerdo reafirmó la condición secundaria de los padres no casados, en virtud de la ley. Esta distinción innata entre padres casados y solteros también es evidente en lo que respecta a la eliminación de la condición de tutor, el párrafo 4 del artículo 8 de la ley de 1964, enmendada por el artículo 61 de la ley de 2015, que faculta al tribunal a eliminar la condición de tutor de un padre soltero, en circunstancias que el tribunal no puede ejercer esa misma facultad contra un padre casado.⁴²

⁴¹ [The Status of Children Act, 1987]. Dicha solicitud se hace comúnmente ante el Tribunal de Distrito.

⁴² Un tribunal puede destituir a un tutor designado en las siguientes circunstancias:

- a) Nombrado por testamento o escritura,
- b) Nombrado por orden del tribunal,
- c) Que ocupe un cargo en virtud de las circunstancias establecidas en los párrafos 4) o 4A) de la sección 2, o en los párrafos 3) o 4) de la sección 6B, o
- d) Que ocupe un cargo en virtud del artículo 6D,

El desarrollo de un derecho legal positivo en 1987 para solicitar el nombramiento de tutor por parte del padre fue tratado con cautela por los tribunales irlandeses. En *JK vs. VW*,⁴³ la Suprema Corte dictaminó que, si bien el artículo 6A de la ley de 1964 otorga a un padre natural el derecho a solicitar que se le nombre tutor, no le otorga el derecho a serlo; ni tampoco equipara su posición en la ley con la de un padre casado con la madre de su hijo o hija. Este caso, posteriormente presentado con éxito ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las presuntas deficiencias del Gobierno irlandés (reportado en el caso *Keegan vs. Ireland*),⁴⁴ se inició en el contexto del intento de la madre de dar a su hija en adopción, sin el consentimiento del padre. La legislación que regulaba la adopción en ese momento⁴⁵ requería el consentimiento de cualquier persona que fungiera como tutor del niño o la niña antes de poder emitir una orden de adopción. Para permitirle impugnar la adopción propuesta, el demandante, el Sr. K, inició un procedimiento en el Tribunal de Circuito en virtud del artículo 6A (1) de la ley de 1964 para ser designado tutor. La solicitud del Sr. K. al Tribunal de Circuito tuvo éxito; se le nombró tutor de la niña y se le concedió la custodia. La decisión del Tribunal de Circuito fue apelada tanto por la madre de la niña como por los posibles adoptantes, pero nuevamente se determinó (por el Tribunal Superior) que el solicitante era una persona apta para ser nombrada tutor, y que no había circunstancias que sugirieran que el bienestar de la niña requiriera negarle los derechos al padre. El Juez Barron no creía que existieran buenas razones, con base en los hechos expuestos, para negar al padre la orden solicitada y opinaba que, aunque el bienestar de la niña fuera primordial:

e) Nombrado de conformidad con los artículos 6A, 6C, 7 o con los párrafos 1 o 2, o b) que ocupe un cargo en virtud de las circunstancias establecidas en los párrafos 4 o 4A del artículo 2, o en los párrafos 3 o 4 del artículo 6B, o c) que ocupe un cargo en virtud del artículo 6D.

⁴³ Suprema Corte de Irlanda [1990] 2 IR. 437.

⁴⁴ TEDH (1994) 18 E.H.R.R. 342. Tras el fallo del TEDH a favor del Sr. Keegan, las leyes irlandesas de adopción fueron modificadas para garantizar que el padre de un niño, incluso si no es el tutor, tiene derecho a ser consultado y debe tener la oportunidad de solicitar el estatus de tutor.

⁴⁵ En el momento de la emisión de los procedimientos, la adopción de niños en Irlanda se rige por la Ley de Adopción de 1952, al igual que en 1964, 1974 y 1976.

[...] teniendo en cuenta los propósitos de la Ley de la Condición Jurídica de la Niñez de 1987, los derechos del padre no deben ser negados por consideraciones al bienestar del niño(a) únicamente, sino sólo cuando —y no es el presente caso— existan buenas razones para ello.⁴⁶

Tras una posterior derivación del caso ante la Suprema Corte, la Jueza Finlay señaló la amplia gama de circunstancias en las que un niño o una niña puede ser concebido fuera del matrimonio, las cuales pueden:

[...] variar desde una situación en la que el padre concibe al niño(a) tras una relación casual, y sus derechos pueden ser tan mínimos que casi son existentes, hasta una situación donde el niño(a) nace de una relación estable y duradera, y es criado desde el comienzo de su vida por su padre y madre en circunstancias que reúnen casi todas las características de una familia constitucionalmente protegida y cuyos derechos son muy amplios.⁴⁷

Esta gama de posibilidades se citó para poner de relieve la importancia del ejercicio de la discreción judicial en la resolución de tales solicitudes, y en el ejercicio de ella se reconozca que, en circunstancias en las que un niño o una niña se beneficia de la relación con su padre, dicha condición, derechos y responsabilidades deben ser reconocidos.

Pero cuando los niños(a) nacen como resultado de una relación estable y duradera, y son criados desde el comienzo de la vida por el padre y la madre en una familia *de facto*, y no en una familia constitucional, entonces el padre natural, previa solicitud al Tribunal conforme el artículo 6A de la Ley de Tutela de Infantes de 1964, tendrá amplios derechos de interés y consideración, los

⁴⁶ Citado por la Jueza Finlay en [1990] 2 I.R. 437 en 445. El párrafo 1 del artículo 3 de la Ley de la Condición Jurídica de los Niños de 1987 dispone que "la relación entre toda persona y su padre y su madre (o cualquiera de ellos) se determinará [...] con independencia de la condición marital que guarden entre sí, y todas las relaciones se determinarán de conformidad".

⁴⁷ Suprema Corte de Irlanda [1990] 2 I.R. 437 a 447.

cuales están, sin embargo, subordinados a la principal preocupación del tribunal, que es el bienestar de las y los niños.⁴⁸

Por consiguiente, la preponderancia del bienestar de la niña o el niño pondría límites a la determinación de la solicitud del padre ante el tribunal, y en cuanto a la extensión de los derechos a conceder a un padre soltero, la Jueza Finlay advirtió muy claramente sobre el peligro de una interpretación demasiado generosa. En este sentido, la Jueza señaló que:

El artículo 6A crea meramente un derecho a solicitar la tutela [...] aunque pudiera haber derechos de interés o preocupación derivados del vínculo sanguíneo entre el padre y el niño(a), para el padre del niño(a) no existe ningún derecho constitucional a la tutela.⁴⁹

Así, al determinar la cuestión del derecho del solicitante a pedir y, por tanto, a obtener la tutela de su hija, la Jueza Finlay llegó a la conclusión de que:

[...] no debe atenderse el objetivo de satisfacer los deseos y anhelos del padre de participar en la tutela y disfrutar de la sociedad con su hija, a menos que el Tribunal haya concluido inicialmente que la calidad del bienestar del niño que quizá se logra bajo la custodia de los futuros padres adoptivos, no sea en gran medida mejor a la calidad del bienestar que quizá se lograría bajo la custodia del padre.⁵⁰

Finalmente, en la última audiencia del caso, el Juez Barron reconoció que la solicitud de tutela no podía determinarse sin tener en cuenta el contexto más amplio de las circunstancias de la niña y que, al conceder al solicitante el estatuto de tutela, estaría entonces en condiciones de ejercer su poder de vetar la adopción propuesta. El Juez Barron reconoció

⁴⁸ Suprema Corte de Irlanda, caso *WO'R v. EH* [1996] 2 I.R. 248 en 269-270 por Hamilton C.J.

⁴⁹ Suprema Corte de Irlanda [1990] 2 I.R. 437 a 446-447.

⁵⁰ *Ibid.*, en 447.

que si se hubiera tramitado una simple solicitud de tutela habría designado al padre como tutor, pero dado que, para otorgar el estatuto de tutela también era necesario que el tribunal concediera al Sr. K la custodia como única alternativa viable a la adopción propuesta, la solicitud de tutela fue rechazada. Al rechazarla, la Corte señaló que la:

[...] la calidad del bienestar que se podría lograr con los posibles adoptantes sería [...] en gran medida mejor que la que se podría lograr con la custodia del padre... su deseo de participar en la tutela y disfrutar de la vida social de su hija no es un factor que debiera tenerse en cuenta. En estas circunstancias, el bienestar de la niña requiere que permanezca en su actual custodia.⁵¹

Evidentemente, la Corte no se vio limitada por ningún argumento constitucional en relación con el intento del padre de hacer valer sus derechos de tutela, y de custodia a su vez, lo que lo colocó en una posición muy débil ante las demandas en pugna de los candidatos adopción y que eran casados. Esta posición vulnerable del padre soltero fue posteriormente respaldada por el Juez Hamilton en *WO'R vs. EH y An Bord Uchtála*⁵² donde volvió a confirmarse que el artículo 6A sólo crea el derecho a solicitar la tutela y no a ser designado como tutor.

5. La Irlanda moderna. Avances en los derechos de los padres desde 2010

El anteriormente citado Informe final de 2010 de la Comisión de Reforma Legislativa sobre los Aspectos Legales de las Relaciones Familiares⁵³ tam-

⁵¹ Se ha reconocido que no se debe tomar una determinación para las disputas de custodia basándose en el bienestar financiero relativo de las partes. En el caso *G vs. An Bord Uchtála* [1980] I.R. 32, la Jueza Finlay, aunque reconoció que el nivel de vida de las partes en la notificación "sería significativamente más alto que el del hogar de la demandante", concedió la custodia a la madre demandante.

⁵² Suprema Corte de Irlanda [1996] 2 I.R. 248. El Juez Hamilton dictó la sentencia principal, con sentencias más cortas y concurrentes dictadas por los jueces O'Flaherty, Denham, Barrington y Murphy.

⁵³ LRC 101-2010

bién buscó considerar las modificaciones a las leyes relativas a los derechos y responsabilidades de los padres no casados con respecto a sus hijos e hijas. Esto era inevitable dado el creciente énfasis en un enfoque más centrado en el niño(a) respecto a la toma de decisiones, y el importante cambio en el panorama de las formaciones familiares, junto con la consiguiente necesidad de respetar y proteger mejor las opciones de las múltiples formaciones familiares en la Irlanda moderna.⁵⁴ En el capítulo 2 se identificaron dos principios básicos en los que se basaron las recomendaciones finales del Informe, a saber, que los derechos y el interés superior del niño y la niña deben ser la consideración primordial en todas las cuestiones que les afectan y, en segundo lugar, que todos los padres y las madres, independientemente de su sexo o estado civil, deben recibir el mismo trato en lo que respecta a su relación con los hijos e hijas. A la luz de los enfoques legislativo y judicial en los derechos del padre hasta la fecha, dicha declaración fue fundamental por parte de la Comisión de Reforma Legislativa, y constituyó la base de las reformas que se llevarían a cabo a continuación. Las recomendaciones finales exigían la adopción de una legislación

[...] para otorgar responsabilidad parental conjunta automática (tutela) tanto a la madre como al padre de cualquier niño o niña. Dadas las importantes responsabilidades y derechos asociados a la responsabilidad parental, la Comisión también considera que es necesario que el Estado, y las demás personas que se ocupan del niño o la niña y sus padres, tengan un registro claro de aquellas personas con responsabilidad parental sobre él o ella. Así pues, la Comisión también ha llegado a la conclusión, y por tanto reco-

⁵⁴ El censo de 2016 ilustra el alejamiento demostrable de la familia tradicional basada en el matrimonio. El censo informó que de 1 218 370 familias de Irlanda casi el 50% son parejas casadas con hijos e hijas; las parejas casadas sin hijos o hijas aumentaron en 17,282 (el mayor incremento de formación de familias); 152,302 parejas que cohabitan (las parejas que cohabitan con hijos e hijas aumentaron en 15,318); 6,034 parejas del mismo sexo (3,442 hombres, 2,592 mujeres; 591 con hijos e hijas); 1,539 parejas civiles del mismo sexo; 706 parejas casadas del mismo sexo y 218,817 familias monoparentales (86% madres; 89,686 solteras; 50,496 viudas; 68,378 separadas/divorciadas).

mienda, que la responsabilidad parental automática se vincule al registro conjunto obligatorio de nacimiento del niño o niña.⁵⁵

La Ley (enmendada) del Registro Civil de 2014, en su artículo 6, modificó el artículo 22 de la Ley del Registro Civil de 2004 para hacer obligatoria por primera vez en el derecho irlandés, la inclusión de los nombres del padre en el certificado de nacimiento, lo que significa que los nombres de la madre y del padre aparecerán ahora en el certificado de nacimiento de todos los niños y las niñas registrados en Irlanda.⁵⁶ Lamentablemente, este celebrado avance no ha hecho progresar la cuestión de los derechos automáticos para padres que no estén casados con la madre del niño o niña. Murray ha señalado que "la inclusión del nombre del padre en el certificado de nacimiento no da lugar a ningún derecho o responsabilidad legal".⁵⁷ La situación del padre soltero sólo ha mejorado en los casos en que puede demostrar que ha cohabitado con la madre del niño o niña durante un periodo de 12 meses, incluido un periodo de tres meses después del nacimiento de éste, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Relaciones Familiares y con el Niño 2015, que se describe a continuación.

La aprobación con éxito del referéndum sobre la infancia en 2012 creó un reconocimiento constitucional del niño y la niña como titular independiente de derechos, situando sobre una base constitucional el principio del interés superior como la consideración primordial en los asuntos relacionados con la niñez. Concretamente, este requisito se aplica en

⁵⁵ El LCR opinó que "[...] el registro conjunto obligatorio del nacimiento del niño es un método apropiado para conseguir esto en el contexto de los padres no matrimoniales. Esto aseguraría un claro medio de registro público para verificar el papel automático que se propone para el padre. También garantizaría que el padre no casado tendría la responsabilidad parental automática en la gran mayoría de los casos."

⁵⁶ El registro obligatorio del nombre del padre en el certificado de nacimiento se introdujo tras la promulgación de la Ley de Registro Civil (Enmienda) de 2014. El artículo 6 de la Ley de 2014 modificó el artículo 22 de la Ley de registro civil de 2004 para exigir el registro conjunto de un nacimiento incluso cuando el padre y la madre del niño no estén casados en la fecha del nacimiento del niño o en cualquier momento durante ese periodo.

⁵⁷ Murray, C. 2012.

todos los procedimientos iniciados por el Estado como guardián del bien común, con el fin de evitar que la seguridad y el bienestar de cualquier niño o niña se vean perjudicados, o en cualquier procedimiento relativo a su adopción, tutela, custodia o el acceso (contacto) a él.⁵⁸ Por otra parte, el artículo 42A.1 afirma que el Estado reconoce los derechos naturales e imprescriptibles de todos los niños y las niñas y reconoce la obligación del Estado de, en la medida de lo posible, proteger y reivindicar esos derechos mediante sus leyes. A este respecto, el artículo 42A.2 establece que:

En casos excepcionales, cuando los padres, independientemente de su estado civil, incumplan su deber para con los hijos e hijas hasta el extremo de perjudicar la seguridad o el bienestar de cualquiera de ellos, el Estado, en su calidad de guardián del bien común, procurará, por los medios que la ley establezca y de manera proporcionada, suplir el lugar de los padres, pero siempre teniendo debidamente en cuenta los derechos naturales e imprescriptibles del niño o la niña.

El artículo 42A también refuerza la posición de un niño o una niña cuyas necesidades y bienestar no están siendo atendidos por los padres, independientemente de su estado civil. Una transformación importante introducida por las enmiendas al artículo 42 es la mayor capacidad y obligación del Estado para intervenir con respecto a los derechos parentales, antes casi impenetrables, cuando se ha producido un fallo parental en una familia marital. La casi inviolabilidad de los derechos de los padres casados en virtud del artículo 41 debe ahora equilibrarse con la preocupación del tribunal por los intereses primordiales del niño o la niña, como exige el artículo 42A.

En el contexto del reconocimiento de la condición parental, este nuevo artículo 42A ha obligado al Estado, en su marco jurídico, a conceder condición jurídica e imponer responsabilidades a cuidadores adultos

⁵⁸ Bunreacht na h-Éireann [Constitución de Irlanda]. Artículo 42A.4.

identificados, cuando dicha condición jurídica redunde en el interés superior del niño o niña, incluso cuando no estén relacionados con éste. La prolongada ausencia de capacidad, incluso para otorgar la condición de tutor al principal cuidador de un niño o una niña basándose en el incumplimiento de criterios restrictivos, representaba un fracaso del Estado para reivindicar los derechos de la niñez en dichas circunstancias. Así pues, los recientes cambios introducidos en la Constitución irlandesa a raíz de la aprobación del referéndum sobre los derechos de la niñez, conforme el artículo 42A, junto con la introducción de la igualdad en el matrimonio (personas del mismo sexo) en 2015,⁵⁹ de nuevo por referéndum del pueblo, reafirmó de manera significativa el propósito y las disposiciones de la Ley de Relaciones Familiares y con el Niño de 2015. El artículo 42A ha exigido a los legisladores que vuelvan a situar al niño y la niña en el centro de las leyes que rigen la condición y las responsabilidades de los padres, y que permitan el reconocimiento en la ley, del papel y las aportaciones de personas distintas de los padres casados o las madres solteras en el mantenimiento de las y los niños, mediante la creación de un marco jurídico que refleje y proteja las circunstancias y necesidades de cada uno de esos niños y niñas. La introducción de la igualdad en el matrimonio otorga un estatuto jurídico a los cónyuges del mismo sexo, lo que a su vez ha dado lugar al derecho legal positivo de los cohabitantes, independientemente de su sexo, a solicitar el estatuto de tutela con respecto al hijo o hija de su cónyuge o pareja, como se detalla a continuación.

6. Ley de Relaciones Familiares y con el Niño de 2015

La aprobación del referéndum sobre los derechos de la niñez en 2012, si bien es una importante expresión del pueblo irlandés para elevar y priorizar

⁵⁹ La trigésima cuarta enmienda de la Constitución sobre la igualdad del matrimonio fue aprobada en un referéndum el 22 de mayo de 2015 por el 62% de los votantes, con una participación del 61%. Ésta fue la primera vez que un Estado legalizó el matrimonio entre personas del mismo sexo a través de una votación popular. El éxito del voto a favor dio lugar a la incorporación del nuevo artículo 41.4 a la Constitución irlandesa: "El matrimonio puede ser contraído de conformidad con la ley por dos personas sin distinción de sexo". Como resultado de la aprobación del referéndum, ahora existe el derecho de dos personas a contraer matrimonio sin distinción de sexo.

el interés superior de las y los niños, continúa dependiendo de las promulgaciones legislativas respectivas, para hacer efectivos sus objetivos. Algunos de los elementos clave de las reformas previstas fueron introducidos por las disposiciones de la Ley de Relaciones Familiares y con el niño de 2015, que tiene por objeto crear un marco para el reconocimiento de las responsabilidades de atención por parte de una serie de actores, tanto biológicos como no biológicos, vinculados al niño o la niña y de las realidades vividas por la creciente gama en formaciones familiares de la sociedad irlandesa.⁶⁰ Cuando finalmente se promulgó, fue elogiada por el entonces Ministro de Justicia e Igualdad, ya que ofrecía "una reforma integral en materia de derecho familiar a fin de ponerlo al día con las realidades de la vida familiar irlandesa". La ley afirma el mandato constitucional al establecer que el interés superior del niño y la niña es primordial en las decisiones judiciales relacionadas con ellos.⁶¹ La ley crea un nuevo marco normativo que dispone que, en todo procedimiento, ante el tribunal relacionado con la tutela, la custodia o la crianza de un niño o una niña o el acceso a él, o la administración de cualquier propiedad que le pertenezca o que esté en fideicomiso en su favor o la aplicación de los ingresos del mismo, el tribunal estará obligado en sus resoluciones a considerar el interés superior de ese niño o niña como la preocupación primordial. Al determinar el interés superior, el tribunal está obligado, en virtud del artículo 63 de la Ley de 2015 que incorpora la Parte V a la Ley de Tutela de Infantes de 1964 (y un nuevo artículo 31), para tener en cuenta todos los factores y circunstancias que considere convenientes para el niño o la niña en cuestión y su familia. Si bien esta disposición da al tribunal la posibilidad de tener en cuenta todos los factores pertinentes, los apartados a) a k) del párrafo 2 del artículo 31⁶² identifican 11

⁶⁰ Ministra de Justicia, Igualdad y Reforma Jurídica Frances Fitzgerald TD 16 de abril de 2015.

⁶¹ La ley también amplía la categoría de personas que pueden adoptar, aclara cómo se debe asignar la paternidad en los casos de reproducción asistida por donantes y amplía la responsabilidad para las obligaciones de manutención y derechos de sucesión.

⁶² a) El beneficio para el niño o niña de tener una relación significativa con cada uno de sus padres y con los demás parientes y personas que participan en su crianza y, salvo cuando ese contacto no redunde en el interés superior del niño o la niña, de tener suficiente contacto con ellos para mantener esas relaciones;

asuntos específicos que se consideran incluidos en los factores y circunstancias referidas más ampliamente en el párrafo 1 del artículo 31. Si bien en su iteración original, el artículo 3 de la ley de 1964 exigía que el tribunal considerara el bienestar del niño o la niña como la primera y principal consideración, la inclusión de la prueba del interés superior y una lista no exhaustiva de 11 factores que podrían nutrir las determinaciones del tribunal ha constituido un acontecimiento muy positivo. El impacto de este enfoque es muy evidente en el caso de *HO'R vs. MR*⁶³ y en el que el Juez H. Abbott del Tribunal Superior de Irlanda, al determinar el interés superior del niño y la niña en el contexto de una controversia sobre custodia y derecho de visita entre padres que se estaban separando, examinó cada uno de los 11 factores establecidos en el artículo 31,2), a) a k) y los consideró en el contexto del caso que tenía ante sí. Este enfoque global de la determinación de la solicitud mediante un análisis estructurado y ponderado de las circunstancias del caso sirve para ilustrar el valor de proporcionar una orientación más clara y detallada al Poder Judicial. El análisis desarrollado por el Juez Abbott, incluso

b) Las opiniones del niño o la niña interesado que puedan determinarse (ya sea de conformidad con el artículo 32 o de otro modo);

c) Las necesidades físicas, psicológicas y emocionales del niño o niña en cuestión, teniendo en cuenta su edad y etapa de desarrollo y el probable efecto en él de cualquier cambio de circunstancias;

d) El historial de la crianza y el cuidado del niño o niña, incluida la naturaleza de la relación entre el niño o niña y cada uno de sus padres y demás parientes y personas mencionadas en el párrafo a), y la conveniencia de preservar y fortalecer esas relaciones;

e) La educación y necesidades religiosas, espirituales, culturales y lingüísticas del niño o niña;

f) La educación y necesidades sociales, intelectuales y educativas del niño o niña;

g) La edad del niño o niña y sus características especiales;

h) Todo daño que el niño haya sufrido o corra el riesgo de sufrir, incluidos daños resultantes de violencia doméstica, y la protección de la integridad física y bienestar psicológico del niño o niña;

i) Donde corresponda, las propuestas formuladas para la custodia, cuidado, desarrollo y crianza del niño o niña y para el acceso y contacto con el o ella, teniendo en cuenta la conveniencia de los padres o tutores del niño o niña para aceptar esas propuestas y cooperar entre sí en relación con las mismas;

j) La voluntad y capacidad de cada uno de los padres para facilitar y fomentar una relación estrecha y continua entre el niño o niña y el otro padre/madre, y mantener y fomentar las relaciones entre el niño o niña y sus familiares;

k) La capacidad de cada uno de los interesados en presentar una solicitud en virtud de la presente ley

(i) para cuidar y satisfacer las necesidades del niño o niña,

ii) Comunicarse y cooperar en lo relativo a los asuntos del niño o niña, y

iii) Ejercer las facultades, responsabilidades y derechos relevantes a que se refiere la solicitud.

⁶³ Suprema Corte de Irlanda [2016] IEHC 781. Un enfoque metódico similar fue adoptado de nuevo por el Juez Henry Abbott en *UU vs. DQE* [2017] IEHC 770.

cuando uno de los factores particular no fue pertinente para el caso que se presentaba al tribunal, sentó un precedente muy útil para informar y exigir un enfoque así de exhaustivo por parte de sus colegas jueces en casos futuros.

Con respecto a la capacidad de otorgar legitimación a una mayor variedad de adultos en posiciones de cuidado respecto de las y los niños, el Ministro de Justicia consideró, además, que la ley es:

[...] una ley centrada en el niño y la niña y que aborda su derecho a la seguridad jurídica, al cuidado de sus padres y de adultos importantes en sus vidas, y a la igualdad ante la ley. Mi principio guía en el desarrollo de esta legislación es que ningún niño y niña debe ser visto como un ciudadano de segunda clase en virtud del tipo de familia a la que pertenece. Ningún niño o niña debe sentir que su familia nos importa menos por su forma. Ningún niño o niña debería tener que enfrentarse a la inseguridad jurídica porque su familia no es una familia casada.

A este respecto, McMahon predice que la ley de 2015 tendrá el efecto de cuestionar la presunción de que la familia, como concepto en el derecho irlandés, es una familia basada en el matrimonio.⁶⁴ Mientras no se introduzcan reformas fundamentales para abordar las desigualdades constitucionales subyacentes entre las familias matrimoniales y no matrimoniales, idealmente mediante un referéndum constitucional, los tribunales seguirán siendo el mejor foro para seguir buscando un enfoque más razonado y justo de la cuestión de los derechos parentales, basado en un examen de casos individuales, que se determinarían a través de una lente centrada en el niño y la niña.

Como ha indicado el Juez McDermott en el caso *K.I. (menor) y Otros vs. Minister for Justice and Equality & others*:

⁶⁴ MacMaho, M., 2015, pp. 95-100.

Corresponde a quien toma la decisión tener en cuenta la amplitud y el carácter de las relaciones de una familia, las que pueden diferir de un caso a otro. Un padre natural puede tener poca o ninguna relación con sus hijos o hijas o, como en este caso, haber desarrollado y mantenido una estrecha relación con su pareja y ellos, presentando casi todas las características de una familia constitucionalmente amparada.⁶⁵

En la medida en que el tribunal esté convencido de que otorgar derechos legales y estatus a un padre o madre redundaría en el interés superior del niño o la niña, el artículo 42A, que se aplica a través de las disposiciones de la ley de 2015, sigue siendo el vehículo legal, no sólo para apoyar sino también para exigir, ese reconocimiento de derechos. Sin embargo, esto sigue estando sujeto a la visión tradicional y limitada de la familia basada en el matrimonio que, sin duda, sigue siendo un obstáculo fundamental para la progresión de la igualdad de trato a todos los niños y las niñas, a pesar de las elevadas aspiraciones del artículo 42A.

A pesar de la privilegiada posición de los padres casados conforme al artículo 41 de la Constitución, la ley de 2015 logra modernizar la legislación relativa a los derechos parentales para diversas formas familiares. El artículo 43(a)(ii) amplía los derechos de tutela automática a los padres no casados, modificando el artículo 2 de la ley de 1964 y ampliando la definición existente de "padre" con estatuto de tutela automática, para incluir al padre no casado del niño cuando se dé una de las siguientes circunstancias:

Está en vigor una orden conforme al artículo 6A de la ley de 1964 que concede al padre la tutela de su hijo o hija;
el padre y la madre estuvieron previamente casados en forma válida, lo que ha sido anulado desde entonces;

⁶⁵ Suprema Corte de Irlanda, caso *K.I. (menor) y Otros vs. Minister for Justice and Equality & others* [2014] IEHC 83 por el Juez McDermott.

el padre y la madre han cohabitado durante al menos 12 meses consecutivos, incluidos al menos tres meses posteriores al nacimiento del niño o la niña;

La madre y el padre firmaron una declaración conjunta de conformidad con el párrafo 4 del artículo 2 de la Ley de 1964 en la que aceptan el nombramiento del padre como tutor del niño o la niña; el padre ha sido nombrado tutor legal en otro Estado.

El requisito de que el periodo de cohabitación se prolongue tres meses más allá del nacimiento del niño o la niña fue una enmienda a la propuesta del proyecto de ley original, el cual exigía un periodo de 12 meses de cohabitación. Si bien la disposición promulgada exige que el padre haya pasado un tiempo viviendo con el niño o la niña y la madre, se mantiene la postura de que el derecho a la tutela automática depende de la relación entre la madre y el padre, y no de cualquier prueba de relación directa entre el padre y el niño o la niña. Igualmente, a pesar de los progresos que esta disposición prevé para los padres solteros que cohabitan, esta prueba previa no se aplica a madres solteras ni a padres casados. Así pues, la capacidad de un padre soltero para hacer valer sus derechos automáticos con respecto a las y los hijos, incluso en circunstancias tan limitadas, sigue siendo inferior a la de la madre de su hijo y, de hecho, a la de los padres casados, por lo que no se ha hecho efectiva la propuesta del informe de la Comisión de Reforma Legislativa de 2010 que establece la igualdad automática del estatuto de tutela para ambos padres, independientemente de su estado civil o de su sexo. En la Irlanda moderna es difícil justificar esta restricción permanente basada puramente en el género, y dada la posición aceptada de que el desarrollo de una relación con ambos padres redundaría en el interés superior del niño o la niña, prevalece la necesidad de igualar la posición de tales adultos.⁶⁶

⁶⁶ En la controversia sobre la reubicación *HO'R vs. MR* [2016] IEHC 781, el Juez Abbott citó el énfasis estatutario que se hace en el artículo 31(2)(a) sobre la presunción del beneficio para el niño o la niña de mantener una relación significativa con cada uno de sus padres y señaló que todas las pruebas de las partes y las pruebas periciales daban fe del beneficio que supone para el niño o la niña el mantener una relación con su padre.

Otra novedad fundamental prevista en la Ley sobre las Relaciones Familiares y con los Niños de 2015 es el reconocimiento del derecho del solicitante a obtener la condición de tutor y las correspondientes responsabilidades de cuidado respecto de la hija o el hijo biológico de su pareja, siempre que se cumplan determinadas condiciones. En el artículo 49 se inserta el artículo 6C de la Ley de 1964 y se identifican las nuevas categorías de solicitantes que pueden pedir la tutela, a saber:

Una persona puede solicitar que se le nombre tutor cuando él o ella:

Esté casado o en unión civil con uno de los padres del niño o la niña, o haya cohabitado con él durante más de tres años, y
Haya compartido con dicho padre o madre la responsabilidad del cuidado diario del niño o la niña durante un periodo mayor a dos años.

Esta nueva disposición permite que el cónyuge no paterno, la pareja civil o el cohabitante de un progenitor solicite la tutela basándose en la relación formalizada con este último, cuando el solicitante haya compartido con ese progenitor la responsabilidad del cuidado cotidiano del niño o la niña durante al menos dos años. Lo más notable es que esta nueva sección amplía la capacidad de garantizar derechos de tutela al no padre o madre de una pareja del mismo sexo, cuando hayan celebrado una unión civil, un matrimonio o luego de un largo periodo de cohabitación. Se trata de un avance importante, puesto que la Ley de Parejas Civiles y Determinados Derechos y Obligaciones de los Concubinos de 2010, que había introducido las leyes de uniones civiles y de concubinato en Irlanda apenas 5 años antes, no había regulado expresamente la crianza de los niños y las niñas en familias del mismo sexo.⁶⁷ Por otra parte, la ley también

⁶⁷ "Al formular el plan de registro civil para parejas del mismo sexo, el Gobierno tomó en cuenta las consecuencias para los niños. Por consejo del Fiscal General, llegó a la conclusión de que no era apropiado que el proyecto de ley sobre la unión civil y determinados derechos y obligaciones de los concubinos elaborara principios para los niños que tuvieran repercusiones mucho más amplias que las de parejas del mismo sexo. Además de las dificultades constitucionales, las cuestiones que se

reconoce la capacidad de los cuidadores no emparentados que no tienen o no han tenido una relación íntima o comprometida con el padre o la madre biológicos, para adquirir la condición de tutor mediante solicitud judicial. Lo anterior, en la medida en que hayan atendido diariamente al niño o la niña durante un periodo ininterrumpido de más de 12 meses, y el niño o la niña no tenga un padre/madre o tutor que esté dispuesto o sea capaz de ejercer los derechos y responsabilidades de tutela respectivos.⁶⁸ Esta disposición prevé, por ejemplo, que la solicitud de tutela sea presentada por un familiar, un padre/madre adoptivo o un adoptante propuesto que haya cuidado diariamente al niño(a) durante al menos 12 meses en ausencia de un tutor dispuesto o capaz. Estas dos novedosas vías para asegurar la tutela a personas sin un vínculo biológico con el niño o la niña, pero cuya prestación de cuidados y mantenimiento redunden en su interés superior, facultan a los tribunales irlandeses a adoptar una decisión sobre el tutor o los tutores que permita asegurar el mayor bienestar posible del niño y la niña en cada circunstancia. También permite la existencia de múltiples tutores cuando las circunstancias convengan al interés superior del niño o la niña. Esto marca un cambio significativo respecto al enfoque más restrictivo reflejado en la presunción de que sólo los padres/madres casados o la madre soltera, deben ser reconocidos como tutores del niño(a).

7. La reforma al artículo 41 de la Constitución

Permanece vigente entre los comentaristas académicos y los profesionales un anhelo de que la reforma del derecho familiar irlandés se traduzca en una mayor equidad de condiciones para las madres y los

plantean con respecto a los niños y su bienestar son tan importantes que no sería apropiado abordarlas de manera fragmentaria sin examinar detenidamente todas las consecuencias que esos cambios podrían tener para los niños y para quienes podrían verse afectados por ellos". Por Dermot Ahern, el entonces Ministro de Justicia y Reforma Jurídica.

⁶⁸ El artículo 6C de la Ley de 1964, introducido por el artículo 49 de la Ley de 2015, en el que se detalla la facultad del tribunal para designar como tutor a una persona distinta del padre o la madre.

padres, independientemente de su estado civil. En un Informe de 2012 del National Women's Council of Ireland [Consejo Nacional de Mujeres de Irlanda] se destacó la urgente necesidad de reformar el artículo 41 constitucional para permitir que se abandone la protección absoluta de la unidad familiar marital y se incluya "un reconocimiento explícito del derecho individual de los miembros de la familia a que se respete su relación mutua".⁶⁹ En el informe se recomendaba el uso de una definición de los derechos de la familia que fuese "reflejo de los vínculos personales reales, y no de una condición jurídica formal", reconociendo derechos que se derivan del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este enfoque permite "una protección jurídica que refleja el hecho social de un vínculo familiar (en lugar de conceder derechos automáticos a los miembros de la familia que no participan de manera significativa en las responsabilidades familiares)".⁷⁰ Finalmente, el informe recomienda que se incluya en el artículo 41 un derecho individual al respeto de la vida familiar "que garantice expresamente a todas las personas el derecho al respeto de su vida familiar, ya sea que ésta se base en el matrimonio o no".⁷¹ Esta necesidad de dejar de dar prioridad a la familia basada en el matrimonio y de otorgarle un estatus exclusivamente elevado de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también fue reconocida muy recientemente por los tribunales irlandeses y puede decirse, en efecto, que es un mandato del artículo 42A de la Constitución. Así, recientemente, y en el contexto de una solicitud de reubicación presentada por una madre soltera en circunstancias en que el padre del niño se había opuesto a ella, el Juez Jordan en el Tribunal Superior señaló la obligación del tribunal de tomar en cuenta que

[...] vista la decisión de la Corte de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010, en el asunto C-400/10 PPU, *J. McB. vs. L.E.*, en la que, refiriéndose al artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales (respeto de la vida privada y familiar, del

⁶⁹ National Women's Council of Ireland, 2012, p. 71.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 73.

⁷¹ *Ibid.*, p. 74.

domicilio y de las comunicaciones), la Corte observó, en el párrafo 60 de la sentencia, que dicho artículo debe interpretarse de modo que se respete la obligación de considerar el interés superior del niño(a), así como su derecho fundamental a *"mantener una relación personal y un contacto directo con sus dos padres de forma regular Asimismo, la Carta reconoce en su artículo 7 el derecho al respeto a la vida privada o familiar. Esta disposición debe interpretarse en conjunto con la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño(a), reconocido en el Párrafo 2 del Artículo 24 de la Carta, y teniendo en cuenta la necesidad, expresada en el Párrafo 3 del Artículo 24, de que el niño o niña mantenga una relación personal regular con ambos padres.*⁷²

Al reconocer la importancia de respetar estos principios enunciados por la Corte de Justicia de la Unión Europea, el Juez Jordan señaló que ellos eran concordantes con las consideraciones básicas de bienestar aplicables conforme a la legislación irlandesa y la prioridad de los derechos e intereses del niño y la niña al tomarse estas determinaciones.

Mantener el enfoque actual de las diferentes categorías de derechos parentales determinados, tanto por el hecho de estar casados (o no) como por el género de los padres, perjudica la capacidad de compartir la crianza de los hijos e hijas. En las recientes audiencias del Comité Mixto del Oireachtas para la Reforma del Derecho de Familia, TRECIR, el organismo único para la familia informó que:

[...] El conflicto entre padres no casados suele agravarse por el hecho de que los padres no casados no tienen derechos de tutela automáticos. Incluso si su nombre figura en el certificado de nacimiento del niño, un padre no casado no tiene derechos sobre su hijo o hija, lo que crea desigualdad de derechos y responsabilidades parentales que a menudo provoca que las partes acudan a

⁷² En materia de la Guardian of Infants Act, 1964 (Enmienda) y en materia de Family Law (Maintenance of Spouses and Children) Act, 1976; y en materia de R.D. (A Minor); L.D. v N.D. [2020] IEHC 268.

los tribunales. La ruta alterna adversa obstruye los tribunales y genera tensiones y conflictos entre los padres.⁷³

Más recientemente, ha habido algunas expresiones judiciales de preocupación por la aplicación actual de las opiniones ideológicas enunciadas en la Constitución de 1937 sobre una sociedad irlandesa que ha cambiado tan significativamente, y que se reflejan en la voluntad del pueblo en los recientes referendos que consiguieron que se enmendara la Constitución en cuanto a los derechos de la niñez y la igualdad en el matrimonio. En el Tribunal Superior de Irlanda, el Juez Humphrey en *IRM vs. Ministro de Justicia e Igualdad*⁷⁴ manifestó su voluntad de reconsiderar el limitado reconocimiento constitucional de las familias, a la luz de los cambios sociales y, en particular, tras estos referendos, haciendo referencia también a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, concluyendo que:

Cualquiera de estos acontecimientos, y ciertamente todos en conjunto, así como los cambios fundamentales que se han producido en la sociedad desde la adopción de la Constitución, en mi respetuosa opinión, justifican el reconocimiento de que los miembros de una relación no matrimonial, y los padres no matrimoniales de ambos sexos en particular, gozan del reconocimiento de sus inherentes derechos constitucionales en relación con los hijos e hijas, y entre sí, sobre una base más amplia que la que se ha reconocido hasta ahora.

En la apelación de este caso, la Suprema Corte de Justicia se preguntó si el planteamiento de esta cuestión era necesario o apropiado, y en el mejor de los casos, consideró los comentarios de el Juez Humphrey solo como *obiter dicta*. Sin embargo, como *obiter*, el Juez Clark de la Corte Suprema señaló que ambas partes habían aceptado ante la Corte que el caso recientemente resuelto de *H.A.H. vs. S.A.A.*⁷⁵

⁷³ Por Peelo CEO TREOIR Comisión de Justicia e Igualdad debate (6 de marzo de 2019) «https://www.oireachtas.ie/en/debates/debate/joint_committee_on_justice_and_equality/2019-03-06/3/»

⁷⁴ Suprema Corte de Irlanda [2016] IEHC 478.

⁷⁵ Suprema Corte de Irlanda [2017] IESC 40.

[...] es uno de tantos casos que se remontan hasta el caso *El Estado (Nicolaou) vs. An Bord Uchtála* [1966] I.R. 567, en el que se afirma que el artículo 41 ofrece protección a la familia *basada en el matrimonio*. Por consiguiente, aunque los comentarios del juez de primera instancia se interpretaran como algo más que *obiter dicta*, no podrían tener valor de precedente sobre este punto a la luz de la jurisprudencia constante de esta Corte en sentido contrario, enunciada décadas atrás y reafirmada en varias ocasiones recientes. En todo caso, estas observaciones deben considerarse enteramente como *obiter*.⁷⁶

8. Conclusión

Evidentemente, la visión restrictiva de familia, que desde hace tiempo impera en la legislación irlandesa, ha limitado las posibilidades de las madres y padres no casados para asegurar su estatus parental y las responsabilidades asociadas en relación con sus hijos. Los derechos parentales automáticos se han otorgado a los padres/madres por el hecho de estar casados y no por la naturaleza de su relación con los hijos e hijas. Apenas en los últimos años, con la evolución y el aumento de la gama en formaciones familiares, el reconocimiento explícito de los derechos constitucionales de la niñez y la introducción de la igualdad en el matrimonio, se ha podido ampliar el estatus y responsabilidades parentales a personas distintas de las madres y padres casados. El reconocimiento de los derechos constitucionales de la niñez y la exigencia de que los tribunales consideren el interés superior como cuestión primordial en la determinación de los asuntos de custodia, tutela y acceso a las niñas y los niños permitirá a los tribunales, en los casos apropiados, diluir la antigua presunción en favor de la familia de casados. Paralelamente, los progresos realizados en el marco del derecho irlandés relativo a la responsabilidad parental han sido importantes, pero el reconocimiento y efectividad

⁷⁶ Suprema Corte de Irlanda, caso *I.R.M., S.J.R. and S.O.M. (A minor suing by her Mother and Next Friend S.J.R.) vs. The Minister for Justice and Equality, Ireland and the Attorney General* [2018] IESC 14 per Clark CJ at para 12.11.

de derechos sustantivos a los padres no matrimoniales ha dependido enteramente de la creación de marcos jurídicos y capacidades judiciales basadas en la legislación. Esta legislación y cualquier evolución futura de este tipo seguirán estando restringidas por el impacto del limitado concepto de familia en virtud del artículo 41 de la Constitución. El activismo del pueblo de Irlanda en el pasado ha dado lugar a un cambio significativo a través de un referéndum constitucional en el contexto de la igualdad en el matrimonio y la eliminación de la prohibición de la interrupción de los embarazos. Tal vez sea a través de este estratégico anhelo social de cambio, que Irlanda pueda finalmente encontrar el impulso y el mecanismo para avanzar hacia un reconocimiento fundamental, basado en la Constitución, de todas las formaciones familiares y que concedan igualdad de trato entre todas las madres y todos los padres. Hasta que eso ocurra, la igualdad de trato sigue siendo una aspiración más que una realidad.

Bibliografía

Crowley, Louise (2013), *Family Law*, Round Hall, Irlanda.

Consejo Nacional de Mujeres de Irlanda (2012), "The Constitution, Gender and Reform: Improving the Position of Women within the Constitution", Working document, «https://www.nwci.ie/download/pdf/nwci_workingpaper_gender_constitution_2012.pdf»

Kilkelly, Ursula (2008), *Children's Rights in Ireland*, Tottel Publishing, Great Britain.

MacMahon, Meg (2015), "All Changed, Changed Utterly: The Marriage Equality Referendum and the Children and Family Relationships Act 2015", *Irish Journal of Family Law*, 4, pp. 95-100.

Murray, Claire (2012), "Recognising the Modern Family: Extending Legislative Guardianship Rights in Ireland", *Irish Journal of Family Law* (2),15, pp. 39-48.

_____ (2012), "Required birth registration will not boost fathers' rights", *The Irish Times*, Junio 6.

Shatter, Alan J., 1997, *Family Law*, Tottel Publishing, Great Britain.

Debates del Comité Gubernamental

Tithe an Oireachtas Houses of the Oireachtas, Joint Committee on Justice and Equality [Debate del Comité de Justicia *Oireachtas* sobre Justicia e Igualdad], miércoles, 6 de marzo de 2019.

Reportes

National Women's Council or Ireland (2012), *The Constitution, Gender and Reform: Improving the Position of Women within the Constitution*.

Law Reform Comission, *Report Series: on Legal Aspects of Family Relationships* LRC 101-2010, Ireland, diciembre de 2010.

Guardian of Infants Act, 1964.

Casos

B vs. B [1975] IR 54.

C O'S and TB v Judge Alice Doyle and DB and the Attorney General [2013] IESC 60.

G v An Bord Uchtála [1980] IR 32.

H.A.H. v S.A.A [2017] IESC 40.

HO'R v MR [2016] IEHC 781.

In the matter of an application for an inquiry pursuant to Article 40.4.2o. of the Constitution of Ireland 1937 and in the matter of "Ann", a child. EN and MLN, Applicants v The Health Service Executive, FG and AG, Respondents; An Bord Uchtála, Notice Party [2006] 4 IR 374.

In the Matter of the Guardian of Infants Act, 1964 (As Amended) and In the Matter of the Family Law (Maintenance of Spouses and Children) Act, 1976 and In the Matter of R.D. (A Minor); L.D. v N.D. [2020] IEHC 268.

I.R.M, S.J.R. and S.O.M. (A minor suing by her Mother and Next Friend S.J.R.) v The Minister for Justice and Equality, Ireland and the Attorney General [2018] IESC 14.

JK v VW [1990] 2 IR 437.

Keegan v Ireland (1994) 18 EHRR 342.

K.I. (a minor) & others -v- Minister for Justice and Equality & others [2014] IEHC 83.

Murphy v Attorney General [1982] 1 IR 241.

Murray and Murray v Ireland. [1985] ILRM 542.

NAHB, WH and PH v An Bord Uchtála [2002] 4 IR 252.

North Western Health Board v HW and CW [2001] 3 IR 622.

RC vs. IS [2003] 4 IR 431.

RL vs. Heneghan [2014] IEHC 664.

State (Nicolau) v An Bord Uchtála and the AG [1966] IR 567.

UU v DQE [2017] IEHC 770.

WO'R v EH and An Bord Uchtála [1996] 2 IR 248.

Legislación

Guardianship of Infants Act 1964 [Ley de Tutela de Infantes].

Status of Children Act 1987 [Ley sobre la condición jurídica de los niños].

Judicial Separation and Family Law Reform Act 1989 [Ley de separación judicial y reforma del derecho de familia].

Family Law Act 1995 [Ley de derecho de familia].

Family Law (Divorce) Act 1996 [Ley de derecho de familia (divorcio)].

Children Act 1997 [Ley de la Niñez].

Civil Registration Act 2004 [Ley de registro civil].

Civil Registration (Amendment) Act 2014 [Ley de Registro Civil (Enmienda)].

Children and Family Relationships Act 2015 [Ley sobre las Relaciones Familiares y con los Niños].

Bunreacht na h-Éireann (Irish Constitution) [Constitución irlandesa (Bunreacht na h-Éireann)]

CAPÍTULO V

La responsabilidad parental en la Argentina vista desde el bloque de constitucionalidad

Aída Kemelmajer de Carlucci*

* Ex catedrática de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina; Doctora en Derecho, Ex Magistrada de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza; Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires; Académica Honoraria de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, Miembro de la Comisión Redactora del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), y Miembro Correspondiente Internacional de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Resumen

La responsabilidad parental está regulada en el Código Civil y Comercial argentino siguiendo los lineamientos constitucionales y convencionales del derecho a la vida familiar. Esta forma de regular la responsabilidad parental muestra la influencia del bloque de constitucionalidad y, consecuentemente, constituye un paso adelante si se la compara con la regulación tradicional. En este capítulo priorizo el comentario de la aplicación jurisprudencial de ese articulado durante estos cinco años de vigencia, con miras a apreciar la forma en que las juezas y los jueces argentinos han podido plasmar la nueva visión propuesta en torno a las relaciones entre padres e hijos.

Palabras clave: Responsabilidad parental; derechos humanos, derecho constitucional, autonomía, igualdad, pluralismo, solidaridad.

Los jueces no pueden cerrar los ojos a la realidad y mirar para otro lado cuando se les exhibe una afectación significativa de los derechos de los niños atrapados en una problemática familiar compleja, por lo que deben desempeñar un rol activo y comprometido en la causa.¹

1. Preliminares

El Código Civil y Comercial argentino (de ahora en adelante CCyC), vigente desde 1o. de agosto de 2015, se alineó en la moderna tendencia a la constitucionalización del derecho privado. Así lo disponen sus artículos 1 y 2 que, incorporados al título preliminar, "puerta de entrada" del nuevo ordenamiento, reconocen al bloque de constitucionalidad como fuente de aplicación y pauta de interpretación. En este sentido, disponen:

ARTÍCULO 1o. **Fuentes y aplicación.** Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

ARTÍCULO 2o. **Interpretación.** La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Esta prioridad normativa, tanto para la aplicación como para la interpretación, indiscutiblemente, rige en materia de responsabilidad parental. En efecto, a diferencia de otros países latinoamericanos (Cuba, Bolivia,

¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 18/10/2017. Cita Online: AR/JUR/77991/2017.

etc.) el derecho argentino no optó por un código separado y conservó el derecho de las familias dentro del código civil y comercial. Las relaciones familiares están reguladas, especialmente, en el libro II que, dividido en ocho títulos, destina el séptimo a la materia bajo estudio. Ese título VII —que va desde el artículo 638 al 704—, está dividido en nueve capítulos que tratan sobre: los principios generales; la titularidad y ejercicio; los deberes y derechos de los progenitores sobre el cuidado de los hijos; la obligación alimentaria; los deberes de los hijos; los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines; la representación, disposición y administración de los bienes del hijo menor de edad, y finalmente, la extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental. Ese contenido está "contaminado" por las pautas establecidas en el título preliminar, antes citadas.

Me propongo, entonces, analizar una parte de ese articulado: la que muestra la influencia del bloque de constitucionalidad y, consecuentemente, dio un paso adelante si se la compara con la regulación tradicional.² A tal fin, priorizo el comentario de la aplicación *jurisprudencial* de ese articulado durante estos cinco años de vigencia, aunque esta opción implique debilitar el análisis de la valiosa *doctrina* argentina gestada en el mismo periodo. Seguir este método, creo, puede ser útil para el lector que vive fuera del territorio argentino, sin exorbitar la cantidad de hojas admisibles en una obra colectiva como ésta.³

2. Terminología

El CCyC ha tenido especial cuidado en el lenguaje utilizado en las normas relativas al derecho de la persona en sus relaciones familiares; la comisión redactora se propuso utilizar palabras que, para el destinatario de las normas, resulten *comprensibles* y *no discriminatorias* para cumplir así con

² Me he referido a este tema en Kemelmajer, A. y Herrera, M., 2019, pp. 37-74. Véase también Fernández Leyton, J., 2015, pp. 3-18.

³ Para el tema en Latinoamérica, veáse Espejo Yaksic, N., 2017, pp. 13 y ss.

dos valores básicos del constitucionalismo moderno: el derecho a ser tratado con dignidad y el llamado "derecho a comprender el derecho".⁴

En este sentido, los fundamentos que acompañaron al anteproyecto expresan:

La Comisión ha puesto una especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son. Por esta razón, se han evitado, en la medida de lo posible, las remisiones, el uso de vocablos alejados del uso ordinario, las frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura. Se ha tratado de conservar, en lo posible, las palabras ya conocidas y utilizadas por la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, hay numerosos cambios sociales, científicos, culturales, económicos, que demandan el uso de palabras ajenas al lenguaje jurídico. Por estas razones, ha sido inevitable recurrir a nuevas expresiones para reflejar nuevos fenómenos.

Más específicamente, en relación con la expresión *responsabilidad parental*, ese mismo documento dice:

El lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario remplazar la expresión *patria potestad* por la de *responsabilidad parental*, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra *potestad*, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la *potestas* del derecho romano, centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo *responsabilidad* implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados,

⁴ Me he referido *in extenso* a este tema en Kemelmajer de Carlucci, A., 2019 [AR/DOC/3122/2019].

primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente.

Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo: algunos han sustituido "*patria potestad*" por "*autoridad parental*"; otros por "responsabilidad parental" (así, por ejemplo, el Reglamento del Consejo Europeo no. 2201/03 de 27 de marzo de 2003 —también denominado "Nuevo Bruselas II"— se refiere a la "Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de *responsabilidad parental*";⁵ la ley 26.061 y varias legislaciones argentinas receptan de manera genérica la expresión "responsabilidad familiar", etc.).⁶

Se ha sostenido, con razón, que "la opción por el término *responsabilidad parental* no es un mero 'cambio de palabras',⁷ ni recoge términos que 'suenan mejor' "; por el contrario, se trata de un "verdadero giro radical en la concepción de las relaciones familiares y el modo en que ha de entenderse y ponerse en práctica el vínculo entre niños y adultos en el escenario de la vida familiar".⁸

Cuando el legislador no ha producido el cambio, la doctrina se queja; así, en Italia, se critica que las normas continúen siendo fiel a la palabra *potestades*, "cuando resultan necesarios vocablos nuevos que respondan a conceptos claves como son el interés superior del niño".⁹

⁵ Véase Espinosa Calabuig, R., 2007, pp.19 y ss.

⁶ Cfr. Ilundain, M., 2012, p. 305; Krasnow, A., 2012, p. 1381; Wagmaister, A., 2012, p. 197; en la misma revista, Del Mazo, C. G., 2012, p. 206; Lloveras, N. O. y Tavip, G., 2014, pp. 17 y ss. La doctrina argentina tiene muy pocas voces disidentes sobre este aspecto terminológico (a favor de mantener la expresión "*patria potestad*" se manifiestan Mazzinghi, J.A.M. y Mazzinghi, E. M., 2016, pp. 7-12).

⁷ Grosman, C., 2014, p. 229; de la misma autora, 2020, pp. 15 y ss.

⁸ Fernández, S. E., 2015, pp. 181-196.

⁹ Quadrato, M. E., 1999, p. 120. A partir de la página 131, la autora analiza la expresión "responsabilidad parental"; reconoce que tiene base en documentos internacionales importantes, también en la ley británica Children Act de 1989, pero entiende que no es suficientemente clara para comprender las facultades, que también son propias de los progenitores; por eso, prefiere, en definitiva, la palabra "funciones" (*compiti*, en italiano), que es la usada en el artículo 30 de la Constitución italiana.

La sustitución de las palabras *visitas* (por comunicación) *tenencia* (por cuidado personal); *menor*, por niño, niña o adolescente (en adelante NNA), etcétera, responden al mismo criterio.¹⁰

3. La responsabilidad parental y la relectura de los tres valores básicos del constitucionalismo moderno: igualdad/pluralismo; libertad/autonomía y fraternidad/responsabilidad

3.1 Igualdad/pluralismo

a) Igualdad entre los progenitores. La coparentalidad

El CCyC argentino proclama la igualdad de los progenitores, cualquiera que sea su sexo, respecto de la *titularidad* y *ejercicio* de la responsabilidad parental (artículo 641, inciso a y b) y del *cuidado personal* (artículos 650 y 651). Han desaparecido las antiguas presunciones fundadas en estereotipos de género como, por ejemplo, la que otorgaba prioridad a la madre si el niño no ha alcanzado los cinco años.

La *coparentalidad*¹¹ establecida en los artículos mencionados responde a un sistema familiar *democrático*¹² en el que cada uno de sus miembros ejerce su papel sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco.

Desde los tribunales se razona: "El sistema del CCyC afirma el principio de la *coparentalidad*, *reflejo de la igualdad entre el hombre y la mujer para realizar sus proyectos de vida y de los cambios que se ha producido en los roles establecidos en función del sexo*. Existe un reconocimiento de la figura del padre en la socialización de los hijos". En consecuencia, dentro de

¹⁰ Un sector de la doctrina califica la voz "cuidado personal" utilizada en este título de confusa y equívoca (véase Mizrahi, M., 2017 y Mizrahi, M., 2020, p. 925).

¹¹ La expresión 'coparentalidad' está muy difundida en la doctrina comparada; ver, por todos, Pérez Vallejo, A. M. y Saiz-Cantero Caparró, M. B., 2018.

¹² Videtta, C., 2015, pp. 95-107; Silva, S. A., 2020, p. 315.

las posibilidades, "salvo que razones prácticas lo desaconsejen (distancia con la escuela, imposibilidad horaria por su trabajo de acompañar al niño/a en sus proyectos, etc.) debe otorgarse al padre el mismo tiempo que a la madre (artículos 16 CN y 651 CCyC)".¹³

Debo reconocer que, pese a los cinco años transcurridos, no faltan progenitores que siguen luchando por el cuidado *unipersonal*, que impiden la comunicación con el otro progenitor, entre otros. Dicho en otras palabras, no entienden el tratamiento "democrático" al que hice mención. De allí que algunos jueces se vean obligados, incluso, a hacer docencia; como por ejemplo, un tribunal de familia que enseña con los siguientes ejemplos:

[S]i la madre no ha usado barbijo, una buena actitud de parte del padre, en vez de cuestionar y acusar que la madre no lo ha usado, y procurar valerse continuamente de pruebas que den cuenta de los errores o negligencias de la mamá de sus hijos, sería regalarle uno para que pueda utilizarlo, y que sean los niños que le lleven un regalo de su padre para su madre; si en la heladera no hay comida, en vez de remarcar que la comida que tiene no es de marca o que no conocen la verdura o lo bien que comen en la casa de su padre y lo mal que comen en la casa de su madre, una buena actitud sería no solicitar el cese de la cuota alimentaria sino contribuir con una cuota de alimentos mayor para los gastos de los niños.¹⁴

Una consecuencia de la igualdad (y de la autonomía/libertad que abordo en el punto siguiente) es la incorporación del llamado "nombre de familia" (artículo 64), en tanto se permite a los padres elegir el apellido del hijo, sea el de la madre, sea el del padre, rompiendo con la vieja regla de que el hijo siempre lleva como primer apellido el del padre.¹⁵ La cuestión del

¹³ Cám. 2o. Civ. Com., sala I, La Plata, 6 de agosto de 2019, E.D. 285-315, fallo no. 60.303; Molina de Juan, M., 2015, pp. 109-122; Cataldi, M., 2015, pp.127-145.

¹⁴ Juzgado de familia no. 1 de Tigre (Buenos Aires), 21 de julio de 2020 Citar: elDial.com - AABFEO, publicado el 6 de noviembre de 2020.

¹⁵ Ronconi, L., 2015, pp. 147-157.

apellido de los hijos venía planteándose en los tribunales argentinos a partir del nuevo milenio, como lo acredita que, a los pocos días de vigencia del CCyC, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en un caso originado ante la autoridad administrativa tiempo antes. En efecto, el 6 de agosto de 2015,¹⁶ confirmó la decisión que había dado lugar a la petición conjunta de los progenitores de colocar en primer lugar el apellido de la madre y, en segundo, el del padre.

Otro efecto de la igualdad es el deber de cada progenitor de informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo (artículo 654).

b) Igualdad entre los hijos, cualquiera sea la fuente de la filiación (por naturaleza, por adopción o por reproducción humana asistida).

Todos los hijos son iguales respecto de los derechos y deberes de sus padres. En este sentido, el artículo 558, segundo párrafo, dispone:

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

c) Igualdad/Pluralismo. La regulación de la responsabilidad parental en la familia ensamblada

El pluralismo familiar se expresa, a nivel de relaciones verticales, en la regulación de la familia ensamblada,¹⁷ como se explica en los puntos siguientes.

¹⁶ La Ley on line, AR/JUR/25383/2015, LL 2015-E-194 y 415; Doc. Jud. boletín del 7 de octubre de 2015, p. 9; Rev. CCyC no. 3, septiembre 2015, p. 83; Suplemento Constitucional de La Ley, septiembre 2015, p. 97; ED 264-251; Foro de Córdoba no. 178, julio 2015, p.129; MJ-JU-M-93806-AR | MJJ93806 | MJJ93806; Rev. *Temas de Derecho civil. Persona y patrimonio*, Bs. As., ed. Errejus, 2015, p. 85.

¹⁷ Alesi, M., 2015, pp. 197-218; Notrica, Federico, 2020, pp. 285-313.

Entre las sentencias que respetan este pluralismo he elegido una¹⁸ que, sobre la base del pilar fundamental del interés superior del NNA, dispuso que la hija permaneciera provisoriamente con el progenitor afín y no con la madre biológica. Se trata de una niña con insuficiencia renal crónica y huesos de cristal que requiere ser dializada todas las noches y que se le dispensen cuidados especiales; el progenitor afín había sido capacitado y se le había proporcionado la aparatología necesaria, habiéndose acondicionado el domicilio familiar. El tribunal sostuvo que, con posterioridad a la exclusión del hogar de la progenitora por hechos de violencia familiar y prohibición de acercamiento de ambos adultos, la niña quedara bajo los cuidados del progenitor afín, hasta tanto la madre acondicione su vivienda a las necesidades de su hija. Dijo el juez: "El haber conocido a la niña en su cotidianeidad, los cuidados diarios que recibe, el domicilio que la alberga, su interacción con los distintos miembros de su familiar nuclear" me permite concluir que "su superior interés exige no apartarla de su centro de vida".

4. Autonomía/Libertad

Algunos autores propician cerrar todas las puertas a la autonomía en el ámbito del derecho de las familias. Todas las normas serían de orden público, inderogables, sin posibilidad de acuerdos. El CCyC argentino no comparte esa posición. La autonomía, como equivalente de libertad, debe tener márgenes de actuación que, obviamente, respeten los otros valores fundamentales (la igualdad y la solidaridad) y la intervención que corresponde a los organismos públicos para hacer efectivos todos los derechos de los NNA establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Puede decirse, entonces, que se trata de una materia en la que confluyen principios de derecho público y privado.¹⁹ Por eso, el CCyC regula figuras

¹⁸ Juzgado de la Niñez, Juventud y Violencia Familiar de la 5o. Nominación de Córdoba, 15-08-2019 (inédita).

¹⁹ Polakiewicz, M., 2020, pp. 47-88.

jurídicas que implican, en mayor o menor medida, la entrada de esa autonomía/libertad en las relaciones entre padres e hijos.²⁰ La propia terminología utilizada (responsabilidad parental) implica un cambio simbólico que pone en valor el deber de los padres de *orientar al hijo hacia su autonomía*.²¹

Previo al abordaje de esas figuras, es menester aclarar que el gobierno de los intereses personales, propio de la autonomía de la voluntad, presenta sus propias particularidades cuando los padres cumplen la función de educar y formar a sus hijos, desde que, en esa labor los progenitores no están gestionando intereses propios. Las atribuciones son imputadas por la ley para cumplir la misión de guiar al niño en el ejercicio de sus derechos fundamentales y, de ahí, que las labores de los padres se inscriben en el orden del deber y de la responsabilidad.²²

4.1 Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (artículo 643)

Mediante esta figura, los progenitores *convienen* que, en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a una tercera persona. Esa delegación tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente, por razones debidamente fundadas, por un periodo más, con participación de las partes involucradas. Además, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

El código distingue según esa tercera persona (delegada) sea o no el progenitor afín. Cuando *no* lo es, según la letra del artículo, el acuerdo requiere:

²⁰ Herrera, M., 2015, p. 15.

²¹ Mizrahi, M. L., 2006, p. 169.

²² Mizrahi, M. L., 2015, p. 254; *Cfr.* Juzgado de familia no. 1 de Tigre (Buenos Aires), 11 de septiembre de 2017, elDial.com - AAAIEA, publicado el 27 de septiembre de 2017.

- (i) Voluntad expresa de los progenitores.
- (ii) Calidad de *pariente* del delegado; por ejemplo, es tía, tío, abuela, etc.
- (iii) Aceptación de la delegación por parte del delegado.
- (iv) *Homologación del acuerdo, previa audiencia del hijo.*

El trámite homologatorio, que de algún modo pone límites a la autonomía, no debe ser una mera formalidad.

Obviamente, el primer requisito a controlar es el acuerdo de los progenitores. Por eso, no corresponde homologar la petición realizada sólo por el padre, con la oposición de la madre.²³ Ante la falta de acuerdo es posible recurrir a la otra figura, *la guarda judicial a un tercero*, prevista en el artículo 657 del CCyC,²⁴ en cuyo caso no entra en juego la autonomía de los progenitores, pauta al que me estoy refiriendo.

Por otro lado, la norma exige *razones suficientemente justificadas* por lo que no actúa arbitrariamente el juez que fija una audiencia para escuchar a un niño de seis años, que vive con sus abuelos paternos, para luego analizar si tales razones existen.²⁵

En numerosas ocasiones, las personas recurren a esta figura legal para dar solución rápida a requisitos impuestos —no siempre razonablemente—

²³ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén —Sala Primera— 15 de junio de 2017, elDial.com - AAA0BA, publicado el 15 de agosto de 2017.

²⁴ "ARTÍCULO 657. Otorgamiento de la guarda a un pariente. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código. El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio." Para un caso en el que al término de un año de la delegación a la abuela, el padre se opuso a la renovación y, el juez concedió la guarda, véase Juzgado de Familia de 2a. Nominación de Córdoba, 2aNom, 24 de agosto de 2018, Derecho de Familia y de las personas, 2019 (octubre), p. 85, con nota de Ahargo, A. C., 2019; Galli Fiant, M., 2016.

²⁵ Cámara de Familia de Primera Nominación de Córdoba, Auto no. 141, 28 de noviembre de 2018 (inédito). El tribunal de apelaciones confirma la decisión del juez de familia que fuera apelada por los abuelos.

por el sistema de la seguridad social. No debe sorprender, entonces, que la decisión homologatoria contenga expresas referencias al pago de las asignaciones familiares de la seguridad social a la persona a quien se le ha delegado el ejercicio a quien, además, se la autoriza a gestionar la incorporación del NNA a su obra social.²⁶

Señalo que la delegación no debe tener como única finalidad facilitar la protección de la seguridad social, desde que ese amparo puede disponerse judicialmente *sin necesidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental*. Sin embargo, no faltan decisiones en las que la homologación se funda, sin tapujos, sólo en que "la finalidad buscada es la incorporación del niño como beneficiario de la obra social de su abuelo materno, con quien vive desde su nacimiento, en pos de garantizar su derecho a una cobertura médica pues su padre no tiene trabajo y su madre sólo percibe un plan social."²⁷

Otro aspecto importante es que la jurisprudencia y la doctrina no se han atado a las palabras del artículo y recurren a la interpretación sistémica, si el caso así lo requiere. Por ejemplo, se ha hecho lugar a la homologación de la delegación solicitada por los padres de una niña, con serios problemas de salud, que desde hace tiempo está siendo protegida por su madrina de bautismo, calidad a la que el tribunal encuadra en la expresión "referente afectivo" (mencionada en el artículo 607 del CCyC). La delegación se homologó, aunque no se trataba de un "pariente", pero además, se "aclaró" que era por tiempo *indeterminado* (y no por un año, como dispone la norma), con fundamento en que la madre biológica vive en otra ciudad, está embarazada de otro niño, el padre declara no poder asumir de ningún modo los cuidados que la niña requiere, por lo que

²⁶ Juzgado de familia no. 1 de Tigre (Buenos Aires) - 7 de agosto de 2019, elDial AAB5B0, publicado el: 29 de agosto de 2019.

²⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, 1a. Nominación de Santiago del Estero, 17 de agosto de 2017, Rubinzal OnlineCita: RC J 324/18; en el mismo sentido, Juzgado de Familia de Paso de los Libres, Corrientes, 14/12/2015, Rubinzal OnlineCita: RC J 2912/16.

"resulta innecesario someter a las partes a una nueva prestación judicial dentro de un año, cuando ya han tomado la decisión de delegar la responsabilidad parental en conjunto, como adultos, y debidamente asesoradas en cuanto al alcance jurídico de sus decisiones".²⁸

Como adelanté, la delegación tiene normas específicas si la persona en quien se delega es *el progenitor afin*, contenidas entre las que regulan a la familia ensamblada (artículos 672/675).²⁹ En este sentido, conforme el artículo 674, el progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, *excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente*.

¿Cómo debe ser interpretada la excepción al requisito de la homologación? Si el otro progenitor ha expresado su acuerdo de modo fehaciente y las partes se presentan y piden homologación, ¿debe el tribunal rechazar la petición porque no se trataría de una cuestión que debe ser tratada judicialmente? Al parecer, esta es la opinión de un tribunal neuquino,³⁰ quien confirmó la decisión de primera instancia que negó la homologación por esta razón, aunque notificó a la obra social que no se requiere la delegación de la responsabilidad parental para que el NNA tenga cobertura. En mi opinión, como sostuvo la defensora, la delegación no debía ser homologada porque, como surgía de la audiencia celebrada, el progenitor biológico no tenía impedimentos que obstaculizaran el pleno ejercicio de la responsabilidad, sin perjuicio de que, dado que resultaba

²⁸ Juzgado de familia de San Isidro no 1 (Buenos Aires), 23 de octubre de 2019, Citar: elDial.com - AAB83C, publicado el: 15 de noviembre de 2019.

²⁹ Notrica, F y Melón, P., 2015, pp. 172-183.

³⁰ CCCLM Sala II, Neuquén, 27 de noviembre de 2018, Rubinzal Online; 90806/2018 RC J 499/19.

importante que la niña contara con cobertura médica, se librara oficio a la obra social para que la niña quedara cubierta con la obra social del padre afin, haciéndole saber a ese organismo que no es necesario contar con la delegación de la responsabilidad parental del progenitor biológico. Aunque los efectos prácticos no varían, la distinta fundamentación deja en claro que: a) No debe recurrirse a la delegación a favor del padre afin si el padre biológico está en condiciones de cumplir la función en forma plena; b) los problemas de cobertura social deben ser resueltos, correctamente, por los organismos competentes, reconociendo que la familia ensamblada merece igual tratamiento que la fundada en los lazos biológicos sin exigir una delegación que legalmente no corresponde.

4.2 Plan de parentalidad

Cuando los progenitores se separan, deben presentar al juez un *plan de parentalidad* (artículo 655) que puede contener, entre otras cláusulas, acuerdos sobre el lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; las responsabilidades que cada uno asume; el régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor, entre otros. La norma alienta la participación del hijo en la confección de ese plan de parentalidad y en su eventual modificación.³¹

La figura muestra claramente el alto valor de la autonomía en el derecho de las familias.

4.3 La autonomía progresiva del hijo menor de edad

En absoluta consonancia con la Convención Internacional de los Derechos del Niño,³² el CCyC regula la aptitud jurídica de las personas que no han

³¹ Domenichini, L., 2015, pp. 123-128.

³² Compulsar, entre muchos, Bridgeman, J., 2017, pp. 53-73.

alcanzado la plena capacidad civil teniendo en cuenta no sólo la pauta dura o inflexible de la *edad*, sino otra flexible, el *grado de madurez* (artículos 24, 26, 66, 404, 425, 595, 596, 598, 608, 613, 617, 626, 627, 639, 679, 690, 707 y otros).³³

Con especial referencia a la responsabilidad parental, esa autonomía progresiva se manifiesta claramente en la siguiente normativa:

- (i) Artículo 639: entre los principios generales que rigen a la responsabilidad parental, enumera, después del interés superior del niño, "la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos" (inciso b) y "el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez" (inciso c).
- (ii) Artículo 680: faculta al hijo adolescente a estar en juicio sin necesidad de autorización de sus progenitores, entre otras situaciones, cuando sea acusado criminalmente o si desea reconocer hijos.
- (iii) Artículo 26: el NNA tiene derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Ese articulado ha dado lugar a una nutrida jurisprudencia en torno a materias de las más diversas, como son:

- 1) El respeto a la voluntad del NNA que no quiere comunicarse, sea con su progenitor, sea con otras personas que tienen derecho a esa comunicación (p. ej., los abuelos). Entre las numerosas

³³ Véase especialmente, Fernández, Silvia Eugenia, 2015, *op. cit.*; Fernández, S., Herrera, M. y Molina de Juan, M., 2016, pp. 319-325; Vázquez Acatto, M., 2015, pp. 31-52; Videtta, C. y Coler, L., 2020, pp. 133-164.

sentencias, es válido citar las siguientes: "Cabe desestimar el régimen de comunicación solicitado por el padre, en relación con su hija —de 17 años de edad— toda vez que, lamentablemente, la adolescente persiste en su negativa a relacionarse y a mantener contacto con su padre. La resistencia, que no es sino la reiteración de una conducta que data de hace ya varios años, no sólo se tradujo en lo que ella expresó en sede judicial en el sentido de que "no desea retomar ningún contacto con su padre", sino también en su negativa a colaborar en la realización de la prueba pericial psicológica ofrecida por su propia madre. No se trata de desconocer la importancia que conlleva un adecuado régimen de comunicación paterno filial, pero forzar la vinculación de la adolescente con su padre, pese a la inequívoca y reiterada negativa a que se ha hecho referencia, podría implicar, en lo inmediato, un perjuicio mayor para su salud psíquica que el que se intenta evitar manteniendo el *statu quo* actual. Además, dado que cualquier decisión que pueda adoptarse no podría proyectar sus efectos más allá de la fecha en que la hija cumplirá 18 años, se concluye en la conveniencia de mantener la solución de primera instancia, dejando en manos de la adolescente la decisión sobre el modo en que desarrollará la relación con su padre. El sentido de esta decisión es el que mejor atiende el superior interés de la citada adolescente —y que debe prevalecer aun por sobre el derecho de comunicación que asiste a su progenitor— cuya madurez, dada su edad, descarta cualquier influencia negativa de su madre en la toma de decisiones sobre su relación con el apelante".³⁴

- 2) La petición judicial del adolescente de mantener o modificar su apellido, por ejemplo, porque habiendo sido abandonado por el padre, no se siente identificado con ese nombre, sino con el de su

³⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala I, 23 de febrero de 2016, Rubinzal Online: RC J 3117/16.

madre; o porque el padre fue condenado por homicidio contra la madre;³⁵ o para conservar el de su madre, no obstante haber sido reconocido posteriormente por el padre; o para mantener el de quien era su padre legal, aunque posteriormente fue desplazado en razón de una acción de impugnación de paternidad porque es socialmente conocido con ese nombre, aunque sea de alguien que ya no es jurídicamente su padre.³⁶

4.4 La responsabilidad parental de padres adolescentes

El reconocimiento de la autonomía progresiva encuentra uno de los puntos de máxima expresión en la regulación de la responsabilidad parental del progenitor adolescente (art. 644).³⁷

El CCyC no invisibiliza las facultades y obligaciones de la persona adolescente que ha tenido un hijo, esté o no casada; por el contrario, y sin perjuicio de las limitaciones que el principio de proporcionalidad requiere para una situación de este tipo, ese papá/mamá adolescente ejerce la responsabilidad parental de su hijo pudiendo decidir y realizar las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Claro está, como esa progenitora o progenitor menor de edad está sometido a responsabilidad parental, la persona que tiene ese ejercicio puede oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también puede intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

En definitiva, más allá de las limitaciones, hay un reconocimiento expreso a la autonomía del progenitor que aún no llegó a la mayoría de edad.

³⁵ Juzgado civil de Villa María, Córdoba, 22 de diciembre de 2017 (inédito).

³⁶ Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia Neuquén, 6 de diciembre de 2017, Cita: RC J 1285/18; Juz. Nac. Civ. No. 83, 26 de agosto de 2019. Véase Barreto, A. y Vannella, V., 2019, p. 993.

³⁷ Fernández, Herrera, y Molina de Juan, 2016, *op. cit.*, pp. 538-574; Díaz, R. F y Hernández, N., 2019; González de Vicel, M., 2015, pp. 701-728; Neri, M., y Gutiérrez Goyochea, V., 2015, p. 160.

4.5 Prohibición de la violencia.

Los malos tratos³⁸

Generalmente, la violencia, en cualquiera de sus formas, implica un ataque a la autonomía, en tanto afecta la posibilidad que tiene la persona para decidir por sí misma. Por eso, el Estado debe tomar todas las medidas posibles para prevenir y, en su caso, reparar los efectos de la violencia sufrida por los NNA.

Por respeto a esa autonomía, el artículo 647 del CCyC prohíbe "el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes". Además, precisamente, para que los padres no recurran a la violencia, la norma los faculta a solicitar auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

En otros términos: el derecho a la educación —tanto de los progenitores, como de las autoridades escolares—³⁹ encuentra un límite infranqueable en los malos tratos.

4.6 La autonomía de los padres en la elección de la educación de los hijos. Conflictos de los progenitores con el Estado y de ellos entre sí

El conflicto entre la autonomía de los padres y las atribuciones estatales en materia de educación es bien conocido en la mayoría de los países. No trato esta temática, pues requiere de un largo desarrollo. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recaída en el caso *Osmanoglu et Kocabaş v. Suisse* [29086/12], 10 de enero de 2017 puede ejemplificar cómo el Estado puede establecer límites razonables a esa autonomía

³⁸ Hacker, D., 2020, pp. 223-252.

³⁹ Lamentablemente, a diversos sectores de la sociedad les resulta difícil aceptar esta regla (Véase Choudhry, S., 2017, pp. 75-105. La autora se refiere a la situación en el Reino Unido y a la jurisprudencia del TEDH generada en torno al castigo corporal de los NNA).

(en el caso, no condenó a Suiza por imponer sanciones a los padres, que practican la religión islámica y que no permitían que sus hijas concurren a clases obligatorias de natación en espacios mixtos).⁴⁰

En la Argentina, un caso paradigmático es el dictado de clases de religión en escuelas públicas durante las horas de clase, que la Corte de Justicia de la Nación dirimió correctamente a favor de la enseñanza laica.⁴¹ Otro es el de los padres de niños de corta edad, que no envían al colegio porque reafirman su voluntad de educarlos en la casa, una posición que la mayoría de los jueces argentinos rechaza; así, un superior tribunal de provincial ordenó, además, "Informar a la niña de un modo adecuado a su edad y grado de madurez, el contenido de la decisión y, en especial, que: a) debe asistir a la escuela porque es una obligación de todos los niños y las niñas que viven en la provincia; b) la escuela le dará conocimientos y le permitirá tener más oportunidades en el futuro; c) es bueno que aprenda junto a otros niños y niñas de su edad; y d) la educación que reciba en la escuela es un complemento de la que le dan en su casa, su mamá y otros familiares."⁴² Ni qué hablar de la Ley de educación sexual integral no. 26150, sancionada en 2006, cuya aplicación ha costado y sigue costando sangre, sudor y lágrimas.⁴³

Un caso muy singular se planteó en la provincia de Santa Fe.⁴⁴ La jueza interviniente relata que tres adolescentes cuyas edades oscilan entre 13 y 14 años, "tienen comportamientos antijurídicos y antisociales; si bien son *no punibles* por sus edades, el delito cometido por dos de ellas contra la tercera encuadra *objetivamente* en el tipo del art. 89 del Código Penal."⁴⁵

⁴⁰ Paradojalmente, en la Argentina, un gobierno provincial intentó eliminar las clases de natación, hecho que motivó que el tribunal hiciera lugar a la cautelar solicitada por los padres para que no se suspendieran (STJ, Entre Ríos; 21 de febrero de 2020; Rubinzal Online; RC J 4529/20).

⁴¹ CSN, 12 de diciembre de 2017, LA LEY 2018-A, 59 y 417. Cita Online: AR/JUR/88049/2017.

⁴² Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, 3-mar-2016, Cita: MJ-JU-M-97154-AR | MJJ97154J

⁴³ Videtta y Coler, 2020, *op. cit.*, pp. 148-153.

⁴⁴ Juez de primera instancia de Casilda, 13 de noviembre de 2017 (inédito)

⁴⁵ "Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este código."

Dos son hermanas y han herido a la tercera. Por tal motivo, "no puede hacer caso omiso a la denuncia, ya que es obligación de los servidores públicos, del personal docente y administrativo, como así también de los padres y de la sociedad toda, brindar una respuesta oportuna y responsable a fin de que reflejen el respeto a la vida, a integridad de las personas, de su dignidad y sus derechos, rechazando toda violencia y tipo de agresiones, y en adhesión a los principios de libertad, justicia, solidaridad, tolerancia y entendimiento, entre los pueblos como entre los grupos y las personas". Sobre la base de estos argumentos dispuso: "(A) Oficiar a la directora de la escuela disponiendo que las hermanas sean cambiadas de aula y que concurren a distintas divisiones, como así también la víctima, o sea, que no sean más compañeras de grado. (B) Las hermanas deben concurrir en horario vespertino a la biblioteca de la escuela y cumplir allí 24 horas semanales de tareas de organización, disposición de libros, sobre todo de aquellos en los cuales se haga referencia al buen comportamiento ciudadano hasta la finalización del año escolar, bajo la supervisión de la directora que dispondrá las tareas. (C) Además, leerán el libro *El Diario de Ana Frank*, del que harán un resumen y lo expondrán ante sus compañeros. Si la biblioteca no tiene el libro, lo proveerá el Ministerio de Educación de la Nación. (D) Requerir al Ministerio de Seguridad social que asista a la víctima y a la madre, que viven en condiciones poco dignas, y a la madre de las autoras (persona responsable de cinco hijas mujeres, una de ellas con discapacidad). (E) La madre y las dos hijas deben visitar los séptimos grados y pedir disculpas públicas por lo ocurrido."

La sentencia supone la intervención del Poder Judicial en la política educativa del poder administrador, justificada en que la conducta de las niñas, avalada por la madre de dos de ellas, mostraba hasta dónde fallaba la transmisión del valor básico de respeto.

Independientemente de estos conflictos de los progenitores con el Estado, la jurisprudencia presenta casos de disputas entre los padres.

Así, por ejemplo, una sentencia de primera instancia,⁴⁶ confirmada posteriormente por la apelación,⁴⁷ resolvió la discrepancia de los padres en torno a la escuela a la que debía ingresar el hijo; ambos estaban de acuerdo en que la niña debía concurrir a una escuela de la comunidad judía, pero no se ponían de acuerdo sobre cuál debía ser el establecimiento; prevaleció la posición del padre, que se inclinaba por una escuela más liberal, menos ortodoxa, por ser "la alternativa que menos condicionaría una futura elección religiosa del niño a la par que se trata de un establecimiento educativo de la colectividad judía en el cual se acepta que sus alumnos lleven sus propias viandas de comida kosher y se respetan las principales festividades de dicha comunidad". La decisión es muy interesante, porque el tribunal prefiere el establecimiento más abierto a la formación futura de la autonomía del NNA.

En otro caso, a pedido del padre que vivía en París mientras el hijo adolescente y la madre vivían en la Argentina, se ordenó al establecimiento escolar informar mensualmente al juez sobre el rendimiento, la asistencia del adolescente a las clases, sus llegadas tarde, su conducta y todo dato relevante, para que el padre pudiese tener conocimiento acabado de lo que sucedía. Teniendo en miras la eficacia de la decisión, la Cámara de apelaciones encargó a la abogada del padre confeccionar el oficio mensualmente y diligenciarlo al Colegio, como asimismo reiterarlo en caso que no fuese contestado en tiempo y forma. Además, encomendó a la madre la concurrencia regular del hijo al Colegio dentro del horario reglamentario y delegó en el juez de primera instancia la imposición de una sanción pecuniaria a la madre frente al incumplimiento, admitiendo como eximentes sólo situaciones muy graves y excepcionales de fuerza mayor que la progenitora deberá acreditar fehacientemente.⁴⁸

⁴⁶ Juzgado de primera instancia no. 92, CABA (Jueza María Victoria Famá), elDial.com - AAB16C, publicado el 22 de marzo de 2019.

⁴⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 27 de febrero de 2019, LA LEY 2019-C, 75, Revista CCyC 2019 (octubre), p. 68; JA 2019-III-204. Cita Online: AR/JUR/201/2019.

⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 18 de octubre de 2017, Cita Online: AR/JUR/77991/2017.

4.7 La autonomía de los progenitores frente a la política estatal de salud. Dos ejemplos paradigmáticos: las vacunas obligatorias y las transfusiones sanguíneas

La doctrina ha prestado especial preocupación a la autonomía de la persona menor de edad sobre su propio cuerpo, prevista en los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 26.⁴⁹ Se trata de un tema importante, pero exorbita el contenido de este informe,⁵⁰ sin perjuicio de hacer algunas referencias inevitables.

Adviértase, para comenzar, que el derecho a la salud está enumerado expresamente en el artículo 24 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al reconocer el derecho "al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de su salud".⁵¹

La norma es invocada reiteradamente en los conflictos más frecuentes planteados ante los tribunales. Así, la oposición de los padres a vacunar a sus hijos ha creado problemas en diversos países. La Corte Suprema de Justicia de la Argentina sostuvo⁵² que los padres no pueden oponerse

⁴⁹ Los párrafos mencionados disponen:

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

⁵⁰ Me he referido a este tema, entre otros artículos, en Kemelmajer, A., Herrera, M., Lamm, E. y Fernández, S., 2015, p. 83. Véase Fernández, Herrera, y Molina de Juan, *op. cit.*, pp. 325-372; Salituri Amezcua, M. M., 2015, p. 53.

⁵¹ Compulsar Pagano, L. M., 2020, pp. 183-222.

⁵² CSN, el 12 de junio de 2012, ED 250- 45; elDial.com - AA770D, publicado el 14 de junio de 2012; *Rev. Derecho de Familia y de las personas*, septiembre 2012, no. 8, p. 267; RC J 4625/12. La decisión fue ampliamente comentada por la doctrina argentina.

a la vacunación de sus hijos menores de edad realizada conforme al plan nacional, desde que esa medida excede el ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población. Sólo de esta manera puede entenderse el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para todos los habitantes del país que se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general. "El obrar de los padres, en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional y, por tanto, se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional."

En el mismo sentido, con apoyo doctrinal (que, además, reclama mayor educación en los temas bioéticos),⁵³ se han pronunciado otros tribunales, tanto de la ciudad de Buenos Aires,⁵⁴ como del interior del país,⁵⁵ al rechazar la inconstitucionalidad de las leyes que establecen tal obligatoriedad; así, la Ley 27941, sancionada el 12 de diciembre de 2018, impone la vacunación como uno de los deberes a cargo de los titulares de la responsabilidad parental.⁵⁶

Las transfusiones sanguíneas presentan otras peculiaridades, pues el derecho a la salud se enfrenta al derecho a la expresión religiosa de los padres, pero a veces del propio hijo que, aunque menor de edad, también se niega a ese tratamiento. En la Argentina, la jurisprudencia constante de los últimos años prioriza la voluntad libremente expresada por

⁵³ Fortuna, S. I., 2019, p. 57; Berger, S. M., 2019; Othar, A., noviembre, 2020.

⁵⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala de FERIA, 15-ene-2019, ED 281-304, Cita Online: AR/JUR/11/2019, Cita: MJ-JU-M-116385-AR | MJJ116385; Juzgado civil no. 38, agosto 2020, elDial.com - AABF22, publicado el 08/10/2020, confirmada por la Cámara Nacional Civil sala D, 28 Setiembre 2020, Rubinzal Online; 41982/2019 RC J 6488/20 y AR/JUR/42150/2020.

⁵⁵ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, 12/07/2016, en Doc. Judicial 30/11/2016, p. 50 JA 2017-II-414, con nota de Reviriego, N., 2017; Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 10/04/2019, Cita: MJ-JU-M-118137-AR | MJJ118137LL 2019-C-116, con notas de Mpolás Andreadis, A. y Rivas Baloiira, M. 2019; Urbina, P. A., 2019.

⁵⁶ Etienot, J. B., 2019. Para el tema, en general, véase Chiappini, J., 2019, pp. 283-807.

persona *plenamente capaz*; el problema del rechazo por persona que no lo es presenta dificultades.

Si el niño no tiene suficiente autonomía —p. ej., tiene cuatro años—, la tendencia predominante es hacer lugar a las peticiones de las autoridades hospitalarias si los informes médicos dan cuenta que, de no llevarse a cabo la práctica médica requerida, el NNA corre riesgo de vida y la práctica resulta necesaria para salvaguardar la integridad psico-física. Contrapuesto el "interés de la persona menor de edad con el de su representante legal (inc. b, art. 24, Código Civil y Comercial) que se opone a la realización de las prácticas, debe prevalecer el *derecho a la salud* y eventualmente *a la vida* de la niña que, en el caso, se encuentra en clara tensión con el derecho a profesar libremente las creencias religiosas de su progenitora, ambos de raigambre constitucional. No resultando posible, salvo daño irreversible, la protección de ambos derechos, debe decidirse por uno de ellos, el superior interés del niño, garantizado expresamente en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Garantizar el derecho constitucional de la progenitora importaría lisa y llanamente permitir a ésta disponer sobre la vida de su hija, avasallando su imposable derecho constitucional a la vida".⁵⁷

En cambio, si se trata de un adolescente, la solución no es tan sencilla. En mi opinión, el criterio jurisprudencial reseñado podría ser aplicado en tanto, en la mayoría de los casos, ese adolescente se siente presionado por el entorno familiar, por lo que difícilmente su consentimiento sea libre. Otros, en cambio, entienden que debe respetarse la oposición del adolescente porque en su decisión, además de la expresión religiosa, está su clara voluntad de seguir integrado a ese grupo, integración que se verá altamente perjudicada si el NNA recibe una práctica médica que el conjunto rechaza.⁵⁸

⁵⁷ 1o. Juzg. Fam., San Juan, San Juan; 31 de julio de 2020; Rubinzal Online; RC J 5529/20. Otros casos jurisprudenciales pueden compulsarse en Pagano, L. M., *op. cit.*, pp. 198-203.

⁵⁸ Compulsar jurisprudencia citada por Lamm y Pagano, 2016, t. V-A.

4.8 La autonomía del NNA y su autopercepción del género frente a la voluntad de los padres y del Estado

Desde 2012, la Argentina cuenta con una de las leyes más liberales sobre identidad de género. En efecto, la Ley 26743, respeta la identidad autopercebida, es decir, la autonomía de la persona, a punto tal de no requerir trámite judicial alguno. Ahora bien, para quienes no han alcanzado los 18 años, el artículo 5 dispone que la petición de esa persona ante la autoridad del Registro Civil debe ser hecha por los representantes legales "teniendo en cuenta el interés superior del niño y la autonomía progresiva". Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno de esos representantes, entonces es posible acudir a la vía judicial para que, por vía sumarísima, el juez decida tomando en consideración los principios antes mencionados.

Un sector de la doctrina entiende que la norma es contradictoria al exigir el consentimiento de los representantes legales y reconocer expresamente el principio de autonomía progresiva, por lo que entiende que la persona menor de edad con madurez suficiente puede actuar sin la representación paterna.⁵⁹

5. La fraternidad, hoy solidaridad/responsabilidad. La obligación de asistencia

La antigua familia, fundada sobre la *autoridad*, ha dejado paso a la familia estructurada sobre la *solidaridad*, especialmente, respecto de los sujetos más vulnerables (NNA, personas de la tercera edad, personas con discapacidad).

⁵⁹ Bruno y Natalin Cuevas, 2020.

Esta afirmación se verifica en numerosas disposiciones del CCyC pero, especialmente, en aquellas que profundizan la obligación de asistencia, tanto desde el punto de vista sustancial como procesal. Véase:

- a) El artículo 664, recoge doctrina y jurisprudencia anterior a 2015, autoriza al hijo extramatrimonial no reconocido a reclamar alimentos provisorios antes de que se haya dictado la sentencia que establece el vínculo jurídico reclamado. Para evitar el ejercicio abusivo de este derecho, la norma dispone que, si la demanda se promueve *antes* que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida.
- b) En los supuestos de padres que viven separados, para evitar que el hijo tenga un estándar de vida mientras está con uno y otro diferente cuando convive con el otro porque los recursos de los progenitores no son equivalentes, el artículo 666 ordena que el que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro.
- c) La obligación alimentaria del padre afín cesa, como regla, cuando se disuelve el vínculo conyugal o se rompe la convivencia. No obstante, conforme el artículo 676, "si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia".

La jurisprudencia ha sabido encontrar la riqueza de esta disposición y la aplica, por analogía, a otros supuestos.

Así, al del pretense adoptante que desiste del procedimiento de adopción, no obstante que el niño lleva un tiempo considerable bajo su protección.

En este sentido, un juez valoró que, aunque la persona a la que esta niña llama *papá* "abdicó su deseo adopción y ello importó efectos jurídicos en torno a la sentencia de adopción, tal renuncia resulta intempestiva, a tenor del marcado vínculo afectivo paterno filial preexistente, el que a la fecha se mantiene incólume para ambos, pese a la actitud no exenta de reproche del nombrado de apartarse de su vida con las lesivas e irreparables consecuencias que ello importó en la vida de la niña". Por eso, resulta "ajustada al caso la norma prevista por el artículo 676 del CCyC, en materia de alimentos"; más aún, "el guardador, con las expectativas que tal rol sugiere, tiene aún mayor responsabilidad que el padre afín, cuya obligación alimentaria es subsidiaria", por lo que dispuso mantener la obligación alimentaria por el plazo que duró el "vínculo de cuidados", es decir, 5 años y 6 meses.⁶⁰

En el mismo sentido, aunque se hizo lugar a la demanda de impugnación de la paternidad, se ordenó al actor vencedor y, por tanto, ya sin vínculos jurídicos con una niña con discapacidad, arbitrar los medios tendientes a mantener y/o garantizar a una cobertura de obra social que le permita afrontar sus necesidades especiales.⁶¹

6. La responsabilidad parental y el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva

El CCyC coloca a la tutela efectiva de los derechos en un lugar relevante; se entiende que sin instrumentos que lo hagan eficaz, el derecho sustancial se convierte en una mera declaración generadora de gran desconfianza en el sistema jurídico. En este sentido, el artículo 706 dispone que "el proceso en materia de familia debe respetar los principios de *tutela judicial efectiva*, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente".

⁶⁰ Juzg. Fam., No. 9, Lomas de Zamora, "L. Z. C. s/Adopción", 31 de julio de 2020. Cita Online elDial.com - AABDF4.

⁶¹ Cám. Civ. y Com. II, sala III, Paraná, Entre Ríos, 20 de febrero de 2017, *Rev. de Derecho de Familia y de las personas*, octubre de 2017, año IX, núm. 9, p. 118.

De este modo, sigue el criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según el cual

cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional. La consideración primordial del interés de los menores, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad en los asuntos concernientes a éstos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos.⁶²

La tutela judicial efectiva implica, entre otros, el derecho (a) a un juicio sin dilaciones indebidas y (b) a una sentencia que se cumpla. La jurisprudencia muestra numerosas decisiones tendientes a evitar la dilación de los procedimientos. Así, por ejemplo, se ha decidido que,

apelada por el progenitor la sentencia que dispuso el ejercicio compartido de la responsabilidad parental y el cuidado personal compartido de modalidad alternada de las niñas, cabe hacer lugar al pedido cautelar formulado por la madre tendiente a ejecutar provisoriamente la sentencia recurrida. En la pugna entre dos garantías específicas que integran el debido proceso legal (el derecho al recurso, que garantiza que toda sentencia pueda ser revisada por un tribunal superior, y el derecho a la ejecución de la sentencia, que garantiza que toda sentencia, en caso de incumplirse, pueda ejecutarse), debe priorizarse el segundo, en tanto dado el conflicto entre los progenitores, las niñas carecen de todo contacto con su mamá, por lo que el daño a la relación materno-filial puede tornarse en irreparable de continuar la falta de comunicación.⁶³

⁶² Entre muchos, C.S.J.N., 15 de junio de 2004, Fallos 327:2413; ídem 06 de febrero de 2001, Fallos 324:122 y otros.

⁶³ Juzg. Paz, Lobos, Buenos Aires; 04 de septiembre de 2020; Rubinzal Online; 12167 RC.J 5898/20.

Además, el juzgado impuso una multa por cada día de incumplimiento a la orden de restablecimiento de la comunicación. La ejecución de la sentencia que resuelve derechos y obligaciones derivadas de la responsabilidad parental ha sido objeto de especial tratamiento; en efecto, el ordenamiento argentino autoriza a los jueces a tomar medidas razonables para que las decisiones se cumplan (artículos 670, 553 y 557).⁶⁴

La imposición de sanciones *pecuniarias* al incumplidor es frecuente,⁶⁵ pero no son las únicas. Los jueces han sido muy creativos; por ejemplo, un hombre que no pagaba los alimentos debidos a sus hijos, fanático del fútbol, fue sancionado con la prohibición de ingresar a los estadios mientras no acreditase que había cancelado todas las prestaciones atrasadas; a una mujer que impedía a los abuelos paternos comunicarse con su nieto le fue impuesto el deber de prestar servicios semanales en un instituto en el que residen niños sin referentes afectivos, etcétera.

7. La responsabilidad parental y una pauta fundamental del derecho convencional: el interés superior del NNA

Como es bien sabido, el interés superior del niño es la columna sobre la que se construye la Convención Internacional de los Derechos del Niño. No debe asombrar, pues, que sea también un pilar básico de la regulación de la responsabilidad parental en el CCyC.

Así, por ejemplo, el artículo 639 dispone: "La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño".

Además, ese interés superior se expresa en puntos concretos. Véase:

⁶⁴ "ARTÍCULO 553. Otras medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia". En idénticos términos, el art. 557 regula la eficacia de la decisión que regula el deber de comunicación.

⁶⁵ Ver, por ejemplo, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Sala A, General Pico, La Pampa, 11 de febrero de 2020; Rubinzal Online; RC J 2939/20; Juzg. Fam. no. 2, Tigre, Buenos Aires; 18 de octubre de 2019; Rubinzal Online; RC J 636/20.

1. Se elimina el tradicional usufructo paterno, que permitía a los progenitores utilizar a su antojo frutos de bienes que son de los hijos (artículos 697/698);⁶⁶ la supresión de la figura no implica ignorar la solidaridad familiar; los padres pueden utilizar esos frutos para el mantenimiento del grupo familiar, especialmente de las personas más vulnerables, pero deben rendir cuentas de esa actuación.
2. Como ya se adelantó, se incorporan figuras existentes en la práctica social; p. ej., el otorgamiento judicial de la guarda a un pariente (artículo 657); la delegación voluntaria del ejercicio a un tercero (artículo 643); el ejercicio por el progenitor afín (artículo 675), etc.
3. La jurisprudencia utiliza cotidianamente esta pauta para dar soluciones a casos de la realidad que parecen no estar expresamente previstos por la ley; así, por ejemplo,
 - 3.1. Un juez interpretó la palabra "imposibilidad" utilizada en el artículo 645 del CCyC⁶⁷ en forma amplia y autorizó la salida del país de una adolescente deportista, para participar en una competencia internacional, junto a un grupo de jóvenes de la asociación a la que pertenece, porque aun cuando ambos padres prestaban su acuerdo al viaje, la madre es una persona indocumentada y, consecuentemente, no podía acreditar extrajudicialmente esa calidad; a la audiencia judicial comparecieron otras dos adolescentes, hermanas de la peticionante, que afirmaron que la persona que prestaba el consentimiento era realmente la madre de las tres. Sin perjuicio de la autorización, el tribunal emplazó a la madre a realizar los trámites para obtener la documentación indicándole que no se trataba de una conducta autoreferente, sino que, como podía advertir fácilmente, generaba problemas a sus hijas.⁶⁸

⁶⁶ Cavagnaro y Colazo, 2013, pp. 213 y ss; Bonzano, M. A., 2013, pp. 151 y ss.

⁶⁷ El artículo 645 (c) exige el consentimiento de ambos padres para salir de la república, y al final, faculta al juez a autorizarlo "si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo".

⁶⁸ Juzgado de Familia de la Ciudad de Córdoba, 12/10/2018, Expte. no. 7612137, inédito.

- 3.2. Un tribunal de apelaciones confirmó la decisión que había autorizado a la madre a salir del país con su hija menor de edad, pues "resulta beneficioso para la niña, atendiendo a su corta edad —en el caso 14 meses— permanecer con su madre en el periodo laboral de ésta, que desarrolla desde hace más de 10 años en Cerdeña, Italia, y las razones esgrimidas por el demandado para sustentar su negativa, fueron exclusivamente dirigidas contra la actora, sin demostrar la inconveniencia o irrazonabilidad del pedido". Tuvo especialmente en consideración que el progenitor no demostró que se configuren circunstancias que generen el temor de que la madre no restituya a la niña al país, una vez vencido el plazo por el que se le confirió la venia para realizar un viaje al exterior y la madre ha ofrecido garantía suficiente de que cumplirá la resolución judicial, a lo que se agrega que Italia, al igual que la Argentina, ratificó el Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores por lo cual, ante el hipotético supuesto de retención ilícita por parte de la actora, existe un mecanismo expedito para cumplir con la restitución.⁶⁹

8. La responsabilidad parental y el interés superior del NNA en conflicto —aparente o real— con los derechos de otras personas cuyos derechos humanos están amparados por otros tratados internacionales ratificados por la República Argentina. Distintas vulnerabilidades en conflicto

8.1 Una pauta de interpretación

El interés superior del niño puede entrar en conflicto con otros intereses, incluso, con el llamado "interés familiar".

⁶⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 12 de julio de 2016, *Rev. Derecho de Familia y de las Personas*, 2016 (septiembre), p. 71. Cita Online: AR/JUR/45892/2016.

La respuesta de quien decide no debe olvidar el principio de proporcionalidad. Desde la judicatura se sostiene, con razón, que "el interés familiar está íntimamente ligado al interés de cada uno de los integrantes de la agrupación familiar, en tanto se haga valer respetando la prohibición del abuso del derecho y el requisito de la solidaridad con el que necesariamente se deben desenvolver las relaciones de familia. Por su lado, el interés superior del niño no debe entenderse como una categoría abstracta y supraindividual, sino concretamente humanizada en la persona en cuestión. En consecuencia, no se ha de propugnar en forma irrazonable el interés aislado y egoísta del niño."⁷⁰

8.2 La obligación alimentaria subsidiaria de los abuelos

La obligación alimentaria de los ascendientes suele poner en tensión los derechos de NNA y los de los adultos mayores (otro sector vulnerable); una vez más, los "mini" sistemas de derechos humanos entran en conflicto, por lo que "es razonable optar por una postura equilibrada, que evite el exceso de requisitos formales que provoquen la insatisfacción de las necesidades vitales de los primeros, acorde a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, y al mismo tiempo no suprima la obligación principal en cabeza de los padres."⁷¹

Los jueces reconocen, entonces, que "el nuevo código recogió la llamada *postura intermedia*, predominante en las sentencias que reconocían una obligación de carácter *subsidiario* o *sucesivo*, facilitando el reclamo en clara protección del interés superior de las personas menores de edad, pero sin desconocer el carácter subsidiario de la obligación alimentaria derivada del parentesco;⁷² "que el art. 668 constituye uno de los supuestos

⁷⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 12 de julio de 2016, Rev. *Derecho de Familia y de las Personas*, 2016 (septiembre), p. 71. Cita Online: AR/JUR/45892/2016.

⁷¹ Cám. Civ. y Com. Salta, Sala I, 16 de marzo de 2018, Cita Online: AR/JUR/40308/2018.

⁷² Cám. Apel. Sala I CC, Gualaguaychú, Entre Ríos; 05 de febrero de 2019; Rubinzal Online; RC J 4773/19, y en *Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2019-VI-118.

más claros en los que se observa la interrelación entre el Derecho de fondo y el Derecho de forma o Procesal, es decir, cómo los aspectos procesales deben estar en consonancia con las cuestiones de fondo. Sin embargo, no significa que la obligación de los abuelos haya perdido su subsidiariedad; se puede reclamar directamente contra los abuelos, pero siempre con el requisito de acreditar verosímelmente las dificultades o inconvenientes de percibir los alimentos del principal o principales obligados, que son los progenitores". Es que "no es lo mismo ser padre que ser abuelo".⁷³

Desde esta perspectiva, con buen criterio, los inconvenientes se consideran probados, p. ej., si mediante informes se tuvo conocimiento de que el principal obligado ya no se encuentra vinculado laboralmente a su empleadora y, pese a estar notificado de la intimación cursada, no ha acreditado el cumplimiento de la cuota alimentaria;⁷⁴ si al padre se le ha decretado la inhibición general de bienes y se ha ordenado su inclusión en el Registro de Deudores Morosos Alimentarios ante los sucesivos incumplimientos.⁷⁵

En los casos judiciales, normalmente, uno de los progenitores ha muerto, o se ha separado o divorciado de su pareja (matrimonial o no), por lo que se abre una "etapa de reacomodamiento"; en otros, el padre del niño tiene problemas de drogadicción, o está en la cárcel, razón que le impide trabajar y cumplir con la cuota. Cuando el ascendiente tiene una posición económica o social claramente superior a la de la madre del niño, los jueces se muestran laxos en el análisis del carácter subsidiario. Así, por ejemplo, si la abuela fue designada en un cargo importante de la función pública (en el caso, Ministra de Cultura) y el padre es un músico que

⁷³ La frase se repite en numerosas sentencias. Véase, por ejemplo, J Familia Paso de los Libres, 26 de octubre de 2016, Cita Online: AR/JUR/73252/2016.

⁷⁴ Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Lomas de Zamora, sala I, 24 de abril de 2017, ED 274-98; Cita Online: AR/JUR/27072/2017.

⁷⁵ Cám. Nac. Civ., Sala J, 28 de diciembre de 2018, LL 2019-A, 473; JA 2019-II-275, Cita Online: AR/JUR/82720/2018; eDial.com - AAB04F publicado el 05 de febrero de 2019.

percibe escasos derechos de autor, el juez se contenta con la prueba de que el progenitor pidió licencia sin goce de haberes y "se desentendió de su obligación alimentaria", en tanto se ha iniciado ejecución de la decisión homologatoria y, por otro lado, el sueldo de la abuela le permite ayudar al mantenimiento de la nieta sin mayores sacrificios económicos.⁷⁶

Por el contrario, generalmente, la lectura de las sentencias evidencia una verdadera "guerra entre pobres" en la que actora y demandada están patrocinadas por funcionarios públicos que atienden la defensa de personas carentes de recursos. Por eso, frecuentemente, las decisiones comienzan con frases como "el caso presenta una particular tensión de intereses entre dos grupos vulnerables de la sociedad, esto es la *infancia* y la *ancianidad*, representados por los *alimentados* y los *alimentantes* respectivamente, y ambos merecen debida protección constitucional".

En esta guerra de vulnerabilidades, normalmente "vence" el niño.⁷⁷ En cambio, en situaciones "trágicas", "vence" el ascendiente si además de recibir una jubilación o pensión muy baja, es persona con discapacidad. Por ejemplo "si la abuela carece de bienes, recursos o ingresos regulares suficientes para poder mantenerse, padeciendo además varias enfermedades debido a su edad que debe afrontar con sus magros ingresos".⁷⁸ Los jueces se encargan de señalar que no desconocen "el interés superior del niño", pero que la situación es "compleja por la vulnerabilidad en que se hallan todos los miembros de la familia: la madre del niño es empleada doméstica, vive con su familia, se dedica en forma exclusiva al cuidado de su hijo y recibe por parte del Estado una ayuda escolar y la asignación familiar por hijo"; por su parte, la abuela, que recibe

⁷⁶ Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala G, 7-4-2016. Cita: MJ-JU-M-98244-AR | MJJ98244.

⁷⁷ El verbo "vencer" está entre comillas, porque los embargos de las remuneraciones de los ascendientes alcanzan porcentajes bajos, lo que implica que el apoyo económico que se recibe es insuficiente. Véase, por ejemplo, CCC, Necochea, 05 de septiembre de 2019, Rubinzal Online RC J, 10607/19 y ElDial AAB9AB, publicado el 29 de enero de 2020, caso en el que el embargo alcanza el 18 % de los haberes jubilatorios de los abuelos para asistir a un nieto con severa discapacidad.

⁷⁸ Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Concordia, Sala I, 9 de septiembre 2015. Cita: MJ-JU-M-95749-AR | MJJ95749.

magros ingresos, padece de una discapacidad física que se ve impedida de trabajar; es viuda y, además, tiene a su exclusivo cargo a su hija que también es menor de edad; por tanto, tales ingresos no pueden ser afectados para solventar las necesidades del niño desde que son insuficientes para asumir las necesidades propias y las de su prole."

8.3 Los derechos del NNA y los derechos de la madre en tanto mujer. La visión de género⁷⁹

Los derechos del NNA pueden entrar en conflicto con los de la madre:

La modificación unilateral del centro de vida del NNA. A veces, la madre necesita modificar su domicilio por razones de trabajo, o de realización personal, y esto implica modificar, temporal o definitivamente, el centro de vida del niño. Ese resultado puede implicar debate entre el NNA que no quiere dejar su colegio, sus amigos y la madre que requiere ese cambio, pero el más frecuente es el conflicto entre progenitores, fundado en que se obstaculiza el derecho de uno de los progenitores a mantener contacto con su hijo, aspecto que también compromete al interés superior del niño. Los casos son muy diversos y el interés prevaleciente depende de múltiples circunstancias, muchas de ellas vinculadas a la situación económica y al cumplimiento o incumplimiento de la prestación de alimentos.⁸⁰

La adopción del NNA y el derecho de la madre con discapacidad. Los supuestos de NNA nacidos de madres con discapacidad son frecuentes. En ocasiones, cuando la mamá carece de entorno familiar que la contenga, su derecho a convivir con su hijo puede verse severamente debilitado, porque su especial situación de vulnerabilidad le impide criar, proteger y

⁷⁹ Nadur, Y., 2020, pp. 109-131.

⁸⁰ Ver, como meros ejemplos, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro (Buenos Aires) —Sala primera— 03 de septiembre de 2019, Citar: elDial AAB68E, publicado el: 27/09/2019; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 03 de julio de 2019, JA 2019-III-20. Cita Online: AR/JUR/25878/2019.

educar a ese niño; en numerosos casos las circunstancias fácticas son aterradoras, en razón de que el embarazo de la madre es el resultado de abusos sexuales sufridos en el mismo entorno familiar por lo que el niño resulta ser hijo y nieto del progenitor, o hijo y sobrino, etc. La jurisprudencia se ha enfrentado a casos difíciles⁸¹ cuya resolución depende de si se cuenta o no con un entorno familiar que apoye a esa madre con discapacidad.

9. El impacto de la incorporación de los valores constitucionales en el régimen de la responsabilidad familiar en otras ramas del derecho

La igualdad, la autonomía y la solidaridad familiar que presiden la responsabilidad parental han impactado en otras ramas, como por ejemplo, el derecho laboral y el de la seguridad social. En este sentido, se ha señalado que

[el] sistema de licencias laborales fue ideado para un tipo de familia nuclear, matrimonial, heterosexual y biologizada. En esa lógica, las esposas eran las encargadas del mantenimiento del hogar y de la crianza y educación de los hijos; los maridos, en cambio, eran la fuente de ingresos porque sobre ellos recaía el sostenimiento económico del grupo. En la época, era impensado e improbable incluir otras identidades con capacidad gestacional (varones trans, personas no binarias, *queer*, de género fluido, intersex, etc.) como destinatarias de protección; lo mismo ocurría con las parejas que compartían con ellas un proyecto parental. El nuevo paradigma al que asistimos implica —necesariamente— poner el foco en la revalorización y profundización del *principio de coparentalidad*, según el cual ambos progenitores, con independencia de su identidad de género y de su orientación sexual, tienen el deber-derecho de participar por igual y en forma activa en la protección, desarrollo y formación

⁸¹ Compulsar, entre muchos, Cano, M. y Díaz, R., 2015, pp. 223-258.

integral de sus hijos. Dicho de otro modo, el fundamento principal de las licencias por embarazo/nacimiento de hijo no se relaciona ya exclusivamente con la necesidad que tiene la persona gestante de reponerse físicamente del evento embarazo-parto-puerperio y de adaptarse a la nueva situación, incluyendo el establecimiento del vínculo con el recién nacido, sino que se afirma sobre la idea de ‘cuidado’ *a secas*.⁸²

Con la misma visión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió que la presunción de que el despido tiene por causa el matrimonio prevista en la Ley de contrato de trabajo rige tanto para el de la mujer como el del hombre.⁸³ Entre los fundamentos, afirma: el tribunal de grado, al exigir esa prueba al hombre:

[...] se hizo eco de las motivaciones que condujeron al legislador de 1974 a incorporar el sistema protector particularmente dirigido a la trabajadora, pero al centrarse sólo en esa circunstancia, ha omitido examinar la significación de las normas en juego en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas, que se encuentra en pleno proceso de cambio. El paradigma familiar ha experimentado profundas modificaciones hacia un nuevo modelo en el cual ambos cónyuges —entre los cuales, inclusive, puede no haber diferencia de sexo— se hacen cargo indistintamente de las tareas y obligaciones domésticas y familiares. Las directivas internacionales consagran innegablemente la igualdad de derechos de hombres y mujeres frente al matrimonio y las responsabilidades familiares. En particular, un patrón sociocultural que debe ser modificado es aquel que resulta de la división del trabajo doméstico no remunerado basado en el género, alentada por estereotipos según los cuales el hombre es el principal sostén de la familia, mientras que la mujer es la principal responsable de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas.

⁸² Sgro, G., 2020.

⁸³ CSJN; 24 de septiembre de 2020, AR/JUR/40617/2020, Rubinzal Online; 57589/2012; RC J 6128/20; véanse comentarios de Maza, M. A., RC D 3148/202.

10. Breves palabras de cierre provisorio

He intentado mostrar cómo, pese a que algunas pautas culturales del pasado resisten el cambio,⁸⁴ los tribunales argentinos hacen vivir el nuevo articulado de la responsabilidad civil iluminado por el bloque de constitucionalidad. Más aún, las nuevas soluciones del derecho de familia están gestando la modificación de temas que pertenecen a otras ramas del derecho, como el derecho laboral, el de la seguridad social, etcétera.

No desconozco que algunas sentencias emanadas de jueces influenciados por las pautas que dominaron el pasado, o sea, aquéllas que tenían en miras la familia fundada en el principio de autoridad y no en el de solidaridad, retardan la posibilidad de encontrar soluciones más equitativas; son los mismos jueces que apelan al "interés superior del niño" como un concepto abstracto, sin advertir las circunstancias del caso, contrariando el artículo primero del código, que contiene expresamente la palabra "caso", precisamente, para descartar la aplicación mecánica, errónea y en ocasiones bastardeada de los conceptos abiertos.

No obstante, mucha agua ha pasado bajo el puente. Puede afirmarse que el Código Civil y Comercial ha ejercido y ejerce una función pedagógica; es decir, enseña a los destinatarios de las normas, tal como ocurrió con tantas otras leyes del derecho de familia, por ejemplo, la célebre Ley de Matrimonio Civil, que a fines del siglo XIX, tomó medidas efectivas para que los habitantes del territorio se habituasen a que el único matrimonio válido en la Argentina es el civil, sin perjuicio de que cada persona celebre el religioso, si quiere.

De cualquier modo, las conductas relativas a la responsabilidad parental, como toda la materia vinculada al derecho de las familias, es cambiante. Piénsese, por ejemplo, en los hábitos que las redes sociales han contribuido

⁸⁴ Rodríguez Musso, S. A., 2020.

a cambiar, en los NNA. Por eso, seguramente, el CCyC necesitará modificaciones en pocos años más.

Ese escenario se visualiza próximo si los casos de multiparentalidad comienzan a extenderse; en efecto, la judicialización de la problemática puede complicarse si quienes no se ponen de acuerdo no son dos, sino tres, o cuatro.

Sea como sea, tengo fundadas esperanzas de que, en algún momento y pese a todas las crisis que afectan a la humanidad, los padres en conflicto entenderán que su hijo, su hija, no es el botín de guerra a disputar.

Bibliografía

- Ahargo, A. C. (2019), "Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y otorgamiento de la guarda a un pariente", *Derecho de Familia y de las personas*, (octubre). Cita Online: AR/JUR/91845/2018.
- Alesi, M. (2015), "Deberes y derechos de los padres e hijos afines. Modelos de duplicación y sustitución de la función parental en la familia ensamblada", en Kemelmajer de Carlucci y Herrera, M. (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental*, Suplemento especial. La Ley, pp.197-218.
- Barreto, A.y Vanella, V. (2019), "Nombre, identidad y acciones de Estado", *4 ErreIus. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y bioética*, 12, pp. 993-999.
- Berger, S. M (2019), "Vacunación obligatoria y decisiones médicas familiares", *La Ley*. Cita Online: AR/DOC/410/2019.
- Bonzano, M.A. (2013), "Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental", *Revista de Derecho de Familia*, (60), pp. 151 y ss.

- Bridgeman, J. (2017), "Responsabilidad: protegiendo el bienestar y promoviendo la autonomía", en Lathrop Gómez, F. y Espejo Yaksic, N. (coords.), *Responsabilidad parental*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 53-73.
- Bruno, M. S., y Natalin Cuevas, L. (2020), "La identidad de género en la niñez y adolescencia", *elDial.com*, (08, septiembre).
- Cano, M. y Díaz, R. (2015), "Las causales de extinción, privación y suspensión de responsabilidad parental en pos del derecho a vivir en familia. Puntos de encuentro entre dos paradigmas de derechos humanos: Convención de los Derechos de las personas con discapacidad y Convención sobre derechos del niño", *Revista de Derecho de familia*, (72), pp. 223-258.
- Cataldi, M. (2015), "El ejercicio de la responsabilidad parental y la noción de coparentalidad", en Kemelmajer de Carlucci y Herrera, M. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental. Suplemento Especial*, La Ley, pp.127-145.
- Cavagnaro, M. V., y Colazo, I. (2013), "Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo paterno-materno", *Revista de Derecho de Familia*, (59), pp. 213 y ss.
- Chiappini, J. (2019), "La vacunación obligatoria a los niños", *El Derecho*, pp. 283-807.
- Choudhry, S. (2017), "Responsabilidad parental y castigo corporal", en Lathrop Gómez, F. y Espejo Yaksic, N. (coords), *Responsabilidad parental*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 75-105.
- Del Mazo, C. G. (2012), "La responsabilidad parental en el proyecto", *Revista de derecho de familia y de las personas*, (6, julio), pp. 206.

Díaz, R. F. y Hernández, N. (2019), "Progenitores adolescentes, su recepción 'positiva' en el Código Civil y Comercial de la Nación a la luz del principio de autonomía progresiva", *Microjuris*, (marzo). Cita: MJ-DOC-14836-AR | MJD14836.

Domenichini, L. (2015), "Teoría y práctica del plan de parentalidad", *Revista de Derecho de Familia*, (72), pp. 123-128.

Espejo Yaksic, N. (2017), "El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental", en Lathrop Gómez, F., y Espejo Yaksic, N., (coords.), *Responsabilidad parental*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 13 y ss.

Espinosa Calabuig, R. (2007), *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid: Marcial Pons.

Etienot, J. B. (2019), "La obligatoriedad del calendario de vacunas. El interés superior del niño, la autonomía familiar y la responsabilidad parental", *El Derecho*, 57 (14.656).

Fernandez Leyton, J. (2015), "Bases convencionales de la responsabilidad parental", *Revista de Derecho de familia*, (72, noviembre), pp. 3-18.

Fernández, S. E., Herrera, M. y Molina de Juan, M. (2016), "Responsabilidad parental", en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N., (dirs.), *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires: Rubinzal, t. V-B, pp. 319-325.

Fernández, S. E. (2015), "Construyendo equilibrios. La responsabilidad parental en el código civil y comercial. ¿Cuánto de autonomía progresiva?", en Kemelmajer de C. y Herrera, M. (dirs.), *Código civil y comercial de la Nación. Familia: filiación y responsabilidad parental*, Suplemento especial. La Ley, pp. 181-196.

- Fortuna, S. I. (2019), "Vacunación compulsiva en niñas, niños y adolescentes. contrapesos entre autonomía personal, ejercicio de la responsabilidad parental y el principio de protección integral", *Revista Derecho de Familia*, (89). Cita Online AR/DOC/1265/2019.
- Galli Fiant, M. (2016), "Responsabilidad parental: delegación y guarda", *Microjuris* (22, junio), MJ-DOC-9922-AR.
- González de Vicel, M. (2015), "Ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores adolescentes", en Fernandez, S. E., *Tratado de Derechos de NNA*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, t. I, pp. 701-728.
- Grosman, C. (2014), "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental", *Revista de Derecho de familia*, (66), p. 229.
- _____ (2020), "El significado de la responsabilidad parental: el contenido de la función. Elementos a considerar", en Grosman, C. (dir.), *Responsabilidad parental. Derecho y realidad*, Buenos Aires: Rubinzal, pp.15 y ss.
- Hacker, D. (2020), "Dos aspectos del ejercicio abusivo de la responsabilidad parental en la formación de los hijos e hijas: el castigo físico y las exigencias desmedidas", en Grosman, C. (dir.), *Responsabilidad parental. Derecho y realidad*, Buenos Aires: Rubinzal, pp. 223-252.
- Herrera, M. (2015), "Reciclando tensiones en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes: especialidad vs. "niñología", en Fernandez, Silvia (coord.), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, t. 1.
- Ilundain, M. (2012), "Responsabilidad parental", *Revista de Derecho de Familia*, (57, noviembre), pp. 305-354.

- Kemelmajer de Carlucci, A. (2019). "El lenguaje en el Código civil y comercial argentino", La Ley 2019-E, 970. Cita Online: AR/DOC/3122/2019.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera M. (2019), "Legal Relationships Between Adults and Children in Argentina", en Sosson, J., Willems, G y Motte, G., *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge: Intersentia, pp. 37-74.
- Kemelmajer, A, Herrera, M., Lamm, E. y Fernández, S. (2015), "El principio de autonomía progresiva en el CCyC. Algunas reglas para su aplicación", 72, *Revista de Derecho de Familia*, (agosto), pp. 1-16.
- Krasnow, A. (2012), "La responsabilidad parental en el anteproyecto de código civil", *Jurisprudencia Argentina*, 2012-II, pp. 1381.
- Lamm, E.y Pagano, L. M. (2016), "Autonomía progresiva y Testigos de Jehová. ¿Hasta qué punto es factible el rechazo a la transfusión?", en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N, (dirs.), *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires: Rubinzal, t. V-A.
- Lloveras, N. O. y Tavip, G. (2014), "Responsabilidad parental", en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M. y Lloveras, N., (dirs.), *Tratado de derecho de familia*. Buenos Aires: Rubinzal, t. IV, pp. 17 y ss.
- Maza, M. Á. (2020), "Despido del trabajador de género masculino por causa de matrimonio", *Doctrina Destacada*. Cita: RC D 3148/202.
- Mazzinghi, J. A. M. y Mazzinghi, E. M. (2016), *Responsabilidad parental y alimentos en favor de los hijos*. Buenos Aires: El Derecho.
- Mizrahi, M. L. (2020), "Cuidado personal de hijos por los padres separados", 12 *Jurisprudencia Argentina*, pp. 925-928.

_____ (2017), "Código civil y comercial: empleo de terminología confusa en el cuidado personal de los hijos", *Revista de Derecho de Familia y de las personas* [AR/DOC/983/2017].

_____ (2015), *Responsabilidad Parental*, Buenos Aires: Astrea.

Molina de Juan, M. (2015), "Coparentalidad y cuidado compartido del hijo. Apuntes sobre la dinámica de la corresponsabilidad alimentaria", *Revista de Derecho de Familia* (72), pp. 109-122.

Mpolás A., A. y Rivas B. M. (2019), "Vacunación compulsiva. Autonomía personal versus derecho a la salud", *La Ley*. Cita Online: AR/DOC/1632/2019.

Nadur, Y. (2020), "La responsabilidad parental según un enfoque feminista: el caso de las mujeres destinatarias del programa 'ellas hacen' y el trabajo de cuidados", en Grosman, Cecilia, (dir.), *Responsabilidad parental. Derecho y realidad*, Buenos Aires: Rubinzal, pp. 109-131.

Neri, M., y Gutiérrez Goyochea, V. (2015), "La responsabilidad parental de los progenitores adolescentes: hacia la construcción del propio proyecto de vida", 72, *Revista de Derecho de familia* (noviembre), pp. 160.

Notrica, F. (2020), "El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas", en Grosman, C. (dir.), *Responsabilidad parental. Derecho y realidad*, Buenos Aires: Rubinzal, pp. 285-313.

Notrica, F. y Melón, P. (2015), "El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas", *Revista de Derecho de Familia*, (72), pp. 172-183.

Othar, Aldana (2020), "La vacunación obligatoria y los 'padres anti-vacunas'", elDial.com - DC2CB1 (10 de noviembre).

- Pagano, L. M. (2020), "Ejercicio abusivo de la responsabilidad parental en cuestiones de salud", en Grosman, C. (dir.), *Responsabilidad parental. Derecho y realidad*, Buenos Aires: Rubinzal, pp. 183-222.
- Pérez Vallejo, A. M y Saiz-Cantero Caparró, M. B. (2018), *Protección de la infancia y marco jurídico de la coparentalidad tras la crisis familiar*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Polakiewicz, M. (2020), "Responsabilidad parental: ¿responsabilidad o responsabilidades? Lo público y lo privado", en Grosman, Cecilia (dir.), *Responsabilidad parental. Derecho y realidad*, Buenos Aires: Rubinzal, pp. 47-88.
- Quadrato, M. E. (1999), *Il ruolo dei genitori. Dalla "potestà" ai "compiti"*, Cacucci, Bari.
- Reviriego, N. (2017), "La vacunación obligatoria de menores de edad", *Jurisprudencia Argentina*, (2, abril-junio). Cita Online: AR/JUR/52077/2016.
- Rodriguez Musso, S. A. (2020), "Relaciones parentales en igualdad ¿real?", Cita: RC D 3120/2020.
- Ronconi, L. (2015), "La igualdad en las relaciones de familia: la regulación del apellido de lxs hijxs en el nuevo código civil", *Revista de Derecho de Familia*, (72), pp. 147-157.
- Salituri Amezcua, M. M. (2015), "¿Quién decide sobre el cuerpo? Notas sobre el ejercicio del derecho a la salud de NNA a la luz del nuevo CCyC. Relaciones entre autonomía progresiva y responsabilidad parental", *Revista de Derecho de Familia*, (72).
- Sgro, G. (2020), "Las licencias laborales y las nuevas realidades familiares", *Boletín Diario*, (11, noviembre). Cita: RC D 3163/2020.

- Silva, S. A. (2020), "Una lectura 'aggiornada' del principio de coparentalidad. A propósito de la triple filiación en la relación entre progenitores e hijos", en Grosman, C. (dir.), *Responsabilidad parental. Derecho y realidad*, Buenos Aires: Rubinzal, pp. 315-356.
- Urbina, P. A. (2019), "El interés superior del niño en el marco del calendario nacional de vacunación", *La Ley*, 3(280). Cita Online: AR/JUR/5426/2019.
- Vázquez Acatto, M. (2015), "La incidencia del principio de autonomía progresiva de NNA en el régimen de responsabilidad parental del CCyC", 72, *Revista de Derecho de familia*, (noviembre), pp. 31-52.
- Videtta, C. (2015), "La relación entre padres e hijos en el código civil y comercial. Titularidad, ejercicio y cuidado personal: un modelo que consagra la democratización de las relaciones de familia", *Revista de Derecho de Familia*, (72), pp. 95-107.
- Videtta, C. y Coler, L. (2020), "El ejercicio de la responsabilidad parental conforme la autonomía progresiva de los hijos", en Grosman, C. (dir.), *Responsabilidad parental. Derecho y realidad*, Buenos Aires: Rubinzal, pp. 133-164.
- Wagmaister, A. (2012), "Proyecto de código civil unificado. Parentesco. Alimentos. Responsabilidad parental", *Revista de Derecho de Familia y de las personas*.

Fallos, leyes u otros

- 1o. Juzg. Fam., San Juan, San Juan; 31 de julio de 2020; Rubinzal Online; RC J 5529/20.
- Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, 10 de abril de 2019, Cita: MJ-JU-M-118137-AR | MJJ118137LL 2019-C-116.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén —sala primera— 15 de junio de 2017, elDial.com - AAA0BA, publicado el 15 de agosto de 2017.

Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia Neuquén, 06 de diciembre de 2017, Cita: RC J 1285/18.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Sala A, General Pico, La Pampa, 11 de febrero de 2020; Rubinzal Online; RC J 2939/20.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, 1a. Nominación de Santiago del Estero, 17 de agosto de 2017, Rubinzal Online Cita: RC J 324/18.

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro (Buenos Aires) —Sala primera— 03 de septiembre de 2019, Citar: elDial AA-B68E, publicado el: 27 de septiembre de 2019.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 12 de julio de 2016, Rev. Derecho de Familia y de las Personas, 2016 (septiembre), p. 71. Cita Online: AR/JUR/45892/2016.

Cámara de Familia de Primera Nominación de Córdoba, Auto no. 141, 28 de noviembre de 2018 (inédito).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala de FERIA, 15 de enero de 2019, ED 281-304, Cita Online: AR/JUR/11/2019, Cita: MJ-JU-M-116385-AR | MJJ116385.

Sala E, 27 de febrero de 2019, LA LEY 2019-C, 75, Revista CCyC 2019 (octubre), p. 68; JA 2019-III-204. Cita Online: AR/JUR/201/2019.

Sala B, 18 de octubre de 2017. Cita Online: AR/JUR/77991/2017.

Sala I, 23 de febrero de 2016, Rubinzal Online: RC J 3117/16.

Cám. 2o. Civ. Com., sala I, La Plata, 6 de agosto de 2019, E.D. 285-315, fallo no. 60.303.

Cám. Apel. Sala I CC, Gualaguaychú, Entre Ríos; 5 de febrero de 2019; Rubinzal Online; RC J 4773/19, y en Derecho de Familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2019-VI-118.

Cám. Civ. y Com. II, sala III, Paraná, Entre Ríos, 20 de febrero de 2017, Rev. de Derecho de Familia y de las personas, octubre de 2017, año IX, no. 9, p. 118.

Cám. Civ. y Com. Salta, Sala I, 16 de marzo de 2018, Cita Online: AR/JUR/40308/2018.

Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Concordia, Sala I, 9 de septiembre de 2015. Cita: MJ-JU-M-95749-AR | MJJ95749.

Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Lomas de Zamora, sala I, 24 de abril de 2017, ED 274-98. Cita Online: AR/JUR/27072/2017.

Cám. Nac. Civ., Sala J, 28 de diciembre de 2018, LL 2019-A, 473; JA 2019-II-275. Cita Online: AR/JUR/82720/2018; elDial.com - AAB04F, publicado el 5 de febrero de 2019.

Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala G, 7-4-2016. Cita: MJ-JU-M-98244-AR | MJJ98244.

CCC, Necochea, 5 de septiembre de 2019, Rubinzal Online RC J, 10607/19 y ElDial AAB9AB, publicado el 29 de enero de 2020.

CCCLM Sala II, Neuquén, 27 de noviembre de 2018, Rubinzal Online; 90806/2018 RC J 499/19.

CSJN; 24 de septiembre de 2020, AR/JUR/40617/2020, Rubinzal Online; 57589/2012; RC J 6128/20.

CSN, 12/12/2017, LA LEY 2018-A, 59 y 417. Cita Online: AR/JUR/88049/2017.

12/06/2012, ED 25O- 45; elDial.com - AA770D, publicado el 14 de junio de 2012; Rev. Derecho de Familia y de las personas Setiembre 2012 no. 8, p.267; RC J 4625/12.

Doc. Jud. boletín del 07 de octubre de 2015.

Familia Paso de los Libres, 26 de octubre de 2016, Cita Online: AR/JUR/73252/2016.

Foro de Córdoba no. 178, Julio de 2015, p.129; MJ-JU-M-93806-AR | MJJ93806 | MJJ93806, *Rev. Temas de Derecho civil. Persona y patrimonio*, Bs. As., ed. Errejus, 2015.

Juez de primera instancia de Casilda, 13 de noviembre de 2017 (inédito).

Juzgado civil no. 38, agosto 2020, elDial.com - AABF22, publicado el 08 de octubre de 2020, confirmada por la Cámara Nacional Civil sala D, 28 septiembre de 2020, Rubinzal Online; 41982/2019 RC J 6488/20 y AR/JUR/42150/2020.

Juzgado civil de Villa María, Córdoba, 22 de diciembre de 2017 (inédito).

Juzgado de familia no. 1 de Tigre (Buenos Aires), 21 de julio de 2020 Citar: elDial.com - AABFE0, publicado el 6 de noviembre de 2020.

07/08/2019, elDial AAB5B0, publicado el: 29 de agosto de 2019.

11/09/2017, elDial.com - AAA1EA, publicado el 27 de septiembre de 2017.

Juzgado de Familia de la Ciudad de Córdoba, 12 de octubre de 2018, Expte. no. 7612137, inédito.

Juzgado de Familia de Paso de los Libres, Corrientes, 14 de diciembre de 2015, Rubinzal OnlineCita: RC J 2912/16.

Juzgado de familia de San Isidro no. 1 (Buenos Aires), 23 de octubre de 2019, Citar: elDial.com - AAB83C, publicado el: 15 de noviembre de 2019.

Juzgado de la Niñez, Juventud y Violencia Familiar de la 5o. Nominación de Córdoba, 15 de agosto de 2019 (inédita).

Juzgado de primera instancia no. 92, CABA (jueza María Victoria Famá), elDial.com - AAB16C, publicado el 22 de marzo de 2019.

Juzg. Fam. no. 2, Tigre, Buenos Aires; 18 de octubre de 2019; Rubinzal Online; RC J 636/20.

Juzg. Fam. No. 9, Lomas de Zamora, "L. Z. C. s/Adopción", 31 de julio de 2020. Cita Online elDial.com - AABDF4.

Juzg. Nac. Civ. No. 83, 26 de agosto de 2019.

Juzg. Paz, Lobos, Buenos Aires; 04 de septiembre de 2020; Rubinzal Online; 12167 RC J 5898/20.

La Ley online, AR/JUR/25383/2015, LL 2015-E-194 y 415, Rev. CCyC no. 3, septiembre de 2015.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, 12 de julio de 2016, en Doc. Judicial 30 de noviembre de 2016, p. 50 JA 2017-II-414.

Suplemento Constitucional de La Ley, septiembre de 2015, p. 97; ED 264-251.

STJ, Entre Ríos; 21 de febrero de 2020; Rubinzal Online; RC J 4529/20.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, 3 de marzo de 2016, Cita: MJ-JU-M-97154-AR | MJJ97154J.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 3 de julio de 2019, JA 2019-III-20. Cita Online: AR/JUR/25878/2019.

CAPÍTULO VI
Paternidad y responsabilidad
parental en el derecho
constitucional familiar alemán*

Anne Sanders**

* Título original "Parenthood and parental responsibility in German constitutional family law", traducido al español con autorización de la autora por el Centro de Lenguas Extranjeras y Traducción, S.C.

** Anne Sanders estudió Derecho en la Universidad de Oxford y es doctora por la Universidad de Colonia. Ostenta la Cátedra de Derecho Civil, Derecho Empresarial y Estudios Judiciales Comparados en la Universidad de Bielefeld, Alemania.

Resumen

Aunque la redacción del artículo 6o. de la Constitución alemana no ha cambiado desde 1949, las familias y sociedades alemanas sí lo han hecho. La jurisprudencia constitucional alemana ha formado un puente entre la cambiante sociedad alemana y el derecho familiar. Este capítulo aborda el desarrollo y la profunda conexión entre el derecho familiar alemán y el derecho constitucional familiar relativo a la paternidad legal (*legal parenthood*) y las responsabilidades parentales. El texto comienza con la presentación de ciertos conceptos básicos de derecho familiar alemán, incluida la importancia de la paternidad legal como condición previa para obtener derechos y responsabilidades parentales. Las partes principales del capítulo presentan el desarrollo de la interpretación sobre la paternidad y la responsabilidad parental en el derecho familiar constitucional, por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*, TCF). El texto concluye con la condición del niño y la niña en el derecho constitucional alemán y sus derechos en relación con el Estado y sus padres.

Palabras clave:

Paternidad; responsabilidad parental; Alemania; custodia compartida; derecho familiar alemán.

1. Introducción

El derecho familiar alemán moderno tiene una profunda influencia del derecho constitucional, según la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF). Este artículo trata de la evolución de la paternidad y la responsabilidad parentales en el derecho constitucional y el derecho familiar alemanes.

En el derecho familiar alemán y en el derecho constitucional de la familia, la paternidad legal y las responsabilidades parentales están inseparablemente vinculadas. Por tanto, el lugar que ocupan las madres y los padres en el derecho constitucional alemán requiere una comprensión básica del derecho familiar, a nivel legal. Así, el apartado 2 describe los primeros conceptos básicos del derecho familiar alemán, incluida la importancia de la paternidad legal (de madres y padres) como condición para los derechos y responsabilidades parentales (2.1). Luego se explica las normas específicas que establecen sobre la paternidad en el caso de los varones (*fatherhood*) (2.2) y la maternidad (2.3).

Mientras que la parte 2 ofrece una introducción basada en el derecho actual, las partes 3 y 4 destacan la evolución del derecho familiar constitucional alemán y su influencia en el derecho familiar del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, comúnmente abreviado como "BGB"). En la parte III, el capítulo presenta la interpretación de la paternidad en el derecho familiar constitucional por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*, o TCF) (3). En esta parte se explica el artículo 6o. de la Ley Fundamental, que protege el matrimonio, la familia y la relación entre padres/madres e hijos e hijas (3.1). A continuación, se describe cómo la definición de paternidad se fue alejando de los padres, entendidos como una pareja casada (3.2), permiti-

tiendo incluir en ella, a las madres y padres solteros y a parejas del mismo sexo, destacando el desafío de las situaciones multiparentales (3.3).

2. Conceptos básicos sobre la paternidad en el derecho alemán

A continuación se discuten dos aspectos sobre la paternidad. En primer lugar, se explica la legislación vigente en relación con las nociones de paternidad y maternidad legal, que permita construir una base fundamental para las secciones siguientes de este trabajo. En segundo lugar, se discute la protección de la paternidad en el derecho constitucional alemán y la condición jurídica de la niñez. Esta última es importante porque los derechos y deberes parentales existen en beneficio de la niña o el niño.

2.1. La importancia de la paternidad en la legislación alemana

En el derecho alemán, como en la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil, la paternidad no se entiende como hecho natural sino como un estatus legal (*Statusprinzip*)¹ derivada de las reglas de ascendencia/parentalidad (*Abstammungsrecht*)² del derecho familiar. Dejando a un lado la adopción, la paternidad se asigna según criterios generales como la ascendencia biológica, las circunstancias sociales y las presunciones.³ En lugar de seleccionar al mejor padre o madre posible en cada caso, la ley asigna rápidamente la paternidad a dos padres legales en orden la responsabilidad legal para con el niño o la niña.⁴

Según la legislación vigente, por principio, una persona que es padre/madre de un niño o niña, de conformidad con los artículos 1591-1600d

¹ Wanitzek, U., 2002, p. 152; Sanders, A., 2018, p. 11; Sanders, A., 2019, p. 121.

² Schwab, D., 2020, párrs. 53, 56; Helms, T., 2014, p. 228; Sanders, A., 2018, p. 11; Sanders, A., 2019, p. 121.

³ Helms, T., 2014, *op. cit.*, p. 226.

⁴ Gernhuber/Coester-Waltjen, 2020, párr. 52; Sanders, 2018, pp. 104-111; Sanders, 2019, p. 139; Helms 2014, p. 228.

del Código Civil, tiene derecho a tener contacto con él/ella (*Umgang*, conforme al artículo 1684 del Código Civil); a la custodia parental (*Elterliche Sorge*, que literalmente significa "cuidado parental", de conformidad con los artículos 1626-1698b del Código Civil) y al deber de mantener al niño o la niña (*Unterhalt*, de conformidad con los artículos 1601-1615 del Código Civil). Así, la responsabilidad parental se deriva de la paternidad legal.⁵ La custodia parental incluye el derecho a representar al niño o a la niña y tomar decisiones con respecto a su residencia, educación, formación religiosa y atención de la salud. La parte 4 de este capítulo aborda la evolución del derecho de custodia de padres/madres bajo el título "responsabilidad parental". Salvo en circunstancias extraordinarias, éstos deben estar de acuerdo con la adopción de su hijo o hija.⁶ La adopción de un niño o una niña destruye toda conexión legal con la antigua familia y establece una nueva paternidad.⁷ Además, los hijos e hijas han de recibir la herencia de sus padres legales intestados. Los padres legales no son completamente libres al escribir un testamento, ya que los hijos e hijas tienen derecho al valor de una cierta porción del patrimonio.⁸

Por tanto, todos los derechos y deberes parentales se derivan de la paternidad legal. Aquellas personas no reconocidas por la ley como padres legales no tienen tales derechos y deberes. Los hermanos, abuelos y otras personas importantes para el niño o la niña pueden —bajo ciertas condiciones— tener derechos de visita de acuerdo con el artículo 1685 del Código Civil, pero en general, los padres legales toman todas las decisiones importantes respecto de sus hijos e hijas. Por tanto, la paternidad legal tiene una importancia fundamental para el derecho familiar alemán.

⁵ Schwab, 2020, § 56.

⁶ Véase un caso en el que la Corte Suprema de Alemania aplicó esta norma a un hombre que había donado informalmente su espermia a una pareja de lesbianas. BGH, 18.2.2015 - XII ZB 473/13 - NJW 2015, p. 1820 con una nota de caso de Heiderhoff, véanse las notas del caso en la decisión (Wellenhofer, 2015, p. 653).

⁷ Schwab, 2020, §§ 79-82; Sanders, 2018, p. 17.

⁸ Artículo 2303 1) del Código Civil alemán; véase una introducción al alcance de la libertad de declaración en el derecho alemán, en inglés: Sanders, 2015, pp. 213, 219.

Salvo en el caso de adopción por parejas del mismo sexo⁹ y la paternidad de personas trans,¹⁰ bajo la ley alemana vigente, sólo un padre y una madre pueden ser padres legales de un niño o niña.¹¹ Aunque cada vez se discute más el tema,¹² el principio de: "sólo puede haber uno(a)" continúa siendo la norma.

2.2. La paternidad según la legislación alemana

Al igual que en muchos otros sistemas jurídicos, el derecho familiar alemán utiliza presunciones para determinar el padre (varón) legal. Según el artículo 1592 del Código Civil alemán, el padre de un niño es el hombre casado con la madre de dicho niño(a), al momento del nacimiento (artículo 1592, n. 1 del Código Civil alemán).¹³ Si la madre no está casada, el hombre que reconoce al niño(a) con el consentimiento de la madre se considera como el padre legal (artículo 1592, n. 2 del Código Civil, artículos 1594-1598 del Código Civil).¹⁴ Si la mujer no está casada y ningún hombre reconoce al niño(a), deberá determinarse al padre genético de éste mediante una prueba de paternidad (artículo 1592, n. 2 del Código Civil).¹⁵

Un hombre casado con la madre, o que reconoce al niño(a) como propio, puede no ser el padre biológico. Sin embargo, la ley no exige que el marido o el hombre dispuesto a reconocer al niño o a la niña se someta a una prueba de paternidad. Si más tarde el hombre descubre que el niño(a) no es suyo, tiene derecho a impugnar la paternidad en un tribunal familiar

⁹ Las parejas del mismo sexo que viven en asociación registrada pueden convertirse en padres conjuntos de un niño si uno de los dos adopta al niño del otro.

¹⁰ Véase OLG Cologne 30.11.2009 - Wx 94/09, NJW 2010, 1295.

¹¹ BGH, 10.12.2014 - XII ZB 463/13, NJW 2015, 479, 481 párr. 36; Bruder Müller, 2020, § 1591 párrafo 1.

¹² Helms, 2016; Sanders, 2018; Sanders, 2019.

¹³ Para una introducción, véase: Schwab, 2020, §§ 58, 59; Dethloff, 2015, § 10, párrs. 10-13; Bruder Müller (2020) sección 1592, párr. 3.

¹⁴ Schwab, 2020, §§ 58, 60; Dethloff (2015) § 10, párrs. 15-27; Bruder Müller (2020), sección 1592, párr. 4.

¹⁵ Dethloff, 2015, § 10, 57-65; Bruder Müller, 2020, sección 1592, párr. 5.

(artículos 1599 (1), 1600 (1) no. 1 Código Civil). La madre y el niño(a) también pueden impugnar la paternidad de un hombre que se convirtió en padre por reconocimiento o por matrimonio con la madre. Un hombre que cree ser el padre del niño(a), antes que alguien que fue reconocido como tal sólo por matrimonio o reconocimiento, podría impugnar la paternidad sólo si no hay relación familiar entre el presunto padre y el niño(a) (párrafo 1 del artículo 1600, apartados 2 y 4 del Código Civil). Si hay una relación establecida con el padre legal, el padre biológico no puede convertirse en padre legal.¹⁶ Así pues, el derecho familiar alemán privilegia al hombre que asumió la responsabilidad de un niño o una niña, con el consentimiento de la madre; se convierte en el padre legal y queda protegido contra la impugnación del padre genético.¹⁷

Si un niño o niña nace tras una inseminación artificial, el marido de la madre se convierte en el padre legal. Si la madre no se casó, su pareja aún puede reconocer al niño(a). Si él y la madre acuerdan recurrir a la inseminación artificial, ni la madre ni el padre legal tienen derecho a impugnar la paternidad (artículo 1600 (5) del Código Civil). Como no hubo dudas sobre la paternidad desde el principio, los padres legales no son libres de cambiar de opinión sobre la paternidad ficticia.¹⁸

El artículo 1598a del Código Civil permite al padre legal, al niño(a) y a la madre solicitar la cooperación de cada uno para comprobar la paternidad del niño sin efecto legal.¹⁹

¹⁶ Dethloff, 2015, § 10, párrs. 28-56.

¹⁷ Para una discusión de la condición del padre biológico, véase: Helms, 2016, pp. 39-51; Heiderhoff, B. 2010, p. 8.

¹⁸ Para una discusión sobre el tema Helms, 2016, pp. 11-38.

¹⁹ La ley no prevé el mismo derecho frente a un hombre cuyo hijo(a) cree que es su padre biológico. Sin embargo, el niño(a) puede impugnar la paternidad del padre legal y luego hacer que se determine la paternidad del segundo en el tribunal. El TCF sostuvo, en una decisión del 19 de abril de 2016, que el legislador no tenía el deber de proporcionar un derecho para determinar el padre biológico sin consecuencias legales: BVerfG, 19.04.2016 - 1 BvR 3309/13 - Traducción al inglés disponible en: «https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160419_1bvr330913en.html».

2.3. La maternidad de acuerdo con la legislación alemana

Aunque la ley siempre se ha basado en presunciones para determinar el padre (varón) en relación con la madre, la frase *mater semper certa est* solía ser correcta durante mucho tiempo. Esto ha cambiado con el desarrollo de la donación de óvulos y la maternidad subrogada moderna. Según el artículo 1591 del Código Civil alemán, la madre de un niño es la mujer que da a luz al niño. La mujer donante de óvulos, la madre genética, no se considera la madre del niño.²⁰ Mientras que las normas sobre paternidad (del padre) se centran en la paternidad biológica, el legado genético es irrelevante en la legislación que regula la maternidad.²¹ Esta norma se introdujo en 1998 para desalentar la subrogación y evitar una "maternidad dividida".²² Cuando se introdujo la ley, el legislador argumentó que sólo una persona podía ser la madre de un niño o una niña. Por tanto, podría decirse que la ley establece un principio de "paternalidad única" con respecto a las madres.²³

3. La paternidad y los hijos en la Constitución alemana

3.1. El artículo 60. de la Constitución

El legislador alemán sólo puede promulgar leyes en el marco de la Constitución, que constituye la Ley Fundamental. En la jerarquía de la legislación nacional alemana, la Constitución está en la cima. Una ley inconstitucional puede ser declarada nula por una sentencia de la Corte constitucional, la que resulta vinculante para todos los poderes del gobierno.

²⁰ Dethloff, 2014, pp. 922, 930.

²¹ Importante: Gaul, H., 1997, p. 1441. No obstante, la maternidad genética de la madre legal puede probarse sin efectos legales según el artículo 1589a del Código Civil alemán: Wellenhofer, 2012, sección 159a, párr. 22; Schwab, D., 2008, p. 24.

²² BT-Drucks. 13/4899 pp. 51-52, 82.

²³ Sanders, 2018, pp. 84-90.

El artículo 6o. de la Constitución protege el matrimonio, la familia y la paternidad.²⁴ Todo concepto jurídico de paternidad y responsabilidad parental debe basarse en los principios establecidos en el párrafo 1o. del artículo 6o., que ampara al matrimonio²⁵ y a la familia. El párrafo 2o. del artículo 6o. contiene el derecho y el deber fundamental de los padres de cuidar y educar a sus hijos. Tal derecho fundamental existe en beneficio de la niña y el niño, no de los padres, por lo que éstos deben ejercer su derecho siempre en el interés superior de la niña o el niño.²⁶

El artículo 6o. constitucional de 1949 establece que:

- (1) El matrimonio y la familia gozarán de protección especial por parte del Estado.
- (2) El cuidado y la educación de los hijos(as) es un derecho natural de los padres y un deber que les incumbe primordialmente a ellos. El Estado velará por el cumplimiento de este deber.
- (3) Los niños y las niñas pueden ser separados de sus familias en contra de la voluntad de sus padres o tutores sólo de conformidad con una ley, y sólo si los padres o tutores no cumplen con sus obligaciones o las niñas y los niños corren el riesgo de sufrir una grave negligencia.
- (4) Toda madre tendrá derecho a la protección y el cuidado de la comunidad.
- (5) Las niñas y los niños nacidos fuera del matrimonio recibirán, en virtud de la legislación, las mismas oportunidades para su desarrollo físico y mental, así como de la misma posición social, que disfrutaran aquellos nacidos dentro del matrimonio.²⁷

²⁴ Para este capítulo, véase: Sanders, 2018, pp. 103-196.

²⁵ Véase Sanders, 2012, p. 911.

²⁶ BVerfG, 9.2.1982 – 1 BvR 845/79 – BVerfGE 59, 360, 377; BVerfG, 3.11.1982 – 1 BvL 25/80, 1 BvL 38/80, 1 BvL 40/80, 1 BvL 12/81 – BVerfGE 61, 358, 327; BVerfG 7.5.1991 – 1 BvL 32/88 – BVerfGE 84, 168, 180; Badura, 2020, art. 6, párr. 94, 109; Brosius-Gersdorf, 2013, art. 6, párr. 142. Los padres se describen como "fideicomisarios" (*Treuhänder*) del derecho. Sin embargo, es importante señalar que el derecho alemán no conoce el fideicomiso en su forma de derecho anglosajón.

²⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Basic Law], 23 de mayo, 1949, BGBl. I, art. 6.

Como tantas otras disposiciones de la Ley Fundamental, este artículo se vio influido por las horribles experiencias del Tercer Reich, donde la familia, la crianza de los hijos(as) y la educación se consideraban como un medio para crear niños y niñas "racialmente sanos", destinados a ser soldados y colonos en los territorios ocupados.²⁸ Para servir a estos fines, los niños y las niñas debían crecer bajo la supervisión del Estado, en organizaciones como el *Hitler-Jugend* y el *Bund Deutscher Mädel*, en lugar de hacerlo en familias con sus propios sistemas de valores. Después de la guerra, se introdujo el artículo 6o. de la Ley Fundamental para proteger la esfera privada del matrimonio y la familia contra la intervención pública.²⁹ La Ley Fundamental hace hincapié en los derechos y deberes naturales de los padres —no del Estado— para criar a sus hijos e hijas. El Estado sólo puede intervenir si los niños y las niñas están gravemente descuidados y en peligro, como lo dispone el artículo 6(3),³⁰ y no para presionarlos a que se incorporen a organizaciones del Estado.³¹ Si un niño o una niña es maltratado, el Estado debe intervenir y, en casos graves, puede incluso sustituir al consentimiento de los padres en el proceso de adopción.³² Las niñas y los niños sólo pueden ser separados de sus padres si se observa estrictamente el principio de proporcionalidad y si no hubiere otras medidas que permitieran ayudarles en forma adecuada.³³ El TCF estableció este principio en un caso de 1982, cuyo hecho evoca la película de 2001, *Yo soy Sam [I am Sam]*. En lugar de separar a una niña

²⁸ Véase el desarrollo de la protección del matrimonio en el párrafo 1 del artículo 6: Sanders, 2012, p. 914.

²⁹ BVerfG, 17.1.1957 – 1 BvL 4/54 – BVerfGE 55, 71.

³⁰ La llamada "función de vigilancia del Estado" ["state's watchdog function"] BVerfG, 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67 – BVerfGE 24, 119 = en Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, Vol 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the FCC, Nomos (2013) 51, 64.

³¹ Para una discusión véase desarrollo del art. 6(2), (3) Brosius-Gersdorf, 2013, art. 6, para 12-14.

³² BVerfG, 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67 – BVerfGE 24, 119 = in: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, Vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, Nomos (2013) 51, 64.

³³ BVerfG, 17.2.1982 – 1 BvR 188/80 – BVerfGE 60,79 = in: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, Vol 5: Family Related Decisions 1957-2010, Nomos (2013) 191, 198; sobre la protección del menor, véase: Gernhuber/Coester-Waltjen (2020) § 62.

de sus padres en situación de discapacidad mental, el TCF sostuvo que se debía brindar apoyo para asegurar el cuidado adecuado y la estimulación mental de la niña. El TCF reafirmó estos principios en una serie de decisiones en 2014,³⁴ declarando que la Constitución no daba derecho al Estado a seleccionar a los mejores padres posibles para un niño o una niña o a sustituir los valores e ideas de los padres. Dejando de lado los peligros concretos, la situación socioeconómica de los padres es el destino y el riesgo de sus hijos e hijas.³⁵

3.2. Las definiciones de paternidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF)

La Constitución no proporciona una definición de "familia" o de "padres".³⁶ Esto es desafiante, porque las familias no sólo existen como instituciones sociales, sino que también están fundamentalmente condicionadas por el derecho familiar. Sin embargo, una definición constitucional no puede basarse completamente en el derecho familiar del Código Civil, si así fuera, no podría haber control constitucional de las disposiciones del derecho familiar.³⁷

Si bien la relación entre el derecho constitucional y las normas de rango legal sobre derecho familiar se concibe acertadamente como jerárquica, el derecho familiar constitucional no evolucionó de manera completamente

³⁴ Véase BVerfG, 17.3.2014 – 1 BvR 2695/13 – juris; BVerfG, 24.3.2014 – 1 BvR 160/14 - juris, para 30-31; BVerfG, 7.4.2014 – 1 BvR 3121/13 - juris; BVerfG, 22.5.2014 – 1 BvR 2882/13 - juris; BVerfG, 22.5.2014 – 1 BvR 3190/13 - juris; BVerfG, 14.6.2014 – 1 BvR 725/14 - juris; BVerfG, 27.8.2014 – 1 BvR 1822/14 - juris; BVerfG, 22.9.2014 – 1 BvR 2108/14 - juris; esta línea de casos suscitó un animado debate, especialmente entre los jueces de familia: véase, por ejemplo, la crítica: Heilmann, 2014, p. 2904; Riegner, 2014, p. 625.

³⁵ Véase BVerfG, 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14 - juris, para 38.

³⁶ Jestaedt (2006) argumenta que en el momento en que se redactó la Constitución, estaba bastante claro quiénes eran los padres de una persona, por lo que no se consideró necesaria una definición de paternidad.

³⁷ Véase Holzhauser, 1982, p. 111 y 112; Jestaedt, 1995, p. 70; véanse las definiciones de matrimonio en el derecho constitucional alemán y en el derecho familiar: Sanders, 2012, p. 911.

independiente del derecho familiar. Más bien, la relación podría describirse como interdependiente. El derecho familiar con frecuencia sirvió de inspiración al derecho constitucional porque reflejaba el entendimiento común de su época. No obstante, el Tribunal Constitucional no siempre aceptó el derecho familiar vigente, sino que estuvo dispuesto a cuestionar su constitucionalidad basándose en los valores constitucionales y en un entendimiento afectado por los importantes cambios sociales ocurridos desde 1949.

a. Padres casados

Desde el principio no hubo duda de que los dos padres biológicos de un niño, padres legales según el Código Civil, casados entre sí, serían los padres y conformaban una familia en el sentido constitucional. La posición de los padres no casados, sin embargo, era más difícil de determinar.

b. Solo la madre soltera

En su fallo del 23 de octubre de 1958, el TCF reconoció la relación familiar entre la madre y el hijo nacido fuera del matrimonio.³⁸ Sin embargo, un padre no casado con la madre no era considerado parte de la familia según el artículo 6(1) de la Ley Fundamental. "El matrimonio y la familia" seguían viéndose como una unidad. Esto reflejaba la visión de familia según el Código Civil alemán de la época. Un padre que no estaba casado con la madre de su hijo no se consideraba legalmente relacionado con el niño o la niña, aunque tuviera que ocuparse de la manutención. Esto cambió sólo hasta 1970. Así, por ejemplo, en una decisión del TCF del 29 de julio de 1968, el padre soltero no se reconocía como padre en el sentido constitucional.

Los padres, según el artículo 6(2) de la Ley Fundamental, son ante todo los padres de sus hijos legítimos; sin embargo, la madre

³⁸ BVerfG, 23.10.1958 – 1 BvL 45/56 - BVerfGE 8, 210, 215.

de un niño nacido fuera del matrimonio también está protegida por la Constitución.³⁹

Esto parece indicar que el TCF asumió, en ese momento, que una niña o un niño nacido fuera del matrimonio sólo podía tener un padre en el sentido constitucional, o sea, su madre.⁴⁰

c. Madre y padre cuidador

En un caso de fecha 7 de mayo de 1991,⁴¹ el TCF se ocupó de la cuestión de si el legislador debía conceder custodia conjunta a un padre y una madre no casados. La decisión se discutirá con más detalle luego. En este punto es interesante advertir como el TCF concibió la paternidad en el sentido constitucional. El tribunal tuvo que decidir si el padre soltero, quien —como preveía el Código Civil alemán desde 1970— era el padre legal del niño se encontraba o no protegido como padre según el artículo 6 (2) de la Ley Fundamental. La FCCel TCF sostuvo que un padre soltero que cuidaba efectivamente de su hijo debía ser considerado como padre según el artículo 6(2) de la Constitución. Sin embargo, el TCF dejó abierta la cuestión de si un padre soltero que no vivía con el niño estaría amparado como padre por el artículo 6(2) constitucional.

El derecho de los padres conforme al artículo 6(2) de la Ley Fundamental ampara a los "padres". La Constitución asume que un niño(a) normalmente vive con sus padres casados en una familia, donde la madre y el padre cuidan y educan conjuntamente de él. (BVerfGE 56, 363 <382>; 61, 358 <372>). Sin embargo, el artículo 6(2) de la Ley Fundamental también aplica si no se cumplen esas condiciones previas. La madre de un niño(a) ilegítimo también queda amparada (véase BVerfGE 24, 119 <135>). No es necesario que el tribunal responda a la pregunta de si todo padre

³⁹ BVerfG, 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67 – BVerfGE 24, 119.

⁴⁰ Hahnzog, 1971, p. 336.

⁴¹ BVerfG, 7.5.1991 – 1 BvL 32/88- BVerfGE 84, 168.

de un hijo ilegítimo está también amparado por el párrafo 2 del artículo 6 de la Ley Fundamental. Sin embargo, no puede negarse el amparo de la Constitución si el padre vive con la madre y cumple con la condición previa de asumir la responsabilidad parental (Véase BVerfGE 56, 363 <384>; 79, 203 <210>).⁴²

Entonces, al menos en un sentido constitucional, el padre que vivía con su hijo o hija y lo cuidaba se consideraba como el padre. Su condición de padre legal no era aparentemente suficiente para el TCF. El Tribunal subrayó la importancia de una cercanía real entre padre e hijo y la asunción de responsabilidad para con el niño(a), de la misma manera que en un caso relativo a la condición de padres adoptivos de fecha 29 de junio de 1968.⁴³ Con respecto al caso referido a los padres adoptivos, el Tribunal sostuvo que la adopción concedía a un niño abandonado, por primera vez, "unos padres" que debían ser reconocidos como tales por la Constitución. Los padres biológicos de tal niño, en cambio, no debían ser considerados como padres en un sentido constitucional. Para el TFC, los padres adoptivos debían ser considerados como padres al estar dispuestos a asumir la responsabilidad inextricablemente vinculada al concepto de paternidad, conforme a la Constitución. Si bien se puede estar de acuerdo con este enfoque a nivel emocional, el mismo concede demasiado poder al tribunal para precisar cómo deben comportarse unos "padres adecuados", para ser aceptados como sujetos de protección bajo la Ley Fundamental.

d. Madre y padre

Un avance jurisprudencial destacable es aquel que observa una decisión del TCF adoptada el 7 de marzo de 1995. Lo que el Tribunal tenía que decidir en dicho caso era si el artículo 1747 (2) del Código Civil era o no constitucional. El artículo permitía la adopción de un niño nacido fuera

⁴² BVerfG, 7.5.1991 – 1 BvL 32/88 - BVerfGE 84, 168, 179, traducción de la autora.

⁴³ BVerfG, 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67 - BVerfGE 24, 119, 150.

del matrimonio y sin el consentimiento del padre legal no casado con la madre. El Tribunal sostuvo que el artículo era efectivamente inconstitucional y que los derechos de ese padre no podían ser anulados mediante una adopción no consensuada. Un padre legal no casado con la madre, aun cuando no cuidase del niño, estaba amparado por el artículo 6(2) de la Constitución como padre.⁴⁴ El Tribunal señaló:

Según su uso cotidiano, el término 'padres' incluye a los padres biológicos de un niño(a) nacido fuera del matrimonio. Ni la redacción ni el significado del artículo requieren una condición previa para conceder amparo a ese derecho fundamental.⁴⁵

Para el TFC la única condición previa era la paternidad legal, en conformidad con lo establecido por la ley.⁴⁶ El Tribunal subrayó, sin embargo, que el legislador no estaba obligado a conceder igualdad de derechos a la madre y al padre, pero que tenía mucho margen de maniobra para regular los derechos de los padres, de modo tal de garantizar una cooperación parental en aras del interés superior de la niña o el niño.⁴⁷

Con esta decisión de 1995, el TFC avanzó hacia una comprensión de la noción de "padres", en el sentido constitucional, como dos padres legales, independientemente de si estaban casados, divorciados, cohabitando o ni siquiera eso. En decisiones posteriores adoptadas en 2003⁴⁸ y 2010,⁴⁹ en las que el TFC abordó de nuevo la responsabilidad parental conjunta de padres no casados, el Tribunal nunca dudó de la posición constitucional del padre legal no casado.

En consecuencia, los tiempos hicieron cambiar la comprensión que el TFC tenía de la familia y la paternidad. De acuerdo con el entendimiento

⁴⁴ BVerfG, 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, 540, 866/92 - BVerfGE 92, 158, 177f.

⁴⁵ BVerfG, 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, 540, 866/92 - BVerfGE 92, 158, 177, traducción del autor.

⁴⁶ BVerfG, 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, 540, 866/92 - BVerfGE 92, 158, 177.

⁴⁷ BVerfG, 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, 540, 866/92 – BVerfGE 92, 158, 178f.

⁴⁸ BVerfG, 29.1.2003 – 1 BvL 20/99, 1 BvR 933/01 – BVerfGE 107, 150.

⁴⁹ BVerfG, 21.7.2010 – 1 BvR 420/0 - BVerfGE 127, 132.

actual, la familia es la unión de los padres y sus hijos, sin importar si ellos están casados o si su paternidad biológica es reconocida legalmente.⁵⁰ Se considera como "padres" a los padres legales de un niño o una niña. Sin embargo, este enfoque de la paternidad legal puso de relieve la cuestión de cómo la paternidad legal debe ser concedida según el derecho familiar. Además, ¿qué papel debería desempeñar la paternidad biológica sin reconocimiento legal en el derecho constitucional de familia?

e. Padre biológico y padre legal

En una decisión adoptada el 3 de abril 2003,⁵¹ el TFC discutió la situación del padre biológico por un lado y del marido de la madre por otro, quien sería el padre legal del niño (como se discute en II, 2). El TFC declaró que el padre biológico de un niño o una niña estaría protegido por la Constitución, aunque el derecho familiar no lo reconociera. La Constitución designó al cuidado de un niño como "derecho y deber natural" de los padres. Esto significaba, por un lado, que la paternidad no era concedida por el Estado, sino que era preexistente. Por otro lado, dejaba claro "que las personas que dan vida a un niño(a) están por naturaleza fundamentalmente preparadas y llamadas a asumir la responsabilidad de su cuidado y crianza. Por consiguiente, el legislador debe orientar la asignación de la situación jurídica de los padres a la ascendencia o parentesco (*parentage*) del niño."⁵²

⁵⁰ BVerfG, 9.4.2003 - 1 BvR 1493/96, 1724/01 - BVerfGE 108, 82 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht - Federal Constitutional Court - Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, Nomos (2013) 642, 660; BVerfG, 19.2.2013 - 1 BvL 1/11, BvR 3247/09 - BVerfGE 133, 59, 82 para 60-62; véase también Brosius-Gersdorf, 2013, art. 6, párrs. 104 a 106.

⁵¹ BVerfG, 9.4.2003 - 1 BvR 1493/96, 1724/01 - BVerfGE 108, 82 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht - Federal Constitutional Court - Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, Nomos (2013) 642, 651

⁵² BVerfG, 9.4.2003 - 1 BvR 1493/96, 1724/01 - BVerfGE 108, 82 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht - Federal Constitutional Court - Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, Nomos (2013) 642, 651-652.

Sin embargo, el mero hecho de ser padre biológico de un niño o una niña no le otorgaba derechos parentales en virtud del artículo 6(2).⁵³ Este sería el padre legal. En opinión del TCF, los derechos parentales no podían ser posibles sin los deberes parentales.⁵⁴ El padre legal y el padre biológico no podían ser ambos titulares de derechos parentales.⁵⁵ Tener más de dos padres (o madres) con derechos parentales llevaría a conflictos en detrimento del niño o la niña.⁵⁶ Los titulares de los derechos parentales, según el artículo 6(2), sólo podían ser un padre y una madre. En la traducción al inglés del Tribunal hay una frase que dice: "El hecho mismo de que un niño(a) sólo pueda tener dos padres [un padre y una madre] lleva a la conclusión de que la legislatura que creó la Constitución pretendía otorgar derechos parentales sobre un niño(a) sólo a dos padres. [...] Los derechos parentales pertenecen a cada uno de los padres, pero equivalen al derecho del otro padre, que posee el mismo valor."⁵⁷ Así, aunque esté amparado por el artículo 6(2), el padre biológico no puede asumir derechos parentales por el mero hecho de su relación genética con el hijo o hija. Sin embargo, el padre biológico tenía el derecho constitucional de convertirse en padre legal y, por tanto, ser titular de derechos parentales.⁵⁸ Sin embargo, este derecho no garantizaba que el padre biológico pudiera asumir la paternidad legal en todos los casos. Más bien, el legislador era libre de amparar a la familia y la situación del padre legal que había asumido la responsabilidad social del niño.⁵⁹ Este último aspecto, especialmente si se considera en el contexto de las otras resoluciones del Tribunal, muestra que éste —al igual que la legislatura alemana— considera que la familia social y legalmente reconocida de un niño o una niña merece ser amparada, incluso en detrimento del padre biológico.

⁵³ *Ibid.*, 642, 651.

⁵⁴ *Ibid.*, 642, 653.

⁵⁵ *Ibid.*, 642, 653-654.

⁵⁶ *Ibid.*, 642, 654.

⁵⁷ *Ibid.*, 642, 652.

⁵⁸ *Ibid.*, 642, 653-655.

⁵⁹ *Ibid.*, 642, 656-658.

3.3. ¿Un concepto conservador de paternidad?

Esta discusión sobre la paternidad biológica de una sola madre y un solo padre en la resolución de 2003 podría sugerir que el TFC ha adoptado un concepto muy conservador de la paternidad. La decisión podría ser entendida como si asumiera, primero, que un niño o una niña sólo puede tener padres de sexo mixto y, segundo, que sólo puede haber una madre y un padre.

Con respecto a la cuestión de la constitucionalidad de los "padres del mismo sexo", el TFC reconoció en 2013, que los padres pueden ser del mismo sexo, por ejemplo, cuando la pareja del mismo sexo de un padre haya adoptado al hijo o hija de su pareja.⁶⁰ La Constitución no menciona a "la madre y el padre" sino a "los padres", declaró el TFC.⁶¹ Los derechos parentales se concedían en interés de las niñas y los niños. Como ninguna otra persona o institución se preocupaba tanto por un niño o una niña como sus padres, la Constitución protege los derechos parentales frente al Estado, en beneficio de niñas y niños. Para esta protección, el sexo de los padres es irrelevante.⁶² Sin embargo, el tribunal sostuvo que una persona que forma parte de una familia compuesta por un padre y un hijo no posee el derecho constitucional de convertirse en el padre legal del niño. Para el tribunal, el legislador es libre de conceder el derecho de adopción o negarlo.

En cuanto a la cuestión de si un niño o una niña puede tener sólo dos padres amparados por la Constitución, cabe señalar que la traducción al inglés del Tribunal de la decisión de 2003 no es muy clara. En alemán dice "dass ein Kind nur von einem Elternpaar abstammen kann". *Abs-tammen* significa no sólo "tener", sino, en este contexto, más bien significa

⁶⁰ BVerfG, 19.2.2013 - 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 - BVerfGE 133, 59; Jestaedt ha argumentado que, al referirse al derecho 'natural' de padres, el párr. 2 del art. 6 de la Ley Fundamental sólo se podría aplicar a parejas de padres de distinto sexo. Jestaedt, 2006, pp. 88-92.

⁶¹ BVerfG, 19.2.2013 - 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 - BVerfGE 133, 59, 78, párr. 51.

⁶² *Ibid.*, 77-78, párr. 49.

"descender de". Por tanto, la traducción debería decir: "sólo puede descender de dos padres (biológicos)". Por ende, la resolución de 2003 no dice nada en concreto sobre padres del mismo sexo, sino sólo sobre los padres biológicos de un niño o una niña. Hasta ahora, el tribunal sólo ha examinado la situación del padre (varón) biológico no legal. Las situaciones constitucionales de la madre biológica y la madre genética, es decir, la donante de óvulos, aún no son claras.⁶³ Si bien la valoración de 2003 no tiene en cuenta el hecho de que tanto la donante de óvulos como la madre biológica "dan vida" a un niño o niña, nada dijo sobre los padres sociales y legales y su sexo. Al explicar su sentencia de 2003, el TFC señaló que dicha resolución se había centrado en limitar la responsabilidad parental, en vez de excluir a los padres del mismo sexo.⁶⁴

En la sentencia de 2003, el TFC no dijo que sólo un padre (varón) podía ser objeto de protección del artículo 6(2) de la Ley Fundamental. El padre biológico no legal estaba amparado sólo por su conexión biológica con el niño. Sin embargo, no tenía derechos y responsabilidades parentales conforme al artículo 6(2), sino sólo el derecho a sustituir al padre legal en determinadas circunstancias.⁶⁵ La sentencia señala: "El padre [varón] natural de un niño que no es el padre legal también está amparado por la primera frase del artículo 6(2) de la Ley Fundamental. Sin embargo, el mero hecho de ser el padre de un niño no le convierte en titular de derechos parentales según el artículo 6(2.) frase 1 de la Ley Fundamental."⁶⁶ Así, el tribunal asumió en su sentencia que puede haber dos padres [varones] amparados por el artículo 6(2), pero sólo uno con derechos parentales. Parece que, en lugar de hablar de un padre solitario, el tribunal asumía que ambos padres podían sentarse bajo la protección del artículo 6(2), como si estuvieran en un automóvil en el que, sin embargo, sólo uno

⁶³ Véase Duden (2015): 151.

⁶⁴ BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 78, párr. 52.

⁶⁵ BVerfG, 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01 – BVerfGE 108, 82 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC editado por el BVerfG, Nomos (2013) 642, 651.

⁶⁶ *Ibid.*, 642, 651.

de ellos podía estar al volante de la paternidad legal, conforme al derecho familiar y asumir la responsabilidad parental mediante el derecho de custodia.

Esta distinción entre la titularidad de los derechos parentales ("estar al volante") y la protección del artículo 6(2) de la Ley Fundamental⁶⁷ ("estar sentado en el auto") también se observó en la sentencia del TFC del 19 de febrero de 2013 sobre la paternidad de padres del mismo sexo. En este caso, el TFC afirmó que la multiplicidad de personas con derechos parentales podía incrementar el conflicto provocado por roles y responsabilidades poco claras, lo que podría perjudicar el desarrollo del niño o la niña.⁶⁸

4. Custodia y responsabilidad parental

En el apartado III, *supra*, se examinó el concepto de paternidad tal como lo entiende el Tribunal Constitucional alemán. Sin embargo, como ya se ha dicho, la responsabilidad parental ha desempeñado un papel en la determinación de los padres de un niño o una niña. El apartado IV se refiere a la forma en que los padres ejercen dicha responsabilidad. El artículo se centra en la custodia, el derecho a cuidar del niño y a representarlo legalmente, no en el derecho de visita. Los derechos de visita también gozan de amparo constitucional y sólo pueden restringirse con una buena justificación, es decir, si los padres ponen en peligro al niño.

Desde un inicio, el derecho constitucional alemán de la Ley Fundamental de 1949, en la interpretación del TFC, ha ejercido una influencia considerable en el derecho de custodia alemán que había permanecido casi inalterado desde la entrada en vigor del Código Civil alemán en 1900. Si bien la Constitución de la llamada República de Weimar (1919-1933) ya había exigido la igualdad entre hombres y mujeres y el amparo de

⁶⁷ Véase Jestaedt, 2006, p. 79.

⁶⁸ BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 78, para 52.

madres solteras y de las niñas y los niños, fue necesario esperar más tiempo para una modernización profunda. En esta modernización, el TFC ha desempeñado un importante papel.

4.1. Derechos parentales en los "buenos viejos tiempos"

Cuando se fundó la República Federal Alemana en 1949, no existían los derechos conjuntos de ambos padres a la representación legal del niño(a) y a la toma de decisiones relativas a su educación. El Código Civil alemán de 1900 asignó el *elterliche Gewalt* ("poder parental"), que incluía el derecho a decidir sobre la educación, residencia, atención sanitaria y representación legal del niño(a), a una sola persona, el padre o la madre viuda. Las madres solteras no tenían derecho al "poder parental", por lo que se requería un tutor. Los padres (varones) solteros debían mantener a sus hijos e hijas, pero no se consideraban legalmente ligados a ellos. El término *elterliche Sorge*, que puede traducirse literalmente como "cuidado parental", sustituyó al término *elterliche Gewalt* en 1980,⁶⁹ para subrayar el hecho de que los hijos y las hijas no son objetos de poder parental.

4.2. La igualdad parental y la decisión del TFC de 1959

Gracias a la presión ejercida por las redactoras implicadas, la Ley Fundamental estableció la igualdad entre hombres y mujeres en el párrafo 2 del artículo 3. Los redactores de la Constitución se habían dado cuenta de que era necesaria una reforma fundamental para adaptar el derecho familiar alemán a los nuevos requisitos constitucionales. Con el fin de disponer de tiempo suficiente para un proyecto tan importante, el artículo 117 estableció un "periodo de gracia" que finalizaría el 31 de marzo de 1953.⁷⁰

⁶⁹ Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18.7.1979, BGBl. I, 1061.

⁷⁰ Véase la conferencia del ex Juez Scheffler del TFC, 1951.

La nueva ley del 18 de junio de 1957⁷¹ previó un derecho conjunto de los cónyuges al "poder parental" y, por consiguiente, a representar al niño(a) y a cuidarle. En caso de desacuerdo, el padre y la madre debían buscar un entendimiento mutuo. Sin embargo, si los padres no se ponían de acuerdo, el padre tenía derecho a tomar una decisión final y a representar al niño(a) solo. Si bien el legislador reconoció la necesidad de un cambio en la legislación parental, la idea de una completa igualdad parecía poco práctica y extraña. El proyecto oficial explicaba que, en beneficio de los niños y niñas, la ley tenía que ofrecer una solución para aquellos padres que no se pusieran de acuerdo. El argumento era que involucrar a un juez de derecho familiar en tales casos, tomaría demasiado tiempo en casos de emergencia,⁷² e involucraría también al Estado en la crianza de los niños y niñas.⁷³ Así pues, la única solución era otorgar a uno de los padres un voto decisivo. El "orden natural" y el "orden cristiano" insistían en que esta posición "sólo se podía dar al padre".⁷⁴

Con su sentencia del 29 de julio de 1959, el TFC⁷⁵ declaró inconstitucional este voto decisivo del padre. El TFC describió el derecho a la paternidad según el artículo 6(2) de la Ley Fundamental como una responsabilidad indivisible con respecto al niño(a).⁷⁶ Considerado en conjunto con el derecho a la igualdad consagrado en los párrafos 2 y 3 del artículo 3 de la Ley Fundamental, la responsabilidad parental indivisible según el artículo 6(2) exigía la completa igualdad entre ambos padres. Ambos padres estaban obligados a asumir conjuntamente esta responsabilidad y a completarse mutuamente en ella.⁷⁷ Ningún argumento de orden natural podía justificar un voto decisivo del padre. Había muchos

⁷¹ Gesetz v. 18.6.1957 (BGBl. I, 609), in Kraft getreten am 1.7.1958.

⁷² BT-Drucks. 2/220, p. 57f.

⁷³ BT-Drucks. 2/220, p. 58.

⁷⁴ BT-Drucks. 2/220, p. 59.

⁷⁵ BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59.

⁷⁶ BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59, 67.

⁷⁷ BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59, 67; véase al respecto de la necesidad de los padres de llegar a un acuerdo BVerfG, 15.6.1971 – 1 BvR 192/70 – BVerfGE 31, 194, 207.

sistemas diferentes de leyes y valores naturales, pero sólo la Ley Fundamental era vinculante.⁷⁸ En el caso de que los padres no se pudieran poner de acuerdo, un tribunal de derecho familiar podía ayudar. Ésta no se consideró como una intervención objetable por parte del Estado. Ayudar a los padres a coordinar sus decisiones en el mejor interés del niño(a) era una responsabilidad del Estado en virtud del artículo 6(2) de la Ley Fundamental, que convertía al Estado en guardián de la crianza de los niños y niñas.⁷⁹ Sin embargo, el TFC asumió que tales casos de desacuerdo fundamental eran excepcionales. Se partía del supuesto que los padres encontrarían soluciones dentro de la familia. Sin embargo, la situación era psicológicamente diferente si uno de los padres ya sabía que tenía el voto final y por tanto no era necesario cooperar con el otro.⁸⁰ Hoy en día, los padres que no llegan a un acuerdo sobre alguna cuestión importante relativa a la crianza de su hijo o hija, pueden acudir al tribunal de derecho familiar.

Preisner ha destacado que esta decisión, por primera vez, reconocía la coordinación de ambos padres, en igualdad de derechos, como una cuestión de derecho familiar.⁸¹ En el caso de las parejas casadas, la institución del matrimonio podía servir de base para tal solución. Requirió aún más tiempo, sin embargo, resolver la responsabilidad parental conjunta de padres divorciados y no casados.

4.3. La custodia compartida para padres divorciados

El Código Civil de 1900 disponía que la responsabilidad parental de los hijos de padres divorciados debía pertenecer al padre/madre no culpable del divorcio. Si ambos padres habían sido declarados culpables, la ley

⁷⁸ BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59, 69.

⁷⁹ BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59, 84.

⁸⁰ BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59, 87.

⁸¹ Preisner (2014): 209-210; véase también Gernhuber (1962): 95-96.

ofrecía diferentes soluciones para las niñas y los niños. Sin embargo, el poder de representación legal seguía recayendo únicamente en el padre varón. Las reformas jurídicas de 1938 y 1946 establecieron que el juez encargado del divorcio debía asignar la responsabilidad parental, incluido el derecho a la representación legal a uno solo de los padres, ya fuera el padre o la madre. Aunque la culpabilidad del divorcio no se consideró decisiva en las leyes de 1938 y 1946, la nueva ley del 18 de julio de 1957 dispuso que el cónyuge culpable no debía obtener la responsabilidad parental, salvo en circunstancias excepcionales. Por otra parte, el juez debía elegir libremente entre la madre y el padre de acuerdo con el interés superior del niño o la niña. La propuesta de los padres sobre el lugar de residencia del niño debía ser de especial importancia para determinar la custodia.⁸²

La jurisprudencia y los académicos coincidieron en que los tribunales no podían aceptar la propuesta de los padres de asignar el "poder parental" simplemente a ambos.⁸³ Hasta entonces, en 1946, el "poder parental" todavía se consideraba indivisible. Incluso después de que la responsabilidad parental compartida se convirtiera en ley en la década de 1950, los tribunales sostuvieron que los padres divorciados no podían dividir las responsabilidades entre ellos y acordaron que la ley de parejas casadas debía regir la familia divorciada.⁸⁴ El divorcio acababa con la unidad de la familia y la custodia de sólo uno de los padres, redundaría en beneficio de los hijos e hijas. El Estado no podía intervenir cada vez que los padres divorciados no estaban de acuerdo en los asuntos de educación de los hijos e hijas.⁸⁵

⁸² Meckling (2009) 52 ff.

⁸³ Véase Meckling (2009): 61; Véase para el desarrollo BGH, 16.10.1951 - IV ZB 46/51 - BGHZ 3, 220, 222 y sig.

⁸⁴ BGH, 16.10.1951 - IV ZB 46/51 - BGHZ 3, 220, 221f; OLG Hamburg, 23.2.1956 - 2 W 45/56 - FamRZ 1956, 241 con comentarios de Schwöerer y Bosch; jurisprudencia adicional, véase Meckling, 2009, p. 63 fn. 200; OLG Celle, 24.9.1959 - 5 Wx 74/59 - NJW 1960, 151f.

⁸⁵ OLG Hamburg, 23.2.1956 - 2 W 45/56 - FamRZ 1956, 241, con comentarios de Schwöerer y Bosch.

Tras la resolución del TFC de 1959 descrita anteriormente, algunos académicos y tribunales consideraron que la responsabilidad parental compartida era posible también después del divorcio,⁸⁶ otros tribunales discreparon.⁸⁷

En las décadas siguientes, la pregunta de si la constitución debía exigir la custodia conjunta de los padres divorciados llegó dos veces al TFC. En una resolución del 15 de junio de 1971, el TFC consideró la asignación de responsabilidad parental a un solo padre como aceptable, en función del interés de las niñas y los niños.⁸⁸ En consecuencia, la nueva *Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge* de 18 de julio de 1979 y vigente desde el 1 de enero de 1980,⁸⁹ sólo permitió a los padres divorciados compartir la responsabilidad financiera sobre un niño o una niña, es decir, administrar sus bienes, sin compartir otras decisiones propias de padres casados. Sin embargo, en 1982, el TFC consideró inconstitucional negar categóricamente la custodia compartida a padres divorciados.⁹⁰ Aunque la custodia compartida fue concedida por los tribunales sobre la base de la jurisprudencia del TFC, se requirió más tiempo para que el legislador regulara la materia. Fue hasta 1998 que entró en vigor una reforma fundamental de la relación parento-filial, modificando tanto las normas sobre paternidad como la de custodia para parejas divorciadas.

Hoy en día, los padres divorciados suelen mantener la custodia mientras el niño resida con uno de ellos. La decisión del lugar de residencia del niño puede ser objeto de acalorados debates en los tribunales, mientras

⁸⁶ Vgl. LG Mannheim, 11.12.1970 – 4b T 15/70 – FamRZ 1971, 185 referente a: Schwoerer, 1956, pp. 242-243 y 1960, pp. 122-123.

⁸⁷ See LG Tübingen, 15.1.1960 – 3 Gr 16/59 – FamRZ 1960, 121; OLG Celle, 24.9.1959 – 5 Wx 74/59, X – NJW 1960, 151; BayObLG, 28.12.1962 – BReg. 1 Z 6/62 – NJW 1963, 590; OLG Frankfurt, 31.1.1962 – 6 W 558/61 – NJW 1962, 920; OLG Neustadt, 24.4.1963 – 3 W 2/63 – FamRZ 1964, 91, 92; KG Berlin, 4.1.1979 – 15 UF 4685/78 – FamRZ 1979, 539; vgl. auch Dieckmann, 1978, p. 304; Knöpfel, 1983, p. 906; relevante: Evans-von Krbek, 1975, pp. 20, 21; vgl. m.w.N. Meckling, 2009, p. 63, fn. 200.

⁸⁸ BVerfG, 15.6.1971 – 1 BvR 192/70 – BVerfGE 31, 194, 205.

⁸⁹ Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18.7.1979, BGBl I, 1061; Meckling, 2009, p. 35.

⁹⁰ BVerfG, 3.11.1982 – 1 BvL 25, 38, 40/80, 12/81 – BVerfGE 61, 358.

que éstos intentan encontrar la mejor solución para el bienestar del niño(a) (artículo 1671 del Código Civil). La situación del niño o niña en estos procedimientos se examina al final de este capítulo. En la actualidad, cada vez más padres desean compartir la custodia, ya que un niño va y viene de un hogar a otro, pasando casi la misma cantidad de tiempo en cada lugar. A estos efectos, se debate en el parlamento una ley orientada a facilitar los acuerdos en este campo.

4.4. La custodia compartida de madres y padres no casados

Como ya se ha dicho, el reconocimiento de los padres no casados como familia, así como la precisión del concepto de "padres" en el sentido del artículo 6 de la Ley Fundamental, ha causado algunos problemas al TFC. Sin embargo, el tribunal ha estado a la altura de las circunstancias y evolucionado gradualmente su interpretación de la Constitución, conforme a los tiempos cambiantes de la sociedad alemana. Mientras la discusión del apartado 2 de este capítulo se centró en el reconocimiento de los hombres no casados como padres, en el sentido del artículo 6(2), esta sección se centrará en la responsabilidad parental de las madres y padres no casados.

Como ya se ha mencionado, en 1970, la ley intentó regular de mejor forma las relaciones parento-filiales el padre varón soltero y su hijo. Antes de ello, el niño nacido fuera del matrimonio y su padre se consideraban no relacionados legalmente. Con la ley de 1970 fue necesario plantearse como regular la relación del padre y madre no casado y el derecho a tomar decisiones para el niño(a), así como su representación.⁹¹ En primer lugar, el *elterliche Gewalt*/poder parental se asignaba a la madre junto con un tutor público oficial (*Amtspfleger*) que tenía derecho a reclamar del padre la manutención del niño(a) y a determinar la existencia

⁹¹ Preisner, 2014, p. 209.

legal del padre, por ejemplo, exigiendo pruebas de paternidad. El legislador temía que la madre no persiguiera al padre tan ferozmente como fuese necesario, bien por ser demasiado orgullosa o porque todavía tenía la esperanza de que se casara con ella.⁹² A su vez, la ley no preveía ninguna oportunidad para que el padre ejerciera la custodia del hijo(a) juntamente con la madre, ni siquiera con su consentimiento. En circunstancias excepcionales, el padre podía solicitar que se declarara legítimo al niño, pero si ello se concedía, la madre perdía todos los derechos de crianza y de representación del niño.

En una decisión adoptada el 7 de mayo de 1991, el TFC declaró inconstitucional dicha ley. Como ya se ha dicho, el tribunal reconoció que el padre (varón) soltero que cuidaba de su hijo(a) estaba amparado por el artículo 6(2) de la Ley Fundamental. Si el padre asumía realmente la responsabilidad de su hijo(a), "su paternidad en el sentido de la Ley Fundamental no podía ser negada".⁹³ El derecho a la paternidad, continuó el tribunal, exigía que el legislador proporcionara normas de derecho familiar que permitieran el ejercicio adecuado de este derecho. El legislador no podía negarse a proporcionar normas de derecho familiar que permitieran al padre soltero ejercer los derechos constitucionales a cuidar de sus hijos(as), junto con la madre.⁹⁴ El hecho de que esas relaciones pudieran volver a romperse no bastaba para asignar responsabilidad parental a solo uno de los padres en todos los casos.⁹⁵ La ley de agencia, que permitía a la madre facultar al padre para que la representara, no resultaba suficiente.⁹⁶ Las disposiciones del derecho familiar que no permitían la custodia compartida de los padres varones no casados, violaban sus derechos constitucionales. El legislador tenía el deber de legislar de conformidad a esta interpretación.⁹⁷

⁹² BT-Drucks. 5/2370, p. 66f.

⁹³ BVerfG, 7.5.1991 – 1 BvL 32/88 – BVerfGE 84, 168, 179.

⁹⁴ *Ibid.*, 168, 179 - 180

⁹⁵ *Ibid.*, 168, 182-183.

⁹⁶ *Ibid.*, 168, 180.

⁹⁷ *Ibid.*, 168, 180.

Esta línea de argumentación muestra la conexión que el TFC observó entre el derecho constitucional de los padres, como derecho humano, a cuidar de sus hijos e hijas y el deber del legislador a proporcionar un derecho familiar adecuado y sujeto a la Constitución.

El TFC no consideró problemático que el legislador hubiera asignado, por defecto, la custodia del niño(a) a la madre soltera. En opinión del tribunal, no se podía suponer que los padres no casados estuvieran siempre dispuestos y fueran capaces de criar a un niño(a), al igual que una pareja casada. Sin embargo, si los padres estaban dispuestos a ejercer la custodia conjunta, no había razón para negársela.⁹⁸ La postura del Estado como guardián de la crianza de los niños y niñas no justificaba interferir con el derecho de los padres a criar a sus hijos e hijas en común, como padres divorciados con custodia compartida.⁹⁹

Si bien la custodia compartida se hizo posible inmediatamente después de la decisión del TFC, el legislador proporcionó un marco jurídico adecuado, sólo hasta la nueva ley de 1998, que modificó fundamentalmente tanto la ley de filiación como la de responsabilidad parental. La nueva ley disponía que las parejas no casadas podían acordar la custodia conjunta. A su vez, no sería posible la custodia conjunta sin el consentimiento de la madre.

En 2003 y 2010 el tribunal tuvo que decidir si negar la custodia conjunta sin el consentimiento de la madre violaba o no los derechos constitucionales de los padres varones no casados. En su decisión de 2003, el TFC todavía sostenía que la ley era constitucional porque no había evidencia de que las madres negaran la custodia conjunta por otras razones que no fueran la protección del mejor interés del niño o la niña. Los padres requerían un mínimo de acuerdo mutuo para decidir sobre la crianza de un niño. Sin embargo, en 2010, después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) decidiera que la ley alemana violaba los derechos

⁹⁸ *Ibid.*, 168, 181.

⁹⁹ *Ibid.*, 168, 182.

de los padres varones solteros según el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Fundamentales, el TFC sostuvo que la ley efectivamente violaba los derechos de los padres solteros. Sin embargo, el tribunal no exigió que los padres legales varones legales obtuvieran automáticamente la custodia compartida. Según la nueva ley introducida en 2013, la custodia compartida podía lograrse por consentimiento o por decisión del tribunal familiar (§ 1626a del Código Civil). El juez de derecho familiar concedería la custodia compartida a petición del padre, a menos que la madre presentara razones de peso para rechazarla, por ser perjudicial para el niño o la niña. Saber cuándo el desacuerdo entre los padres es demasiado intenso como para negar la custodia compartida, es una cuestión muy difícil para los jueces de derecho familiar.¹⁰⁰

4.5. Algunas observaciones

La discusión sobre la evolución de la jurisprudencia del TCF sobre la paternidad y la responsabilidad parental muestra cómo el tribunal ha desarrollado su enfoque en concordancia con los tiempos cambiantes. Así, el tribunal evolucionó desde la igualdad entre hombres y mujeres en el derecho familiar, hasta los derechos de las parejas divorciadas y no casadas, a cuidar de los niños(as) fuera del matrimonio. Así como la sociedad se volvió cada vez más tolerante con respecto a las uniones informales, la paternidad y la responsabilidad parental se convirtieron cada vez más en una cuestión de biología y de derecho de adopción y no un anexo del matrimonio. Además, la última decisión relativa a las parejas no casadas de 2010, muestra la creciente influencia del TEDH en la jurisprudencia del TFC.

5. La protección constitucional de la niñez

Los derechos y deberes de los padres existen en beneficio de los niños. Por tanto, la descripción de los principios básicos de la paternidad ale-

¹⁰⁰ El caso principal en este ámbito es ahora BGH, 15.6.2016 – XII ZB 419/15 – NJW 2016, 2497.

mana estaría incompleta sin una discusión de los derechos de los niños.¹⁰¹ Los niños son seres humanos y como tales son sujetos de derechos constitucionales igual que los adultos. Sin embargo, sólo podrán ejercerlos en contra de los deseos de sus padres (que normalmente son llamados a representar a un niño) cuando el niño haya alcanzado la perspicacia y comprensión necesarias.¹⁰² En cuanto a sus padres, el niño está amparado por una serie de normas tanto en el derecho penal como en el derecho familiar. Por ejemplo, los niños tienen derecho a una educación no violenta (párrafo 2 del artículo 1631 del Código Civil) y a tener contacto con ambos padres (párrafo 3 del artículo 1626 del Código Civil). Los padres también deben tomar decisiones por el niño tomando en cuenta su creciente comprensión y desarrollo, si es posible después de haber discutido con el niño la cuestión, de manera apropiada a su edad (párrafo 2 del artículo 1626 del Código Civil). Adicionalmente, la patria potestad debe ejercerse en el interés superior del niño.

5.1. El derecho de la niña y el niño a conocer su propio origen

Basándose en el artículo 2(1) y el artículo 1(1) de la Ley Fundamental, el TFC ha desarrollado el llamado "derecho general de la personalidad" (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*).¹⁰³ En una decisión de 2007, el TFC evocó su jurisprudencia de la siguiente manera: "En virtud del párrafo 1 del artículo 2, en conjunción con el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley Fundamental, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la obligación de respetar y proteger la dignidad humana garantizan a toda persona una esfera independiente de vida privada, en la que su individualidad pueda ser preservada".¹⁰⁴ Según el TFC, conocer el propio origen genético

¹⁰¹ Véase derechos e intereses de los niños en el derecho público: Wapler, 2015; Sanders, 2018, pp. 341-358.

¹⁰² Véase, por ejemplo: Kirchhof, 2007, p. 149.

¹⁰³ Straub, 2019.

¹⁰⁴ BVerfG, 13.2.2007 - 1 BvR 421/05 - BVerfGE 117, 202 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related

es un factor necesario para el desarrollo de la identidad.¹⁰⁵ Basándose en este supuesto, el TFC ha desarrollado un derecho a conocer la propia ascendencia y que se deriva del artículo 2(1) en combinación con el artículo 1(1) de la Ley Fundamental, como parte del derecho general de la personalidad.¹⁰⁶ Por tanto, el interés de un niño o niña por obtener información sobre la identidad de sus padres, por ejemplo, de su padre biológico, se encuentra, en principio, reconocido por la Constitución.¹⁰⁷ Sin embargo, el derecho a conocer la propia ascendencia "no otorga el derecho absoluto a obtener dicho conocimiento, sino que sólo ofrece amparo contra la negativa de los órganos gubernamentales a proporcionar información asequible".¹⁰⁸ Cuando la información crucial sólo puede ser proporcionada por otra persona, por ejemplo, por una madre que revela la identidad de sus parejas sexuales, la Constitución exige que los tribunales decidan entre la conveniencia de que la madre no revele información personal y la conveniencia de que el niño conozca su ascendencia.¹⁰⁹ Por otra parte, en una decisión del 19 de abril de 2016, el TFC sostuvo que la Constitución no exigía que el legislador concediera a un niño o una niña el derecho a comprobar la paternidad biológica de aquella persona que el niño o la niña creyera ser su padre. La ley preveía la posibilidad de determinar la paternidad biológica y legal del padre varón mediante una prueba de paternidad. No era necesario, en consecuencia, otorgar también el derecho a comprobar la paternidad sin consecuencias jurídicas.¹¹⁰

Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, editado por el BVerfG, Nomos (2013) 759, 764-765.

¹⁰⁵ BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 74-75, párr. 43.

¹⁰⁶ Ramm (1996, pp. 987, 994) criticó el concepto, argumentando que se basaba en vestigios del pensamiento feudal y no coincidía con el concepto moderno de personas que deciden su propio destino.

¹⁰⁷ Sanders, 2018, pp. 344-358.

¹⁰⁸ BVerfG, 6.5.1997 - 1 BvR 409/90 – No. 24, BVerfGE 96, 56 = en Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, editado por el BVerfG, Nomos (2013) 364, 369.

¹⁰⁹ BVerfG, 6.5.1997 - 1 BvR 409/90 – No. 24, BVerfGE 96, 56 = Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, editado por el BVerfG, Nomos (2013) 364, 371.

¹¹⁰ BVerfG, 19.04.2016 - 1 BvR 3309/13 - La traducción al inglés está disponible en «https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160419_

El TFC aún no ha resuelto los casos relativos a donantes de óvulos y madres sustitutas (subrogación). Sin embargo, conocer a la donante de óvulos debería ser tan importante como conocer al padre genético. La condición de la madre biológica es menos clara. Nina Dethloff ha argumentado enérgicamente que el derecho a saber el propio origen debería extenderse también a la madre biológica. El desarrollo de la identidad es un proceso complejo y bien podría incluir la exigencia de conocer la forma en que una persona llegó al mundo.¹¹¹ Sin embargo, los tribunales están considerando el derecho constitucional en la aplicación del derecho civil. En una decisión de 2015, el Tribunal Federal de Justicia alemán (FCJ) decidió que un niño nacido después de una inseminación artificial tenía derecho frente a la clínica a que se le revelara información sobre el donante de esperma, incluso si sus padres habían acordado que no se entregase dicha información.¹¹²

Así como un niño tiene derecho a conocer su propia ascendencia, un padre varón tiene —en principio— el derecho a saber si un niño es su hijo biológico. Esto ha sido confirmado por el TFC, que ha reconocido el derecho de un padre legal a aclarar su paternidad biológica en un procedimiento legal particular, fuera de un procedimiento de impugnación.¹¹³

5.2. El derecho de la niña y el niño a los cuidados parentales y a la educación

En 2013, el TFC reconoció explícitamente que los artículos 2(1) y 6(2) de la Ley Fundamental otorgaban al niño o la niña el derecho a que el Gobierno y el Poder Legislativo garantizaran cuidado y educación parental (*Recht*

1bvr330913en.html» (acceso 25.9.2020).

¹¹¹ Dethloff (2014): 928.

¹¹² BGH, 13.01.2015 - XII ZR 201/13, 68 – NJW 1098 (2015).

¹¹³ BVerfG, 13.2.2007 – 1 BvR 421/05 – BVerfGE 117, 202 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, editado por el BVerfG, Nomos (2013) 759, 76.

des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung).¹¹⁴ El artículo 2(1)¹¹⁵ protege el derecho a desarrollar la propia personalidad. El TFC sostuvo en 2013 que el derecho de los padres previsto en el artículo 6(2) se justifica en el interés del niño o la niña y es ejercido por los padres. El niño(a) puede desarrollar su personalidad sólo con ayuda de otras personas; por tanto, los artículos 2(1) y 6(2) establecen conjuntamente los derechos del niño(a) a ser asistidos en su desarrollo. Si dicho niño o niña tiene padres, el Estado (es decir, el Gobierno y el Poder Legislativo) debe respetar que ellos asuman esta responsabilidad. Si el Estado aleja al niño o a la niña de sus padres, infringe los derechos de éstos tanto como los del propio niño o niña. En este sentido, este derecho de niñas y niños es un derecho humano clásico que otorga al individuo protección contra el gobierno y la legislatura.¹¹⁶ Además, el derecho establece deberes para el gobierno y la legislatura. En primer lugar, como muestra el párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Fundamental, el Estado debe velar que los padres no abusen de sus derechos y, por consiguiente, garantizar que los padres ejerzan sus derechos en aras del interés superior del niño y la niña.¹¹⁷ Si los padres de un niño o niña mueren o incumplen su responsabilidad, el párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 2 del artículo 6 de la Ley Fundamental conceden al niño(a) el derecho a que el Estado ayude a los padres a superar sus problemas o a permitir que otra persona asuma tal responsabilidad.¹¹⁸

¹¹⁴ BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 73-77, párrs. 40-46. En un artículo extrajudicial, el Juez Britz, relator de los casos de derecho familiar en el TFC, discutió el nuevo derecho: Britz, 2014, pp. 1069-1074; Sanders, 2018, p. 342.

¹¹⁵ "Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o la ley moral", Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Basic Law], Mayo 23, 1949, BGBl. I, art. 2 (1).

¹¹⁶ Britz (2014) 1069, 1070.

¹¹⁷ BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 73-74, párrs. 42-43.

¹¹⁸ BVerfG, 31.1.1989 – 1 BvL 17/87 – BVerfGE 79, 256; BVerfG 26.4.1996 – 1 BvR 1299/89, 1 BvL 6/90 – BVerfGE 90, 263, 270-271 ; BVerfG 6.5.1997 – 1 BvR 409/90 – BVerfGE 96, 56 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC editado por el BVerfG, Nomos (2013) 364, 369; véase también di Fabio, 2001, art. 2, párr. 212.

Como se ha señalado anteriormente, los padres tienen el derecho y el deber fundamental de criar a sus hijos e hijas sin la intervención del gobierno. Sin embargo, el Estado tiene el deber de actuar como guardián en la crianza de niños y niñas (párrafos 2 y 3 del artículo 6 de la Ley Fundamental). Además, los niños y las niñas, al igual que todas las personas, tienen derecho a que el Estado los proteja de todo daño. Por tanto, el Estado tiene el deber de acudir en ayuda de niños y niñas que son maltratados por sus padres. Como ya se mencionó en el apartado 2.1, el TFC es a menudo llamado a decidir sobre casos que surgen en el triángulo entre instituciones gubernamentales, los niños(as) y los padres. Si bien es evidente que los niños y las niñas deben ser alejados de todo daño, en una sociedad libre, es generalmente responsabilidad de los padres decidir cómo educar a sus hijos e hijas. La Constitución confía en que los padres y las madres conocen que es aquello que satisface el interés superior de sus hijos(as) y de mejor forma que el Estado.

5.3. La creciente autonomía de las niñas y los niños

La niña y el niño es su propia persona, con derechos humanos según la Constitución. Esta parte trata de cómo se tiene en cuenta la creciente autonomía de las niñas y los niños en los tribunales de familia, específicamente en los casos de custodia y conflicto con los padres.

a. El punto de vista de la niña y el niño, especialmente en casos de custodia

El problema de los tribunales que toman decisiones respecto de los niños y las niñas se describe de manera conmovedora en la novela de Ian McEwan, *The Children Act*. La historia también pone de relieve el problema de cómo respetar mejor la creciente independencia de un niño o una niña y cómo determinar sus opiniones y su interés superior. En los tribunales de familia alemanes, las decisiones relativas a las niñas y los niños también deben hacerse en pos de su interés superior. A diferencia

de la práctica descrita en la novela, en Alemania los niños(as) a partir de los 14 años deben ser escuchados en los procedimientos del derecho familiar (artículo 159 de la *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*). Los niños más pequeños deben ser escuchados, en la medida que ello sea necesario para conocer sus opiniones, ideas y deseos. Esto resulta especialmente difícil tratándose de niñas y niños muy pequeños. Sin embargo, las juezas y los jueces de derecho familiar escuchan regularmente incluso a niños y niñas muy pequeños, haciendo todo lo posible para que se sientan cómodos en su despacho después de haberlos conocido en la sala de juegos del tribunal. Las juezas y jueces pueden jugar un poco con ellos, para establecer un nivel básico de confianza, antes de empezar a hablar del caso. Los jueces a menudo informan en conversaciones personales lo difícil que resulta comprobar una perspectiva no influenciada de un niño o una niña que se siente dividido entre ambos padres, quienes pueden ejercer una presión considerable e incluso sobornarles con juguetes o mascotas caras. Especialmente en los casos en que los jueces tienen que decidir sobre la custodia, ellos dicen a los niños(as) que, aunque sus opiniones son importantes, la decisión final sigue siendo del juez o la jueza, de modo que el niño o la niña no tiene que sentir la carga adicional de tener que elegir entre los dos padres que ama.

A medida que el niño crece, su opinión respecto al lugar donde quiere residir, posee un peso mayor. El TFC ha reforzado la posición del niño(a) en los procedimientos del derecho familiar, sosteniendo que, en cada decisión que le afecta, éste(a) debe ser reconocido(a) como una persona con derechos constitucionales por sí mismo(a).¹¹⁹ En una decisión de 2008, el TFC sostuvo que los deseos de un niño de 11 años de mudarse con el otro padre debían respetarse si no había ninguna señal de que tal adulto fuese incapaz de cuidar del niño.¹²⁰

¹¹⁹ BVerfG, 21.5.1974 – 1 BvL 22/71, 21/72 – BVerfGE 37, 217, 252; BVerfG, 5.11.1980 – 1 BvR 349/80 – BVerfGE 55, 171, 179.

¹²⁰ BVerfG, 27.06.2008 – 1 BvR 311/08 – BeckRS 2008, 39043.

b. Desacuerdos entre padres e hijos/hijas

Los padres y los hijos e hijas no siempre están de acuerdo. Cuando un niño o una niña de tres años decide que no quiere ir al médico, estamos de acuerdo en que los padres tienen el derecho a tomar esa decisión por él. Los adultos pueden decidir hacer y no hacer todo tipo de cosas con las que sus padres no están de acuerdo. ¿Pero qué pasa con la etapa intermedia? Según el artículo 1626(2) del Código Civil alemán, los padres deben respetar la creciente necesidad de sus hijos e hijas de tomar decisiones independientes y responsables y tratar de llegar a un entendimiento mutuo. Sin embargo, todos los que tienen un hijo o una hija adolescente saben que es más fácil decirlo que hacerlo. ¿Puede un niño o niña, por ejemplo, hacerse un tatuaje en contra de los deseos de sus padres?¹²¹

El conflicto entre el creciente derecho del niño y la niña a la independencia y la pérdida de autoridad de los padres sigue siendo objeto de debate en Alemania.¹²² Si los padres se niegan a que el niño o la niña tome una determinada decisión, esta negativa puede considerarse —en los casos más extremos— como una amenaza para el bienestar del niño (artículo 1666 del Código Civil). En este caso, los tribunales pueden ordenar a los padres que cooperen.

El tema es especialmente importante en las decisiones relacionadas con los tratamientos médicos y la religión. Según el artículo 5 de la *Gesetz über die religiöse Kindererziehung*, los niños y las niñas pueden elegir su propia religión a la edad de 14 años. Después de los 12 años, los niños no pueden ser instruidos en una nueva fe religiosa sin su consentimiento. La educación religiosa de los niños y las niñas más pequeñas está en manos de los padres, quienes deben tomar una decisión conjunta. Si no pueden llegar a un acuerdo, los padres pueden recurrir a los tribunales. La circuncisión de niños muy pequeños por motivos religiosos se ha

¹²¹ AG München, 17.3.2011 – 213 C 917/11 – NJW 2012, 2452; Hauck, 2012.

¹²² Gernhuber/Coester-Waltjen, 2020, § 59, párr. 18.

reglamentado como parte del derecho familiar (artículo 1631d del Código Civil).

La cuestión de si los padres o un tribunal pueden decidir si se trata a un niño(a) enfermo(a) y cómo se le trata, es el tema central de la novela de Ian McEwan, *The Children Act*. Los tribunales alemanes han tenido que ocuparse de casos similares. Los tribunales coinciden en que los padres, bajo ninguna condición, ni siquiera por convicción religiosa, tienen derecho a decidir si un niño puede vivir o morir.¹²³ Hubo un caso en el que, un niño pequeño moribundo en coma, un tribunal permitió que los padres detuvieran el tratamiento y dejaran morir al niño. Sin embargo, el TFC anuló esa decisión y exigió que el tratamiento procediera, en contra de los deseos de los padres.¹²⁴

Las operaciones o intervenciones médicas serias son otra cuestión. ¿Qué pasa si ambos padres están de acuerdo en que un niño o una niña debe ser operada, pero este último no está de acuerdo? En Alemania aún se debate respecto a qué edad y qué tipo de madurez debe existir, para que la decisión de un niño o niña tome precedencia. Actualmente, los tribunales examinan las circunstancias específicas del caso y al niño particular, pero se mueven en un terreno incierto.¹²⁵

Un tema muy delicado es la cuestión de si los padres pueden oponerse o no a que una adolescente aborte. Hay consenso en que esa decisión tan personal debe ser tomada por esa adolescente y no por sus padres.¹²⁶ En caso de que los padres prohíban el aborto a su hija, los tribunales de familia pueden intervenir cuando estén convencidos de que la niña ha tomado la decisión de forma libre y responsable.¹²⁷

¹²³ OLG Celle, 21.2.1994 – 17 W 8/94 – NJW 1995, 792, 793; OLG Düsseldorf, 1.7.1992 – 3 Wx 217/92 – DAVorm 1992, 878; OLG Hamm, 10.10.1967 – 3 Ss 1150/67 – FamRZ 1968, 221.

¹²⁴ OLG Hamm, 25.05.2007 – 1 UF 78/07 – FamRZ, 2007, 2098 (= NJW 2007, 2704); BVerfG, 6.6.2007 – 1 BvQ 18/07 – FamRZ 2007, 2046.

¹²⁵ Véase Gernhuber/Coester-Waltjen, 2020, § 59 párrs. 18-19; Lorenz, 2017.

¹²⁶ Gernhuber/Coester-Waltjen, 2020, § 62 párr. 13; véase también Amend-Traut/Bongartz (2016): 5.

¹²⁷ Véase con más referencias: Gernhuber/Coester-Waltjen, 2020, § 62 fn. 70.

6. Retos y conclusiones

Las familias cambian constantemente. Los niños y las niñas nacen y crecen, fundan sus propias familias y mueren. Las familias cambian con el tiempo. Con la igualdad de género, la aceptación del divorcio, la cohabitación no matrimonial y las parejas del mismo sexo, el derecho familiar también ha debido cambiar. Además, el derecho familiar ha debido prever la creciente consideración de que las niñas y los niños son sujetos con derechos propios, en lugar de objetos del poder parental. Se trata de un proceso que aún no ha concluido.

Si bien el derecho familiar alemán ha cambiado constantemente desde que la Ley Fundamental entró en vigor en 1949, el artículo 6o. constitucional se mantuvo notablemente estable en su redacción. Sin embargo, aunque las palabras "familia", "matrimonio", "padres" e "hijos" siguen siendo las mismas, la interpretación del Tribunal Constitucional ha cambiado. No sólo los cónyuges del mismo sexo pueden ahora adoptar niños, sino que también los padrastros solteros pueden adoptar a los hijos de sus parejas. El TFC ha jugado un rol como motor para adaptar el derecho familiar a las demandas de una sociedad cambiante.

Se puede esperar que el rumbo del tribunal vaya más lejos con el cambio de la familia en una sociedad en constante evolución. Por ejemplo, es esperable que la responsabilidad parental de los padres trans, las donaciones de óvulos, la gestación por subrogación y la pluriparentalidad llegue al Tribunal Constitucional, tarde o temprano. Con ello, la posición de la niñez en todas estas cuestiones evolucionará también.

Bibliografía

Amend-Traut, A., Bongartz, J. (2016), "Der Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen – rechtliche Perspektiven zwischen Selbstbestimmung und elterlicher Verantwortung", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 63, 1.

- Badura, P. (2020), "Artikel 6", en Maunz, T., Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, 81st ed. Munich: C.H. Beck.
- Britz, G. (2014), "Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Juristenzeitung*, 69, 1069.
- Brosius-Gersdorf, F. (2013), "Artikel 6", en Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 3rd ed., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Brudermüller, G. (2020), "Einf. v. § 1591", en Palandt, O. (ed), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 79th ed., Munich: C.H. Beck.
- Dethloff, Nina (2014), "Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder", *Juristenzeitung*, 69 (29), 922.
- _____ (2018), *Familienrecht*, Munich: C.H. Beck.
- Dieckmann, A. (1978), "Betrachtungen zum Recht der elterlichen Sorge", *Archiv für die civilistische Praxis*, 178 (2/3).
- Di Fabio, U. (2001), "Artikel 2". In: Maunz, T., Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, Munich, C.H. Beck.
- Duden, K. (2015), "Leihmutterchaft im internationalen Privat- und Verfahrensrecht", Tübingen: Mohr Siebeck.
- Evans-von Krbek, F-S. (1975), "Die gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung?", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 22 (1).
- Gaul, Hans F. (1997), "Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 44 (23),

Gernhuber, J., y Coester-Waltjen, D. (2020), *Familienrecht*, Munich: C.H. Beck.

_____ (1962), "Elterliche Gewalt heute", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 9 (3).

Hahnzog, K. (1971), "Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 18 (7).

Hauck, R. (2012), "Der Schutz von Minderjährigen bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechte und Rechtsgüter", *Neue Juristische Wochenschrift*, 65 (33).

Heiderhoff, B. (2010), "Die Vaterschaftsklärung und ihre Folgen – von der Vaterschaftsanfechtung zur Vaterschaftsbeendigung", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 57 (1).

Heilmann, S. (2014), "Schützt das Grundgesetz die Kinder nicht?", *Neue Juristische Wochenschrift*, 67 (40).

Helms, Tobias (2014), "Abstammungsrecht und Kindeswohl", *Das Standesamt*, 67.

_____ (2016), "Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen", Gutachten F zum 71, *Deutschen Juristentag*, Munich, C.H. Beck.

Holzauer, H. (1982), "Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge", *29 Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 29 (2).

Jestaedt, M. (1995), "Artikel 6", In: Kahl, W., Waldhoff, C., Walter, C. (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 74th ed., Heidelberg, C.F. Müller.

- _____ (2006), "Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz", in Geis, M.-E., Umbach, D. C. (eds.), *Festschrift für Richard Bartlisperger zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Kirchhof, G. (2007), "Kinderrechte in der Verfassung – zur Diskussion einer Grundgesetzänderung", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 40 (5).
- Knöpfel, G. (1983), "Zum gemeinsamen Sorgerecht der Eltern nach der Scheidung - Folgerungen aus dem Urteil des BVerfG", *Neue Juristische Wochenschrift*, 36 (17).
- Lorenz A. (2017), "Das Selbstbestimmungsrecht des einsichtsfähigen Minderjährigen bei Eingriffen in die körperliche Integrität", *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 4 (17).
- Meckling S. (2009), *Die gemeinsame Trennungssorge*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Preisner, M. (2014), "Das gesetzliche mittreuhänderische Schuldverhältnis kraft gemeinsamer Elternschaft", Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ramm, T. (1996), "Kindschaftsreform?", *Juristenzeitung*, 51 (20).
- Riegner, K. (2014), "Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Trennung des Kindes von den Eltern wegen Kindeswohlgefährdung", *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 1 (14).
- Sanders, A. (2012), "Marriage, Same Sex Partnership and the Constitution", *German Law Journal*, 13 (8).
- _____ (2015), "Sanders, A., Company Law and the Law of Succession in Germany", Kalss, S. (ed), *Company Law and the Law of Succession*, Heidelberg: Springer.

- _____ (2018), "*Mehrelternschaft*", Tübingen: Mohr Siebeck.
- _____ (2019), "Multiple Parenthood: Towards a new Concept of Parenthood in German Family Law", Willekens, H., Scheiwe, K., Richarz, T., Schumann, E. (eds.), *Motherhood and the Law*, 119-152, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen.
- Scheffler, E. (1951), "Die Gleichberechtigung der Frau", Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages, Tübingen: Mohr.
- Schwab, Dieter (2008), "Abstammungsklä rung—Leicht gemacht oder: neuer Dialog in der Familie", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 55 (1).
- _____ (2020), *Familienrecht*, Munich, C.H. Beck.
- Schwoerer, J. (1956), "Anmerkung zum Beschluss v. 23.2.1956 – 2 W 45/56", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 3 (7/8).
- _____ (1960), "Anmerkung zum Beschluss v. 15.1.1960 – 3 Gr. 16/59", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 7 (3).
- Straub, C. M. (2020), *Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine Einbettung in das Abstammungsrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- Wanitzek, Ulrike (2002), *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Reproduktion*, Bielefeld, Giesecking Verlag.
- Wapler, F. (2015), *Kinderrechte und Kindeswohl*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Wellenhofer, M. (2012), "§ 159a", Säcker *et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 6th ed., Munich: C. H. Beck.
- _____ (2015), "Familienrecht: Adoption nach privater Samenspende", *Juristische Schulung*, 55 (7).

CAPÍTULO VII

La responsabilidad parental en la jurisprudencia constitucional de Colombia

Alma Beltrán y Puga*

* Profesora Principal de Carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia. La autora agradece la valiosa y diligente ayuda en la investigación de sentencias de Laura Rudas Lleras, estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.

Resumen

Este ensayo recoge las principales sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en materia de responsabilidad parental y patria potestad. El objetivo es analizar cómo se ha interpretado el sentido y alcance de estas figuras legales a través de la jurisprudencia constitucional. Se argumenta que la Corte Constitucional ha ido adoptando el significado de la responsabilidad parental del derecho internacional de los derechos humanos, considerándolo un conjunto de derechos y deberes compartidos entre los padres y las madres con el Estado para salvaguardar los intereses de la niñez. A través del análisis de casos relacionados con situaciones de separación familiar, adoptabilidad, custodia, suspensión de la patria potestad, así como de intervenciones quirúrgicas que impactan en la identidad de género de niños, niñas y adolescentes, se concluye que la Corte Constitucional ha reconstruido esta figura a través de criterios hermenéuticos que la acercan al concepto de responsabilidad parental, balanceando los derechos de padres y madres con el interés superior de la infancia. De igual forma, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el principio de corresponsabilidad entre las familias, el Estado y la sociedad para velar por el derecho a la educación y la salud de NNA, especialmente de aquellos en situaciones de discapacidad.

Palabras clave

Responsabilidad parental, patria potestad, custodia, identidad de género, interés superior de la infancia

1. Introducción

¿Cuál ha sido el entendimiento de la responsabilidad parental en la jurisprudencia constitucional de Colombia? ¿Cómo recoge la interpretación constitucional el rol de padres y madres para velar por los intereses de niños, niñas y adolescentes? ¿Existen principios constitucionales orientadores sobre las funciones del Estado y la responsabilidad parental para la protección y garantía del interés superior de la infancia? ¿Cuáles son los límites del consentimiento parental en decisiones e intervenciones médicas que afectan la autonomía y la identidad de género de sus hijos e hijas? Con base en estas preguntas, este ensayo recoge las principales sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en materia de responsabilidad parental y patria potestad para analizar cómo se ha interpretado el sentido y alcance de estas figuras legales a través de su jurisprudencia, rescatando las reglas de interpretación constitucional que han ayudado a resolver casos donde los derechos e intereses de los NNA entran en conflicto con las facultades de los padres y madres.

La literatura académica se ha ocupado cada vez más de analizar el concepto de *responsabilidad parental*, definiéndola como un proceso de colaboración entre los padres y madres con el Estado para proteger y garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, en adelante NNA.¹ En otras palabras, la responsabilidad parental es un régimen legal compartido de obligaciones que tienen tanto el Estado como los padres, madres y/o tutores, respecto de los NNA a su cuidado. En este sentido, se ha discutido si las funciones parentales consisten tanto en "derechos

¹ Herrera y Lathrop, 2016; Taylor, 2019; Espejo, 2020.

y deberes" de los padres y el Estado hacia los niños, niñas y adolescentes, y qué se entiende por tales derechos y deberes.²

Nicolás Espejo, experto en este tema, propone conceptualizar la responsabilidad parental como un "set de obligaciones legales de las que se deriva un privilegio" para los padres y madres cuando se habla de los derechos que ostentan dentro de este régimen. La responsabilidad parental vela, principalmente, para que a través de la actuación de los padres y madres se protejan los derechos e intereses de los NNA. Por tanto, los "derechos" de los adultos deben entenderse más bien como *privilegios* derivados de su obligaciones de protección de los intereses de la infancia y adolescencia, una suerte de "derechos oponibles" a terceros, frente a otras personas adultas o el Estado.³

En el caso de Colombia, la responsabilidad parental se desprende de los artículos 44 de la Constitución y de los tratados internacionales suscritos por el Estado, como la Convención de los Derechos del Niño (CDN). El artículo 44 constitucional reconoce una serie de derechos fundamentales a los niños y niñas; la protección de todas las formas de violencia, abandono y explotación, estableciendo una obligación para "la familia, la sociedad y el Estado" de "asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos."⁴ Por su parte, el artículo 5 de la CDN establece la obligación de los Estados de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres

² Espejo, 2020; Espejo 2017.

³ Espejo, 2020, p. 591.

⁴ Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Véase Constitución Política de Colombia, 1991.

o de las personas encargadas legalmente del niño o la niña, en consonancia con sus capacidades evolutivas. De igual manera, el artículo 18 considera que los padres, madres o representantes legales son lo que tienen la "responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño."

Los derechos de los niños establecidos en tratados internacionales de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad.⁵ Por tanto, la CDN constituye, junto con las normas constitucionales en esta materia, un núcleo fundamental de derechos y principios que fungen también como parámetros de control de constitucionalidad de leyes inferiores.⁶ En este sentido, el contenido, alcance y exigibilidad de los derechos de los NNA, así como de los deberes de los padres, madres y tutores para su cuidado ha estado marcada por la jurisprudencia constitucional en Colombia.

Particularmente, la interpretación de la Corte Constitucional sobre el principio de interés superior de la infancia ha sido pieza fundamental del entendimiento de la responsabilidad parental. Como lo señala Mónica Arango, "la constitucionalización del derecho de familia en Colombia ha modificado el alcance de la capacidad relativa de los NNA de forma tal que los procesos de decisión sobre sus asuntos deben siempre tener en cuenta su opinión, e incluso en algunos casos, ésta puede primar sobre la de sus padres, tutores o representantes".⁷ En consecuencia, la Corte Constitucional ha tomado en consideración las modificaciones

⁵ De acuerdo con la Corte Constitucional: "El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Carta Política –entre otros en los artículos 9, 93, 94, 214, 53 y 102). Véanse, las sentencias C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-578 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-358 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y C-191 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Entre las normas convencionales y consuetudinarias que la Corte ha identificado como parte del bloque de constitucionalidad se incluyen aquellas que consagran los derechos de los niños (Sentencia C-1068 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería)." Véase Sentencia C-203 de 2005.

⁶ Arango, 2004.

⁷ Arango, 2019, p. 280.

realizadas al Código Civil (mediante la Ley 75 de 1968 y el Decreto 2820 de 1974), que integraron cláusulas igualitarias en el ejercicio de la patria potestad entre los cónyuges, así como al Código de Infancia y Adolescencia (en 2006), apareciendo la responsabilidad parental como un "complemento" de la patria potestad.⁸

2. Resignificando la patria potestad

En la última década, la Corte Constitucional ha ido resignificando la figura de la patria potestad para ajustarla a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. De una interpretación progresista del artículo 42 de la Constitución, la Corte ha entendido que por *familia*: "no sólo la originada en el matrimonio, sino también la conformada por vínculos naturales, esto es, la que surge de la voluntad responsable de constituir la, a la cual le otorga la misma protección e iguales derechos y deberes que los consagrados para la primera" (Sentencia C-145, 2010). En este contexto, se considera a los niños y a las niñas como *sujetos de especial protección*. Este mandato constitucional de protegerles se "manifiesta, entre otros aspectos, en el carácter fundamental, independiente y prevalente que se reconoce a sus derechos, buscando con ello asegurarles un proceso de formación y desarrollo integral, en condiciones óptimas y adecuadas" (Sentencia C-145, 2010).

Para lograr dichos objetivos, la patria potestad se constituye en "un elemento material en las relaciones familiares en la medida que su ejercicio es garantía de la integración del hijo menor al núcleo familiar el cual debe brindarle cuidado, amor, educación, cultura y en general una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y

⁸ Según el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, "la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos".

mental" (Sentencia C-145, 2010). Según la Corte, se extiende también a dos principios constitucionales familiares: "(i) la igualdad de derechos y deberes de la pareja, por una parte, y (ii) el respeto recíproco entre todos los integrantes del núcleo familiar, dentro de los cuales se encuentran los hijos, cuyo número en cada familia es decisión libre y responsable de los padres" (Sentencia C-145, 2010).

En el 2010, la Corte hizo un recorrido por su jurisprudencia previa recapitulando el sentido y objetivo de la patria potestad.⁹ La patria potestad carga resabios de antiguas nociones del derecho civil, entendida como un *poder del padre* sobre los bienes, crianza y cuidado de los hijos e hijas, ejercido dentro del matrimonio.¹⁰ Así, la patria potestad es considerada una *facultad* que le da al padre la autoridad y representación legal sobre los hijos sobre el manejo de su patrimonio y sus proyectos de vida antes de su emancipación, es decir, previamente a que adquieran la mayoría de edad.

Sobre estas líneas, la Corte Constitucional recordó sus definiciones previas de esta figura, considerándola "una institución de orden público, obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, porque es deber de los padres ejercerla en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada."¹¹ Sin embargo, matizó el concepto para concluir que abarca:

⁹ Véase la Sentencia C-145 de 2010 que resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 62 del Código Civil, por considerar discriminatorio el tratamiento a los hijos fuera del matrimonio: "Cuando se trate de hijos extramatrimoniales, no tiene la patria potestad, ni puede ser nombrado guardador, el padre o la madre declarado tal en juicio contradictorio".

¹⁰ La propia Corte Constitucional reconoce que la patria potestad: "tradicionalmente, consistía en el reconocimiento que la ley hacía de los derechos del padre sobre sus hijos no emancipados. El Código Civil restringía al varón la facultad de representar judicial y extrajudicialmente a los hijos y administrar sus bienes (CC art. 288)." La Ley 75 de 1968 terminó con esta forma de discriminación, otorgando a padres y a madres la posibilidad de ejercer conjuntamente la patria potestad para el cumplimiento de los deberes que su calidad de guardianes les impone, y disponiendo que a falta de uno de ellos correspondería al otro su ejercicio (Decreto 2820 de 1974). Véase la Sentencia C-997 de 2004.

¹¹ Véanse las sentencias T-474 de 1996, C-1003 de 2007.

el conjunto de derechos y facultades que la ley atribuye al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de los hijos, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su condición les impone, es decir, para garantizar respecto de los hijos su protección, bienestar y formación integral, desde el momento mismo de la concepción, y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado [Sentencia C-145, 2010].

También precisó que la patria potestad "hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo" (Sentencia C-145, 2010). El ejercicio de la patria potestad corresponde principalmente a los padres, de manera conjunta, respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos (Sentencia C-145, 2010).

Una consideración importante de la jurisprudencia constitucional es que la patria potestad engloba un conjunto de *derechos instrumentales*, "cuyo ejercicio, restringido única y exclusivamente a sus titulares, sólo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del menor" (Sentencia C-145, 2010). Estos derechos instrumentales consisten en: (i) la representación legal del hijo o hija menor, (ii) la administración de algunos de sus bienes, (iii) y su usufructo (Sentencia C-145, 2010). No se puede entender que las facultades derivadas de la patria potestad constituyan "un derecho subjetivo en cabeza de los padres, sino que se trata de derechos concedidos a favor de los niños y niñas, razón por la cual su falta de ejercicio o su ejercicio inadecuado puede derivar en sanciones para el progenitor" (Sentencia C-145, 2010).

Posteriormente, en el 2013, la Corte Constitucional reafirmó estas consideraciones en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 288 del Código Civil que establecía el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre "los hijos legítimos", excluyendo a otros niños y niñas nacidos de madres solteras o uniones maritales de hecho (Sentencia

C-404 de 2013). Considerando discriminatoria la diferenciación de trato entre los hijos por su nacimiento u origen familiar, la Corte consideró a la patria potestad como *un instrumento* para garantizar el desarrollo armónico e integral de los hijos e hijas, que a su vez impone a la pareja el deber de sostener y educarlos mientras sean menores de edad.¹²

En consecuencia, la patria potestad es una institución jurídica para facilitar la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación, lo que significa que no opera a favor del provecho personal de los padres y madres, "sino como un deber que reporta bienestar al menor en cuanto a la crianza, la educación, el establecimiento de la persona; esto último relacionado directamente con la ayuda y asistencia que le deben otorgar al menor" (Sentencia C-404, 2013).

En 2016, considerando las situaciones que llevan a la suspensión y terminación de la patria potestad, reguladas en los artículos 310, 311 y 315 del Código Civil,¹³ la Corte Constitucional estimó que "cuando los padres descuidan el cumplimiento de los deberes que tienen para con los hijos, o no ejercen en forma adecuada las atribuciones legales que les han sido reconocidas para favorecer los intereses de los menores de edad, se exponen a ser despojados de las facultades derivadas de la patria potestad" (Sentencia C-262, 2016).¹⁴

¹² Sentencia C-404, 2013. La Corte citó las sentencias T-474 de 1996 y C-145 de 2010 que establecen: "los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el del interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado. Sobre esa base, también explicó que los derechos que se derivan de la patria potestad son derechos instrumentales, cuyo ejercicio, restringido única y exclusivamente a sus titulares, sólo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del menor".

¹³ De acuerdo con dichos artículos, la patria potestad se suspende con respecto a cualquiera de los padres, previa decisión judicial que así lo determine, (i) por su demencia, (ii) por estar en entredicho la capacidad de administrar sus propios bienes y (iii) por su larga ausencia. De igual manera, la patria potestad termina, también mediante pronunciamiento del juez, por las mismas causales previstas para que opere la emancipación judicial (Véase el Código Civil, artículo 315). Esto es: (i) por maltrato del hijo, (ii) por haberlo abandonado (iii) por depravación que los incapacite para ejercer la patria potestad, y (iv) por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año. Véase la Sentencia C-262 de 2016.

¹⁴ Se demandó la inconstitucionalidad del artículo 310 del Código Civil, alegando que la regulación de la suspensión de la patria potestad era discriminatoria por establecer sólo esa posibilidad cuando

Estas sentencias si bien no se deshacen enteramente de la idea de la patria potestad como una institución legal "personal e intransferible", la instrumentalizan como una facultad en beneficio del desarrollo integral de los hijos e hijas, considerando que la vinculación de su ejercicio al matrimonio como una unión afectiva privilegiada por la legislación civil para establecer la filiación supone reforzar categorías discriminatorias de "hijos naturales o ilegítimos." Asimismo, conciben el ejercicio de la patria potestad como un privilegio conjunto de la pareja, y no sólo del padre.

3. La responsabilidad parental y el principio de interés superior de la infancia

El interés superior de la infancia es un principio desarrollado por la jurisprudencia constitucional con base en el artículo 44 de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Esto significa que los NNA no sólo deben considerarse *objetos de especial protección constitucional*, sino que sus intereses *prevalecen* en el ordenamiento jurídico sobre los de otras personas.¹⁵ Así pues, la Corte ha considerado que velar por el interés superior del niño significa que en todas las medidas que les conciernan, las autoridades deben atender sus intereses sobre otras consideraciones y derechos, promoviendo que reciban un trato preferente, en forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembros de la sociedad (Sentencia T-663, 2017).¹⁶

está en cabeza de los "cónyuges", dejando por fuera los casos de filiaciones parentales distintas a la matrimonial. La sentencia moduló la norma enunciando una fórmula sustitutiva de interpretación de la palabra "cónyuges", para reemplazarla por "padres", aclarando que "la expresión 'padres' no puede ser comprendida desde una interpretación inconstitucional. Se refiere a padres y madres, en el marco de cualquier forma de familia protegida constitucionalmente", como lo indica su jurisprudencia previa. Véase la Sentencia C-262 de 2016.

¹⁵ La prevalencia de los derechos de los niños forma parte del desarrollo del principio del interés superior la infancia, aún antes de la Constitución de 1991, puesto que el artículo 20 del Código del Menor (Decreto 2737/89) ya lo contemplaba. Ésta es una consideración reiterada por la jurisprudencia constitucional. Véase sentencias C-997 de 2004, T-510 de 2003, T-115 de 2014, Sentencia C-262 de 2016, T-512 de 2017, T-663 de 2017.

¹⁶ Dicho artículo establecía: "Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán sobre toda otra consideración, el interés superior del menor."

La Corte ha resaltado que el interés superior del menor:

no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza *real y relacional*, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal [Sentencia T-510 de 2003].

Es importante destacar que en su interpretación del principio de interés superior de la infancia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha fundamentado sus decisiones en varios instrumentos internacionales que, conforme al artículo 93 de la Constitución, integran el bloque de constitucionalidad, pues contienen la obligación del Estado de brindar una protección especial a NNA. Las convenciones más citadas por la Corte son la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En los casos donde se diriman conflictos relacionados con NNA, la Corte Constitucional ha enfatizado que la aplicación del principio del interés superior del menor adquiere trascendental relevancia para efectos de poder eliminar los riesgos que puede generar el margen de discrecionalidad de las autoridades para hacer valoraciones (Sentencia T-663, 2017). Dicho tribunal ha fijado *estándares constitucionales* a las autoridades administrativas y judiciales para la satisfacción de este principio, clasificándolos en criterios *fácticos* —que analicen íntegramente las circunstancias específicas del caso— y *jurídicos*, referentes a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil (Sentencia T-510 de 2003).

En la valoración de los **criterios fácticos**, las autoridades deben:

siempre efectuar una cuidadosa ponderación de las circunstancias que rodean al niño, niña o adolescente involucrado. Para

ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones de los profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión (Sentencia T-510 de 2003).

Respecto de los **criterios jurídicos**, se debe atender a: (1) la garantía del desarrollo integral del menor, así como la plena evolución de su personalidad;¹⁷ (2) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los NNA incluyendo, entre otros, los señalados en el artículo 44 constitucional;¹⁸ (3) la protección frente a riesgos prohibidos;¹⁹ (4) el equilibrio con los derechos de los padres, siempre y cuando el ejercicio de estos derechos, no ponga en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del NNA, ni genere riesgos prohibidos para su desarrollo;²⁰ (5) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor;²¹ y (6) la necesidad de razones poderosas que

¹⁷ Esta obligación está consagrada a nivel constitucional (artículo 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 27) y legal (Código del Menor, artículo 3). Compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada NNA. Véase la Sentencia T-510 de 2003.

¹⁸ Estos derechos son: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, la Corte ha explicado que no se agotan ahí. Véase la Sentencia T-510 de 2003.

¹⁹ La Corte ha considerado que "se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas." Las situaciones irregulares del Código del Menor proporcionan, de acuerdo con la Corte Constitucional, "un catálogo de riesgos graves" para los NNA que se deben evitar a toda costa. El catálogo es enunciativo. Véase la Sentencia T-510 de 2003.

²⁰ La Corte explica que si bien es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; en casos de conflicto en los que que no se pueda armonizar entre dichos derechos, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. Los derechos e intereses de los padres y madres únicamente puedan ser antepuestos a los de los NNA cuando ello satisfaga su interés prevaleciente. De la misma forma, únicamente se puede dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres/madres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Cuando se ponga en riesgo a los NNA por hacer prevalecer los derechos de los padres o madres, es legítima la intervención del Estado. Véase la Sentencia T-510 de 2003.

²¹ Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cum-

justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno-filiales.²² Asimismo, en fallos posteriores, la Corte Constitucional ha sumado a estos criterios jurídicos enunciados, el respeto por el derecho de los niños y las niñas a ser escuchados, y a participar en las decisiones que los involucran, de conformidad con sus capacidades evolutivas.²³

Estos criterios de aplicación del principio de interés superior de la infancia están estrechamente relacionados con el concepto de *responsabilidad parental*, que ha sido definido por la Corte Constitucional como: "un conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño" (Sentencia T-512 de 2017). La Corte ha apoyado sus fallos en la definición del artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, según el cual:

la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.²⁴

plan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. El contenido y las manifestaciones del derecho de los niños a crecer en una familia se precisa en la siguiente sección (numeral 3.2.).

²² El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápite anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella —un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta.

²³ En cumplimiento de sus obligaciones internacionales, reflejadas en el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la Corte ha considerado que "el respeto al debido proceso de los niños, está estrechamente ligado a que en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, éstos tengan la posibilidad de ser escuchados y de que sus opiniones sean tenidas en cuenta, en la medida de sus capacidades y de su madurez." Véase la Sentencia T-115 de 2014.

²⁴ Véase el, Código de la Infancia y la Adolescencia, 2006.

Realmente la caracterización legislativa de la responsabilidad parental como "un complemento de la patria potestad" es confusa. Del análisis de la interpretación constitucional de ambas figuras, no se aprecian diferencias sustantivas entre ellas. La Corte Constitucional en sus sentencias de las últimas dos décadas ha reafirmado que la patria potestad debe entenderse no como un "derecho subjetivo" de los padres y madres, sino como un conjunto de deberes y facultades cuyo fin es salvaguardar los derechos fundamentales de los NNA. Es decir, la patria potestad constituye *un instrumento* para la realización del interés superior de la infancia. Lo cual no es distante del entendimiento de la responsabilidad parental de la Corte en sus sentencias más recientes.²⁵

En la sentencia T-512 de 2017, la Corte analizó una tutela promovida contra una providencia judicial en el caso de una niña de nueve años de edad cuya madre había sido reclusa en un centro penitenciario por su historial de uso de sustancias psicoactivas. La Defensoría de Familia declaró a la niña en una "situación de adoptabilidad". La madre se opuso a dicha declaratoria y el Juez de Familia se negó a homologar la resolución de adoptabilidad por falta de verificación de las condiciones de la madre de la niña. Por el contrario, la Corte ordenó homologar la resolución de adoptabilidad de la niña con base en la protección de su interés superior y en la figura de la responsabilidad parental, mediante la cual: "el Estado debe vigilar, sin una intervención arbitraria o abusiva, por el pleno cumplimiento de tales deberes en favor de los menores de edad, ante el incumplimiento de tales obligaciones derivadas de la responsabilidad parental" (Sentencia T-512 de 2017).

El derecho de los niños a tener una familia supone entonces, como regla general, que se garanticen vínculos familiares estables y duraderos. Sin embargo, esta regla admite como excepción que "los niños, niñas y adolescentes puedan ser separados de sus padres y/o de su núcleo familiar, cuando así lo imponga su interés superior" (Sentencia T-512 de 2017).

²⁵ Véanse las sentencias T-512 de 2017 y T-633-17.

Lo anterior se vincula con las razones judiciales por las cuales puede ser suspendida o terminada la patria potestad (Sentencia C-262 de 2016).

Posteriormente, la Corte falló de manera similar otra tutela contra la providencia de un juzgado familiar que se negó a homologar la resolución emitida por la Defensoría de Familia declarando en situación de adoptabilidad a una niña de once años que sufría violencia intrafamiliar (Sentencia T-663 de 2017). Sobre el concepto de responsabilidad parental, la Corte resaltó que:

aborda unos mínimos que no pueden estar definidos a través de conceptos "cerrados" o tradicionales de familia, o estar sustentados en criterios sospechosos de discriminación como la religión, el género, la orientación sexual, la condición social, la presencia de enfermedades como el VIH, u otras [Sentencia T-663 de 2017].

En este sentido, la Corte Constitucional reconoció que, en esta materia, el derecho de familia de las sociedades democráticas y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) han contribuido significativamente para ampliar los conceptos de familia (Sentencia T-663 de 2017).²⁶ Por tanto, los principios de igualdad y no discriminación, así como el interés superior de la infancia deben orientar las decisiones administrativas y judiciales respecto de la separación de un NNA de su núcleo familiar, valorando integralmente las circunstancias fácticas de cada caso. Por ejemplo, en casos de niñas víctimas de violencia intrafamiliar en situación de adoptabilidad, que han sido alejadas del padre y/o madre biológica, la evaluación debe considerar las consecuencias psicológicas de la violencia, tomando en cuenta que si bien "los padres tienen unos derechos que deben ser respetados y promovidos por las autoridades, en este caso el ejercicio de esos derechos implica un riesgo alto para la salud emocional de la niña". (Sentencia T-663 de 2017). En consecuen-

²⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Karen Atala e hijas vs. Chile, 2012.

cia, la armonización de los derechos de los padres, no podía en este caso particular, resolverse a favor de adoptar una medida de reintegro de la niña a su núcleo familiar.

4. Corresponsabilidad e igualdad entre padres y madres: deberes de crianza, educación y alimentos

La legislación civil en Colombia promueve la igualdad de responsabilidades de padres y madres frente a sus hijos e hijas respecto de las obligaciones alimentarias, la crianza, la educación y el cuidado.²⁷ De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, "la igualdad reconocida a los padres en las relaciones paterno-filiales y en el ejercicio de la patria potestad, tiene como efecto garantizar el interés superior del niño, que requiere de la presencia, orientación y cuidado de ambos progenitores" (Sentencia C-727 de 2015). Sin embargo, esto no significa que "estos cumplan sus obligaciones con la misma intensidad", ya que puede haber circunstancias que lo impidan como el abandono, el fallecimiento o el maltrato por parte de alguno (Sentencia C-727 de 2015).

En este sentido, es importante aclarar que el ejercicio de la patria potestad y los deberes que se originan por la responsabilidad parental son dos cuestiones distintas, aunque están relacionadas. La patria potestad se puede suspender o terminar, por sentencia judicial, en casos de maltrato, abandono, estar sujeto a una pena privativa de la libertad superior a un año, o por alguna otra causa de insuficiencia moral que incapacite para ejercer la patria potestad.²⁸ No se considera una persona idónea para ejercer la patria potestad quien: a) asume la condición de padre o madre en contra de su voluntad, por una simple casualidad, y por decisión de autoridad (Sentencia C-145 de 2010); b) realiza maltrato general hacia los niños y las niñas bajo su cuidado (Sentencia C-1003 de 2007); o c) por

²⁷ Véase el Decreto 2820 de 1970, Decreto 772 de 1975, Ley 75 de 1968 y Ley 1098 de 2006, entre otras.

²⁸ Véanse los artículos 310, 311 y 315 del Código Civil.

haber sido condenado/a con un pena privativa de la libertad mayor a un año, y no probar "la suficiente solvencia moral, ética y social para el desarrollo integral y armónico de los niños" y niñas (Sentencia C-997 de 2004).

Sin embargo, la privación de la patria potestad, no implica que se extingan todas las obligaciones que los padres y madres tienen con sus hijos e hijas derivadas de la *responsabilidad parental* y que incluso, en ciertos casos, éstas pueden ser exigidas judicialmente, como los alimentos. En la práctica, la pérdida o suspensión de la patria potestad, "afecta las facultades de representación legal, administración y usufructo, pero se mantienen las obligaciones de crianza, cuidado personal y educación que se desprenden del deber paterno-filial" (Sentencia C-727 de 2015).

Para la Corte, el hecho de que el padre o la madre, o ambos, no ejerzan la patria potestad, no significa que se liberan de la responsabilidad parental. En realidad, la pérdida o suspensión de la patria potestad "se proyecta concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo, manteniéndose en cabeza de los padres los deberes de crianza, cuidado personal y educación" (Sentencia T-266 de 2012). Sin embargo, se mantienen vigentes las obligaciones morales y pecuniarias que les corresponden como padres y madres, surgidas de la relación filial que existe con los hijos e hijas. En este sentido, "el régimen de visitas pertenece a los deberes de crianza, cuidado personal y educación que no se extinguen con la pérdida de la patria potestad" (Sentencia T-266 de 2012).

De acuerdo con el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia, la responsabilidad parental, supone deberes compartidos y solidarios entre el padre y la madre, de "orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de sus hijos menores de edad", que persisten incluso cuando se suspende o se priva a los padres o las madres de la patria potestad (Sentencia C-727 de 2015). Tomando en consideración estos deberes compartidos entre padres y madres, en relación con los principios de igualdad e interés superior de la infancia establecidos en los artículos 42, 43 y 44 de la

Constitución, la Corte determinó que era inconstitucional la parte final del artículo 149 del Código Civil por establecer una carga desproporcionada al cónyuge culpable a raíz de la nulidad matrimonial respecto de las obligaciones alimentarias hacia los hijos e hijas, que son inherentes a ambos (Sentencia C-727 de 2015).

En su jurisprudencia constitucional, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a los alimentos de los niños y las niñas implica también obligaciones que se desprenden de los deberes paterno-filiales establecidos en la ley, como los de garantizar el sostenimiento y la educación de sus hijos, proporcionando los elementos necesarios para su subsistencia física, así como su desarrollo moral e intelectual (Sentencia C-727 de 2015). De acuerdo con la Corte, los alimentos tienen como fundamentos constitucionales: el interés superior del niño, la protección especial de la familia en el ordenamiento jurídico, así como los principios de solidaridad y de equidad.²⁹ Se considera que es constitucionalmente legítimo establecer en la ley "distintas intensidades de la obligación alimentaria, a fin de consagrar un deber más intenso para el alimentante en relación con aquellas personas que le son más próximas y frente a las cuales tiene un mayor deber de solidaridad, y una obligación menos fuerte frente a otras personas en relación con las cuales su deber de solidaridad es menor" (Sentencia C-156 de 2003).

Asimismo, la patria potestad y el derecho de alimentos son garantías que "la Constitución y la ley contemplan para asegurar el desarrollo armónico e integral de los niños". A pesar de que existe una corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado para realizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es la familia y principalmente los padres y madres, "quienes deben asumir 'de forma permanente y solidaria' (artículo 23 C.I.A.), el cuidado personal de sus hijos" e hijas (Sentencia C-237 de 1997).

²⁹ Quien reclame los alimentos deberá entonces: "(1) fundamentar su solicitud en una norma legal que le dé este derecho; (2) carecer de bienes y requerir los alimentos que solicita; (3) que la persona a quien se solicite los alimentos tenga efectivamente los medios económicos para darlos (proporcionalidad)." Véase Sentencia C-1033 de 2002.

Por ende, la Corte consideró que en casos de divorcio, separación o nulidad matrimonial, no se puede imponer una mayor obligación alimentaria al cónyuge culpable pues: "ambos padres deben encargarse de sus hijos concurriendo de manera conjunta a su crianza, sostenimiento y educación." (Sentencia C-727 de 2015). Si bien la intensidad con la que cada uno asuma estas cargas, puede variar en función de sus posibilidades efectivas de realizarlas:

imponer como sanción el deber de asumir totalmente la obligación alimentaria a uno de los progenitores, no por la falta de medios económicos del otro, sino por haber sido hallado culpable en el proceso de nulidad del matrimonio, es contrario a la Constitución no sólo porque ésta consagra que los progenitores son igualmente responsables frente a sus hijos, sino también porque se desconoce el interés superior del niño, cuyos derechos deben ser garantizados por sus padres en virtud de la relación paterno-filial que los une y que en nada se ve afectada por la declaración de nulidad del vínculo matrimonial [Sentencia C-727 de 2015].

En este sentido, es claro que los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental, en particular sobre las obligaciones alimentarias, son independientes del vínculo matrimonial y deben satisfacerse de manera igualitaria por ambos cónyuges. En casos de disolución del matrimonio:

La regla aquí es la igualdad de deberes y cargas, frente a los hijos que son los sujetos activos de derechos que aquellos deben asumir de manera perentoria y con la fuerza jurídica derivada de un régimen de orden público del que no pueden escapar. De esta manera, la mayor o menor responsabilidad en la patología de la relación contractual, como lo es la matrimonial, no se erige en eximente de responsabilidad para el otro cónyuge o en un incremento de la carga para el culpable, en el plano de los deberes paterno-filiares, puesto que los dos concurren en términos de estricta igualdad ante un mismo deber superior de orden público [Sentencia C-727 de 2015].

5. Responsabilidad parental, custodia compartida y régimen de visitas de NNA

En el 2018, la Corte Constitucional analizó una acción de tutela de una madre que alegaba se habían violado sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia, así como el interés superior de los menores por la sentencia de la Corte Suprema que otorgó la custodia compartida a ambos padres sin que, a juicio de la accionante, se consideraran pruebas sobre la falta de cualidades personales del padre para tener la custodia y el cuidado personal de los niños S.I. y J.A., así como contar con un ambiente adecuado para el desarrollo de sus hijos (Sentencia T-384 de 2018).

La Corte Constitucional consideró que el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos es un elemento de la responsabilidad parental (o progenitura responsable) y desde un enfoque constitucional debe asegurar no sólo el interés superior de la infancia, sino también el derecho de los NNA a tener una familia y a no ser separados de ella (Sentencia T-384 de 2018).

A pesar de no existir una regulación integral de la custodia compartida, la Corte determinó que dicho modelo debe seguir los principios de corresponsabilidad e igualdad parental, así como el derecho a la coparentalidad de los niños, niñas y adolescentes (Sentencia T-384 de 2018). La custodia compartida significa que tanto el padre como la madre están encargados del cuidado personal de los hijos, teniendo las siguientes prerrogativas: "(i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión cualquier clase de violencia física o moral; (ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para éstos; y, (iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos." (Sentencia T-384 de 2018).

La Corte reafirmó los criterios para decidir la custodia de un NNA, establecidos en la Sentencia T-442 de 1994, donde previamente se había analizado una acción de tutela formulada por el abuelo materno de un niño contra un juzgado de familia que concedió su custodia a los padres, "quienes jamás habían asumido la progenitura responsable y generaban desbalance emocional en el hijo" (Sentencia T-384 de 2018). Por tanto, la Corte consideró que el interés superior de los niños y la opinión de éstos deben ser tenidos primordialmente en cuenta en el análisis de las disputas por su custodia y cuidado personal (Sentencia T-442 de 1994).

Los criterios para decidir casos de custodia establecen que: (1) se debe valorar objetivamente la situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar condiciones de bienestar y desarrollo integral del NNA; (2) se deben analizar las circunstancias y situaciones favorables en cada caso sobre las condiciones del NNA en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia "puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado"; (3) tomar en cuenta la opinión del NNA cuando sea libre, espontánea y no esté viciada en su consentimiento; (4) favorece el interés superior de la infancia y el derecho a tener una familia y no ser separados de ella frente a las aspiraciones y pretensiones de quienes pretenden asumir la custodia del NNA (Sentencia T-384 de 2018).

En el caso concreto, la Corte Constitucional encontró un defecto sustantivo en el proceso civil sujeto a revisión relacionado con la fórmula que aplicó el juzgado acusado al momento de determinar: "(i) el tiempo de permanencia de los niños con cada uno de sus padres; y, (ii) la imposición de cuota alimentaria *únicamente* en cabeza de la madre accionante." (Sentencia T-384 de 2018). Por tanto, estimó que se vulneraba la igualdad de derechos y de obligaciones que impone la responsabilidad parental en el modelo de custodia compartida, puesto que los principios de corresponsabilidad e igualdad parental parten de un "reparto *efectivo, equitativo y equilibrado* de las responsabilidades de los progenitores en el ejercicio de sus funciones parentales asociadas a la crianza, el cuidado,

la educación y la manutención de los hijos comunes (... 42 superior, 253 del CC, 14, 23 y 24 del CIA)" (Sentencia T-384 de 2018).

Lo que se traduce también en una violación de los derechos fundamentales de los NNA, "en especial a disfrutar de una sana y equitativa coparentalidad que beneficie su interés superior a partir de la convivencia equitativa con cada uno de los progenitores" (Sentencia T-384 de 2018). Por tanto, ordenó revocar la sentencia de la Corte Suprema proferida y al Juzgado de Familia emitir una nueva que tomara en cuenta el reparto equitativo de obligaciones en materia alimentaria y de cuidado de los hijos entre el padre y la madre.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la relación entre la responsabilidad parental y el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella. Particularmente, en casos de divorcio, la Corte ha sido enfática en que en estos escenarios las obligaciones de los padres para realizar los derechos de los NNA adquieren una intensidad superior puesto que éstos requieren "de mayor atención y comprensión de sus padres, para no resultar perjudicado por el conflicto de ellos". Pese a la ruptura conyugal, los niños conservan su derecho fundamental a tener una familia y "los padres deben poner en funcionamiento todos los mecanismos a su alcance para materializar este derecho, siendo reprochables las conductas tendientes a tomar a [...] sus hijos como instrumento de manipulación y destrucción recíproca, olvidando que perjudican al menor" (Sentencia T-500 de 1993).

Del igual forma, en la sentencia T-115 de 2014, la Corte se pronunció en el caso de una madre que le impedía a su ex pareja visitar a sus hijos menores de edad –desconociendo el padre el domicilio de ellos, sus datos de contacto, el colegio al que iban, etc. Por tanto, se resaltó la importancia de las visitas en favor del padre que no tiene la custodia, después de precisar que la separación entre ellos altera la dinámica del niño y su desarrollo. En este sentido, la Corte consideró que "cualquier decisión que involucre a los niños o adolescentes debe consultarse en un

diálogo abierto entre la estructura familiar modificada y diferenciar con absoluta claridad que cualquier conflicto entre los padres no debe afectar a los niños" (Sentencia T-311 de 2017). Así:

los progenitores deben evitar todo comportamiento que quebrante o debilite los vínculos familiares, tales como aquellos que paralicen el contacto y la comunicación libre y directa entre sus miembros, o los que privilegien la exposición deslucida o degradante de uno de ellos, como quiera que este tipo de contextos generan graves grietas en la unidad familiar, impidiendo el desarrollo integral de los hijos en el marco de la protección constitucional a los derechos de la infancia [Sentencia T-115 de 2014].

Es evidente que cuando los padres o madres biológicos no cumplen debidamente con sus obligaciones de cuidado y crianza de sus hijos e hijas, el Estado debe intervenir para limitar su responsabilidad parental. La Corte Constitucional ha tutelado los derechos de NNA a la integridad, libre desarrollo de su personalidad y dignidad cuando han sido sujetos de violencia familiar. En el caso de una tutela interpuesta por una niña de nueve años, en representación de su hermana menor, la Corte analizó la tutela a pesar del alegato del Juzgado Familiar de que una niña de nueve años de edad no tiene capacidad de representación de su hermana menor (Sentencia T-503 de 1994). Al respecto, la jurisprudencia de la Corte ha afirmado de manera sostenida que, cuando se trata de los derechos de los NNA, la regla de subsidiariedad de la tutela "es menos rigurosa y se debe atender de manera primordial el interés superior de los menores de edad" (SU 696 de 2015).

En dicho caso, respetando la decisión que tome en su momento el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Villavicencio, la Corte estimó que la conducta de la madre con respecto a sus pequeñas hijas "es altamente lesiva, tanto desde el punto de vista moral, como jurídico, por cuanto, al parecer, incurre en tratos crueles, inhumanos y degradantes para con sus hijas, con lo cual se atentaría contra los derechos constitucionales consagrados en los artículos 12 y 44 superiores, y porque, *prima*

facie, es imputable a su conducta la figura de la violencia física y moral" (Sentencia T-503 de 1994).

Considerando que el artículo 44 de la Constitución reconoce como derecho fundamental de los NNA, "el cuidado y amor", la Corte estimó que los padres y las madres son los primeros obligados a darlos al niño o a la niña. Sin embargo, la falta continua de amor hacia el hijo o hija, promueve el incumplimiento de los deberes asociados a la maternidad o paternidad. De esta manera:

todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. Entonces, si un padre o una madre incumplen con su obligación constitucional, no sólo están incurriendo en actitud injusta, sino que no están desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la **actitud** debida conforme a derecho [Sentencia T-503 de 1994].

Por tanto, la Corte advirtió que si bien "la maternidad está reconocida por el orden jurídico internacional como derecho humano", no es un derecho absoluto, "porque se encuentra, como todo derecho, limitado, en este caso, por los derechos del mismo hijo y por el orden social justo" (Sentencia T-503 de 1994). En este sentido, determinó que el incumplimiento de los deberes de cuidado y protección de la madre para con sus hijas amerita la privación de la patria potestad. En virtud de la violencia física y moral ejercida sobre las niñas, la Corte consideró que se generaba un peligro grave e inminente para el bienestar de sus hijas, pudiendo su conducta llegar a tipificarse como delito, lesionado gravemente la integridad personal de las niñas (Sentencia T-503 de 1994). Por estas razones, la Corte concluyó que quedaran en custodia temporal del padre, mientras el Juzgado de Familia de Villavicencio decidía lo relacionado con su custodia y cuidado definitivo.

En una sentencia más reciente, la Corte Constitucional ha ahondado en el significado del deber de educación y corrección de los padres y madres respecto de sus hijos, considerando que como titulares de la patria

potestad no pueden tomar decisiones que les priven de tener una relativa autonomía, salvo que esté en peligro la vida del NNA. Tampoco el deber de corrección implica que puedan incurrir en maltratos o tratos crueles:

De tal manera, el derecho de corrección que tienen los padres respecto del hijo menor no tiene un carácter absoluto, pues encuentra como límite los derechos fundamentales del menor y debe siempre atender el interés superior del niño. Es así como el derecho de corrección no puede conllevar la posibilidad de imponerles sanciones que impliquen actos de maltrato, de violencia física o moral, o que lesionen su dignidad humana, o que se puedan confundir con éstos, por ser contrarios a la Constitución [Sentencia C-1003 de 2007].

Con fundamento en el Código de Infancia y Adolescencia, se estima que "en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos del menor" (Sentencia C-1003 de 2007). A la luz de los derechos fundamentales de los NNA, la Corte examinó la constitucionalidad del artículo 315 del Código Civil, numeral primero, que establece el *maltrato habitual* del hijo como causal de emancipación decretada judicialmente, y tiene como consecuencia la pérdida de la patria potestad.³⁰ La Corte concluyó que si bien la norma "persigue un fin constitucionalmente válido como es la protección del menor, en cuanto exige además que dicho maltrato sea habitual y además, que sea en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño, ofrece una protección tardía que a la luz de la nueva escala axiológica de nuestra constitución es inadmisibles" (Sentencia C-1003 de 2007). Asimismo, consideró que en el análisis de la causal del maltrato del hijo para decretar la emancipación

³⁰ El artículo 315 del Código Civil que fue demandado establecía: "La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales: 1. Por maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño".

del NNA, le corresponderá al juez valorar en cada caso concreto las circunstancias que afectan al niño o a la niña para determinar si amerita decretar la pérdida de la patria potestad del padre o la madre que incurre en tales conductas (Sentencia C-1003 de 2007).

6. ¿Quién puede ser padre y madre? La responsabilidad parental más allá de los vínculos biológicos

Además de los casos de separación entre padres y madres, la Corte ha determinado que el derecho fundamental de NNA a tener una familia se debe respetar con independencia de que existan o no vínculos de consanguinidad entre los padres, madres e hijos. En la sentencia T-278 de 1994, la Corte Constitucional protegió el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella de una niña que había sido entregada por su madre biológica a una pareja, alegando que no la había podido registrar a causa del fallecimiento del padre, y que si la niña se acostumbraba a la pareja podría ser adoptada por ellos. Sin embargo, cinco años después, la madre biológica de la niña (que para ese momento ya contaba con diez años e identificaba a la pareja como sus verdaderos padres) reclamó su entrega y la Defensoría de Familia de Bogotá, se la concedió. Al analizar la constitucionalidad de dicha providencia, la Corte Constitucional concluyó que la niña se había desarrollado como persona al lado de su familia de crianza, quienes constituían para ella sus "verdaderos y únicos padres", por lo que se debía dejar, de manera transitoria, al cuidado y la protección de esta pareja, mientras que la jurisdicción de familia tomaba una resolución definitiva al respecto (Sentencia T-278 de 1994).

De la interpretación de los artículos 42 y 44 de la Constitución, la Corte ha desprendido que la protección de los vínculos entre padres, madres e hijos no se limitan a los que se desarrollan dentro de familias nucleares, sino que ha considerado que también comprenden a las *familias extendidas, ensambladas, monoparentales u homoparentales*. En el caso de una abuela que fue separada de su nieta, a quien tuvo a su cuidado desde su

nacimiento, en virtud de que los otros abuelos de la niña solicitaron su custodia, se estableció que la protección constitucional para la familia como institución básica de la sociedad, no se reduce a amparar a un solo modelo familiar:

si, como en el caso que se examina, la familia nuclear no existe, la familia extendida que venga a llenar ese vacío merece igual protección porque cumple, para con los menores, con las funciones que le corresponden a aquella. Así, para la protección del derecho de la menor se confirmará, como ya se dijo, lo resuelto en la segunda instancia, como mecanismo provisional, y sólo mientras el juez de familia decide sobre la guarda de la menor [Sentencia T-041 de 1996].

En casos de familias homoparentales, la Corte ha protegido los derechos de los NNA con independencia de la orientación sexual de los padres o madres. En la sentencia, SU-696 de 2015, la Corte reiteró su jurisprudencia respecto de la legitimación que tienen los padres y madres para interponer acciones de tutela con el objeto de proteger de los derechos fundamentales de sus hijos e hijas frente a las acciones de las autoridades. En este contexto, la Corte otorgó el amparo a una familia homoparental, conformada por dos ciudadanos colombianos con residencia en Estados Unidos y que, con el fin de construir una familia, se realizaron un procedimiento de fertilización *in vitro*—en la cual los óvulos de una mujer donante fueron fertilizados con los espermatozoides de los dos actores—. La pareja tuvo dos hijos que fueron registrados en Estados Unidos.

Sin embargo, el Consulado colombiano no expidió los registros civiles de nacimiento de los niños, ni tampoco accedieron a esta petición distintas notarías alegando la falta de una norma que les autorizara a registrar a dos menores de edad como hijos de padres homosexuales. La Corte consideró que las autoridades colombianas habían incurrido en una mora injustificada para realizar dicho trámite violando los derechos de los padres a la dignidad, personalidad jurídica y al derecho a tener una familia de los niños, al ser expuestos a una posible expulsión del país por encontrarse en una situación migratoria irregular (SU-696 de 2015).

Por otra parte, al conocer de la constitucionalidad de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006 que regula la adopción, la Corte declaró válidas las solicitudes de adopción realizadas por parejas del mismo sexo cuando versen sobre el hijo biológico de su compañero o compañera permanente. Con fundamento en la diversidad familiar, se consideró que la falta de reconocimiento jurídico del vínculo de filiación conllevaría un déficit de protección del derecho de las personas integrantes del núcleo familiar a tener una familia y a no ser separados de ella, incluyendo familias fundadas por personas del mismo sexo (Sentencia C-071 de 2015).

Diversas tutelas analizadas por la Corte Constitucional que involucran la responsabilidad parental en casos de NNA que habitan "familias de crianza", desvirtúan la presunción jurídica que opera a favor de los padres y madres biológicos, cuando el niño o niña se encuentra lejos de ellos, y reconoce como responsables de su cuidado a su familia de crianza (Sentencia T-292 de 2004; Sentencia T-497 de 2005). Por tanto, la Defensoría de Familia, antes de separar a un niño o niña de una familia no-biológica que le brinda cuidado, debe demostrar que existe un riesgo serio para su desarrollo si permanece con ella. En este sentido, la Corte ha estimado que:

no se puede aplicar la presunción constitucional sobre los parientes biológicos del menor en forma automática cuando se acredita que el núcleo familiar de crianza: (i) provee en forma óptima las condiciones requeridas por la niña para desarrollarse (ii) se han generado vínculos afectivos sólidos y estables de carácter recíproco, cuya afectación podría perturbar gravemente su proceso de desarrollo (Sentencia T-292 de 2004).

En conclusión, la responsabilidad parental se entiende vinculada al derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella (artículo 44 C.P.), priorizando los derechos de los NNA a tener custodia compartida en situaciones de divorcio, siempre y cuando el padre y la madre puedan asumir las obligaciones correspondientes de

manera igualitaria, así como el derecho prevaleciente a permanecer en familias de crianza, homoparentales y ensambladas con quienes se hayan creado lazos afectivos. Sin embargo, en casos de violencia física o moral, abandono o cuando los padres o madres no cumplan con las cualidades idóneas para el cuidado personal de NNA, se estima que existen razones justificadas para la intervención del Estado en la restricción de la responsabilidad parental.

7. Identidad de género y operaciones quirúrgicas: tensiones entre la autonomía de los NNA y el consentimiento parental

La jurisprudencia constitucional de Colombia en casos de niños y niñas que han tenido operaciones quirúrgicas en sus genitales para definir su identidad de género ha sentado criterios relacionados con la autonomía progresiva de los NNA, el consentimiento de los padres para solicitar las operaciones y tratamientos que resolvieran estados de ambigüedad sexual, y el rol del Estado en la protección del interés superior de la infancia. En 1995, cuando falló el primer caso de reasignación de sexo de un niño que tuvo una mutilación genital a los seis años, la Corte se hizo la siguiente pregunta: "¿Cuáles son los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?" (Sentencia T-477 de 1995). Para resolverla, se ponderaron dos principios en conflicto: el de la autonomía de los NNA, según el cual el propio paciente "debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor" (Sentencia T-477 de 1995).

Al pronunciarse a favor de la protección de los derechos a la identidad, dignidad, autonomía y autonomía del niño, la Corte Constitucional estimó que hay tres elementos necesarios para analizar en estos casos: a) la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del niño o niña; b) la intensidad del impacto del tratamiento sobre su autonomía actual y futura y c) su edad (Sentencia T-477 de 1995). En ese sentido,

consideró que hay tratamientos médicos ordinarios, es decir, de poco impacto para la autonomía del niño, y que le generan beneficios médicos, en los cuales los padres/madres pueden decidir en razón de su bienestar, como en el caso de las vacunas. Por otra parte, "no sería constitucionalmente válido que "un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por meras razones estéticas" (Sentencia T-477 de 1995).

En la sentencia SU-337 de 1999, mediante la cual la Corte unificó su jurisprudencia, se analizó el caso de una niña que a los tres años de edad fue diagnosticada con "pseudohermafroditismo masculino". Por lo anterior, se recomendó un tratamiento quirúrgico para la readecuación de sus genitales, debiéndose realizar de preferencia antes de llegar a la pubertad. La madre alegaba que podía dar el consentimiento de la niña por tener su patria potestad. En el análisis del caso, la Corte determinó que "el principio de autonomía tiene una prevalencia *prima facie*, pero no absoluta, sobre los valores concurrentes, y en especial sobre el principio de beneficencia" (SU-337 de 1999).³¹

La Corte concluyó que en niños o niñas menores de cinco años, el consentimiento de sus padres o madres es legítimo, siempre y cuando se trate de un "consentimiento cualificado y persistente" (Sentencia SU-337 de 1999). En el caso concreto, la Corte determinó que la madre de la niña no podía autorizar que su hija, quien ya contaba con ocho años de edad, fuera sometida a las operaciones o tratamientos hormonales destinados a readaptar sus genitales, porque estimó que no eran urgentes, existiendo evidencias de sus riesgos, siendo un procedimiento invasivo y científicamente discutido. Por tanto, se consideró que el consentimiento

³¹ Por tanto, el personal médico debe contar con la autorización del paciente para la realización de cualquier terapia, salvo que las particularidades del caso lo justifiquen. Por ejemplo, cuando hay emergencias médicas, el paciente se encuentra inconsciente o en grave riesgo de salud, se debe dar prevalencia al principio de beneficencia. Véase la Sentencia SU-337 de 1999.

sustituto materno no era aceptable prevalenciando el principio de autonomía y beneficencia de la niña. En este sentido, ordenó a las autoridades competentes tomar las medidas necesarias para que ella y su madre recibieran el apoyo psicoterapéutico e interdisciplinario adecuado para adelantar un consentimiento informado, con base en la posición propia de la niña.

En casos posteriores, la Corte Constitucional ha recordando que para evaluar si es válido el "consentimiento sustituto" de los padres o madres en casos de tratamientos médicos a NNA, es necesario tener en cuenta los criterios fijados en la Sentencia T-477 de 1995 y ponderar entre el principio de autonomía progresiva y el de beneficencia.³² De igual forma, la Corte ha aclarado en qué consiste el "consentimiento informado cualificado y persistente" de los padres o madres. En la Sentencia T-551 de 1999, consideró que tanto el Estado como la comunidad médica tienen el deber de ayudar a cualificar el consentimiento parental, para lo cual resultan útiles los protocolos médicos para que los pacientes decidan si aceptan o no tratamientos que pueden ser invasivos o riesgosos, cuando no hay una claridad total de sus beneficios.³³

Así, la Corte precisó que el consentimiento parental sustituto debe estar precedido por: a) información detallada proporcionada por personal médico, b) dentro de unos plazos razonables, que permitan a los padres o madres evaluar las alternativas de decisión, tomando en consideración las necesidades de sus hijos, y c) ser *persistente*, "es decir, reiterado y debidamente reflexionado, y no debe obedecer a meras presiones sociales y de estigmatización sobre los padres" (Sentencia T-551 de 1999). Estos criterios se han aplicado para resolver varias tutelas interpuestas

³² Arango, 2019.

³³ Los protocolos para el consentimiento del paciente recurren en general a tres mecanismos: (i) una información detallada, (ii) unas formalidades especiales y (iii) una autorización por etapas. La Corte entiende que por medio de esos requisitos, los equipos médicos pretenden asegurar lo que podríamos denominar un "consentimiento informado cualificado y persistente", antes de que se llegue a los tratamientos irreversibles, como puede ser una cirugía. Véase la Sentencia T-551 de 1999.

por padres y madres en casos de reasignación genital donde está en juego la identidad de género de los NNA.³⁴

La línea jurisprudencial de la Corte Constitucional arroja las siguientes reglas de interpretación en la resolución de este tipo de casos (Sentencia T-622 de 2014):

a) El consentimiento informado es un requisito esencial para la legitimidad constitucional de la práctica de procedimientos médicos, y el personal de salud no puede tomar decisiones desconociendo la condición de sujeto libre y moralmente autónomo del paciente.

b) En el caso de procedimientos médicos en menores de edad se presenta una tensión entre el principio de autonomía y el principio de beneficencia. Por regla general, son los padres los responsables de expresar su consentimiento, sin embargo cuando tengan la madurez suficiente debe prevalecer la voluntad informada de los niños y niñas.

c) El consentimiento sustituto parental debe ser cualificado y persistente, es decir, suficientemente informado en cuanto a los riesgos, beneficios y otros tratamientos médicos alternativos. Este proceso debe desarrollarse en conjunto con un equipo médico e interdisciplinario especializado. Debe ser igualmente persistente, lo que significa que el consentimiento manifestado por los padres no debe obedecer a presiones externas ni por un estado de ánimo momentáneo sino que debe ser la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina.

d) La facultad que tienen los padres de emitir un consentimiento sustituto no puede interpretarse en términos absolutos, toda vez que los niños y niñas están capacitados para tomar decisiones

³⁴ Véanse las sentencias de las siguientes tutelas: T-692 de 1999, T-1390 de 2000, T-1025 de 2002, T-1021 de 2003 y T-912 de 2003.

sobre su propia salud en directa proporción con su nivel de desarrollo, debiendo ser debidamente escuchados.

e) No es lo mismo la capacidad legal que la autonomía para autorizar un tratamiento médico, por lo cual, un menor, que es legalmente incapaz, puede ser plenamente competente para tomar una decisión sanitaria.³⁵ De manera que el consentimiento sustituto paterno no es absoluto, y debe matizarse en los casos en los que: (i) no existe riesgo a la vida e integridad del menor, y por ende, la operación ha realizar no es urgente, y (ii) el niño o niña ha superado el umbral crítico de la identificación de género y tiene una clara conciencia de su cuerpo.

f) En principio, cuando se supera la edad de los cinco años de edad, no es constitucionalmente admisible el consentimiento sustituto para la operación de asignación de sexo y, consecuentemente, para el tratamiento hormonal. De esta manera, la decisión sobre la realización de dicha operación correspondería al niño o niña, considerando la necesidad de evitar las consecuencias de la pubertad.

g) Los tratamientos hormonales y las cirugías en estados de ambigüedad genital son procesos invasivos para una persona. Por tanto, es necesario, con el objeto de proteger los derechos fundamentales del niño o niña a su autonomía, identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad, un apoyo permanente psicoterapéutico y la constitución de un equipo interdisciplinario que incluya no sólo profesionales de la medicina sino también un trabajador social, para acompañar al menor y a sus padres en todo el proceso clínico.

Estas reglas fueron esquematizadas en la Sentencia T-622 de 2014, en un caso de un niño de once años diagnosticado de "ambigüedad sexual" por

³⁵ De los conceptos médicos analizados por la jurisprudencia estudiada, la Corte rescata que "algunos profesionales de la salud consideran que en la actualidad, muchos niños, por lo general después de los 5 años, pueden ya tener la autonomía suficiente para decidir si autorizan o no ciertos tratamientos." Véase la Sentencia T-622 de 2014.

hermafroditismo masculino, y registrado inicialmente con sexo femenino, en el cual se advirtió que la institución de salud EPS Suramericana vulneró sus derechos fundamentales a la identidad sexual, a la salud, y a la vida digna, "por no adelantar prioritariamente la evaluación de su caso y no tomar oportunamente las medidas necesarias para que el proceso de reasignación de sexo que desea el menor cumpla con un consentimiento informado, cualificado y persistente" (Sentencia T-622 de 2014).

Cabe destacar, como lo señala Arango, que esta línea jurisprudencial de la Corte apunta a una resignificación de la figura de la patria potestad,³⁶ entendida, como la prevalencia del consentimiento parental por la capacidad jurídica de los padres o madres sobre decisiones íntimas que afectan a sus hijos e hijas. La Corte al considerar que los NNA, especialmente a partir de los cinco años, pueden tener autonomía para decidir sobre tratamientos médicos que tienen un impacto de largo plazo en su desarrollo sexual e identidad de género ha valorado sus capacidades evolutivas, haciendo del consentimiento parental uno de carácter "sustituto y persistente", formado a través del apoyo del diagnóstico y las recomendaciones médicas. Así, la Corte Constitucional ha materializado el principio de la autonomía progresiva de los NNA en intervenciones médicas que impactan en su orientación sexual e identidad de género.

8. La corresponsabilidad parental y la educación inclusiva de NNA en situaciones de discapacidad

La principal diferencia entre la patria potestad y la responsabilidad parental estriba en que la segunda implica un *principio de corresponsabilidad* entre padres, madres y tutores, en conjunto con el Estado y la sociedad para hacer prevalecer los derechos de los NNA. En consecuencia, la responsabilidad parental es una figura jurídica mejor equipada para hacer

³⁶ Arango, 2009.

valer el principio de interés superior de la infancia puesto que abarca deberes compartidos entre los responsables directos del cuidado y crianza de un NNA (padres, madres y tutores), en conjunto con sujetos indirectos que tienen también un interés de velar por la protección de los intereses de los NNA (escuelas, instituciones de salud, etc.), y el Estado. Así, el artículo 10 del Código de la Infancia y la Adolescencia exige la "conurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes."

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el principio de corresponsabilidad es un elemento determinante en la protección de los derechos de los NNA. En casos donde los derechos fundamentales de los NNA a la educación han estado en riesgo, la Corte Constitucional ha desprendido el principio de corresponsabilidad del artículo 67 de la Constitución que establece: "el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación". Por tanto, la familia y la sociedad tienen una obligación genérica de "asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos" (Sentencia SU-043 de 1995). También, la Corte ha precisado que la intervención del Estado en los asuntos familiares debe ser "marginal y subsidiaria",³⁷ siendo la primera obligada, frente a los derechos de los niños, "la familia, como núcleo esencial de la sociedad" (Sentencia T-364 de 2019).

En este sentido, la Corte ha considerado que la interpretación sistemática de los artículos 13, 44 y 68 de la Constitución crea una serie de obligaciones estatales, sobre todo para las instituciones educativas y las familias de los NNA en situación de discapacidad, para asegurar su derecho a la *educación inclusiva*.³⁸ La educación inclusiva implica un "enfoque social, cuyo objetivo es que los menores en condición de discapacidad no pueden ser apartados de los demás [estudiantes] en razón de sus características

³⁷ Véanse, entre otras, las sentencias SU-225 de 1998 y T-887 de 2009.

³⁸ Véanse las sentencias T-170 de 2019 y T-364 de 2019 sobre casos de derechos a la educación inclusiva y protección de la salud de NNA en situación de discapacidad.

personales, muchas de las cuales tradicionalmente han sido catalogadas y percibidas como limitaciones individuales" (Sentencia T-364 de 2019).

El Estado está obligado a la prestación de servicios educativos en condiciones de no discriminación. En conjunto con esta obligación estatal, la Corte ha considerado que las familias e instituciones educativas también tienen cargas que asumir al respecto, de acuerdo con el principio de corresponsabilidad establecido en el artículo 10 del Código de Infancia y Adolescencia. Por ende, ha precisado que:

todos y cada uno de los derechos que el ordenamiento constitucional consagra a favor de los niños y niñas, contienen obligaciones a cargo del Estado y de la familia, los padres, o aquellos que tienen su custodia. En este orden de ideas, las obligaciones que surgen [...] del derecho fundamental a la educación [...], no comprometen exclusivamente al Estado, se extienden a las familias y a la sociedad en general [Sentencia T-364 de 2019].

En casos de niños con trastornos del espectro autista, en los que la EPS³⁹ había negado la prestación del servicio de acompañamiento terapéutico psicológico por no estar previsto dicho tratamiento en el Plan de Beneficios de Salud (PBS). La EPS justificó la exclusión de estos servicios en el PBS, argumentando que consiste en dar acompañamiento profesional para que el niño o niña pueda adecuarse e integrarse en los ambientes escolares. Así "el profesional sombra" se encarga de las adecuaciones curriculares, la corrección de la conducta y da apoyo en sus actividades básicas. Por tanto, dicha terapia "es una tecnología de carácter educativo, instructivo o de capacitación, que no corresponden al ámbito de la salud, aunque sean realizadas por personal del área" (Sentencia T-364 de 2019).

³⁹ Las Entidades Promotoras de Salud -EPS- son instituciones que se encargan de la afiliación y registro de las personas al Sistema de Seguridad Social en Colombia, así como de organizar y garantizar la prestación del servicio obligatorio de salud.

La Corte Constitucional decidió respetar la obligatoriedad de las exclusiones expresas del PBS que resultan del procedimiento técnico científico adelantado por el Ministerio de Salud, considerando que el "acompañamiento terapéutico en ambiente natural", por falta de evidencia científica que lo soporte, se encuentra expresamente excluido en la Resolución 5267 de 2017 (Sentencia T-364 de 2019). Sin embargo, reiteró que "los acompañamientos terapéuticos en aula, como ajuste razonable, son servicios educativos, y por ello, deben ser asumidos por el sector de educación." Debido a las circunstancias fácticas del caso, la Corte encontró que, "tanto la madre como la abuela de ASP desatendieron la corresponsabilidad en la protección de los derechos del niño, al incumplir una obligación básica de escolarizarlo y, en esa medida, resulta imposible acceder a las pretensiones formuladas en la demanda de amparo" (Sentencia T-364 de 2019).

La Corte estableció que los padres y madres, responsables o acudientes, son los primeros obligados en velar por la satisfacción de los derechos de los NNA en cumplimiento de sus deberes de orientación, crianza, cuidado y acompañamiento. Además, deben velar porque el estudiante cumpla con sus obligaciones académicas, y en esa medida, "la garantía en la prestación del servicio educativo no solo depende del Estado, sino también del beneficiario del derecho quien, con el apoyo de sus padres, debe cumplir con unas cargas mínimas y admisibles constitucionalmente para su garantía" (Sentencia T-364 de 2019). En consecuencia, los padres y madres "tienen el derecho de escoger la institución educativa para la formación de los niños, y el deber correlativo de inscribir o matricular a sus hijos en alguna de las instituciones que conforman la oferta." (Sentencia T-364 de 2019).

Por su parte, el Estado además de asegurar el acceso a la educación como un servicio público esencial, gratuito y obligatorio en el nivel básico primaria, eliminando barreras de acceso a NNA en situaciones de discapacidad debe "priorizar la educación inclusiva de todas las personas en cumplimiento del principio de igualdad. A su vez, debe velar por la

formación integral, instalaciones adecuadas, y en general, asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo" (Sentencia T-364 de 2019).

En este sentido, la Corte recordó las obligaciones especiales en cabeza del Ministerio de Educación,⁴⁰ para la inclusión efectiva de las personas con necesidades educativas especiales, entre las que se encuentran: a) el trabajo articulado de los prestadores del servicio de educación, las familias y el estudiante, para integrar al estudiante y realizar los *ajustes razonables necesarios* según la diversidad funcional que presente el alumno; b) lograr que el sistema educativo se adapte a las necesidades del estudiante, y no al revés. Para lo anterior, es necesaria la implementación del Programa Individual de Ajustes Razonables (PIAR), que exige, por ejemplo, la flexibilidad de programas académicos y la presencia de docentes de apoyo pedagógico (Sentencia T-364 de 2019).

En aras de realizar una implementación efectiva del PIAR, la Corte ha señalado la importancia del *principio de corresponsabilidad* entre las familias e instituciones educativas para fortalecer el proceso de educación inclusiva de NNA en situaciones de discapacidad, por medio del cual las escuelas deben entablar un diálogo con su familia y quienes fungen como personas cuidadoras. Así, la realización de un PIAR efectivo "no depende exclusivamente de la institución educativa, pues exige, de manera paralela, y en primer orden, la vinculación o matrícula del estudiante y, en esa medida, el apoyo constante de la familia o responsables del menor" (Sentencia T-364 de 2019).

Sobre estas líneas, la Corte ha conocido de algunos casos en los que ha aplicado este principio de corresponsabilidad entre las autoridades sanitarias y educativas en casos de NNA en situación de discapacidad.

⁴⁰ Véase el artículo 11 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 que establece una serie de obligaciones especiales en cabeza del Ministerio de Educación, como entidad del orden nacional encargada de fomentar el acceso y permanencia educativa de las personas con necesidades educativas especiales.

La Sentencia T-567 de 2013 examinó la procedencia de asignar un acompañante permanente (*sombra*) a un niño para mejorar su calidad de vida, amparando sus derechos fundamentales a la salud, a la educación y a la vida digna, al considerar que "el entrenamiento de habilidades sociales mediante la inclusión escolar, constituye una actividad de orden educativa y, por tanto, es una responsabilidad de las autoridades educativas, es decir, las Secretarías de Educación" (Sentencia T-170 de 2019).

Por otro lado, la Sentencia T-318 de 2014 analizó la tutela promovida por la madre de un niño diagnosticado con un trastorno por déficit de atención, a quien la coordinadora del centro educativo en el que estudiaba le recomendó contar con un acompañante sombra. Debido a que la madre había realizado las gestiones necesarias ante la Secretaría de Educación municipal y la EPS para conseguir dicho servicio, habiéndosle negado, el fallo de la Corte ordenó a la Secretaría de Educación municipal que realizara las acciones, dispusiera de recursos y del personal docente necesarios para garantizar la prestación del servicio educativo requerido por el niño (Sentencia T-170 de 2019).

Asimismo, la Corte Constitucional en la Sentencia T-170 de 2019 concluyó que la Institución Educativa Jorge Eliecer Gaitán de Yopal y la Secretaría de Educación Municipal de Yopal vulneraron el derecho a la educación de un niño diagnosticado con autismo, al no adoptar los ajustes razonables para garantizarle una educación inclusiva y permitir que fuera desescolarizado. En consecuencia, se ordenó la vinculación inmediata de un acompañante terapéutico en la jornada escolar del niño.⁴¹

⁴¹ Respecto de los alegatos de la demanda que consideraban a la EPS Medisalud UT responsable por haber vulnerado el derecho a la salud del niño en situación de discapacidad, al no entregar los medicamentos recetados por el médico tratante de manera oportuna ni realizar terapias ABA como la madre las requería, en el curso del trámite de revisión de este caso ante la Corte Constitucional los medicamentos fueron suministrados. Por lo anterior, advirtió a la EPS para que no incurra en conductas negligentes que afecten el derecho a la salud del niño, concluyendo que no se violó el derecho a la salud al no prestar las terapias ABA, en el sentido requerido por la madre del niño. Ver, Sentencia T-170 de 2019.

De los casos anteriores, se desprenden las siguientes reglas sobre el principio de corresponsabilidad entre autoridades (Sentencia T-170 de 2019):

- i. El acompañamiento en el aula de profesionales especializados (sombra) para la asistencia de NNA en situación de discapacidad es un ajuste razonable que debe asumir el sector educativo para garantizar el derecho a la educación inclusiva. Sin embargo, la satisfacción de los derechos a la salud y a la educación en esas situaciones está interrelacionada, por lo que ambos sectores deben cumplir con sus responsabilidades de manera coordinada (Sentencia T-170 de 2019).
- ii. Tomando en consideración que la educación inclusiva es parte del proceso terapéutico, cuando la EPS ordena un acompañamiento psicológico en el aula de clases, la prestación debe recaer principalmente sobre tal sector educativo y de manera subsidiaria en el sector salud, ya que existe un componente mayormente educativo que es responsabilidad de dichas autoridades (Sentencia T- 567 de 2013).
- iii. Se requiere la conformación de un Comité Interdisciplinario integrado por autoridades educativas y sanitarias para determinar la viabilidad de la prestación del servicio de acompañamiento terapéutico (sombra), aun cuando la EPS no ha ordenado que se asigne un acompañante terapéutico en el aula, pero lo ha solicitado el colegio del niño o niña en situación de discapacidad. La Corte, adicionalmente, ha ordenado a la Secretaría de Educación respectiva que disponga del personal necesario para prestar dicho servicio educativo (Sentencia T-318 de 2014).

Si bien la Corte ha considerado que los apoyos de carácter terapéutico al interior del aula, tanto ordenados por la EPS como solicitados por el Colegio respectivo, son principalmente responsabilidad del sector educativo, la jurisprudencia constitucional de la Corte denota que el *principio de corresponsabilidad* entre padres, madres y autoridades educativas así como

sanitarias, es determinante para poder llevar a cabo la realización del derecho a una educación inclusiva de NNA en situaciones de discapacidad.

9. Conclusiones

La jurisprudencia constitucional de Colombia ha ido gradualmente resignificando la figura de la patria potestad para acercarla a nociones contemporáneas de responsabilidad parental. Si bien la legislación civil considera que la responsabilidad parental es "un complemento" de la patria potestad, las sentencias de la Corte Constitucional no la conceptualizan de esa manera, sino como un conjunto de derechos y deberes para proteger los intereses de los NNA. En ese sentido, la Corte ha ido matizando el concepto de la patria potestad para convertir esta facultad de los padres y las madres en un "derecho instrumental" a favor de la salvaguarda de los derechos de los NNA a cargo de sus cuidadores principales.

A través del examen de demandas constitucionales que han impugnado nociones discriminatorias del ejercicio de la patria potestad y casos de NNA en situaciones de adoptabilidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado a favor de remover expresiones contrarias al principio de igualdad asociadas con la figura de la patria potestad. Así, la patria potestad supone una serie de privilegios sobre los bienes y proyectos de vida de los hijos e hijas, ejercidos de manera conjunta por la pareja, y no sólo por el padre, para garantizar su desarrollo armónico e integral. De igual modo, a través de la representación legal se impone a la pareja el deber de sostenerles y educarles mientras alcanzan la mayoría de edad, en igualdad de condiciones entre padres y madres, como se aprecia de los casos de custodias compartidas.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha interpretado la responsabilidad parental de la mano del principio de interés superior de la infancia y del derecho de los NNA a tener una familia y no ser separados de ella. De los artículos 42, 43 y 44 constitucionales, la Corte ha desprendido que la

protección de los vínculos entre padres, madres e hijos no se limitan a los que se desarrollan dentro de familias nucleares, sino que también comprenden a las *familias extendidas, ensambladas, monoparentales u homoparentales*. En situaciones de abandono o incumplimiento de los deberes de crianza y cuidados personales de NNA por sus padres o madres biológicos, se ha fallado a favor de su permanencia en las familias de crianza.

La jurisprudencia constitucional tiene un fuerte desarrollo de este principio que establece el deber de las autoridades administrativas y judiciales de velar por su cumplimiento. La defensa de este principio supone la prevalencia de los derechos de los NNA en casos de conflictos con las facultades de los adultos. Por tanto, la Corte Constitucional ha fijado *criterios fácticos y jurídicos* a las autoridades administrativas y judiciales para la satisfacción de este principio, en aras de promover el bienestar infantil en la resolución de casos concretos. Bajo estos parámetros, la Corte Constitucional en su comprensión de la responsabilidad parental ha también desprendido el principio de corresponsabilidad entre las personas directamente encargadas del cuidado de los NNA (padres, madres y tutores), y los sujetos indirectos: la sociedad y el Estado.

En los casos de NNA que han tenido operaciones quirúrgicas de sus genitales que tienen relación con su identidad de género, se evidencian las tensiones entre los principios de autonomía progresiva de los NNA y el consentimiento parental, así como el principio de beneficencia. En la ponderación de estos principios, la Corte ha sido clara en establecer que el consentimiento de los NNA ante cualquier intervención clínica invasiva –o que represente un impacto considerable en el desarrollo de su libre personalidad– debe cumplir con ciertas características indispensables para ser legítimo: darse en condiciones de libertad y con la mayor información posible, de acuerdo con su edad y madurez. La jurisprudencia constitucional también aporta criterios para precisar cuándo y cómo debe darse el consentimiento parental sustituto en este tipo de casos.

De una interpretación sistemática de la Constitución en casos de NNA en situación de discapacidad, la Corte ha enfatizado una serie de obligaciones estatales, sobre todo para las instituciones educativas y las familias de los NNA, para asegurar su derecho a la educación inclusiva y la protección de su salud. En estos casos, se aprecia que el principio de corresponsabilidad entre autoridades estatales, la familia y las instituciones educativas es determinante para hacer valer los derechos educativos y la salud integral de los NNA. En consecuencia, la responsabilidad parental es una figura jurídica mejor equipada para hacer valer el principio de interés superior de la infancia puesto que abarca deberes compartidos entre la familia, las instituciones sociales y el Estado.

Bibliografía

- Arango, M. (2019), "La constitucionalización del derecho de familia en Colombia. El alcance del derecho a la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes", en Espejo Yaksic, N. e Ibarra Olguín, A. M. (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas Comparadas*, Ciudad de México, México: SCJN, pp. 279-320.
- Arango, M. (2004), "El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", en *Precedente. Revista Jurídica*, pp. 79-102. doi: 10.18046/prec.v0.1406
- Espejo Yaksic, N. (2020), "Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes", en Contreras, Pablo; Delgado, Constanza (ed.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Tirant Lo Blanch, pp. 571-602.
- _____ (2017), "El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental", en Espejo Yaksic, Nicolás y Lathrop Gómez, Fabiola (coords.), *Responsabilidad Parental*, Santiago, Chile: Thomson Reuters & Legal Publishing, pp. 33-52.

Herrera, M. y Lathrop, F. (2016), "Parental Responsibility: A Comparative Study of Latin American Legislation", *International Journal of Law, Policy and the Family*. doi: 10.1093/lawfam/ebw010.

Taylor, R. (2019), "La responsabilidad parental en la Constitución británica. El caso de Charlie Gard", en Espejo Yaksic, N. e Ibarra Olguin, A. M. (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas Comparadas*, Ciudad de México, México: SCJN, pp. 231-275.

Sentencias Citadas

Corte Constitucional (20 de mayo de 1997). Sentencia C-237 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-237-97.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión (11 de octubre de 1994). Sentencia T-442 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/t-442-94.htm>».

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión (29 de octubre de 1993). Sentencia T-500 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-500-93.htm>».

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión (4 de noviembre de 1994), Sentencia T-503 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-503-94.htm>».

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (15 de junio de 1994). Sentencia T-278 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-278-94.htm>».

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas (7 de febrero de 1996) Sentencia T-041 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-041-96.htm>».

Corte Constitucional (23 de octubre de 1995) Sentencia T-477 de 1995. M.P. Magistrado Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-477-95.htm>».

Corte Constitucional (12 de mayo de 1999). Sentencia SU-337 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su337-99.htm>».

Corte Constitucional, Séptima Sala de Revisión (2 de agosto de 1999). Sentencia T-551 de 1999. M.P. Magistrados Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-551-99.htm>».

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión (16 de septiembre de 1999). T-692 de 1999. M.P. Magistrado Carlos Gaviria Díaz. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-692-99.htm>».

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión (12 de octubre de 2000). T-1390 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/t-551-99.htm>».

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (27 de noviembre de 2002). T-1025 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-1025-02.htm#:~:text=Recu%C3%A9rdese%20que%20el%20mandato%20imperativo,su%20integridad%20f%C3%ADsica%20o%20psicol%C3%B3gica>».

Corte Constitucional, Sala Plena (22 de noviembre de 2007). Sentencia C-1003 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-1003-07.htm>».

Corte Constitucional, Sala Plena (3 de marzo de 2010). Sentencia C-145 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-145-10.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (3 de marzo de 2010). Sentencia C-145 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-145-10.htm>».

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas (3 de julio de 2012) Sentencia T-495 de 2012. M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-495-12.htm>».

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión (29 de marzo de 2012) Sentencia T-266 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-266-12.htm>»<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-404-13.htm>».

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión (23 de agosto de 2013) Sentencia T-567 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-567-13.htm#:~:text=T%2D567%2D13%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20fundamental%20a%20la,instrumentos%20internacionales%20asumidos%20por%20Colombia>».

Corte Constitucional, Sala Plena (3 de julio de 2013) Sentencia C-404 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-404-13.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión (28 de agosto de 2014). Sentencia T-622 del 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-622-14.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión (3 de marzo de 2014). Sentencia T-115 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-115-14.htm>».

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión (3 de junio de 2014) Sentencia T-318 de 2014. M.P. Alberto Rojas. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-318-14.htm>».

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión (3 de marzo de 2014) Sentencia T-115 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-115-14.htm>».

Corte Constitucional, Sala Plena (12 de noviembre de 2015). Sentencia SU 696 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>».

Corte Constitucional, Sala Plena (25 de noviembre de 2015) Sentencia C-727 de 2015. M.P. Myriam Ávila Roldán. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-727-15.htm>» «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-404-13.htm>».

Corte Constitucional, Sala Plena (18 de febrero de 2015). Sentencia C-071 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-071-15.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (18 de mayo de 2016). Sentencia C-262 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-262-16.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión (8 de agosto de 2017). Sentencia T-512 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado de: «https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-512-17.htm#_ftnref70».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Quinta de Revisión (30 de octubre de 2017). Sentencia T-663 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-663-17.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Tercera de Revisión (10 de mayo de 2017). Sentencia T-311 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-311-17.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión (19 de diciembre de 2018) Sentencia T-500 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-500-18.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión de Tutelas (20 de septiembre de 2018). Sentencia T-384 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-384-18.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Cuarta de Revisión (13 de agosto de 2019) Sentencia T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-364-19.htm>».

Corte Constitucional de Colombia, Sala Sexta de Revisión (24 de abril de 2019) Sentencia T-170 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado de: «<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-170-19.htm>».

CAPÍTULO VIII

Derechos, responsabilidades parentales y la Constitución de Sudáfrica*

Julia Sloth-Nielsen**

Rachel Sloth-Nielsen***

* Artículo original "Parental Rights and Responsibilities and the Constitution of South Africa", traducido al español con autorización de sus autores por el Centro de Lenguas Extranjeras y Traducción. S.C.

** Es profesora de Derecho Público y Jurisprudencia en la Universidad de Western Cape, Sudáfrica, y profesora de Derechos del Niño en el Mundo en Desarrollo, Universidad de Leiden. Se desempeñó durante un período de cinco años como miembro del Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño y ocupa varios cargos como miembro de los consejos editoriales de revistas académicas.

*** Investigadora en el campo del derecho, con foco en derechos de la población LGBTI y el derecho de familia. BA LLB (Stel) y LLM (Cape Town). Estudiante de Doctorado, Universidad de Oxford.

Resumen

Este capítulo comienza con una descripción general del estado del matrimonio y el divorcio en Sudáfrica, señalando que la Constitución permite el reconocimiento de las formas de matrimonio civiles, religiosas y consuetudinarias. A continuación, se examina el impacto de varios derechos constitucionales en las responsabilidades y derechos de los padres, en particular la cláusula de igualdad (artículo 9), el derecho a la dignidad (artículo 10) y la cláusula de derechos del niño y la niña en el artículo 28. El impacto del constitucionalismo en la adquisición de los derechos y responsabilidades de los padres es el punto de partida de la discusión sustantiva. Se revisa la posición de las madres, los padres, los padres adoptivos, los padrastros y los involucrados en la inseminación artificial. A continuación, se discuten los cambios constitucionales relacionados con el ejercicio de las responsabilidades y derechos de los padres, en particular en la sentencia reciente sobre la constitucionalidad de la defensa de castigo razonable previamente disponible para los padres al disciplinar a sus

hijos. También, se discute la jurisprudencia reciente sobre el registro de nacimientos (qué padre puede registrar esto bajo qué circunstancias), aunque la trayectoria de este litigio aún no se ha completado en la Corte Constitucional. Del mismo modo, se alude a los recientes litigios sobre la obligación de los padres de respetar la privacidad de sus hijos. Por último, se hacen algunos comentarios sobre el papel del interés superior del niño y la niña, así como la situación en la que éstos entran en conflicto con los deseos de sus padres.

Palabras clave: Matrimonio; responsabilidades y derechos parentales; constitucionalismo; interés superior del niño y la niña; conflictos entre derechos.

1. Introducción

Sudáfrica se caracterizó por un *apartheid* formal (separación de razas), vigente hasta 1994. Esto ha afectado profundamente varios aspectos que aún se asocian con el sistema de derecho familiar, incluyendo el sistema judicial, las leyes que regulan el matrimonio y el divorcio, y la organización social de la vida familiar. Las líneas divisorias del pasado se reproducen en muchos aspectos hoy en día, 25 años después del término formal de la segregación racial institucionalizada.

Con una población de 58 millones de personas (y un número desconocido de inmigrantes indocumentados), apenas recientemente se dispone de información detallada sobre la estructura de la familia y la incidencia de divorcios en Sudáfrica. Los datos de matrimonios registrados se encuentran en el Departamento del Interior. Los matrimonios registrados incluyen tanto matrimonios civiles¹ como matrimonios tradicionales² y

¹ Establecido de conformidad con la Ley de Matrimonio de 1961. El registro es obligatorio.

² Concluido de conformidad con los requisitos de la Ley de reconocimiento de los matrimonios consuetudinarios de 1998. El registro no es obligatorio y la no inscripción no afecta a la validez del matrimonio consuetudinario. De hecho, son muy pocos los matrimonios consuetudinarios que se registran.

uniones civiles.³ Según un informe publicado en febrero de 2019, en 2017 se registraron un total de 135,458 matrimonios civiles, 2,588 matrimonios tradicionales y 1,357 uniones civiles.⁴ Con respecto a los datos de 2016, el registro de matrimonios civiles y matrimonios tradicionales se redujo en 2.9% y 34.9% respectivamente, mientras que el de las uniones civiles aumentó en 0.3%.

Para 2017, del total de divorcios en el país, 14,121 (55.6%) de ellos correspondía a matrimonios con hijos menores de 18 —44.5% de los divorcios procedían la población africana, 23.6% de la población blanca, 17.5% de la población de color (mestiza) y el 5.51% de la población asiática—. Hasta en un 80% de todas las controversias de derecho familiar, una o más partes no están representadas, y sólo un 6% de los casos llega a juicio.⁵ La mayoría de los divorcios (55.6%) afecta a menores de 18 años.⁶

Parte del legado del *apartheid* incluye un número extremadamente alto de niños nacidos fuera del matrimonio, que representa aproximadamente el 58% de todos los nacimientos del país. Asimismo, como reflejo parcial del legado del sistema de trabajo migratorio del *apartheid*, en 2017 sólo el 34.9% de los niños residía con ambos padres biológicos (el 21% no vivía con ninguno de los dos, pero a menudo crecía en lo que se denominan familias con "saltos generacionales", en las que los abuelos criaban a los niños, ya fuera como consecuencia de la migración laboral de los padres trabajadores o porque el cuidador previo había fallecido, a menudo a causa del VIH/SIDA).

³ Se celebran en virtud de la Ley de Unión Civil de 2006, entre parejas del mismo sexo o heterosexuales, y están sujetos a registro obligatorio.

⁴ Estadísticas de Sudáfrica Matrimonios y Divorcios P0307 de 28 de febrero de 2019.

⁵ Comisión de Reforma Legislativa de Sudáfrica, Documento de debate 148 (Resolución alternativa de controversias en asuntos de familia (2019) (en adelante, Documento de debate de la SALRC), párr. 2.1.2.

⁶ *Idem*.

Sudáfrica tiene un sistema judicial escalonado y bastante complicado, cuya competencia en diversos asuntos de derecho familiar se reparte entre diferentes tribunales. Los tres niveles de juzgados son los tribunales de distrito o magistrados, los Tribunales Regionales y los Tribunales Superiores, los cuales tienen la mayor cobertura geográfica y jurisdicción para juzgar las causas penales más graves y las causas civiles con reclamaciones monetarias más elevadas en juego. Hasta 2008, los Tribunales Superiores tenían competencia exclusiva para juzgar asuntos de divorcio, incluso cuando los intereses de los niños pudieran estar en juego ante la necesidad de asignar responsabilidades y derechos parentales después del divorcio. Hoy en día, los Tribunales Regionales de nivel medio también tienen jurisdicción en materia de divorcio.⁷ Sin embargo, los Tribunales Superiores tienen jurisdicción exclusiva sobre cualquier asunto relacionado con la tutela del niño o niña, por ejemplo, el cese de la tutela o el consentimiento para gravar sus bienes inmuebles. La definición de la tutela y las especificidades que conlleva, se establecen ahora en el artículo 18(3) de la Children's Act Núm. 38 de 2007 (*Children's Act 38 of 2007*).⁸

El divorcio está regulado por la Ley 70 de Divorcio de 1979. Esta ley introdujo el divorcio "sin culpa" y preparó el camino para la posibilidad de que los divorcios se completaran sólo con los documentos judiciales presentados, sin necesidad de presentar pruebas. A raíz de una comisión

⁷ Los sistemas de justicia existentes, divididos en función de los distintos grupos de población, no podían sobrevivir a una democracia constitucional basada en libertad e igualdad. Por ello, en 2008, la Ley de jurisdicción de tribunales regionales, Núm. 31 de 2008, otorgó jurisdicción civil a los tribunales que hasta entonces sólo tenían jurisdicción penal, con lo que los anteriores "tribunales negros de divorcio" se derrumbaron dentro de la estructura de los Tribunales Regionales existentes. Ahora tienen competencia en todas las formas de divorcio y se han convertido en una opción menos costosa y más accesible para los ciudadanos comunes que los procesos ante el Tribunal Superior; de ahí que se ocupen de un gran número de divorcios y, como tales, intervengan en cualquier aspecto de participación de los niños o niñas en litigios de derecho familiar. Aún no se realizan estudios sobre el funcionamiento del enfoque de los Tribunales Regionales en procedimientos de derecho familiar.

⁸ En julio de 2020 se publicó en el *Diario Oficial* la enmienda de la legislación que modificaría esta situación y conferiría también a los tribunales inferiores la facultad de ocuparse de las cuestiones relativas a la tutela, que actualmente se está debatiendo en el Parlamento.

de investigación sobre el funcionamiento de los tribunales en el decenio de 1980, la legislatura introdujo el Acta 24 de 1987 sobre Mediación en Ciertos Asuntos de Divorcio. Contrario a lo que dice el título, la Ley no introdujo la mediación. En su lugar, estableció una Defensoría de la Familia (con sucursales descentralizadas) integrada por abogados y asesores (con experiencia en trabajo social). Su objetivo fue proporcionar al Tribunal de Divorcio un informe que confirmara que los arreglos entre las partes en favor de los hijos e hijas, después del divorcio, respondían realmente al interés superior de estos últimos.⁹ En virtud de esta reforma, el Defensor Familiar, en su calidad de funcionario del tribunal, también puede presentar informes periciales al Tribunal sobre el interés superior de los hijos y, a ese efecto, completar una investigación sobre las circunstancias de éstos, lo que implica entrevistas rutinarias con el niño o la niña.

Se dice que el mandato del Defensor Familiar es un mandato de "interés superior", y no para actuar como representante del niño.¹⁰

2. Marco constitucional

Cuando entró en vigor la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, se consideraba revolucionaria.¹¹ Este texto constitucional es visto como "innovador" en virtud de su Carta de Derechos [*Bill of Rights*], que contiene 27 derechos ejecutables, incluidos derechos socioeconómicos;¹² el derecho a la dignidad; el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación por parte del Estado o cualquier persona y por cualquier motivo, incluida la orientación sexual y los derechos de la niñez. Además, la Constitución reconoce al derecho consuetudinario

⁹ Artículo 4o. de la Ley.

¹⁰ *Soller v. G 2003(5) SA 430 (W)*

¹¹ Currie, I. y De Waal, 2015, p. 6.

¹² Véase Heyns, C. y Brand, D. (1998, pp. 153-167), quienes señalan que la escala en la que los derechos socioeconómicos se incluyeron como derechos justiciables en la Constitución de Sudáfrica es 'ciertamente única'.

africano en el mismo nivel que el derecho consuetudinario (*common law*) o a la legislación (todos ellos sujetos a la Constitución) y permite que el Parlamento promulgue leyes que reconozcan como tales los matrimonios "celebrados bajo cualquier tradición o sistema de derecho religioso, personal o familiar". En virtud del artículo 28 de la Constitución, relativo a la cláusula de los derechos de la niñez, se garantiza a las y los niños, entre otras cosas, el derecho a un nacimiento y una nacionalidad (apartado (a) del párrafo 1 del artículo 28); a la atención familiar o parental, o a la atención sustitutiva apropiada cuando se les separa del entorno familiar (apartado (b) del párrafo 1 del artículo 28); el derecho a ser protegido contra el maltrato, el descuido, el abuso o la degradación (apartado d) del párrafo 1 del artículo 28) y, además, en el párrafo 2 del artículo 28 se afirma explícitamente que el interés superior del niño o la niña es de importancia primordial en todas las cuestiones que le conciernen. A pesar de la amplia gama de derechos incluidos en la Carta de Derechos, el derecho a la vida familiar está notablemente ausente. De hecho, el que no se incluyera el derecho al matrimonio y el derecho a la vida familiar en el proyecto final de la Constitución se planteó como una objeción al presentar el proyecto final de la Constitución al Tribunal Constitucional para su certificación.¹³ Al ocuparse de esta omisión, el Tribunal Constitucional sostuvo:

La ausencia de derechos matrimoniales y familiares en muchos países de África y Asia refleja el carácter multicultural y multirreligioso de esas sociedades. Las familias se constituyen, funcionan y se disuelven de tan diversas maneras, y los posibles resultados de la constitucionalización de los derechos familiares son tan inciertos, que los redactores de las constituciones con frecuencia parecen preferir no considerar el derecho a contraer matrimonio o a llevar una vida familiar como un derecho fundamental a definir en términos constitucionales. De este modo, evitan los des-

¹³ *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 (4) SA 744 (CC).

acuerdos sobre si la familia a proteger sería una familia nuclear o una familia ampliada, o sobre qué ceremonias, ritos o prácticas constituirían un matrimonio merecedor de amparo constitucional. Así pues, algunas culturas y creencias sólo reconocen las uniones monógamas, mientras que otras permiten la poligamia. Estas cuestiones son consideradas como concernientes a la historia, la cultura y las circunstancias especiales de cada sociedad, las cuales no admiten soluciones universales.¹⁴

El Tribunal observó además que una disposición que proteja explícitamente la vida familiar y el matrimonio no es el único medio para lograr el amparo de la familia. A este respecto, los redactores de la Constitución optaron por tomar el "camino intermedio",¹⁵ disponiendo que el derecho a la vida familiar se protegiera, ya sea directa o indirectamente, a través de otros derechos contenidos en la Carta de Derechos.

Las disposiciones del NT¹⁶ prohibirían claramente cualquier interferencia arbitraria del Estado en el derecho a casarse o a establecer y formar una familia. El NT 7(1) consagra los valores de la dignidad humana, la igualdad y la libertad, mientras que el NT 10 establece que toda persona tiene derecho a que su dignidad sea respetada y protegida. Independientemente de cómo se interpreten estas palabras en el futuro, es evidente que las leyes o medidas ejecutivas que dan lugar a matrimonios forzados, o a prohibiciones opresivas del matrimonio o de la elección de los cónyuges, no sobrevivirían a la impugnación constitucional [...] varias secciones del NT apoyan directa o indirectamente la institución del matrimonio y la vida familiar. Así, el NT 35(2)(f)(i) y (ii) garantiza el derecho de una persona detenida a comunicarse con su cónyuge o pareja y parientes cercanos, y a ser visitado por ellos... Hay otros dos aspectos en los que el NT trata directamente la cuestión, y ambos se refieren a cuestiones familiares de especial

¹⁴ *Ibid.*, párr. 99.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 103

¹⁶ Nuevo Texto (Constitucional).

interés. El primero trata de los derechos de la niñez, en el que se garantiza expresamente el derecho a la atención familiar y parental o a un cuidado sustitutivo apropiado (NT 28(1)(b)). El segundo responde a la naturaleza multicultural y multirreligiosa de nuestro país. El NT 15(3)(a) autoriza la legislación que reconoce "los matrimonios celebrados bajo cualquier tradición o sistema de derecho religioso, personal o familiar", siempre que dicho reconocimiento sea coherente con las disposiciones generales del NT.¹⁷

En los casos en los que se han presentado impugnaciones contra las entonces limitaciones existentes en la ley (en general) de los derechos y responsabilidades de los padres o contra el ejercicio de esos derechos a un progenitor concreto, los derechos constitucionales generales que se han invocado son el derecho a la igualdad (artículo 9), el derecho a la dignidad (artículo 10), el derecho a la intimidad (artículo 14) y los derechos de la niñez (artículo 28). En cuanto a la aplicación de la Carta de Derechos, el artículo 8 de la Constitución obliga a un tribunal a modificar, cuando sea necesario, el derecho consuetudinario para hacer efectivo un derecho. Además, en virtud del artículo 39, un tribunal está obligado a tener en cuenta el derecho internacional para resolver cualquier asunto. Esto significa que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) y la Declaración Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (1990) deben ser consideradas según corresponda, ya que ambas han sido ratificadas por Sudáfrica.

Esta obligación impuesta a los tribunales para elaborar leyes que se ajusten a la Carta de Derechos en general (y a los valores de igualdad y dignidad en particular) ha dado lugar a la evolución del derecho familiar en materia de derechos y responsabilidades de los padres en la Sudáfrica postconstitucional. En consonancia con las obligaciones contraídas en los tratados internacionales, las leyes reguladoras de la relación entre

¹⁷ *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 (4) SA 744 (CC), párrs. 100-102.

padres e hijos han migrado radicalmente "de los derechos y facultades de los padres a los derechos y facultades de los hijos".¹⁸ Este énfasis en los derechos de las hijas y los hijos sobre los de los padres y madres es el que ha dado lugar a cambios drásticos en la ley reguladora de derechos y responsabilidades de los segundos y que figuran en la Children's Act, vigente desde el 1 de abril de 2010.¹⁹

3. Adquisición de responsabilidades y derechos parentales

La adquisición de responsabilidades y derechos parentales está regida por el capítulo 3 de la Children's Act. Sin embargo, muchos de los avances constitucionales anteriores en la ley reguladora de la adquisición de derechos y responsabilidades parentales se produjeron como resultado de las impugnaciones constitucionales a los antecesores de la Ley de la Infancia, ahora derogados. Estos casos, siguen siendo válidos y relevantes en virtud de que sirvieron de base para la redacción de la Children's Act, la cual reguló estatutariamente la posición que figura en los precedentes judiciales.²⁰

Según la Children's Act (2005), la madre biológica²¹ de un niño o niña tendrá automáticamente la totalidad de derechos y responsabilidades parentales.²² Los plenos derechos y responsabilidades parentales no se podrán conceder a la madre biológica en dos supuestos limitados: en primer lugar, cuando la madre biológica del niño(a) sea ella misma una menor de edad, no esté casada y el padre del niño(a) tampoco haya conseguido

¹⁸ Heaton, J. y Hannaretha, K., 2015, p. 287.

¹⁹ Children's Act 38 de 2005. "Parental Responsibilities and Rights falls", cap. 3.

²⁰ La doctrina de los precedentes judiciales estipula que, al conocer un asunto, un tribunal debe tener en cuenta las sentencias anteriores de casos similares. Véase Humby, T., 2012. Los tribunales de una provincia están obligados por los fallos de los tribunales de esa misma provincia. Un fallo será vinculante para toda Sudáfrica sólo cuando lo dicte el Tribunal Superior de Apelación o el Tribunal Constitucional.

²¹ La madre biológica en esta sección se refiere a la madre de origen. Véase Heaton, J., 2018: cap. 3, 1.

²² Artículo 19(1).

la tutela. En este caso, el tutor de la madre biológica del niño o niña será también el tutor del mismo hasta que la madre alcance la mayoría de edad (18 años).²³ En segundo lugar, cuando el niño o niña esté sujeto a un acuerdo de subrogación.²⁴ La ley estipula que los padres sustitutos se convertirán en titulares de los derechos y responsabilidades sobre el niño o la niña a partir de su nacimiento,²⁵ siempre que un Tribunal Superior haya aprobado el acuerdo de gestación por subrogación, antes de la fecundación de la madre sustituta o gestante.

La adquisición por parte de un padre biológico de los derechos y responsabilidades parentales difiere en función de estar (o haber estado) casado con la madre del niño(a) o no. Si está casado con la madre del niño(a), o lo estuvo en el momento de la concepción, o al nacer, o en cualquier momento entre la concepción y el nacimiento, entonces adquirirá automáticamente plenos derechos y responsabilidades parentales sobre la niña o el niño.²⁶ Si el padre no está casado con la madre del niño(a) en el momento de su nacimiento, adquirirá automáticamente tales derechos y responsabilidades parentales si cumple ciertos requisitos, a saber:

- (a) Si al nacer el niño vive con la madre en una relación permanente y vitalicia; o
- (b) Si el niño, independientemente de si ha vivido o está viviendo con la madre –
 - (i) Acepta ser identificado o solicita con éxito que se le identifique como el padre del niño en virtud del artículo 26 o paga daños y perjuicios en virtud del derecho consuetudinario;
 - (ii) contribuye o ha intentado de buena fe contribuir a la educación del niño durante un período razonable; y

²³ Artículo 19(2).

²⁴ Artículo 19(3).

²⁵ Artículo 297(a).

²⁶ Artículo 20.

- (iii) contribuye o ha tratado de contribuir de buena fe a los gastos relacionados con la manutención del niño durante un período razonable.²⁷

A los padres solteros también se les puede otorgar derechos y responsabilidades parentales mediante un acuerdo con la madre del niño (un acuerdo de responsabilidades y derechos parentales) en los términos del artículo 22 de la ley, dicho acuerdo debe ser registrado en la Defensoría Familiar o emitirse una orden judicial.²⁸

Esto pone a los padres solteros en una posición desigual con respecto a los padres casados en Sudáfrica. La racionalidad detrás de esta discriminación es evitar que el padre soltero adquiriera automáticamente responsabilidades y derechos parentales y pueda posteriormente abandonar al niño y a la madre (desaparición), sin mostrar ningún compromiso con el niño. Esta "discriminación" contra los padres se consideró anteriormente en la jurisprudencia constitucional como justificable: En el caso *Presidente de la República de Sudáfrica v. Hugo*,²⁹ el Tribunal Constitucional sostuvo que cuando el presidente usó su discreción para permitir la liberación de las madres de niños de 12 años de prisión, no lo hizo de manera que discriminara injustamente a padres en la misma situación. El Tribunal observó que los padres a menudo desempeñan un papel secundario con respecto a las madres en la crianza de los niños,³⁰ y que "para muchas mujeres sudafricanas, las dificultades de responsabilizarse de la carga social y económica que supone la crianza de los hijos, en circunstancias en las que tienen pocas aptitudes y escasos recursos financieros, son inmensas. El hecho de que los padres no asuman su parte de la carga financiera y social en la crianza de los hijos es una de las principales causas de esas dificultades".³¹

²⁷ Artículo 21.

²⁸ Cualquier interesado puede también solicitar a los tribunales que se le asigne el cuidado y el contacto con un niño, cuando ello redunde en el interés superior del niño (artículo 23).

²⁹ *President of the Republic of South Africa v Hugo*, 1997 (4) SA 1.

³⁰ Párrafo 46.

³¹ Párrafo 38.

Los artículos de la Children's Act relativos a establecer quién adquiere (y quién no) responsabilidades y derechos parentales no han sido (hasta ahora) objeto de examen constitucional. En la Children's Amendment Act de 2020, actualmente en el Parlamento, no se proponen cambios sustanciales al plan descrito anteriormente. Sin embargo, la enmienda sí prevé facilitar a los padres solteros que han adquirido automáticamente responsabilidades y derechos parentales, la obtención de una prueba física de ello.

Cuando no hay una "madre" y un "padre" en un sentido tradicional, o cuando la paternidad no se adquiere en el sentido tradicional, surgen desafíos constitucionales a la ley vigente, como se examina a continuación.

3.1 Adopción

La primera impugnación constitucional relevante fue presentada en 2001 por dos mujeres, en una relación de pareja del mismo sexo, a las que se les prohibió adoptar conjuntamente a dos niños, debido a su orientación sexual. Como el Tribunal Constitucional no es un tribunal de primera instancia, el asunto se examinó primero en el Tribunal Superior de Sudáfrica.³² Cuando se presentó el caso por primera vez, Sudáfrica estaba a cinco años de declarar inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo.³³ Sin embargo, el Tribunal declaró que las demandantes eran "a todos los efectos [...] una pareja y una familia, y consideradas como tales por sus parientes, amigos y conocidos. Si pudieran casarse entre ellas, sin duda lo harían".³⁴

³² *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* 2001 (12) BCLR 1225 (T).

³³ En *Minister of Home Affairs v Fourie* 2006 (1) SA 524 (CC), la Corte Constitucional declaró que "la definición de matrimonio en el derecho consuetudinario [...] es incompatible con la Constitución e inválida en la medida en que no permite que parejas del mismo sexo disfruten de la condición y los beneficios, así como de las responsabilidades que otorga a las parejas heterosexuales". El tribunal dio al Parlamento 12 meses para enmendar la legislación existente para prever el matrimonio entre personas del mismo sexo, o bien para promulgar una nueva legislación. El Parlamento optó por promulgar una nueva legislación para que parejas del mismo sexo pudieran celebrar su unión, lo que condujo a la promulgación de la Civil Union Act [Ley de la Unión Civil] de 2006.

³⁴ *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* 2001 (12) BCLR 1225 (T), párrafo 3.

En los términos del artículo 17(a) de la ahora derogada *Child Care Act* [Ley de Cuidado a la Niñez], entonces vigente, sólo las parejas heterosexuales casadas podían adoptar conjuntamente a un niño.³⁵ Por ello, cuando la pareja se acercó al tribunal de la niñez para formalizar la adopción,³⁶ "el tribunal, limitado por la actual legislación sobre adopciones, concedió custodia y tutela sólo a la segunda solicitante, a pesar de que ambas solicitantes fueron recomendadas como padres idóneos".³⁷ Además, si bien el apartado (c) del artículo 17 preveía lo que se conoce como "adopción por un segundo padre/madre", el adoptante tenía que estar casado con la persona que legalmente ya era el padre/madre. Esto daba lugar a que la primera solicitante no tuviera responsabilidades y derechos parentales (lo que entonces se denominaba tutela en el derecho sudafricano) con respecto a los dos niños, a pesar de ser la principal cuidadora de ellos.³⁸ Más importante aún, si la relación entre las dos mujeres se rompiera, la segunda solicitante no tendría derecho a la custodia o tutela sobre los dos hijos.

Las demandantes alegaron que el artículo 17(a)(c) de la (entonces) *Child Care Act* violaba sus derechos a no ser discriminadas injustamente por el Estado sobre la base de la orientación sexual y el estado civil (artículo 9(3) de la Constitución);³⁹ que las secciones violaban además el derecho a

³⁵ El artículo 17 de la Children's Status Act dice lo siguiente

Requisitos para la adopción de niños

Un niño puede ser adoptado [...]

- a) por un marido y su esposa conjuntamente;
- b) Por un viudo o una viuda o una persona soltera o divorciada;
- c) Por una persona casada cuyo cónyuge sea el padre del niño;
- d) Por el padre natural de un niño nacido fuera del matrimonio.

³⁶ Los dos niños, que eran hermano y hermana, habían estado al cuidado de los solicitantes desde diciembre de 1994. Los solicitantes pidieron la adopción conjunta en 1995.

³⁷ *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* 2003 (2) SA 198 (CC), Párrafo 7.

³⁸ *Ibid.*, párrafo 14.

³⁹ El artículo 9 de la Constitución es la cláusula de igualdad. El artículo 9(3) establece que "El Estado no puede discriminar injustamente a nadie directa o indirectamente por uno o más motivos, entre ellos la raza, el género, el sexo, el embarazo, el estado civil, el origen étnico o social, el color, la orientación sexual, la edad, la discapacidad, la religión, la conciencia, las creencias, la cultura, el idioma y el nacimiento".

la dignidad de la primer demandante (sección 10);⁴⁰ y por último que las disposiciones eran contrarias a la sección 28(2)⁴¹ de la Constitución, ya que la prohibición general de la adopción conjunta, por parejas del mismo sexo, no puede redundar en el interés superior de las niñas o los niños adoptivos puestos al cuidado de esas parejas. El Estado no se opuso a la solicitud de autorización de adopción conjunta. El Tribunal Superior falló en favor de las demandantes, tras lo cual la orden de inconstitucionalidad tuvo que ser confirmada por el Tribunal Constitucional en los términos del artículo 172 de la Constitución.⁴²

En la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que confirma la inconstitucionalidad de las disposiciones en cuestión, se formularon importantes observaciones sobre el papel de la familia en el contexto sudafricano y los derechos de la niñez, tal como se encuentran reconocidos en la Constitución. El Tribunal observó que el artículo 28(1)(b) reconoce el hecho de que muchos niños y niñas no son criados por sus padres biológicos, y por ello se garantiza el derecho de los segundos a "la atención familiar o parental, o a un cuidado sustitutivo apropiado cuando se les separa del entorno familiar". La atención familiar incluye el cuidado de la familia ampliada, que es una característica importante de la vida familiar en Sudáfrica. La Constitución facilita la evolución del concepto de familia y la ampliación del número de personas que pueden cuidar de un niño o niña, incluso mediante adopción.

El hecho de que la Constitución establezca explícitamente que el interés superior del niño o la niña "es de una importancia primordial (*paramount*)

⁴⁰ El artículo 10 ampara el derecho a la dignidad. Establece que "Toda persona tiene una dignidad inherente y el derecho a que su dignidad sea respetada y protegida.

⁴¹ El artículo 28 ampara los derechos de los niños. El artículo 28(2) establece que "El interés superior del niño es de suma importancia en todo asunto que le concierna".

⁴² En el apartado a) del párrafo 2 del artículo 172 se establece que "el Tribunal Supremo de Apelación, el Tribunal Superior de Sudáfrica o un tribunal de rango similar puede dictar una orden relativa a la validez constitucional de una ley del Parlamento, una ley provincial o cualquier conducta del Presidente, pero una orden de invalidez constitucional no tiene fuerza a menos que sea confirmada por el Tribunal Constitucional".

en todo asunto relacionado con el niño" debe interpretarse como significando exactamente eso. El interés superior del niño o niña debe tener el máximo peso en todos los asuntos que le conciernen. Las disposiciones de la Child Care Act [Ley de Cuidado a la Niñez] se consideraron claramente en contravención al principio de interés superior.

En cuanto al argumento de la demandante de que las disposiciones impugnadas violaban su derecho a la igualdad, el Tribunal sostuvo que su condición de personas solteras, que les impedía adoptar conjuntamente, estaba inextricable y directamente vinculada a su orientación sexual. "Pero por su orientación sexual, que les impide contraer matrimonio, cumplen los criterios que de otro modo les permitirían adoptar hijos conjuntamente, en virtud de la legislación impugnada".⁴³ De este modo se infringió su derecho a no ser discriminadas por su orientación sexual, como lo prohíbe el artículo 9(3) de la Constitución. En cuanto a la afirmación de que se había infringido el derecho a la dignidad de la primera solicitante, el Tribunal sostuvo que "el hecho de que la ley no reconozca el valor y la valía de la primera solicitante como madre de los hermanos, es degradante" y, por consiguiente, "que las disposiciones impugnadas limitan el derecho de la primera solicitante a la dignidad".⁴⁴

En consecuencia, el Tribunal ordenó que se enmendaran los apartados (a) y (c) del artículo 17 de la Child Care Act [Ley de Cuidado a la Niñez] mediante textos que autorizaran a las parejas del mismo sexo adoptar conjuntamente.

3.2 Inseminación artificial

Aproximadamente nueve meses después de haberse examinado el caso *du Toit*, se pidió una vez más al Tribunal Constitucional que confirmara una orden del Tribunal Superior en la que se declaraba constitucional-

⁴³ *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* 2003 (2) SA 198 (CC), párrafo 26.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 29.

mente inválida la legislación que regulaba la adquisición de derechos y responsabilidades parentales, ya que no preveía la existencia de parejas del mismo sexo. La legislación en cuestión era la ya derogada Children's Status Act 82 de 1987 (*'Status Act'*) que, entre otras cosas, se ocupaba del estatuto de las niñas y los niños concebidos mediante inseminación artificial.

En *J and another v. Director General, Department of Home Affairs*,⁴⁵ las solicitantes eran una pareja del mismo sexo que había concebido y dado a luz a gemelos, un niño y una niña, mediante inseminación artificial. La segunda solicitante, como madre biológica, estaba debidamente inscrita como madre de ambos niños en virtud del Births and Deaths Registration Act [Reglamento de la Ley de Registro de Nacimientos y Defunciones] y los formularios anexos a la misma. Sin embargo, en los reglamentos y formularios mencionados sólo se preveía la inscripción de un padre y una madre. En consecuencia, la primera solicitante, que donó sus óvulos y, por tanto, estaba vinculada genéticamente a los niños, no podía ser inscrita como madre de ellos.⁴⁶

Así pues, las demandantes solicitaron una orden en la que se exigía, entre otras cosas, que se inscribiera a ambas demandantes en las actas de nacimiento de los niños (el segundo demandante como madre y el primer demandante como padre) y que se modificaran los formularios anexos al reglamento para permitir que una persona, en calidad de primer demandante ("cuando dicha persona sea el donante de un gameto utilizado en la concepción del niño"), fuese inscrita como padre/madre.⁴⁷ Además, solicitaron la declaración de nulidad constitucional del artículo 5 del Status Act que permitía registrar al marido de la mujer casada como padre de un niño concebido mediante inseminación artificial (y, por tanto, como hijo legítimo de los cónyuges), pero se negaba a

⁴⁵ *J and another v. Director General, Department of Home Affairs, and others* 2003 (5) SA 621 (CC).

⁴⁶ El esperma fue donado por un donante anónimo.

⁴⁷ *J and another v. Director General, Department of Home Affairs, and others* 2003 (5) SA 621 (CC), párrafo 4.

una pareja de una asociación del mismo sexo la misma condición. Además, en lo que respecta al párrafo 2 del artículo 5,

No surgirá ningún derecho, deber u obligación entre un niño nacido como resultado de la inseminación artificial de una mujer y cualquier persona cuyos gametos hayan sido utilizados para dicha inseminación artificial y las relaciones de sangre de esa persona, excepto cuando [...]

a) Esa persona sea la mujer que dio a luz a dicho hijo; o

b) Esa persona sea el marido de tal mujer en el momento de dicha inseminación artificial.

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 5, el marido de una mujer que haya concebido mediante inseminación artificial será automáticamente el padre legítimo del niño(a) y adquirirá sus derechos y responsabilidades parentales, aunque no esté biológicamente emparentado con él o ella. No ocurriría lo mismo con las parejas de personas del mismo sexo en una relación duradera.

El Tribunal Constitucional confirmó el fallo del Tribunal *a quo* y consideró que los hechos del presente caso eran análogos a los del caso *du Toit*. En particular, el Tribunal sostuvo que

Las disposiciones del artículo 5 del *Status Act* no permiten que el primer solicitante se convierta en padre legítimo de los hijos. Esto discrimina injustamente entre las personas casadas y las parejas estables del mismo sexo. Por consiguiente, el artículo no es compatible con el párrafo 3 del artículo 9 de la Constitución, el cual que prohíbe al Estado discriminar directa o indirectamente a cualquier persona por su orientación sexual.⁴⁸

⁴⁸ *J and another v. Director General, Department of Home Affairs, and others* 2003 (5) SA 621 (CC), párrafo 13.

En fechas más recientes, un caso con hechos similares se presentó ante el Tribunal Superior (*High Court*). En el caso *C.M. vs. N.G.*,⁴⁹ dos mujeres habían estado en una relación del mismo sexo durante varios años. Durante la relación, había sido concebido un hijo por inseminación artificial de la demandada. La demandante no tenía ningún vínculo biológico con el niño. Al terminar la relación, la demandante solicitó una orden que le otorgara plenas responsabilidades y derechos parentales sobre el niño. El tribunal consideró que todas las pruebas apuntaban a que las partes habían tomado la decisión de tener conjuntamente al hijo, como pareja. Postularon conjuntamente a la clínica de fertilización in vitro, declarándose como "pareja de lesbianas". El tribunal señaló que "si se tratara de partes en una relación heterosexual, entonces un hombre en la posición del solicitante habría sido reconocido como la figura paterna y el vínculo con el niño habría sido reconocido como el de un padre". No hay razón para que la solicitante no sea tratada de la misma manera.⁵⁰ Ella no cumplía los requisitos de la Children's Act para que se le concedieran responsabilidades y derechos parentales (sección 21), ya que no se trataba de un "padre soltero". El tribunal sostuvo que, en términos del interés superior del niño, era conveniente para éste tener una relación con ambas madres.

Los casos anteriores demuestran que cuando se trata de responsabilidades y derechos de los padres o madres, el interés superior del niño o la niña siempre es primordial en Sudáfrica, como lo establece perentoriamente el párrafo 2 del artículo 28.⁵¹ Además, la existencia —o no— de

⁴⁹ *C.M. vs. N.G.*, 2012 (4) SA 452 (WCC).

⁵⁰ *Ibid.*, Párrafo 21.

⁵¹ En otro caso histórico, se consideró que no era en el interés superior del niño que un padre sustituto que deseaba la aprobación de un acuerdo de gestación por subrogación no tuviera luego vínculo genético con el niño o la niña que se iba a concebir. En el caso *AB y Otro c. el Ministro de Desarrollo Social 2017* (3) SA 570 (CC), el tribunal sostuvo que el interés superior del niño llevaba a concluir que el niño o la niña debía poder conocer su origen genético. El Tribunal sostuvo que al decidir si un acuerdo de gestación subrogada se confirma en un tribunal "el tribunal no debe confirmar el acuerdo a menos que, poniendo el interés superior del posible hijo(a) en el centro de la indagación, considere que, 'en general', el acuerdo debe ser confirmado. En otras palabras, el

vínculos biológicos con el niño o la niña no es necesariamente primordial. Muchos padres o madres solteras no adquieren responsabilidades y derechos parentales de acuerdo con la ley, mientras que algunos que cumplen las funciones parentales no están biológicamente relacionados, como las madres del caso *C.M. vs. N.G.*

Esto fue confirmado nuevamente en el reciente caso de *Rakgokong v. Rakgokong*,⁵² en el que el tribunal señaló que "la forma tradicional de familia basada en la relación entre un hombre y una mujer casados y sus hijos biológicos o adoptados no refleja la realidad de la sociedad sudafricana".⁵³ El caso se refiere a una solicitud de pensión alimenticia provisional para un niño que, según se admitió, no era el hijo biológico del demandado (su padrastro), en espera de un divorcio. La solicitud fue concedida, imponiendo la obligación legal a una persona que no era titular *de jure* de las responsabilidades y derechos parentales.⁵⁴ Esto se refleja en nuestra legislación, que define a un padre como, *inter alia*, cualquier persona que tiene derechos y responsabilidades parentales con respecto de un niño(a), o un abuelo, hermano, hermana, tío, tía o primo o cualquier otra persona con la que el niño(a) ha desarrollado una relación importante, semejante a una familia.⁵⁵ El Tribunal cita como autoridad el caso *M. B. vs. N.B.*,⁵⁶ que también se ocupaba de la responsabilidad de un padrastro de pagar la manutención de su hijastro. En dicho caso, el Tribunal había localizado el deber de mantener a un

tribunal debe, en cada caso en que decida si confirma un acuerdo, emitir un juicio de valor sobre si conviene al interés superior del posible niño(a) que va a nacer". El Tribunal fue más allá, sosteniendo que "lo que se puede deducir del esquema legislativo es que nunca convendrá al interés superior de ningún hijo(a) nacer de un acuerdo de maternidad subrogada si no estará genéticamente relacionado con un padre sustituto". Este caso, sin embargo, fue presentado bajo el derecho constitucional de la autonomía reproductiva, por tanto, no es directamente relevante aquí.

⁵² Caso No: 6159/2020

⁵³ Párrafo 35.

⁵⁴ Se invitó al tribunal a considerar que la solicitud se basaba en la adopción según el derecho consuetudinario (en la que el marido "asume" los hijos de su nueva novia sin que se siga un procedimiento judicial formal), pero la Corte se negó a seguir esta ruta.

⁵⁵ Children's Act 38 de 2005, secc. 1 (definición de "miembro de la familia").

⁵⁶ *M. B. vs. N.B.*, 2010 (3) SA 220.

hijastro "dentro de los valores y normas constitucionales y la protección a la que el niño tiene derecho, en virtud de la Carta de Derechos (*Bill of Rights*)".⁵⁷ Por consiguiente, en *Rakgokong v. Rakgokong* el tribunal confirmó explícitamente la ampliación de la atribución de responsabilidades y derechos parentales a personas distintas de los padres biológicos.⁵⁸

4. El ejercicio de las responsabilidades y los derechos de los padres

El ejercicio de las responsabilidades y los derechos parentales se esboza en primer lugar en el artículo 28 de la Constitución (derechos de la niñez) y se amplía en varios artículos de la *Children's Act* con el fin de, entre otras cosas, proteger al niño(a) y definir los derechos de los padres y madres.⁵⁹ No obstante, el Tribunal Constitucional ha visto casos (y todavía tiene casos pendientes ante sí) que limitan o amplían (según sea el caso) el ejercicio de las responsabilidades y los derechos parentales. A continuación, se examinan algunos ejemplos pertinentes.

⁵⁷ *Supra* nota 52 párrafo 44.

⁵⁸ *Rakgokong vs Rakgokong*, párrafo 35. Esto se basa en el reconocimiento de que "la forma tradicional de familia basada en la relación de un hombre y una mujer casados y su hijo biológico o adoptado no refleja la realidad de la sociedad sudafricana". Véase también *Mubake v. Minister of Home Affairs 2015 ZAGPPHH 2037*, en el que la denuncia consistía en que no se había concedido a los niños permisos de asilo temporal en virtud del artículo 22 de la *Refugee Act* [Ley de Refugiados]. El solicitante nació en la República Democrática del Congo (RDC) en 1998, y sus padres fueron asesinados en la guerra cuando tenía un mes de edad. Era potencialmente un solicitante de asilo en Sudáfrica, habiendo huido de la guerra en la RDC con su tía, ella misma una solicitante de asilo, y que llegó al país durante mayo de 2011. El Tribunal tuvo que decidir si se trataba de un "dependiente" a efectos de la condición de asilo temporal. Se sostuvo que la definición de "dependiente" debía interpretarse como inclusiva de los niños separados, que acompañan a sus familiares que son sus cuidadores. El Tribunal estuvo de acuerdo con esto, afirmando que "se ajusta a la definición de miembro de la familia que figura en el apartado d) del artículo 1 de la *Children's Act*, que no se limita al núcleo familiar, sino que también incluye "cualquier otra persona con la que el niño(a) haya desarrollado una relación importante, basada en el vínculo psicológico o emocional, que se asemeje a una relación familiar", y se ajusta a la norma constitucional del interés superior del niño y la niña. Esto dio una interpretación más amplia a la definición de dependiente en la Ley de Refugiados, que se refería sólo a los hijos biológicos (entre otros).

⁵⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos 7, 9 y 11 de la *Children's Act*

4.1 La defensa del castigo razonable (*reasonable chastisement*)⁶⁰

El caso *Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development and Others*,⁶¹ comenzó como un juicio penal contra un padre acusado de infligir graves daños corporales a su hijo de 13 años. El Tribunal de Primera Instancia halló al padre culpable de agresión. Durante la apelación presentada por el padre, el Tribunal Superior, por decisión propia, encontró que la antigua defensa del derecho consuetudinario⁶² del castigo razonable era "constitucionalmente inválida y, por consiguiente, probablemente no disponible para los padres acusados de delito de agresión (agresión común o agresión deliberada con intención de causar graves lesiones corporales) a sus hijos(as)".⁶³ La organización *Libertad de Culto (Freedom of Religion)*, que era *amicus* en el Tribunal Superior, presentó un recurso ante el Tribunal Constitucional para impugnar esta conclusión de invalidez en la defensa del derecho consuetudinario del castigo razonable. La autorización para apelar directamente al Tribunal Constitucional fue concedida en aras del interés público. Al respecto, el Tribunal Constitucional declaró que

Al centro de esta petición se encuentran las cuestiones relacionadas con el interés superior de los niños. Y los niños son un grupo vulnerable cuyos intereses son de suma importancia. Una parte integral de esos intereses es la forma de criarlos como ciudadanos responsables y disciplinados en nuestro país. Las cuestiones o aspectos de derecho que se plantean son de gran interés e importancia para casi todos los padres e hijos, la mayoría de los cuales no son capaces de defender la causa que ventila estos derechos

⁶⁰ Para un análisis más detallado de este caso, véase: Sloth-Nielsen, J. 2020.

⁶¹ *Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* 2020 (1) SA 1 (CC).

⁶² El derecho consuetudinario (*common law*) se refiere a "la ley que no fue hecha por el parlamento, sino que fue desarrollada por los tribunales a través del sistema de precedentes". *Cfr.*, Humby, T., *op. cit.*, nota 20. Así pues, una defensa de derecho anglosajón es la que se ha desarrollado a lo largo del tiempo a través de los precedentes judiciales.

⁶³ Párrafo 6.

por sí mismos y por tanto se beneficiarían de la intervención de *Libertad de Culto* como parte litigante. Si un castigo moderado y razonable es inconstitucional, lo mejor es resolver la cuestión de una vez por todas, para evitar la posible violación de los derechos de los niños en otras partes del país.⁶⁴

Al decidir sobre la constitucionalidad de la defensa del derecho consuetudinario de un castigo razonable, el Tribunal sostuvo que la decisión se basaría principalmente en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 12 de la Constitución (derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia de origen público o privado),⁶⁵ así como el derecho a la dignidad.⁶⁶

La organización *Libertad de Culto* trató de diferenciar dos tipos de castigo. De una parte, el "castigo parental razonable y moderado" que, según ellos, formaba parte del "derecho de los padres a disciplinar amorosamente a sus hijos(as)". De otra parte, el "tipo de agresión y abuso a niños(as) que toda campaña o reto, para poner fin a esta defensa del derecho consuetudinario, tiene como objetivo frenar".⁶⁷ Sin embargo, el Tribunal Constitucional observó que el peticionario tuvo algunas dificultades en su "intento de situar este castigo fuera de los límites de la agresión".⁶⁸

El Tribunal Constitucional reafirmó que, si bien había muchos derechos constitucionales implicados en el caso, la materia podía resolverse fácil-

⁶⁴ *Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* 2020 (1) SA 1 (CC), párrafo 24. La sentencia inicial sólo era vinculante en la provincia a partir de la cual se emitió la sentencia.

⁶⁵ La sección 12 dice: "1) Todo el mundo tiene derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, lo que incluye el derecho a...

a) No ser privado de la libertad arbitrariamente o sin causa justificada;

b) No ser detenido sin juicio;

c) Estar libre de toda forma de violencia, ya sea de origen público o privado;

d) No ser torturado de ninguna manera; y

e) No ser tratado o castigado de forma cruel, inhumana o degradante.'

⁶⁶ La sección 10, derecho a la dignidad, establece que "toda persona tiene una dignidad inherente y el derecho a que se respete y proteja su dignidad".

⁶⁷ *Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* 2020 (1) SA 1 (CC), párrafos 32-33.

⁶⁸ *Ibid.*, párrafo 32.

mente con referencia al apartado c) del párrafo 1 del artículo 12 de la Constitución. El Tribunal apunta que el marco natural de esta defensa del castigo razonable se encuentra dentro de la esfera del derecho penal, en el sentido de que trata de evitar que los padres o madres sean acusados de agresión por reprender (con fuerza) a sus hijos(as). A continuación, el Tribunal recurrió al diccionario para definir violencia, observando que el significado gramatical ordinario atribuido a la palabra es un comportamiento que implica fuerza física con la intención de herir, dañar o matar a alguien o algo. El Tribunal observó que esto es muy similar al significado de agresión, y que no se trata del alcance de la fuerza sino "del mero ejercicio de cierta fuerza o la amenaza de la misma".⁶⁹ Al pasar al lenguaje utilizado en el artículo 12(1)(c), el Tribunal observó que si se utiliza el significado ordinario o se da algún tipo de significado altamente técnico a la palabra "violencia", el término "castigo razonable", por su propia índole, denota que se está cometiendo alguna forma de violencia contra el niño o la niña.⁷⁰ El Tribunal opinó que el objetivo mismo del recurso al castigo es infligir dolor o daño real o amenazar con el mismo. Surge de la creencia de que recurrir a la violencia es un medio de castigo más eficaz que otras formas de disciplina que se pueden utilizar para enseñar a un niño o niña a distinguir entre lo correcto y lo incorrecto. La Corte señaló:

El objetivo [del castigo razonable] siempre es causar disgusto, incomodidad, miedo o dolor. La diferencia relevante en todo momento radica en el grado en que ese resultado se pretende alcanzar o se alcanza realmente. Dado que el castigo mediante aplicación de fuerza al cuerpo de un niño por parte de uno de los padres siempre tiene por objeto causar daño en algún grado, el castigo moderado y razonable indudablemente equivale a una agresión legalmente excusable. Y no puede haber agresión, tal como se define, sin cumplir los requisitos de "todas las formas de violencia"

⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 38.

⁷⁰ *Ibid.*, párrafos 39-41.

previstos en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 12 de la Constitución.⁷¹

En cuanto al derecho a la dignidad humana, el Tribunal Constitucional se remitió a su jurisprudencia anterior en el caso de *S vs. M*,⁷² donde se declaró que:

Cada niño(a) tiene su propia dignidad. Si un niño(a) ha de ser imaginado constitucionalmente como un individuo con personalidad propia, y no simplemente como un adulto en miniatura que espera alcanzar su tamaño completo, no puede ser tratado como una mera extensión de sus padres o madres, umbilicalmente destinado a hundirse o nadar con ellos. [...] Individual y colectivamente todos los niños y las niñas tienen derecho a expresarse como seres sociales independientes, a tener tanto su propia risa como su propia pena, a jugar, imaginar y explorar a su manera, a llegar a comprender sus cuerpos, mentes y emociones, y sobre todo a aprender, conforme crecen, cómo deben comportarse y tomar decisiones en el vasto mundo social y moral de la edad adulta. Y es fundamental, para el disfrute del derecho a la niñez, fomentar el derecho a vivir en un entorno seguro y propicio, libre de violencia, miedo, carencias y traumas evitables, en la medida de lo posible.⁷³

El Tribunal concluyó que el castigo razonable lleva implícito "un sentido de vergüenza, un sentido de que algo se ha sustraído de la totalidad de uno, y un sentimiento de ser menos digno que antes", independientemente del grado de castigo administrado, por lo que también se infringe el derecho a la dignidad.

Tras concluir que no hay justificación para limitar estos derechos, el Tribunal sostuvo que la defensa del derecho consuetudinario al castigo

⁷¹ *Ibid.*, párrafo 41.

⁷² *S vs. M*, 2008 (3) SA 232 (CC).

⁷³ *Ibid.*, Párrafos. 18-19.

razonable es inconstitucional. Si bien esta conclusión era más o menos ineludible dada la fuerza y el evidente alcance de la disposición constitucional aplicable (artículo 12), la conclusión representa, no obstante, una restricción muy significativa de las responsabilidades y derechos de los padres.

4.2 Registro de nacimiento

Aunque todavía no ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional, el caso de *N y Otros vs. el Director General: Departamento de Asuntos Inter-nos y Otros*⁷⁴ es digno de ser discutido debido a sus implicaciones para el ejercicio de derechos y responsabilidades parentales en Sudáfrica.

Los solicitantes no pudieron registrar el nacimiento de su hijo, a pesar de que éste nació en la República de Sudáfrica, de padre sudafricano. La madre y el padre del niño se casaron según el derecho consuetudinario en la República Democrática del Congo (el país de nacionalidad de la madre) y este matrimonio no se registró, lo que significa que el matrimonio no fue reconocido por Sudáfrica. Además, la madre había estado ilegalmente en Sudáfrica, ya que su visado de turista expiró mientras estaba embarazada del niño. Según el Reglamento de la Regulations on the Births and Deaths Registration Act [Ley de Registro de Nacimientos y Defunciones]⁷⁵ (que rige el registro de nacimientos en Sudáfrica), la madre (que debe estar legalmente en Sudáfrica) debe registrar al niño(a) o, tras demostrar que está casado con la madre, el padre puede registrarlo. Como el niño no había sido registrado (nació en 2018), no podía reclamar ningún derecho de ciudadanía.⁷⁶ Así pues, los demandantes solicitaron una orden que anulara la decisión del Departamento del Interior de no registrar el nacimiento del niño y que declarara inválidos

⁷⁴ *N and Others v Director General: Department of Home Affairs and Another* [2018] 3 All SA 802 (ECG).

⁷⁵ Ley 51 de 1992 (en adelante, Ley de Registro).

⁷⁶ *N and Others v Director General: Department of Home Affairs and Another* [2018] 3 All SA 802 (ECG), Párrafo 5.

diversos artículos de la Registration Act y Regulations on the Births and Deaths Registration Act de 2014 [Ley de Registro y de la Ley de Nacimientos y Defunciones de 2014 y su Reglamento].⁷⁷

La cuestión central era si el Reglamento, que no permitía a los padres de los niños registrar el nacimiento de sus hijos cuando la madre fuese extranjera, su presencia en la República de Sudáfrica pudiera no ser conforme a la ley y/o cuando la madre del niño estuviera ausente, se ajustaba a la Constitución.

El Tribunal pasa posteriormente a la cuestión de la interpretación de la ley y considera que los artículos 9 y 10 de la Ley de Registro pueden interpretarse de manera que correspondan a la Constitución y, por tanto, deben interpretarse de esta manera. Sin embargo, en cuanto a la cuestión del Reglamento, el Tribunal considera que es constitucionalmente inválido, ya que impide al padre que tiene un hijo fuera del matrimonio registrar el nacimiento de su hijo sin la presencia de la madre. "El resultado es que la aplicación de los sub-reglamentos impugnados inhibe el acceso a los derechos del apartado a) del párrafo 1 del artículo 28, a saber, que todo niño(a) tiene derecho a un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento; y del párrafo 2 del artículo 28 de la Constitución ('El interés superior del niño(a) es una consideración primordial en todo asunto relacionado con él (ella)'). Por esta razón, son incompatibles con la Constitución".⁷⁸ El tribunal ordenó así que las disposiciones impugnadas fueran inconstitucionales, y añadió frases al Reglamento para remediar el defecto.

Como se ha dicho antes, el Tribunal Constitucional aún no ha confirmado esta declaración de nulidad. En el Tribunal Constitucional se cues-

⁷⁷ Las secciones pertinentes del Reglamento se titulan "3. Notificación de nacimiento", "4. Registro extemporáneo del nacimiento de los hijos de ciudadanos sudafricanos" y 'Registro extemporáneo de los hijos mayores de un año nacidos de ciudadanos sudafricanos' y establecen lo que debe acompañar al registro de nacimiento, y que, si una solicitud no cumple los requisitos, no será aceptada. El artículo 12 (1) del Reglamento establece que cuando un niño nace fuera del matrimonio, el nacimiento debe ser registrado por la madre.

⁷⁸ Párrafo 32.

tionará tanto la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley principal como las del Reglamento, ya que aún se conoce de un recurso de apelación para impugnar la conclusión de que la Ley podía ser leída de manera que fuera constitucionalmente compatible.

4.3 Responsabilidad por el respeto a la privacidad del niño o la niña

El siguiente caso examinado en el marco del ejercicio de las responsabilidades y derechos parentales tampoco es un caso constitucional, pero es particularmente pertinente debido a los derechos constitucionales del niño implicados, a saber, el derecho del niño o niña a su intimidad.

El caso⁷⁹ es una confirmación de solicitud *ex parte* de interdicción provisional para evitar que el demandado (el padre del niño) siguiera accediendo y difundiendo tanto los mensajes de correo electrónico como los de WhatsApp de la demandante (la madre del niño), así como los de su hijo menor de edad. Se afirmó que esta difusión tenía como efecto el descrédito del niño y de la demandante. El demandado intentó defender la transmisión de estas conversaciones privadas al médico y al director de escuela del niño en virtud del artículo 28 de la Constitución, más concretamente el apartado d) del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 28 de la Constitución de la República, que disponen respectivamente que "Todo niño(a) tiene derecho a ser protegido de los malos tratos, el descuido, el abuso o la degradación" y "El interés superior es la consideración primordial en todo asunto relacionado con el niño(a)".⁸⁰ Este argumento fue desestimado puesto que —si ese hubiera sido el caso— el padre habría presentado una solicitud en el Tribunal de Niñez para intervenir, por motivos de protección del niño, conforme a las disposiciones que otorgaban el cuidado del niño a la madre. El Tribunal consideró

⁷⁹ *SM v ABB* case 20/1732 (11 September 2020, Gauteng Local division).

⁸⁰ El demandado afirmó que los mensajes mostraban pruebas de que el solicitante tenía relaciones sexuales inapropiadas y abusaba de los medicamentos recetados, y que difundía los mensajes para obtener una segunda opinión.

que el comportamiento del demandado, de acceder a los mensajes de la demandante y del hijo menor de edad, era una violación a su derecho a la privacidad: "la difusión de información al Director de la escuela y al médico se hizo sin otra razón que tratar de generar un sesgo cognitivo en las mentes de esas personas, en contra de la demandante y posiblemente también del hijo".⁸¹ Al difundir los mensajes entre la demandante y el menor de edad, no sólo se violó el derecho a la intimidad de la demandante, sino también del propio niño.

Este caso es relevante, ya que limita el derecho de los padres y madres a acceder a las comunicaciones digitales de un niño o niña sin razones de peso. Tendría que existir una justificación razonable para que un padre o una madre infrinja el derecho a la privacidad de un niño, de acuerdo con la Constitución, la cual establece el derecho a que "no se infrinja la privacidad de sus comunicaciones".⁸² Será interesante ver si esta sentencia tiene implicaciones futuras en litigios entre niños y sus padres (quienes acceden y difunden los mensajes de los primeros por WhatsApp u otras formas de comunicación de redes sociales).

4.4 Interferencia del Estado con la responsabilidad parental

Una sentencia constitucional histórica es la del caso *C. vs. el Departamento de Salud y Bienestar de Gauteng*,⁸³ en relación con la interferencia del Estado en la responsabilidad parental. El Estado había intervenido en una "limpieza callejera" para retirar unos niños y niñas que, en un caso, mendigaban con una madre con una discapacidad visual en una esquina, y en otro caso, ayudando a su padre a lustrar zapatos, mientras su madre estaba en el hospital dando a luz.

El proceso debía resolver la confirmación de una declaración de invalidez constitucional de los artículos 151 y 152 de la Children's Act 38 de

⁸¹ *SM v ABB* case 20/1732 (11 September 2020, Gauteng Local division), párrafo 41.

⁸² Apartado d) del párrafo 1 del artículo 14 de la Constitución.

⁸³ *C v Department of Health and Welfare Gauteng*, 2012 (2) SA 208 (CC).

2005. El Tribunal Superior había declarado inconstitucionales tales artículos, por cuanto disponían que funcionarios del Estado podían retirar a un niño del cuidado de la familia y colocarlo temporalmente bajo cuidado temporal del Estado (*safe care*),⁸⁴ pero no preveían que el niño(a) fuese llevado ante el Tribunal de Niñez para la revisión automática de dicha remoción. Los demandantes alegaron que la ausencia de una cláusula de revisión automática para el retiro y colocación del niño(a) temporalmente violaba los derechos constitucionales de éstos al cuidado familiar o parental. Lo anterior, dado que el interés superior del niño es primordial y los derechos a la dignidad y la privacidad de la niñez incluyen y protegen el derecho a la vida familiar.

Se dictaron tres sentencias distintas. En el primer fallo (de minoría), el Tribunal determinó que

La remoción coercitiva de un niño(a) de su entorno doméstico es sin duda una medida profundamente invasiva y perturbadora. La intervención sin invitación del Estado en la esfera privada de la vida familiar amenaza con romper la integridad y continuidad de las relaciones familiares, e incluso deshonorar la dignidad de la familia, tanto de los padres como de los hijos(as), en su propia estima, así como frente a los ojos de su comunidad.⁸⁵

La exigencia de que la remoción esté sujeta a revisión automática y que todas las partes interesadas, incluido el niño(a) en cuestión, tengan la oportunidad de ser escuchadas, en nuestra opinión, es una garantía esencial en el interés superior del niño, sostuvo el Tribunal.⁸⁶

⁸⁴ El artículo 152(1) faculta a un trabajador social o a un agente policial para extraer a un niño y ubicarlo temporalmente en un lugar seguro, sin una orden judicial, siempre que se crea fundadamente que: a) El niño necesita atención y protección inmediata de emergencia; b) El retraso en la obtención de una orden judicial podría poner en peligro la seguridad y bienestar del niño; y c) La extracción es la mejor manera de asegurar seguridad y bienestar al niño. La notificación de dicha extracción debe darse al padre, tutor o cuidador del niño.,

⁸⁵ Por el Juez Skweyiya J., *C v Department of Health and Welfare Gauteng*, 2012 (2) SA 208 (CC), en párrafo 23.

⁸⁶ *Ibid.*, párrafo 34.

En un escrito dirigido a la mayoría, en el que se confirma también la invalidez constitucional del régimen legal de remoción del niño de la tutela parental, el Juez Yacoob señaló que:

En resumen, es preciso decir que las condiciones que deben cumplirse antes de poder separar a un niño son realmente estrictas. Un niño no puede ser separado de su familia a menos que un tribunal concluya o el trabajador social designado o el oficial de policía razonablemente crea, que el niño requiere cuidado y protección. Y esa condición es cuidadosamente ampliada en la Ley. Una vez fijado este requisito, el Tribunal de Niñez puede ordenar la separación del niño sólo si es necesario para su seguridad y bienestar. Un tribunal no podrá hacerlo si el retiro es meramente deseable.⁸⁷

Este caso relativo a la interferencia del Estado en la familia es el único (hasta ahora) que constituye la otra cara de la más amplia jurisprudencia que se ocupa de la obligación de mantener la vida familiar, como se ilustra en el caso *Dawood vs. el ministro del Interior y otros*⁸⁸ y en la sentencia de *Mubake vs. el Ministro del Interior*, examinado anteriormente.⁸⁹

5. La función de los intereses superiores de la niñez en la solución de controversias de derecho familiar

El principio de interés superior del niño o la niña ha desempeñado desde hace mucho tiempo un papel fundamental en los casos individuales de derecho familiar, determinando los resultados de las controversias

⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 67.

⁸⁸ *Dawood vs. el ministro del Interior y otros*, 2000 (3) SA 936 (CC), relativo a los permisos de inmigración para los cónyuges extranjeros de residentes en Sudáfrica, de modo que puedan residir en dicho país.

⁸⁹ Una segunda sentencia minoritaria (Juez Jafta, J. y Juez Mogoeng, CJ) discrepó sobre la necesidad de una revisión judicial de la destitución, argumentando que el artículo 28 de la Constitución no se refería en absoluto a la revisión automática, y que por tanto no había ninguna disposición constitucional en la que basar una incoherencia.

de los padres sobre el cuidado y el contacto,⁹⁰ sobre la toma de decisiones médicas y sobre la reubicación, por nombrar sólo tres ámbitos. Pero, como señala Meda Couzens, la función de la disposición constitucional relativa al interés superior de la niñez y de la norma de derecho consuetudinario para la evaluación de dicho interés no son concurrentes. En lo que respecta al derecho consuetudinario y al principio de interés superior, Couzens sugiere que

El interés superior del niño(a) tiene un ámbito limitado y atañe a la relación entre padres e hijos. Se centra en el niño(a) como individuo, está orientado a los resultados (busca proporcionar el mejor desenlace para el o ella, dando prioridad a sus intereses), y cuando se aplica, determina el resultado.⁹¹

El principio constitucional de interés superior varía. No sólo se aplica a las decisiones adoptadas por Tribunales Superiores como tutores superiores de todos los niños y las niñas, sino a "todos los asuntos que les conciernen", y a los niños(as) de manera individual y colectiva. El principio está sujeto a limitaciones cuando otros derechos prevalecen sobre él, cosa que es más difícil que ocurra en el caso de controversias de tipo familiar individual, en las que las limitaciones al interés superior de la niñez son más difíciles de concebir.

En la jurisprudencia actual de Sudáfrica, la autonomía de las niñas y los niños como titulares de derechos cuando sus intereses entran en conflicto con los deseos de sus padres, no ha surgido directamente como tema de litigio constitucional. Sin embargo, existen numerosos casos en los que esto se puede inferir, indirectamente.⁹² Para empezar, es importante

⁹⁰ Previamente, *custodia y contacto*.

⁹¹ Couzens, M., 2019, pp. 363-386. El artículo revisa casi exclusivamente casos no relacionados con el derecho de familia en los que el principio del interés superior ha pasado a primer plano. Véase también A. Skelton, A., 2019, pp. 557-579, que también se compone de casos que no tienen relación con las responsabilidades y derechos parentales.

⁹² Couzens, M., 2019, vol. 9. El artículo revisa, casi exclusivamente, casos no relacionados con el derecho familiar y en los cuales el interés superior de las niñas y los niños fue discutido. Véase

reflexionar que la Constitución otorga a niños y niñas el derecho a una representación legal independiente en asuntos civiles donde, de lo contrario, se produciría una injusticia sustancial.⁹³ Esto se complementa con el derecho general de los niños a participar en los asuntos que les afectan, que se establece en 110 de la Children's Act. Además, el artículo 29(6) de dicha ley dispone que el tribunal puede nombrar a un abogado para que represente al niño(a) o los niños(as) en los procedimientos judiciales y puede ordenar que cualquiera o todas las partes del procedimiento paguen las costas. El tribunal también puede ordenar al Estado que pague los costos si de otro modo ocurriera una "injusticia sustancial". Esta disposición se aplica a todos los asuntos del Tribunal Superior, los tribunales de divorcio en asuntos de divorcio y el Tribunal de Niñez. La sección 55 también prevé la representación legal por parte del Estado y a sus expensas en los asuntos de los niños y niñas que aún no están representados legalmente, y la representación legal separada en las solicitudes de restitución de secuestro de La Haya.⁹⁴

Por tanto, se pueden encontrar casos en los que los deseos de los niños y niñas difieren claramente de los de los padres cuando los primeros se han opuesto a un regreso, a una reubicación, o a acuerdos de acceso y contacto después del divorcio.⁹⁵ Así, en el caso de *Legal Aid Board v R*,⁹⁶ la Corte determinó que la *Legal Aid Board* no estaba obligada a obtener el consentimiento de un padre o tutor, o una orden judicial, antes de proporcionar a un niño o una niña representación legal según la sección 28 (1) (h). Este caso involucró a una niña de 12 años atrapada en un áspero proceso de custodia entre sus padres, en curso durante algunos años, que buscó representación legal separada para que sus intereses en finalizar el asunto se llevaran a la Corte.

adicionalmente, Skelton, A. 2019, pp. 557-579, que también refiere a diversos casos que no se asocian directamente con las responsabilidades y derechos parentales.

⁹³ S 28(1)(h).

⁹⁴ S 279.

⁹⁵ *Ex parte Van Niekerk & Another: In re Van Niekerk v Van Niekerk* (2005) JOL 14218 (T).

⁹⁶ *Legal Aid Board v R*, 2009 (2) SA 262 (D).

En lo que respecta a la toma de decisiones médicas, la Children's Act establece que un niño(a) de 12 años o más puede dar su consentimiento para un tratamiento médico o el tratamiento médico de su hijo, si el niño tiene la madurez y competencia mental suficientes para comprender los beneficios, riesgos, implicaciones sociales y de otro tipo, del tratamiento médico en cuestión.⁹⁷ Un niño(a) de 12 años o más puede dar su consentimiento para que se le practique una operación quirúrgica si tiene la madurez y capacidad mental para comprender los beneficios, los riesgos, las implicaciones sociales y otras de la operación y si el niño(a) es debidamente asistido por su padre/madre o tutor.⁹⁸ La Children's Act prevé que varias personas pueden prestar su consentimiento para recibir tratamiento médico u operaciones quirúrgicas en nombre de un niño o niña. Este consentimiento sustituto opera, por ejemplo, para el superintendente de un hospital donde el tratamiento u operación es necesario para salvar la vida del niño(a) o salvarle de una lesión física o discapacidad grave o duradera resulta urgente, y los padres se niegan irrazonablemente al consentimiento o no pueden ser hallados. Los tribunales también pueden anular la negativa de los padres a dar su consentimiento. Implícitamente, la niña o el niño considerado como *maduro*, también tendría derecho a negarse a prestar su consentimiento al tratamiento médico. Esto también se puede inferir de la redacción del artículo 129 (8), que autoriza al ministro a dar su consentimiento para el tratamiento médico o la operación de un niño o niña si éste se niega irrazonablemente a dar su consentimiento. Esta disposición implica que el niño(a) tiene derecho a rechazar el tratamiento médico y la cirugía, pero si esta negativa se considera *irrazonable*, el Ministro de Desarrollo Social puede dar el consentimiento requerido. Sin embargo, la jurisprudencia que subraya la aplicación de estas disposiciones no es clara.

Dado el enorme número de casos en que la asignación o el ejercicio de las responsabilidades y los derechos parentales en la jurisprudencia

⁹⁷ Children's Act 129(2).

⁹⁸ *Ibid.*, s 129(3). Sobre la diferencia entre tratamientos y operaciones médicas, véase Van der Westhuizen, 2018, pp. 791-802.

cotidiana del derecho familiar ha estado determinada por el interés superior del niño,⁹⁹ y dado que éstos rara vez (si acaso) tienen una verdadera repercusión constitucional,¹⁰⁰ ellos no han sido mencionados en este capítulo. En cambio, la atención se ha centrado en áreas en las que la propia Constitución ha tenido un papel directo para explicar las responsabilidades y derechos parentales.

6. Conclusión

La promesa constitucional de dignidad e igualdad ha tenido un impacto bastante significativo en la definición de las familias, en el potencial abanico de personas a ser reconocidas como miembros de la familia, en la forma en que las responsabilidades y derechos parentales deben ejercerse y hasta qué punto el Estado en ellas y ellos. En el presente capítulo se han examinado algunos casos clave que ilustran este aspecto.

Los derechos de la niñez han sido tomados en cuenta en esta descripción, aunque ellos no han constituido el foco a través de la cual se desarrolla este análisis. Esto habría extendido injustificadamente la investigación y, aunque podría haber sido aleccionador un enfoque más incisivo en la participación de los derechos de la niñez, no hay mucho (todavía) que se relacione con el contexto general de la influencia constitucional en la responsabilidad y los derechos parentales.¹⁰¹

⁹⁹ Como también se determina en el artículo 7 de la Children's Act, que establece una lista no exhaustiva de criterios que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño o la niña, como la relación con cualquiera de los progenitores o padres, los efectos de la separación de uno de ellos en el niño(a) y la relación entre el niño(a) y otros miembros de la familia. El interés superior de la niñez también está previsto en otros lugares de la Ley.

¹⁰⁰ A título de excepción, el caso *Sonderup c. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC)* es un ejemplo temprano de una controversia de derecho privado sobre un asunto relativo a la Convención de La Haya sobre Secuestro Internacional de Menores en la que se impugnó el recurso a la pronta restitución, ya que aquello suponía, en sí mismo, una violación de la norma constitucional del interés superior. El Tribunal Constitucional no estuvo de acuerdo en que hubiera ningún conflicto y confirmó la constitucionalidad de la legislación que incorporaba la Convención de La Haya sobre Secuestro en aquel momento.

¹⁰¹ Para una descripción inicial de algunos aspectos relativos a las acciones legales independientes entabladas por los niños y las niñas, incluso en relación con la responsabilidad y los derechos

El impacto futuro de la Constitución en la responsabilidad y los derechos parentales es totalmente especulativo, ya que no es posible predecir cuáles serán las cuestiones que se plantearán en los próximos años, a efectos de la interpretación constitucional. Puede ser que la exclusión total de los padres y madres no casados del plan concebido en la Children's Act (que privilegia sólo a algunos padres/madres no casados) vuelva a ser cuestionada. También podría plantearse un ajuste en la legislación, basado (por ejemplo) en las investigaciones que la Comisión Sudafricana de Reforma Jurídica lleva a cabo respecto del derecho del niño(a) a conocer sus orígenes biológicos.¹⁰² Estas investigaciones podrían impactar en la donación anónima de gametos y ella, a su vez, en las responsabilidades y derechos parentales. Asimismo, las familias mixtas, el reconocimiento de los derechos de las personas transgénero y una mayor integración del derecho consuetudinario,¹⁰³ podrían tener influencia en el discurso jurídico predominante. Esto, sin embargo, es mera conjetura.

Bibliografía

- Couzens, M. (2019), "The Best Interests of the Child and The Constitutional Court", *Constitutional Law Review*, vol. 9, pp. 363-386.
- Currie, I. y De Waal, J. (2015), "Introduction to the Bill of Rights' en Currie", I. & De Waal, J (eds), *The Bill of Rights Handbook*, Nueva York: Juta ed.
- Heaton, J., y Hannaretha, K. (2015), "South African Family Law", *Lexis-Nexis SA*, Durban.

parentales, véase J. Sloth-Nielsen (2019), "Legal Empowerment of Children" (Documento presentado en una conferencia sobre el empoderamiento jurídico de los niños. Lovaina, noviembre de 2019).

¹⁰² Publicación 32 (Proyecto 40) (2017).

¹⁰³ Varios casos ya han reconocido la adopción por costumbre, como se ha señalado anteriormente.

Heaton, J., "Parental Responsibilities and Rights", 2018, Davel, CJ., y Skelton, AM. (eds), *Commentary on the Children's Act*, Revision Service 9, 3-1-3-57.

Heyns, C. y Brand, D. (1998), "Introduction to Socio economic Rights in the South African Constitution", *LDD* 2(2), pp. 153-167.

Humby, T. (2012), *Introduction to Law and Legal Skills in South Africa*, Oxford University Press, Southern Africa.

Sloth-Nielsen, J. (2020), "Sideswipes and Backhanders: Abolition of the Reasonable Chastisement Defence in South Africa", *International Journal of Law, Policy and The Family*, pp. 191-203.

Skelton, A. (2019), "Too much of a good thing? The best interests of the child in South African jurisprudence", *De Jure*, vol 52, pp. 557-579.

Van der Westhuizen, C. (2018), "Medical Treatment v Surgery: Where Does Medical Treatment End and Surgery Begin in terms of Section 129 of the Children's Act?", 39 *Obiter*, pp. 791-802.

Casos

Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1996 (4) SA 744 (CC).

President of the Republic of South Africa v Hugo, 1997 (4) SA 1.

Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others 2001 (12) BCLR 1225 (T).

Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others 2003 (2) SA 198 (CC).

J and another v. Director General, Department of Home Affairs, and others 2003 (5) SA 621 (CC).

C.M. vs. N.G., 2012 (4) SA 452 (WCC).

AB and Another v Minister of Social Development 2017 (3) SA 570 (CC),
Rakgokong v Rakgokong, Case No: 6159/2020.

Mubake v Minister of Home Affairs 2015 ZAGPPHH 2037.

M. B. vs. N.B., 2010 (3) SA 220.

Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development and Others 2020 (1) SA 1 (CC).

S vs. M., 2008 (3) SA 232 (CC).

N and Others v Director General: Department of Home Affairs and Another [2018] 3 All SA 802 (ECG).

SM v ABB case 20/1732 (11 September 2020, Gauteng Local division).

C v Department of Health and Welfare Gauteng, 2012 (2) SA 208 (CC).

Dawood vs. el ministro del Interior y otros, 2000 (3) SA 936 (CC).

Ex parte Van Niekerk & Another: In re Van Niekerk v Van Niekerk (2005) JOL 14218 (T).

Legal Aid Board v R., 2009 (2) SA 262 (D).

Sonderup c. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC).

Legislación

Bill of Rights [Carta de Derechos].

Children's Act Act 38 de 2005 [Ley de la Niñez].

Child Care Act [Ley de Cuidado a la Niñez].

Regulations on the Births and Deaths Registration Act 2014 [Ley de Registro de Nacimientos y Defunciones].

Registration Act 2014 [Ley de Registro].

Refugee Act 1998 [Ley de Refugiados].

CAPÍTULO IX

La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México

Daniel Delgado Ávila*

* Juez de Oralidad Familiar en el Poder Judicial del Estado de Guanajuato. Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato y Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Iberoamericana, con estudios de especialista en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante y por la FLACSO México. Ha sido visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y docente en diversas universidades de México y los Estados Unidos de América.

Resumen

El presente capítulo analiza la forma en la que se ha incorporado legal y jurisdiccionalmente la responsabilidad parental en el sistema jurídico mexicano. Se concluye que, aunque las leyes especializadas de atención a la infancia reconocen tal modelo, la mayor parte de la legislación familiar de las entidades federativas no se ha adaptado al mismo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y los tribunales locales sí argumentan sus sentencias haciendo uso de los elementos estructurales de este nuevo paradigma.

Palabras clave: Responsabilidad parental; relaciones parentales; patria potestad; deberes de crianza; Ley General de Derechos de las Niñas; Niños y Adolescentes; Códigos Civiles y Familiares; México; Legislación estatal; tribunales locales; análisis de sentencias.

1. Introducción

De los diversos capítulos que integran la presente publicación se desprende que la responsabilidad parental puede ser analizada desde dos

perspectivas: una que apunta hacia el comportamiento que deben tener los padres hacia los hijos en las tareas de crianza; y la otra, que el cuidado infantil constituye un privilegio que corresponde ejercer al padre, la madre o adultos responsables y no al Estado.¹

En el continente americano, algunos países han optado por reconfigurar legislativa o jurisprudencialmente las instituciones clásicas del derecho civil como la patria potestad, la autoridad parental o los poderes parentales. Otros mantuvieron estas instituciones e introdujeron la figura jurídica de la responsabilidad parental para hacerlas funcionar de manera simultánea. Finalmente, unos cuantos países han decidido armonizar plenamente su sistema al nuevo modelo y dejar sin efecto a las instituciones incompatibles con el mismo.²

La presente investigación tiene como finalidad dar cuenta de los procesos legislativos y jurisdiccionales mediante los cuales la responsabilidad parental y sus elementos característicos han sido incorporados al sistema jurídico mexicano, tanto en el ámbito nacional (federal) como en el estatal.

2. La regulación legislativa de las relaciones parentales en México: La Constitución, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y las legislaciones familiares y civiles locales

2.1. La responsabilidad parental en la Constitución General

En México, las relaciones parentales se regulan en el plano constitucional en los párrafos noveno, décimo y decimoprimeros del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la siguiente forma:

¹ Eekelaar, 1991.

² Herrera y Lathrop, 2017.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Si bien el precepto constitucional citado no señala específicamente alguna institución del derecho familiar conforme a la que se deban normar las relaciones paterno-filiales en México, su estructura sí hace posible una lectura compatible con el modelo de la responsabilidad parental. Ello, porque establece una relación triádica jurídico-constitucional entre niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA), padres/adultos responsables y el Estado mexicano. En ella, la titularidad de los derechos ahí reconocidos corresponde a los NNA, frente a quienes los padres o adultos responsables tienen obligaciones, y paralelamente se les dota de facultades para exigir su cumplimiento a terceros en el marco del principio de interés superior de la infancia.

2.2. La responsabilidad parental en la LGDNNA

Con el objetivo de armonizar el artículo 4o. constitucional y los diversos tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano y, así, articular una política integral en materia de derechos de la niñez,³ en el año de

³ SCJN, Segunda Sala, Tesis 2a. V/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Libro 50, enero de 2018, p. 530.

2014 el Congreso de la Unión expidió la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante LGDNNA), la cual reconoce un amplio catálogo de derechos y establece un sistema integral de protección a la infancia mediante la distribución de competencias, facultades y obligaciones concurrentes entre la Federación, entidades federativas y municipios.

Es importante destacar que en el sistema jurídico mexicano las "leyes generales" tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan al Congreso de la Unión a dictarlas, por lo que poseen una jerarquía jurídica superior en relación con ordenamientos federales o estatales, y constituyen "una plataforma mínima"⁴ obligatoria con base en la cual —en el marco del sistema federal— los gobiernos locales deben crear normas internas conforme a sus diversas realidades y necesidades.

La LGDNNA inicia su artículo 1o. planteando como objetivos el reconocimiento de NNA como titulares de derechos humanos y la garantía de su pleno ejercicio, respeto, promoción y protección. Con ello, adopta el nuevo paradigma de infancia contenido en los artículos 5 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), pues configura a NNA como plenos sujetos de derecho y capaces, a quienes se debe garantizar un cuidado y asistencia especiales en forma tal que no se les afecte en sus derechos.⁵

A su vez, el artículo 6o. de la LGDNNA establece expresamente como rectores los revolucionarios principios de interés superior de la niñez y autonomía progresiva,⁶ juntamente con el derecho al adecuado desarrollo evolutivo de la personalidad. Con ello, suprime la visión tradicional de NNA como débiles, dependientes, imperfectos e incapaces y, por ende, objeto

⁴ SCJN, Pleno, Tesis jurisprudencial P/J. 5/2010, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XXXI, febrero de 2010, p. 2322.

⁵ Cillero, 2016.

⁶ Cardona, 2012.

de representación, subordinación y control por parte de sus padres, adultos responsables o Estado. A mayor abundamiento, la LGDNNA⁷ obliga a padres y/o adultos responsables que en la toma de decisiones que afecten directamente a NNA, se valore su opinión o preferencia conforme a su edad, desarrollo evolutivo y cognoscitivo y madurez, así como también que su interés superior sea considerado de manera primordial.⁸

En relación con el principio de *autonomía progresiva*, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN),⁹ al examinar la constitucionalidad de diversos artículos de la LGDNNA, destacó que los derechos de la infancia no deben ser concebidos de la misma manera durante toda la niñez, sino que cada etapa del desarrollo infantil presenta un "grado diferenciado de libertades y deberes", y entre mayor sea el nivel de aprendizaje, conocimiento y madurez, será mayor la autonomía de NNA para ejercer por sí mismos sus derechos conjuntamente con la guía, orientación e instrucción que les proporcionen sus padres y/o adultos responsables. En esta línea, la SCJN también ha enfatizado que la evolución progresiva de las facultades de NNA se debe concebir como un "principio habilitador de la totalidad de los derechos humanos reconocidos en el parámetro de regularidad del Estado mexicano, y no como una excusa para realizar prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño".¹⁰

Por lo que respecta a las dimensiones en que se proyecta el principio de autonomía progresiva, la LGDNNA exige expresamente a los órganos del Estado mexicano tomar en consideración la opinión de los NNA al definir las siguientes cuestiones:¹¹

⁷ LGDNNA, artículo 103, fracción X.

⁸ LGDNNA, artículo 2.

⁹ SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 800/2017, pp. 72-78.

¹⁰ SCJN, Segunda Sala, tesis 2a. XI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 50, enero de 2018, tomo I, p. 539.

¹¹ LGDNNA, artículos 19, 22, 23, 30, 49, 57, 60, 72 y 92.

- a) Procedimientos que deriven en el cambio de apellidos y adopción;
- b) Separación familiar y de personas que ejerzan sobre ellas la patria potestad, tutela, guarda y custodia y reunificación familiar;
- c) Acciones de asistencia, protección y reparación integral del daño en caso de ser víctimas de delitos;
- d) Establecimiento de regímenes de vida, estudio, trabajo o reglas de disciplina;
- e) Materia educativa;
- f) En las decisiones que se tomen en los ámbitos familiar, escolar, social, comunitario o cualquier otro en que se desarrollen;
- g) Procesos en general y procedimientos migratorios.

La LGDNNA también se destaca por contener un apartado especial (título tercero) que regula las relaciones jurídicas entre padres/adultos responsables y NNA, detallando las obligaciones de crianza y el apoyo que al respecto deberá brindarles el Estado.

El preámbulo del artículo 103 establece lo siguiente:

Son obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como de las demás personas que por razón de sus funciones o actividades tengan bajo su cuidado niñas, niños y adolescentes, en proporción a su responsabilidad y, cuando sean instituciones públicas, conforme a su ámbito de competencia, las siguientes:

I. Garantizar sus derechos alimentarios, el libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio de sus derechos, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y demás disposiciones aplicables.

Para los efectos de esta fracción, los derechos alimentarios comprenden esencialmente la satisfacción de las necesidades de alimentación y nutrición, habitación, educación, vestido, atención médica y psicológica preventiva integrada a la salud, asistencia médica y recreación. Las leyes federales y de las entidades federativas deberán

prever los procedimientos y la orientación jurídica necesaria así como las medidas de apoyo para asegurar el cumplimiento del deber de garantizar los derechos alimentarios;

II. Registrarlos dentro de los primeros sesenta días de vida;

III. Asegurar que cursen la educación obligatoria, participar en su proceso educativo y proporcionarles las condiciones para su continuidad y permanencia en el sistema educativo;

IV. Impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiada a niñas, niños y adolescentes, sin que ello pueda justificar limitación, vulneración o restricción alguna en el ejercicio de sus derechos;

V. Asegurar un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad;

VI. Fomentar en niñas, niños y adolescentes el respeto a todas las personas, así como el cuidado de los bienes propios, de la familia y de la comunidad, y el aprovechamiento de los recursos que se dispongan para su desarrollo integral;

VII. Protegerles contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata de personas y explotación;

VIII. Abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral. El ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes no podrá ser justificación para incumplir la obligación prevista en la presente fracción;

IX. Evitar conductas que puedan vulnerar el ambiente de respeto y generar violencia o rechazo en las relaciones entre niñas, niños y adolescentes, y de éstos con quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como con los demás miembros de su familia;

X. Considerar la opinión y preferencia de las niñas, niños y adolescentes para la toma de decisiones que les conciernan de manera directa conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, y

XI. Educar en el conocimiento y uso responsable de las tecnologías de la información y comunicación.

En casos de controversia, el órgano jurisdiccional competente determinará el grado de responsabilidad de quien tenga a su cargo y cuidado a niñas, niños o adolescentes, atendiendo a los principios rectores de esta Ley.

Las leyes federales y de las entidades federativas deberán prever disposiciones que regulen y sancionen las obligaciones establecidas en el presente artículo.

Como se aprecia, la LGDNNA abandona la idea de subordinación tradicionalmente inmersa en la institución de la patria potestad, pues enfatiza que los padres llevarán a cabo sus funciones de crianza no mediante el ejercicio de derechos sobre NNA, sino cumpliendo deberes de "orientación" y "dirección", con la finalidad de que progresivamente ejerzan todos los derechos que les son reconocidos por la CDN. Con ello, se sustituye la "potestad" por la "responsabilidad", lo que constituye un cambio radical de paradigma en relación con la autonomía parental, pues como señala Fabiola Lathrop en referencia al artículo 5 de la CDN, "la dirección y guía parentales apropiadas deben reconocer que todos los derechos de los NNA son sinérgicos, y que entre el padre y/o la madre y el hijo/a existe una relación de interdependencia."¹²

En seguimiento a la configuración de NNA como titulares de derechos y bajo el principio de autonomía progresiva, la fracción IV del artículo 103 de la LGDNNA prohíbe que bajo el amparo de los deberes de crianza se

¹² Lathrop, 2017, p. 99.

limite, vulnere o restrinja, el ejercicio de alguno de sus derechos. Este mandato se refuerza con otro en el que se señala que el ejercicio de la patria potestad, tutela o guarda y custodia, no podrá justificar el atentado contra la integridad física, psicológica o el desarrollo integral de NNA.¹³

Cabe mencionar que al examinar la constitucionalidad de la LGDNNA en el Amparo en Revisión 800/2017,¹⁴ la Segunda Sala de la SCJN señaló que no es dable que la patria potestad, las responsabilidades de crianza, o en general, el cuidado de NNA, se realice sin límite alguno, pues para que la infancia pueda disfrutar de una vida plena y en condiciones que garanticen su desarrollo integral, es una "necesidad básica" que la materialización de tales responsabilidades se sujete al Estado de derecho.

Por otra parte, es conveniente destacar que la LGDNNA se aleja de la visión clásica que atribuye la responsabilidad parental tomando como único punto de referencia el vínculo genético o biológico. En efecto, una lectura del artículo 103 de la LGDNNA lleva a la conclusión de que las obligaciones de crianza deberán ser asignadas en proporción a la responsabilidad de aquellas personas que por razón de sus "funciones" o "actividades" tienen a su cuidado a NNA. Con ello, se pasa del modelo de la "paternidad" al de la "parentalidad", pues se reconoce que en las sociedades contemporáneas es necesario distinguir mejor al padre o madre, de aquella persona que en los hechos realiza la función parental, cuya legitimidad no surge del ámbito biológico o jurídico, sino de una competencia adquirida y reconocida por el entorno, que puede ser asumida sucesiva o simultáneamente por una pluralidad de actores en un momento dado.¹⁵

Finalmente, es importante recordar que la responsabilidad parental —como se expone en este libro— en una de sus dimensiones estructurales atribuye a padres o adultos responsables un privilegio o derecho de

¹³ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 103, fracción VIII.

¹⁴ SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 800/2017, pp. 72-78.

¹⁵ Martin, 2015.

no intervención en el ámbito de las funciones parentales que se ejerce frente al Estado y terceros.¹⁶ Esta característica ha sido identificada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁷ en los artículos 57 y 76 de la LGDNNA, señalando que ahí se establecen expresamente los derechos parentales para educar y formar a NNA, juntamente con la obligación del Estado de proporcionarles herramientas para llevar a cabo adecuadamente su función.

De todo lo expuesto, podemos concluir que, aunque la LGDNNA no hace mención expresa al término "responsabilidad parental", sí propone un modelo de crianza y cuidado de la infancia que hace propios todos sus elementos característicos, por lo que no existe obstáculo legal alguno para que el Congreso Federal o cualquiera de las entidades federativas la incorporen expresamente en su legislación familiar.

3. La regulación de las relaciones parentales en las entidades federativas. Las leyes estatales de protección a la infancia, códigos civiles y familiares locales

3.1. La responsabilidad parental en las leyes estatales de protección a la infancia

En el sistema federal mexicano, tanto la regulación de la vida familiar en general como el ejercicio de los derechos de NNA y su adjudicación en las relaciones parentales en particular son competencia de los congresos de las entidades federativas y sus tribunales locales. En consecuencia, la mayor parte de las decisiones que toman los padres o adultos responsables cotidianamente en el marco de la vida de NNA, lo hacen con fundamento en

¹⁶ Espejo Yaksic, N. 2017; Espejo Yaksic, N. 2020

¹⁷ SCJN, Segunda Sala, Tesis 2a. CXXXVI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, Tomo I, enero de 2017, p. 793.

leyes y con la intervención de autoridades administrativas o jurisdiccionales locales, por lo que el derecho familiar en México es eminentemente estatal.

El mecanismo más visible utilizado por los congresos locales para lograr la armonización de la legislación local con los derechos establecidos a favor de la infancia en la LGDNNA consistió en reproducir sus contenidos en leyes estatales de protección a la infancia. En virtud de ello, actualmente todas las entidades federativas en México tienen incorporado un modelo de crianza que incluye las características de la responsabilidad parental, por lo menos, a la altura de su ley especializada.

3.2. La responsabilidad parental en las legislaciones familiares locales

A efectos de analizar si en México los congresos locales han incorporado a las legislaciones que regulan la vida familiar, en el nuevo modelo de parentalidad (no sólo en el nivel de las leyes especializadas de atención a la infancia, sino también en la legislación familiar) se clasifican los códigos civiles o familiares de las 32 entidades federativas en atención al grado en que reconocen las características esenciales del modelo de responsabilidad parental.

En un primer grupo, que llamaremos *modelo tradicional*, se ubican aquellas legislaciones que no cuentan con modificaciones para incorporar las características más relevantes de la figura de la responsabilidad parental en los sistemas normativos que regulan las relaciones parentales en el seno familiar. En un segundo grupo, *modelo tradicional atemperado*, se identifican los Estados que siguen operando bajo el esquema tradicional, pero que ya han establecido alguno de sus elementos constitutivos. En tercer lugar, en el *modelo de transición* se agrupan las entidades federativas que reconocen las notas más relevantes de la responsabilidad parental, pero aún falta una incorporación legal plena. Finalmente, clasificamos en un

cuarto grupo, *nuevo modelo*, a aquellos sistemas jurídicos locales que regulan las relaciones familiares con base en el modelo de la responsabilidad parental descrito.

a) Modelo tradicional

En este grupo se encuentran aquellas legislaciones que no cuentan con modificaciones para incorporar las características más relevantes de la figura de la responsabilidad parental en los sistemas normativos que regulan las relaciones parentales en el seno familiar. Ejemplos de este modelo son el Código Civil Federal y los códigos estatales de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Colima, Chiapas, Chihuahua, Guerrero, Durango, Guanajuato, Nuevo León y Veracruz.

En principio, es importante destacar que, en estos ordenamientos, las relaciones familiares aún se regulan en códigos civiles con derechos y obligaciones netamente patrimoniales y de derecho privado tales como los bienes, obligaciones y contratos, lo que indica una visión privatista de tales relaciones. La responsabilidad parental no se menciona como concepto, fincando con ello todo el funcionamiento de las tareas de crianza en la patria potestad, respecto a la que no se establece una definición jurídica o bien las características o principios que la regulan, pues los códigos en análisis únicamente se limitan a establecer en forma general que se ejerce: "sobre la persona y los bienes de los hijos".¹⁸

En estas compilaciones no se mencionan o no se detallan los deberes de crianza y cuidado de padres y adultos responsables, ni la forma y mecanismos conforme a los que se deben ejercer las facultades de orientación y dirección respecto a NNA. Tampoco se establecen como principios rectores para su ejercicio la autonomía progresiva o el interés superior de

¹⁸ Artículo 413 del Código Civil Federal y los siguientes artículos de sus Códigos Civiles: 436 de Aguascalientes, 410 de Baja California, 429 de Campeche, 413 de Colima, 408 de Chiapas, 390 de Chihuahua, 408 de Durango, 467 de Guanajuato, 592 de Guerrero, 413 de Nuevo León y 432 de Veracruz.

la infancia. Por el contrario, llama la atención que, en algunos de estos cuerpos legislativos, se establece la "facultad" de corregir a los NNA, algunos casos en forma general,¹⁹ y otros, señalando que ello no autoriza a realizar actos de fuerza que atenten contra su integridad física y psíquica.²⁰

De igual modo, al regular las relaciones paterno-filiales, el legislador ordinariamente utiliza una narrativa que revela una relación asimétrica de poder entre ascendientes y descendientes, pues al hacer referencia a la dinámica de la patria potestad, usa expresiones tales como que se ejerce "sobre" NNA, quienes están "bajo" la misma.²¹ A su vez, y por regla general, en este modelo no se establece expresamente la posibilidad de recuperar el ejercicio de la patria potestad una vez que han cesado las condiciones que dieron lugar a la declaración judicial de su pérdida, salvo el caso de la obligación alimentaria, cuando se garantiza adecuadamente su cumplimiento presente y futuro.

En síntesis, las codificaciones civiles agrupadas en este apartado regulan las relaciones parentales únicamente desde la perspectiva de la patria potestad (en su sentido clásico), haciendo hincapié en los aspectos relativos al poder que se ejerce sobre los hijos y a la representación y cuidado del patrimonio de NNA. Con ello, se omite la reglamentación de los deberes de crianza de padres o adultos responsables, como los contenidos de su papel de guía, dirección, acompañamiento y apoyo en la toma de decisiones por parte de los propios niños. A su vez, no se precisan los límites a su actuación derivados del interés superior o la autonomía progresiva del niño y, al no establecer expresamente la posibilidad de recuperar la responsabilidad parental, una vez declarada judicialmente su pérdida,

¹⁹ Artículo 420 del Código Civil para el Estado de Baja California, 437 de Campeche y 589 de Guerrero.

²⁰ Artículo 423 del Código Civil Federal; y los siguientes artículos de sus Códigos Civiles: 423 de Colima, 400 de Chihuahua y 423 de Nuevo León,

²¹ Artículos 412 al 414 del Código Civil Federal y los siguientes artículos de sus Códigos Civiles: 436 de Aguascalientes, 409 al 411 de Baja California, 427 al 430 de Campeche, 412 a 415 de Colima, 407 a 409 de Chiapas, 389 al 391 de Chihuahua, 406 a 408 de Durango, 466 a 468 de Guanajuato, 412 y 413 de Nuevo León.

se concibe a tal privación como una sanción aparentemente vinculada a la privación de un derecho subjetivo.

Lo anterior trae como resultado un modelo de cuidado de la infancia regulado débilmente que, en consecuencia, otorga a padres y/o adultos responsables un espacio ilimitado de potestades para llevar a cabo la crianza de NNA en el seno familiar.

b) Modelo tradicional atemperado

En este apartado se agrupan los estados de Baja California Sur, Estado de México, Ciudad de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas, pues ya contienen algunos elementos que los alejan de la visión clásica.

Los Códigos de Baja California Sur, Michoacán, Nayarit, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora y Yucatán establecen una definición de patria potestad que hace referencia a una relación o conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres y adultos responsables e hijos.²² A su vez, el Código Civil para el Estado de Oaxaca la define únicamente como un deber de los progenitores para atender la crianza, protección y educación de sus hijos conforme a su interés superior.²³ Finalmente, los Códigos Civiles para el Estado de Tabasco, Tlaxcala y Zacatecas la definen como una institución para el beneficio social que tiene por objeto la atención de los incapaces a partir de los deberes que la ley impone a padres y adultos responsables.²⁴

Un aspecto interesante de este grupo de legislaciones es la forma en que se relaciona el ejercicio de la patria potestad con el objetivo de orientarse

²² Véanse los siguientes artículos de sus Códigos Civiles o Familiares: Michoacán artículos 474 y 395; Nayarit, 403; Puebla, 597; Querétaro, 406; San Luis Potosí, 268; Sonora, 308; y Yucatán, 276.

²³ Código Civil para el Estado de Oaxaca, artículo 425.

²⁴ Véanse los siguientes artículos de sus Códigos Civiles o Familiares: Tabasco, 407; Tlaxcala, 250; y Zacatecas, 606.

hacia la "protección integral" de NNA, en sus aspectos físico, mental, moral y social;²⁵ el "pleno desarrollo de sus potencialidades";²⁶ el cuidado, protección y educación de los hijos;²⁷ o bien, "cumplir las funciones nutricias, protectoras y normativas a favor de sus descendientes".²⁸

Por lo que se refiere a las legislaciones del Estado de México, Ciudad de México, Morelos y Tlaxcala, si bien no proveen una definición de patria potestad, sí comprenden una lista de obligaciones para quienes la ejercen, dentro de la que se encuentra la de formar y educar a los NNA, sin que ello autorice a limitar, vulnerar o restringir sus derechos.²⁹ En lo que respecta a Morelos, se contiene un listado de deberes de los padres, dentro del que se encuentra el de "impartir en consonancia con la evolución de sus facultades dirección y orientación apropiadas [...] sin que ello pueda justificar limitación, vulneración o restricción alguna en el ejercicio de sus derechos."³⁰

Otra característica de estas legislaciones es que varias de ellas comprenden la posibilidad de recuperar el ejercicio de la patria potestad una vez decretada su pérdida,³¹ no únicamente cuando se declaró por falta de cumplimiento de la obligación alimentaria, sino en otras causales adicionales.³² De igual modo, en todas las Codificaciones de este apartado, si bien en forma disminuida, se siguen utilizando las expresiones "bajo" o "sobre" para hacer referencia a las relaciones entre padres e hijos.³³

²⁵ Véanse los siguientes artículos de sus Códigos Civiles o Familiares: Baja California Sur, 479; y Tamaulipas, 382.

²⁶ Código Civil para el Estado de Nayarit, artículo 403.

²⁷ Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, artículo 268.

²⁸ Código Familiar para el Estado de Sonora, artículo 308.

²⁹ Código Civil para el Estado de México, artículo 4200 BIS.

³⁰ Véanse los siguientes artículos de sus Códigos Civiles y Familiares: Morelos, 181; y Tlaxcala, 272.

³¹ Véanse los siguientes artículos de sus Códigos Civiles: 445 de Querétaro; 456 de Tabasco; 444 de la Ciudad de México.

³² Véanse, artículos 341 a 345 del Código Familiar para el Estado de Sonora.

³³ Véanse los siguientes artículos de sus Códigos Civiles o Familiares: Baja California Sur, 476. Nayarit, 404 a 406; Sonora 309 y 310; y Ciudad de México 412 y 413.

Por último, en la mayor parte de estas legislaciones se reconoce el principio de interés superior de la niñez y la manera en que este principio debe ser considerado al ejercer la función de crianza. Sin embargo, en lo que respecta al principio de autonomía progresiva hecha excepción del Estado de Tlaxcala,³⁴ no se establece expresamente, ni se detalla en qué forma tal principio deberá ser considerado por padres o adultos responsables en la realización de las tareas de crianza y cuidado.

c) Modelo de transición

• *Estado de Jalisco*

El Código Civil de Jalisco define la patria potestad como una relación recíproca de derechos y obligaciones entre padres e hijos, que tiene por objeto garantizar los derechos de NNA, su guarda, custodia y representación legal.³⁵ Asimismo, el Código establece como algunas de sus características expresas las siguientes:

- 1) Que se trata "ante todo" de un deber y una obligación;
- 2) Que representa un "deber positivo de tracto continuo";
- 3) Que confiere el derecho, el deber y la responsabilidad de cuidar, criar para garantizar el bienestar físico y emocional de NNA y promover en forma ordenada y positiva el desarrollo de su personalidad y educarlos en forma armónica y positiva.³⁶

El Código reconoce que todo NNA goza de los derechos reconocidos por los tratados internacionales, y regula en forma detallada el principio de interés superior de la niñez, aunque sin hacer mención expresa al principio de autonomía progresiva.³⁷

³⁴ Código Civil para el Estado de Tlaxcala, artículo 272 BIS.

³⁵ Código Civil para el Estado de Jalisco, artículo 578.

³⁶ Código Civil para el Estado de Jalisco, artículo 580.

³⁷ *Ibid*, artículos 568, 570 y 571.

• *Estado de Hidalgo*

El Estado de Hidalgo cuenta con una ley especial llamada "Ley para la Familia". Esta ley define la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados por la ley a los padres y adultos responsables en relación con sus hijos, para cuidarlos, protegerlos y educarlos, así como a sus bienes, con base en valores que los formen como buenos ciudadanos en el futuro.³⁸ De igual modo, la Ley para la Familia dispone que la patria potestad "se ejerce siempre en beneficio de los hijos"³⁹ y bajo el deber de guiar la conducta de los hijos con "actitud de disposición positiva",⁴⁰ prohibiendo expresamente cualquier forma de castigo corporal o trato humillante como corrección disciplinaria.

La legislación en análisis cuenta con un capítulo en el que se detallan las "obligaciones de crianza", dentro de las que se incluye el determinar normas y límites de conducta preservando el interés superior de la niñez.⁴¹

• *Estado de Quintana Roo*

El Código Civil para el Estado de Quintana Roo define la patria potestad como un conjunto de derechos y obligaciones reconocidos y otorgados a los padres y adultos responsables para cuidarlos, protegerlos y educarlos,⁴² y que deben ejercitarse exclusivamente para su beneficio. De igual manera, precisa que se trata de una institución mediante la cual "el Estado realiza el interés que tiene en la niñez".⁴³

En esta codificación también se contiene un apartado especial en el que se enlistan diversas obligaciones de crianza, entre las que se encuentran las

³⁸ Artículo 215 de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.

³⁹ *Ibid.*, artículo 224.

⁴⁰ *Ibid.*, artículo 225.

⁴¹ *Ibid.*, artículo 247 BIS.

⁴² Código Civil para el Estado de Quintana Roo, artículo 991.

⁴³ *Ibid.*, artículo 987.

de impulsar la toma de decisiones de NNA y el respeto a las mismas, así como también determinar los límites y normas de conducta preservando el interés superior de la niñez.⁴⁴

La incorporación del nuevo modelo de la responsabilidad parental en la legislación en cita, se refleja en el modo en que se regula la educación que los padres y adultos responsables deben impartir a hijos e hijas, pues el artículo 999 la configura como "la facultad del titular de la patria potestad, custodia o tutela para establecer límites a la persona menor de edad, así como de procurarlos en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional y sexual libre de conductas de violencia familiar", e incluso el segundo párrafo de este mismo enunciado jurídico, precisa que en los "llamados de atención" y "exhortos" que hagan los padres o adultos responsables a NNA, "serán respetadas las opiniones de éstos, buscando democratizar el núcleo familiar".⁴⁵

Lo anterior muestra la incorporación de un nuevo paradigma de educación familiar, que reconoce el papel de guía de quienes ejercen la patria potestad en el marco del respeto a la integridad personal y opiniones de la infancia.

• *Estado de Sinaloa*

El Código Familiar del Estado de Sinaloa define la patria potestad como un conjunto de derechos y obligaciones que se otorgan e imponen legalmente a los padres o adultos responsables para cumplir con las funciones nutricias, protectoras y normativas y administración de bienes a favor de sus descendientes, con respeto a su dignidad humana.⁴⁶

El Código consagra en sus disposiciones preliminares una definición de los principios de autonomía progresiva e interés superior de la niñez.

⁴⁴ *Ibid*, artículo 994 BIS.

⁴⁵ *Ibid*, artículo 999.

⁴⁶ Artículo 347 del Código Familiar del Estado de Sinaloa.

Con base en ella, la aplicación de normas deberá atender al desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos, y para el caso de conflicto de intereses, deberán privilegiarse, entre otros derechos, "el fomento de la responsabilidad personal y social, así como la toma de decisiones del menor de edad de acuerdo con su edad y madurez psicoemocional."⁴⁷

d) Nuevo modelo de la responsabilidad parental

La única entidad federativa que hoy en día ha incorporado en forma integral el modelo de la responsabilidad parental, aunque sin nombrarla expresamente así, es el Estado de Coahuila. En dicha entidad, el Congreso derogó en el año de 2015 todas las disposiciones del Código Civil vinculadas con las relaciones familiares, para sustituirlas por una ley especial llamada "Ley para la Familia".

Por lo que se refiere a la patria potestad, la ley en cita contiene dos definiciones: a) como un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre padres y descendientes, cuya finalidad principal es el desarrollo integral, guarda de persona y bienes, y asistencia y representación legal de NNA;⁴⁸ y b) como una función de interés público que se debe ejercer conforme al interés superior de la niñez.

La Ley reconoce expresamente el principio de autonomía progresiva de las niñas y los niños y el mandato de aplicarlo en la interpretación y aplicación de normas relativas a los derechos de NNA.⁴⁹ Respecto a este mismo principio, alineándose con las legislaciones más actualizadas e incluso con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la legislación en cita suprime la categoría rígida de capacidad de goce/ ejercicio y establece la posibilidad de que personas menores de 18 años de edad puedan ejercerla en forma autónoma. En este contexto, describe

⁴⁷ Artículo 8 del Código Familiar del Estado de Sinaloa.

⁴⁸ Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza, artículo 399.

⁴⁹ *Ibid.*, artículos 6 y 8.

a la patria potestad como una institución para la atención de personas que requieren representación para el ejercicio de sus derechos.⁵⁰

Esta ley incluye un capítulo en el que se detalla cuáles son las obligaciones de crianza que deben cumplir quienes desempeñan la patria potestad,⁵¹ y aunque se mantiene la facultad de corregir a NNA, se señala que deberá realizarse en forma "prudente y moderada", sin que ello implique cualquier forma de maltrato.⁵² Por último, se han sustituido expresiones tradicionales como la de que la patria potestad "se ejerce sobre", por el de "se desempeña por", o bien, que los NNA se encuentran "bajo la patria potestad", por "bajo el cuidado de", lo que denota el uso de un lenguaje totalmente igualitario y la regulación de las relaciones paterno filiales desde un punto de vista horizontal.⁵³

La clasificación previamente expuesta puede verse en el siguiente cuadro:

MODELO DE PARENTALIDAD	ENTIDAD FEDERATIVA	TOTAL
<i>Tradicional</i>	Código Civil Federal y el de los de los Estados de Aguascalientes, Baja California, Campeche, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Nuevo León y Veracruz.	12 Estados
<i>Tradicional atemperado</i>	Baja California Sur, Estado de México, Ciudad de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.	16 Estados
<i>De transición</i>	Jalisco, Hidalgo, Quintana Roo, Sinaloa.	4 Estados
<i>De responsabilidad parental</i>	Coahuila.	1 Estado

⁵⁰ *Ibid.*, artículo 14.

⁵¹ *Ibid.*, artículo 598 BIS.

⁵² *Ibid.*, artículo 414.

⁵³ *Ibid.*, artículo 416.

Los resultados contenidos en el cuadro que antecede muestran que a pesar que desde el año de 2015 en que entró en vigor la LGDNNA los congresos estatales y el Federal debieron adaptar las legislaciones familiares al nuevo modelo de crianza, ya fuera en la vertiente de incorporar la nueva figura de la responsabilidad parental, o bien en la de redefinir la patria potestad e instituciones a ella asociadas conforme a los lineamientos previstos en la ley general, al día de hoy, solamente el Estado de Coahuila ha cumplido con este mandato, mientras que 28 entidades federativas aún regulan las relaciones parentales desde una perspectiva tradicional y 4 han iniciado un proceso de transición en el que paulatinamente han incorporado sus elementos constitutivos.

4. La regulación jurisdiccional de la responsabilidad parental en la doctrina de la SCJN

En el siguiente apartado se examinarán las sentencias más relevantes emitidas por la SCJN en relación con la responsabilidad parental, a fin de dar cuenta de la manera en que, en los últimos diez años, en los juicios sometidos a su consideración, ha desarrollado tal modelo en su doctrina jurisprudencial.

4.1. Reconfiguración de la patria potestad

El nuevo modelo de crianza establecido por los artículos 5 y 18 de la CDN fue examinado por primera vez por la Primera Sala de la SCJN en la sentencia pronunciada en el amparo directo en revisión 348/2012.⁵⁴ En ella se determinó que con la introducción en el texto constitucional del interés superior de NNA, los tribunales debían abandonar la vieja concepción de la patria potestad como un poder "omnímodo" sobre los hijos, para configurarla no como un derecho del padre, "sino como una

⁵⁴ Este precedente judicial finalmente integraría la jurisprudencia por reiteración de criterios 1a./J. 50/2016 (10a.), que apareció publicada en la página 398 de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* correspondiente al mes de octubre de 2016 título y subtítulo: "Privación de la Patria Potestad. Su función como medida protectora del interés superior del menor".

función que se les encomienda a los padres en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de los hijos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno filial".⁵⁵ De esto último, la SCJN obtuvo como conclusión que, a la luz del interés superior de la infancia, la privación de la patria potestad pierde el carácter sancionador que tradicionalmente se le había atribuido, para configurarse actualmente como una medida protectora de los intereses de NNA, que opera cuando los padres asumen conductas que puedan poner en peligro su integridad o formación.

A partir de su emisión, este criterio ha orientado todas las decisiones de la SCJN, a grado tal que, en octubre de 2016, logró el número de precedentes necesarios para integrar jurisprudencia,⁵⁶ con lo que hoy en día es de obligatoria aplicación para todos los tribunales del país.

4.2. Autonomía progresiva

Respecto al principio de autonomía progresiva de NNA, en el amparo directo en revisión 1674/2014,⁵⁷ al decidir un caso en el que dos adolescentes se negaban a convivir con su padre no custodio, la Primera Sala de la SCJN subrayó que:

⁵⁵ Véase la página 59 de la ejecutoria dictada dentro del Amparo Directo en Revisión 348/2012.

⁵⁶ Las resoluciones de la SCJN constituyen jurisprudencia, siempre y cuando lo resuelto en ellas se sustente de manera reiterada o seriada en cinco sentencias ejecutorias, no interrumpidas por una que sostenga un criterio distinto. Además de esta condición, es necesario que la jurisprudencia sea aprobada, por lo menos, por ocho Ministros, si se tratara de jurisprudencia del Pleno, o por cuatro Ministros, en los casos de jurisprudencia de las Salas. Para la integración de este tipo de jurisprudencia no se toman en consideración las tesis aprobadas en los asuntos resueltos conforme a lo dispuesto en las disposiciones vigentes con anterioridad a la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*.

También se forma jurisprudencia cuando el Pleno, las Salas de la SCJN llevan a cabo un procedimiento de unificación de criterios —contradicción de tesis—, al decidir el que debe prevalecer en el caso de que existan dos o más tesis —o criterios— contradictorias. En este caso, el Pleno o las Salas pueden, incluso, adoptar una nueva tesis, que habrá de prevalecer sobre las que contendieran. Para resolver una contradicción de tesis, basta la aprobación de la mayoría de los Ministros que integran el Pleno o las Salas.

Las resoluciones adoptadas por el Pleno de la SCJN, al solucionar las acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, también forman jurisprudencia, siempre que sean aprobadas por un mínimo de ocho Ministros.

⁵⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1674/2014.

en la medida en la cual se desarrolla la capacidad de madurez del niño para ejercer sus derechos con autonomía, disminuye el derecho de los padres a tomar decisiones por él. Sin embargo, ello no equivale a transferir a los menores de edad las responsabilidades de un adulto. Esto quiere decir que el reconocimiento de su poder de decisión no implica que se avale una vulneración a las protecciones que éstos merecen. Por tanto, es deber del Estado verificar que dicha autonomía no restrinja los derechos de los niños, pues aún se presume su inmadurez y vulnerabilidad.⁵⁸

En esta misma resolución, la Corte estableció que para determinar el nivel de autonomía de NNA y la viabilidad de sus decisiones, es necesario que quien juzga, realice una ponderación entre las características propias de la NNA en cuestión (edad, medio social, económico o cultural, nivel de madurez y aptitudes particulares), y las particularidades de la decisión (tipo de derechos que implica, riesgos que asumirá y consecuencias a corto y largo plazo).⁵⁹

4.3. Decisiones médicas y libertad religiosa

En el Amparo Directo en Revisión 1049/2017, la madre de una niña con leucemia reclamó el hecho de que el Estado asumiera la tutela sobre su hija para autorizar que se le aplicaran transfusiones sanguíneas, a pesar de que profesaban la religión de Testigos de Jehová. La madre demandó que en el futuro se respetara su consentimiento y que el tratamiento excluyera tal medida. En este contexto, la Primera Sala de la SCJN examinó si el Estado puede intervenir una relación familiar con el fin de que se aplique a un menor de edad un tratamiento médico que sus padres objetan por motivos religiosos y pretenden sustituir por un tratamiento alternativo.

La Corte determinó que los padres tienen la libertad de tomar decisiones médicas por sus hijos mientras carezcan de la madurez necesaria para

⁵⁸ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 28.

tomarlas por sí mismos, la cual decrece conforme el (la) niño(a) avanza en su desarrollo y ejercicio de su autonomía. Así, la SCJN enfatizó:

De acuerdo con el interés superior del niño, el menor de edad podrá decidir qué tratamientos o intervenciones médicas recibir, siempre y cuando ello no afecte derechos de mayor entidad que su propia autonomía, en tanto la misma aún se encuentra en formación. Así, en caso de que la decisión del menor pueda poner en riesgo su salud, o incluso la vida, deberá optarse por aquella alternativa que procure en un mayor grado su recuperación.⁶⁰

La Corte finalmente concluyó que, si bien las decisiones médicas de los padres sobre sus hijos inicialmente están protegidas por un claro campo de autonomía, estará justificada la intervención estatal en la autonomía familiar si se pone en riesgo la salud o la vida de la NNA en cuestión.

4.4. Derecho a la educación y libertad religiosa

En el Amparo Directo en Revisión 800/2017, la madre de una niña —en su nombre y representación— promovió un juicio constitucional en contra de diversas disposiciones de la LGDNNA que establecen el deber de las autoridades federales y locales de coordinarse para garantizar a NNA el acceso a métodos anticonceptivos y proporcionar asesoría y orientación sobre salud sexual y reproductiva. La autora consideró que tales disposiciones vulneraban el derecho de los padres a educar a sus hijos, conforme a la ideología moral y religiosa que estimasen adecuada para ellos.

Al respecto, y en primer término, la Corte precisó que en el derecho humano al nivel más alto posible de salud física y mental de NNA se encuentra comprendido "tanto lo relativo a toda aquella información que sea esencial para su salud y desarrollo —como lo es la educación, sensibilización y diálogo en servicios de salud sexual y reproductiva—,

⁶⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1049/2017, p. 32.

como lo relacionado con el acceso a métodos anticonceptivos",⁶¹ la que deberá ser proporcionada de acuerdo con su edad, desarrollo cognoscitivo y madurez.

Del mismo modo, la SCJN destacó que "el Estado no es susceptible de sustituir la función protectora y orientativa de los padres de familia respecto a la salud y desarrollo de los menores, sino que tanto padres como autoridades, tienen funciones distintas y complementarias",⁶² por lo que hizo hincapié en que la ley cuya constitucionalidad se cuestionaba, no niega los derechos parentales de educar y formar a sus hijos, sino que por el contrario, establece la obligación de las autoridades de dotarlos de las herramientas necesarias para llevar a cabo su función, dado que el ejercicio de la parentalidad debe atender al interés superior de la infancia y los derechos humanos.

Finalmente se precisó que:

Si bien los padres tienen derecho de educar a sus hijos conforme a sus convicciones, lo cierto es que... es constitucionalmente razonable —y exigible— que el ejercicio de la patria potestad se encuentre constreñido a la observancia de los principios jurídicos que se encuentran encaminados a la protección holística de los menores, a fin de cumplimentar de manera plena con el interés superior del menor.⁶³

4.5. Asignación preferente del cuidado a la madre post separación vs. corresponsabilidad parental

En el Amparo en Revisión 331/2019, la Primera Sala de la SCJN se ocupó de examinar la sentencia de un Juzgado de Distrito que conoció de un amparo promovido por un padre en contra de la determinación de un tribunal

⁶¹ SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 800/2017, p. 61.

⁶² *Ibid.*, p. 70.

⁶³ *Ibid.*, p. 80.

local de no conferirle la custodia provisional de su hijo en un juicio familiar.

En la sentencia que originalmente resolvió sobre el amparo, el Juzgado de Distrito invocó el criterio preexistente de la propia Primera Sala de la SCJN y que determinó que normas que otorgan *prima facie* preferencia de la madre sobre el padre para otorgar la custodia de NNA, por sí mismas no resultan inconstitucionales. El criterio de la Primera Sala había sido el de evitar la declaración de inconstitucionalidad de esas normas *prima facie*, siempre y cuando no se interpreten en clave de estereotipo que cataloga a la mujer como la persona más preparada para tal tarea, sino que se practique una interpretación conforme al interés superior de la infancia.

El Juzgado de Distrito, en la sentencia que fue impugnada mediante el recurso de revisión, subrayó que por una situación de índole biológica y mayor dependencia de NNA, las "previsiones de la naturaleza" generan mayor identificación entre hijo y madre tanto en el ámbito de sus necesidades biológicas por medio de la lactancia materna como en el de la conformación de la personalidad.

En su decisión, la Primera Sala de la SCJN determinó abandonar su criterio, por estimar que la presunción de que la madre es la más apta para el cuidado de los hijos de corta edad contenida en el artículo en análisis, constituye una distinción indebida entre personas basada en el género, pues:

no solo reafirma estereotipos de género tradicionales, sino que profundiza el mandato y la correspondiente culpa o doble carga de responsabilidad que ello genera fundado en el binomio mujer-madre. Por ello, sostener decisiones legislativas que mantienen la preferencia materna en el cuidado y responsabilidad de las hijas e hijos no sólo impide el difícil y complejo sendero hacia la erradicación de la

feminidad tradicional, sino que tampoco abona a maximizar el interés superior del menor.⁶⁴

Finalmente, la SCJN señaló que establecer una presunción *ex ante* para alguno de los padres —en el sentido de ser el más indicado para el cuidado de sus hijos— contraría el principio del interés superior de la niñez porque evita la posibilidad de que quien juzga, realice una ponderación de las circunstancias particulares de cada caso y en orden a determinar el escenario que mejor favorece el crecimiento y desarrollo de la NNA en cuestión.

4.6. Régimen de visitas y convivencia y corresponsabilidad parental (asignación de la relación directa y regular)

En el Amparo Directo en Revisión 392/2018, la Primera Sala de la SCJN se ocupó de examinar una sentencia en la que un tribunal de primera instancia confirió a la madre la custodia definitiva de un niño y estableció con su padre un régimen de convivencia supervisado el domingo de cada semana (de las 12 a las 2 horas en un centro de convivencia estatal) y hasta que cumpliera 3 años. Lo anterior, bajo el argumento de que aún era lactado y, además, por su corta edad, tenía un alto grado de dependencia con su madre.

En primer término, la Primera Sala expresamente reconoció que el artículo 4o. en relación con el artículo 1o. de la Constitución Federal, establece las bases del principio de *corresponsabilidad parental*, mismo que, a decir de la SCJN, "permite que ambos progenitores puedan tener parte activa en las labores de educación, crianza y desarrollo de sus hijos y en la toma de decisiones fundamentales, aun cuando estén separados".⁶⁵ En segundo lugar, la Corte destacó que, tanto al momento de determinar la guarda y custodia luego de la separación, como al establecer un régimen de visitas

⁶⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 331/2019, párr. 81.

⁶⁵ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 392/2018, párr. 68.

o la asignación directa y regular de las convivencias, quien juzga siempre deberá tener en cuenta el principio de corresponsabilidad parental, en especial cuando se asigna la custodia en forma exclusiva a uno de los padres, pues ello "asegura la igualdad en las obligaciones de crianza".⁶⁶

En este mismo sentido, la Corte desestimó la argumentación de la sentencia impugnada, destacando que a la misma subyacían estereotipos que vulneraban tanto el derecho a la igualdad de los progenitores, como la esfera jurídica del niño en cuestión, pues:

Perpetúa el rol de cuidadora primaria de la mujer y, además, atribuye al padre un papel secundario en la crianza y educación del menor de edad, con lo que se refuerza la carga estereotipada de "lo masculino" y "lo femenino", o bien, lo que corresponde a la madre y no al padre, dejando de lado el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres respecto de sus hijos, tanto en el plano personal, como en el patrimonial.⁶⁷

En otro orden de ideas, en la sentencia de estudio la Corte se ocupó de examinar la institución jurídica del régimen de visitas o convivencia, reiterando su línea jurisprudencial que lo configura como un mecanismo que garantiza el derecho de la niñez a mantener relaciones personales y de trato directo con cada uno de sus padres y que se desdobra en un "derecho-deber". La relevancia de la sentencia en estudio es que, en el marco del binomio antes señalado, respecto a la convivencia de padre o madre no custodio a convivir con su hijo, más que su faceta de *derecho* de padre o madre, la Corte destacó su *deber* correlativo u obligación de visitar y convivir con sus hijos luego de la separación, cuyo contenido más básico consiste en llevar a cabo su crianza, cuidado y atención.

En este contexto la Primera Sala precisó en relación con el régimen de visitas y convivencia en contexto de separación, que:

⁶⁶ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 392/2018, párr. 69.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 71.

La ruptura de la relación entre los progenitores no necesariamente rompe el lazo de la vida familiar o las relaciones entre progenitores e hijos; sin embargo, como ya se ha dicho, sí que implica una reorganización de esas relaciones familiares acorde con el principio de corresponsabilidad parental, de modo que ambos progenitores puedan tener parte activa en la crianza y consecuente toma de decisiones fundamentales respecto de sus hijos.⁶⁸

Finalmente, la Corte señaló que cuando en una decisión judicial la custodia se asigna en forma exclusiva a uno de los padres, el principio de corresponsabilidad parental obliga a establecer un régimen amplio y fluido de relación directa y regular con el no custodio, para garantizar el derecho del niño a relacionarse y ser cuidado por ambos progenitores.

4.7. Determinación de la custodia entre parejas del mismo sexo

En el juicio que dio origen al Amparo en Revisión 807/2019, dos madres debatían la custodia de una niña procreada por inseminación artificial heteróloga. El tribunal de origen estableció la custodia definitiva de la niña a favor de la madre no biológica, quien promovió juicio de amparo bajo el argumento de que el tribunal debió darle preferencia al otorgar la custodia de su hija, pues al ser ella la que la llevó en su vientre y la parió, por cuestión natural tiene un mayor apego del que surgió con su contraria por un vínculo meramente legal. En opinión de la demandante, su unión provenía de un mismo tronco sanguíneo, por lo que era prioritario que la niña estuviese con su familia de origen, que es con quien comparte lazos sanguíneos y genéticos.

La Primera Sala, después de realizar un análisis sobre los diversos modelos de familia, determino que:

⁶⁸ *Ibid*, párr. 94.

la comaternidad, como modelo emergente de familia en el que una pareja de mujeres se encarga del cuidado bajo su seno de uno o más menores de edad, como cualquier otro ejercicio de crianza parental, debe ser reconocido, pues no existen elementos que demuestren que pueda ser perjudicial en la formación de los menores de edad [...] los deberes parentales [...] no están determinados por el género o las preferencias sexuales de quienes las realizan, ni por la existencia de vínculos genéticos entre las personas.⁶⁹

En este contexto, la Primera Sala estimó que no le asistía la razón a quien promovió el amparo, puesto que el vínculo biológico no es determinante para efectos de definir la guarda y custodia, sino el interés superior de la infancia en el caso particular.

De la jurisprudencia expuesta, se advierte que la regulación constitucional y legal amplia en torno a la responsabilidad en México ha permitido que, en el ámbito federal, la SCJN haya desarrollado progresivamente una doctrina cercana al modelo de la responsabilidad parental. Para todo ello se ha optado por no utilizar expresamente el término "responsabilidad parental", sino reinterpretar las instituciones canónicas del derecho civil mexicano tales como la patria potestad, custodia y régimen de visitas y convivencia a la luz de los estándares internacionales.⁷⁰

5. La adjudicación de las relaciones parentales en los tribunales locales y la aplicación del modelo de la responsabilidad parental

El papel de los tribunales locales en la implementación del modelo de la responsabilidad parental es esencial, pues mientras no se cuente con un marco jurídico óptimo, que reconozca la responsabilidad parental, tendrán la tarea de hacerlo efectivo al adjudicar las relaciones familiares en cada

⁶⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 807/2019, p. 70.

⁷⁰ Ibarra y Treviño, 2019.

uno de los casos sometidos a su consideración. Lo anterior, en cumplimiento al ejercicio obligatorio del control de convencionalidad y constitucionalidad, ya sea mediante una interpretación conforme en sentido amplio o en sentido estricto de la legislación familiar, o incluso con la inaplicación de preceptos locales que resulten incompatibles con sus características esenciales cuando el caso lo amerite.⁷¹

Para investigar la forma en que la responsabilidad parental se aplica en las entidades federativas, a continuación, se desarrolla un análisis preliminar con base en sentencias en materia familiar dictadas por los tribunales de Guanajuato, Michoacán, Sinaloa y Coahuila y que califican como de interés público o relevantes, por introducir la perspectiva de género o protección a grupos vulnerables.⁷² En particular, se considera una muestra que incluye, por lo menos, a una entidad federativa que corresponde a cada uno de los cuatro modelos de incorporación de la responsabilidad parental en las legislaciones estatales o locales.

5.1. Uso del término responsabilidad parental y su relación con la patria potestad

Lo primero que habrá de ser destacado es que, al igual de lo que ocurre en el ámbito Federal, cuando en las sentencias analizadas los tribunales locales hacen consideraciones sobre los aspectos probatorios o normativos en relación con los deberes de crianza y relaciones entre padres e hijos, articulan sus razonamientos únicamente en torno a la *patria potestad*, de tal suerte que en ninguna de las más de mil sentencias revisadas se advirtió el uso del término *responsabilidad parental*.

Por lo que se refiere al significado que se le ha dado al término *patria potestad*, en todas las sentencias pronunciadas por los tribunales de los Estados

⁷¹ SCJN, Primera Sala, Tesis 1a./J. 4/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Libro 27, febrero de 2016, p. 430.

⁷² Las sentencias aparecen publicadas en micrositos incluidos en los portales oficiales de internet de los Poderes Judiciales de Guanajuato, Michoacán, Sinaloa y Coahuila.

en análisis, se hizo la precisión de que se tendría en cuenta una concepción de la patria potestad como "función" y no como "poder" sobre los hijos, siguiendo como referencia principal, la jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN y que fue analizada previamente.⁷³

Así, en una de las resoluciones examinadas, para negar la adopción de un adolescente cuyos padres no habían dado su consentimiento para ello, se configuró la patria potestad como una función tutelar establecida en beneficio de NNA y al derecho humano a la protección a la familia.⁷⁴ En otra decisión, se señaló que los deberes y facultades que configuran la patria potestad están orientados al beneficio de los hijos⁷⁵ y un tribunal de primera instancia indicó que la característica esencial de la institución de la patria potestad, era conformar un "complejo funcional de derechos y obligaciones dirigido a lograr la formación integral del menor a partir de la intervención de los padres".⁷⁶

5.2. Participación infantil y valoración de opinión de NNA

El derecho humano de participación de NNA en el proceso se garantiza en todos los casos revisados. Las sentencias analizadas mencionan la forma en que la opinión de los NNA fue recabada durante el proceso y al momento de definir su situación familiar, se toma en consideración como un elemento relevante.⁷⁷ En ocasiones, la opinión de los NNA pasa a ser

⁷³ Cuarta Sala del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, sentencia de 30 de septiembre de 2019 dictada en el toca 289/2019, p. 6.

⁷⁴ Juzgado Primero Civil de Jiquilpan, Michoacán, sentencia de 15 de julio de 2019, p. 4.

⁷⁵ Juzgado Tercero de Primera Instancia en materia familiar del distrito judicial de Morelia, Michoacán, sentencia de 11 de julio de 2018, p. 15, y Juzgado Primero Civil del Distrito Judicial de Zitácuaro, Michoacán, sentencia pronunciada el 9 de agosto de 2019, p. 63.

⁷⁶ Juzgado Tercero de Primera Instancia del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán, sentencia pronunciada en el juicio ordinario familiar 905/2013 de 8 de mayo de 2018, p. 15, sexto considerando.

⁷⁷ Véanse las sentencias dictadas por:

1) Juzgado Primero Civil del Distrito Judicial de Zitácuaro, Michoacán, sentencia de 9 de agosto de 2019.

2) Juzgado Primero Civil de Jiquilpan, Michoacán, sentencia de 15 de julio de 2019, en la que se negó la adopción de un adolescente de trece años y cinco meses de edad por no haber consentido con ella quien ejercía la patria potestad y no recabarse la opinión del adolescente.

determinante para la decisión del caso, conforme aumenta la edad y grado de madurez de la NNA en cuestión.⁷⁸

En este sentido, cuando se advierte que un tribunal no recaba la opinión de NNA, estando en posibilidad de hacerlo, en las sentencias examinadas las Salas de apelación invariablemente dejan sin efecto la resolución de primera instancia y ordenan la reposición del procedimiento para que el niño sea escuchado.⁷⁹

En particular, destaca un caso de restitución internacional en el que el tribunal ordenó que un especialista en psicología llevara a cabo una evaluación con la finalidad de determinar si la niña, acorde con su grado de edad y madurez, estaba en condiciones de formarse una opinión propia sobre la materia. Luego, fue escuchada en una sala cuyas condiciones fueron calificadas por el especialista en psicología como idóneas, y pese a estar dadas todas las condiciones legales para ordenar su retorno al país de residencia habitual, su opinión fue la razón principal para negar la restitución internacional. El tribunal elaboró una carta donde explicaba la decisión a la niña en lenguaje accesible y ordenó que le fuera entregada y explicada por la psicóloga que había intervenido durante todo el juicio.⁸⁰

5.3. Autonomía progresiva

En juicios sobre reconocimiento o desconocimiento de paternidad revisados de oficio por la Sala del Tribunal Superior de Coahuila, se ha ordenado la reposición del procedimiento con la finalidad de que se recabe

3) Juzgado Tercero de Primera Instancia en materia familiar de Morelia, Michoacán, sentencia interlocutoria de 11 de julio de 2018.

4) Juzgado Primero Civil del Distrito de Sahuayo, Michoacán, sentencia de 14 de diciembre de 2018.

5) Juzgado Tercero de Primera Instancia en materia familiar del distrito judicial de Morelia, Michoacán, sentencia de 11 de julio de 2018, p. 15.

6) Juzgado Tercero Oral Familiar del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán, en el expediente 783/2018.

⁷⁸ Cuarta Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato, sentencia de 31 de mayo de 2017, pp. 21-25.

⁷⁹ Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia de Coahuila, sentencia de 2 de octubre de 2019, recurso de apelación 189/2019, pp. 28-32.

⁸⁰ Juzgado Civil de Partido Especializado en Oralidad Familiar de Dolores Hidalgo, Guanajuato, sentencia de 6 de diciembre de 2019.

la opinión de la NNA, en relación con el orden de los apellidos, la supresión de su apellido actual y la identidad que guarda en su contexto social, familiar y escolar. El Tribunal ha estimado que el cambio de apellidos puede afectar su derecho a la identidad y a la propia imagen.⁸¹

Este mismo cuerpo colegiado ha determinado que el grado de autonomía es el parámetro para determinar el grado de participación de un niño en el proceso, por lo que, como paso previo a su intervención en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional, se debe ordenar una prueba de capacidad a cargo de personal especializado en la que se determine su grado de madurez cognitiva y emocional.⁸²

5.4. Delegación de deberes a diversas personas

Como ya se ha expuesto, bajo el modelo de parentalidad establecido por el artículo 103 de la LGDNNA, los diversos deberes que integran la responsabilidad parental pueden desvincularse del ejercicio de los padres para ser asignados a otros parientes o adultos significativos que, en la práctica, han asumido, o es conveniente que asuman, ciertas obligaciones de crianza y/o cuidado.

En la sentencia pronunciada dentro del juicio ordinario oral familiar 1222/2018,⁸³ el Juzgado Quinto de Primera Instancia del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán, —luego de precisar que había quedado superada la noción de la patria potestad que la concebía como un derecho para beneficio de los ascendientes— declaró la pérdida de la que detentaba en forma exclusiva el padre de dos niños. Para el Tribunal, al no estar en posibilidad de ejercer la patria potestad los abuelos por ambas líneas, e invocando el interés superior de los niños, confirió su tutela y guarda y

⁸¹ Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila, sentencia de septiembre de 2019 pronunciada en el toca familiar 205/2019, p. 16.

⁸² Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila, sentencia de 30 de abril de 2019 pronunciada en el toca familiar 54/2019, p. 10.

⁸³ Juzgado Quinto de Primera Instancia del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán, sentencia pronunciada en el expediente 1222/2018.

custodia definitiva a una tía materna con quien habían vivido desde que el demandado presuntamente privó de la vida a su madre. Con ello, se asignaron funciones parentales a una persona que en ese momento no se declaró titular de la patria potestad, pero en los hechos ya había asumido las funciones de orientación y crianza.

En otra de las resoluciones analizadas, a pesar de que se declaró la procedencia del desconocimiento de paternidad promovido por una persona que durante toda la vida de una niña se le había hecho creer que era su padre y así se conducía, la Sala determinó que aunque el actor legalmente ya no tendría el carácter de *padre*, en protección del interés superior de la niñez, se le concedió un régimen de visitas y convivencia con la niña, en tanto esta última lograra asimilar tal situación desde el punto de vista psicológico.⁸⁴

6. Conclusiones

En México la Constitución General, la LGDNNA y sus homólogos de las entidades federativas parecen establecer un modelo de crianza y protección de la infancia que contiene todas las características que tanto la CDN como la doctrina internacional identifican como propias de la responsabilidad parental sin llamarlo expresamente de tal manera. A pesar de que desde el punto de vista convencional, constitucional y legal nada impediría que el Congreso Federal o los Locales reformaran las legislaciones familiares para introducir específicamente como una nueva figura jurídica la responsabilidad parental, los 5 Estados que hasta la fecha han emprendido reformas normativas para adaptar en el ámbito familiar sus Códigos y leyes al nuevo modelo, han optado por mantener las instituciones canónicas del derecho de familia. Con todo, tales legislaciones parecen haber ido avanzando hacia una reinterpretación de la patria potestad o la custodia, a la luz de los parámetros convencionales/consti-

⁸⁴ Cuarta Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato, sentencia de 21 de enero de 2016.

tucionales y reconocer, por separado, los principios de interés superior de la niñez y autonomía progresiva.

Los resultados de esta investigación preliminar muestran que desde el 2015, año en que entró en vigor la LGDNNA, Coahuila es el único Estado que ha adaptado por entero su Ley al nuevo modelo, optando por adecuar las instituciones clásicas del derecho familiar. En tanto, 28 entidades federativas aún regulan las relaciones parentales desde una perspectiva tradicional y 4 están en un proceso de transición en el que paulatinamente han agregado en su texto los diversos elementos constitutivos de la responsabilidad parental.

De lo anterior se sigue que la mayoría de los Congresos locales han omitido realizar reformas integrales a los Códigos Civiles o Familiares para incorporar expresamente la responsabilidad parental como una nueva figura jurídica, o bien, para adaptar las canónicas del derecho civil a este nuevo marco.⁸⁵ Ello ha traído como consecuencia que en la mayor parte del territorio nacional, las relaciones parentales se sigan regulando bajo un modelo legislativo de crianza que aún se sustenta enteramente en una idea tradicional de la patria potestad que confiere amplios márgenes de discrecionalidad a padres y adultos responsables para llevar a cabo el cuidado de NNA. En otras palabras, sin precisión constitucional/convenacional de las obligaciones y límites claros derivados de la protección del interés superior, o bien del reconocimiento de su autonomía progresiva.

Por su parte, un análisis también general y preliminar de las sentencias emitidas tanto por la SCJN como por los tribunales locales de las entidades federativas, dan cuenta de un esfuerzo muy importante en avanzar

⁸⁵ En este sentido, cabe recordar que la SCJN en la tesis: P/J. 11/2016 (10a.), ha establecido que la libertad configurativa de la que gozan los Congresos Locales, en especial, en la materia civil: "[...] Se encuentra limitada por los mandatos constitucionales y los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales suscritos por México [...]".

hacia una conceptualización y precisión de las consecuencias del ejercicio de la responsabilidad parental, en ejercicio del control difuso de convencionalidad y constitucionalidad. Así, en los últimos años, la SCJN invariablemente interpreta las relaciones paterno-filiales a la luz del principio de igualdad y no discriminación, introduciendo en sus argumentos conceptos e instituciones vinculadas estrechamente con la responsabilidad parental, tales como el principio de autonomía progresiva, la corresponsabilidad parental y el interés superior del NNA.

Por su parte, al examinar en sus sentencias el marco normativo aplicable a las controversias derivadas de las relaciones entre padres e hijos, los tribunales locales acostumbran a dejar en claro que conciben a la patria potestad no como un poder omnímodo de padres sobre NNA, sino como una función encaminada a su protección integral. Del mismo modo, estos tribunales locales parecen estar mostrando una mayor preocupación por garantizar el derecho humano a la participación infantil o a ser oídos y tomados en cuenta, en los procesos judiciales. Así, distintos tribunales locales están ordenando la reposición del procedimiento cuando no se ha garantizado este derecho, así como exploran la posibilidad de validar legalmente nuevos arreglos familiares en los que participen personas diversas a los padres en el cumplimiento de las obligaciones parentales.

Lo anterior denota que, aunque el Poder Judicial de la Federación y los tribunales locales trabajan con leyes no adaptadas a los estándares convencionales, constitucionales y legales, han emprendido un análisis de las controversias conforme a los diversos ámbitos de la responsabilidad parental. Lo anterior, sin perjuicio de optar por no utilizar el término responsabilidad parental sino, más bien, introducir por separado sus características esenciales, según lo amerite el caso por resolver. En las apuntadas condiciones, actualmente en México el mecanismo más importante de protección al modelo de la responsabilidad parental es el jurisdiccional tanto en el ámbito federal como en el estatal.

Bibliografía

- Cardona Llorens, J. (2012), "La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos", *Educatio Siglo XXI*, 51. Recuperado a partir de «<https://revistas.um.es/educatio/article/view/153681>». Último acceso: 16 de noviembre de 2020.
- Cillero, M. (2016), "La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo", en *Tratado del Menor, La protección Jurídica a la Infancia y Adolescencia*, Chile: Thomson-Reuters Aranzadi, pp. 94-96.
- Eekelaar, J. (1991), "Parental Responsibility: State of Nature or Nature of the State?", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 13, p. 37.
- Espejo Yaksic, N. (2020), "Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes", en Contreras, Pablo; Delgado, Constanza (ed.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Tirant Lo Blanch, pp. 571-602.
- _____ (2017), "El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental", en Espejo Yaksic, Nicolás y Lathrop Gómez, Fabiola (coords.), *Responsabilidad Parental*, Santiago, Chile: Thomson Reuters & Legal Publishing, pp. 33-52.
- Herrera, M. y Lathrop, F. (2017), "Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana", *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia* (32), pp. 143-173.
- Ibarra, A. y Treviño, S. 10. (2019), "Constitución y familia en México: nuevas coordenadas", *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, Espejo N. e Ibarra A, México: SCJN, pp. 351-404.
- Lathrop, F. (2017), "Derecho a la vida familiar, responsabilidad parental y derechos del niño, niña o adolescente", en *Constitución Política e*

infancia: una mirada desde los derechos de las niñas, niños y adolescentes en Chile. Ed. Por Quesille, A. Chile: UNICEF, p. 99.

Martin, C. (2005), "La parentalidad: controversias en torno de un problema público", *La ventana*, 3 (22), pp. 7-34. Disponible en: «http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S140594362005000200007&lng=es&nrm=iso», último acceso el 16 de noviembre de 2020.

Leyes, fallos y otros

Cuarta Sala del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sinaloa, sentencia de fecha 30 de septiembre de 2019 dictada en el tomo 289/2019, p. 6: «http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/transparencia/versiones_publicas/4FM11002892019.pdf».

Código Civil de Aguascalientes.

Código Civil de Baja California.

Código Civil de Campeche.

Código Civil de Colima.

Código Civil de Chiapas.

Código Civil de Chihuahua.

Código Civil de Durango.

Código Civil de Guanajuato.

Código Civil de Guerrero.

Código Civil de Nuevo León.

Código Civil de la Ciudad de México.

Código Civil de Querétaro.

Código Civil de Tabasco.

Código Civil para el Estado de Tlaxcala.

Código Civil de Veracruz.

Código Civil Federal.

Código Civil para el Estado de Jalisco.

Código Civil para el Estado de México.

Código Civil para el Estado de Nayarit.

Código Civil para el Estado de Oaxaca.

Código Civil para el Estado de Quintana Roo.

Código Civil para el Estado de Tamaulipas.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla.

Código de Familia para el Estado de Yucatán.

Código Familiar del Estado de Sinaloa.

Código Familiar del Estado de Zacatecas.

Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo.

Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí.

Código Familiar para el Estado de Sonora.

Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

Cuarta Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato, sentencia de 21 de enero de 2016: «<https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/cigedh/sentenciaspdfs/civiles/Cuarta%20Sala%20Civil%2004.pdf>».

Cuarta Sala Civil del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato, sentencia de 31 de mayo de 2017: «<https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/cigedh/sentenciaspdfs/civiles/Cuarta%20Sala%20Civil%2009.pdf>».

Juzgado Civil de Partido Especializado en Oralidad Familiar de Dolores Hidalgo, Guanajuato, sentencia de 6 de diciembre de 2019: «<https://www.poderjudicial-gto.gob.mx/cigedh/sentenciaspdfs/civiles/Juzgado%20de%20Oralidad%20Familiar%20Dolores%20Hidalgo%2002.pdf>».

Juzgado Primero Civil de Jiquilpan, Michoacán, sentencia de 15 de julio de 2019: «<https://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/transparencia/sentenciaDocumento.aspx?idDoc=1900>».

Juzgado Primero Civil del Distrito de Sahuayo, Michoacán, sentencia de 14 de diciembre de 2018: «<https://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/transparencia/sentenciaDocumento.aspx?idDoc=1293>».

Juzgado Primero Civil del Distrito Judicial de Zitácuaro, Michoacán, sentencia pronunciada el 9 de agosto de 2019: «<https://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/transparencia/sentenciaDocumento.aspx?idDoc=2036>».

Juzgado Quinto de Primera Instancia del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán, sentencia pronunciada en el expediente 1222/2018: «<https://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/transparencia/sentenciaDocumento.aspx?idDoc=1113>».

Juzgado Tercero de Primera Instancia del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán, sentencia pronunciada en el juicio ordinario familiar 905/2013 de 8 de mayo de 2018: «<https://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/transparencia/sentenciaDocumento.aspx?idDoc=211>».

Juzgado Tercero de Primera Instancia en materia familiar del distrito judicial de Morelia, Michoacán, sentencia de 11 de julio de 2018: «<https://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/transparencia/sentenciaDocumento.aspx?idDoc=449>».

Juzgado Tercero Oral Familiar del Distrito Judicial de Morelia, Michoacán en el expediente 783/2018: «<https://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/transparencia/sentenciaDocumento.aspx?idDoc=1811>».

Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza.

Ley para la Familia del Estado de Hidalgo.

Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila, sentencia de 30 de abril de 2019 pronunciada en el toca familiar 54/2019: «<https://storage.googleapis.com/pjeczconsultas/Sentencias/Salas%20TSJ/Sala%20Colegiada%20Civil%20y%20Familiar/2019-05-23-90-2019-54-2019-g.pdf>».

Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia de Coahuila, sentencia de 2 de octubre de 2019 pronunciada dentro

del toca 189/2019: «<https://storage.googleapis.com/pjecz-consultas/Sentencias/Salas%20TSJ/Sala%20Colegiada%20Civil%20y%20Familiar/2019-10-31-237-2019-189-2019-g.pdf>».

Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila, sentencia de septiembre de 2019 pronunciada en el toca familiar 205/2019, p. 16: «<https://storage.googleapis.com/pjecz-consultas/Sentencias/Salas%20TSJ/Sala%20Colegiada%20Civil%20y%20Familiar/2019-10-03-224-2019-205-2019-g.pdf>».

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Jurisprudencia por reiteración de criterios 1a./J. 50/2016 (10a.), octubre de 2016.

- Pleno, Tesis jurisprudencial P./J. 5/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, febrero de 2010.
- Pleno, Tesis jurisprudencial: P./J. 11/2016 (10a.).
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1049/2017.
- Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1674/2014, consultable en: «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164829>». Última consulta el 25 de noviembre de 2020.
- Primera Sala, Amparo en Revisión 331/2019.
- Primera Sala, Amparo en Revisión 392/2018.
- Primera Sala, Amparo en Revisión 807/2019.
- Primera Sala, Tesis 1a./J. 4/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Libro 27, febrero de 2016.
- Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 800/2017.

- Segunda Sala, Amparo en Revisión 800/2017.
- Segunda Sala, Tesis 2a. CXXXVI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, Tomo I, enero de 2017.
- Segunda Sala, Tesis 2a. V/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Libro 50, enero de 2018.
- Segunda Sala, tesis 2a. XI/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 50, enero de 2018, tomo I.

CAPÍTULO X

La responsabilidad parental en Australia*

Meda Couzens** y Amira Aftab***

* Título original “Parental responsibility in Australia”, traducido por Ixchel Martínez Villafuerte con autorización de las autoras.

** Catedrática en la Facultad de Derecho de la Western Sydney University, Australia. Becaria honoraria de investigación en la Universidad de KwaZulu-Natal, Durban, Sudáfrica.

*** Doctora BA(Hons)/LLB por la Macquarie University. Profesora en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

Resumen

La responsabilidad parental en Australia forma parte del complejo marco normativo que rige al derecho de familia. Con el paso del tiempo, se ha presentado un importante cambio hacia la resolución de controversias del orden familiar en el ámbito privado, particularmente en lo que se refiere a convenios reguladores de responsabilidad parental. El capítulo tiene en cuenta el "interés superior del niño" como un principio rector del derecho de familia, así como oportunidades para que el niño o la niña pueda participar en los procesos judiciales y extrajudiciales que se susciten. Se han formulado reformas notables en el derecho de familia australiano que se enfocan en la parentalidad responsable, principalmente la introducción de la resolución de controversias en el ámbito privado, la idea de corresponsabilidad parental (entre padres y madres) y, más importante aún, disposiciones en materia de violencia intrafamiliar. La violencia intrafamiliar es un problema preponderante en el derecho de familia, lo que agrega una capa de complejidad a las controversias que se suscitan en el campo de las disputas parentales. Este capítulo explora las dispo-

siciones en materia de violencia intrafamiliar con el fin de ilustrar las debilidades de los marcos jurídicos que separan las cuestiones relacionadas con los niños y las niñas. En Australia, esta separación se debe en gran medida a un marco constitucional en el que las disputas parentales o el ejercicio de la responsabilidad parental son una cuestión federal, y lo relacionado con la protección de los niños, niñas y adolescentes sigue estando regido por los estados y territorios. Mediante la ilustración de las características y desarrollos del derecho de familia australiano, este capítulo ofrece un análisis comparativo profundo para otras jurisdicciones que enfrentan problemas similares cuando tratan con los niños y las familias.

Palabras clave

Responsabilidad parental, Corresponsabilidad parental, Interés superior de la niña o el niño, Violencia intrafamiliar, Resolución de controversias familiares.

1. Introducción

El presente capítulo contiene un breve panorama de la reglamentación jurídica en materia de responsabilidad parental en Australia. Se enfoca en una selección de asuntos que, según la opinión de las autoras de este capítulo, tienen un valor comparativo para otros sistemas jurídicos. Con los temas que se analizan en este capítulo se presenta una selección de buenas prácticas (jurídicas) más que los retos del derecho de familia australiano. Se tienen dos objetivos: ayudar al intercambio de ideas sobre la forma de abordar la responsabilidad parental en nuestro mundo globalizado y motivar la autorreflexión en cuanto a las fortalezas y problemas de otros sistemas jurídicos. Finalmente, este capítulo demostrará, en lo que se refiere al ejemplo australiano, que los asuntos relacionados con los niños, las niñas y sus familias siguen siendo complejos, independientemente de la integridad del marco legal y la infraestructura institucional que lo sostenga.

El capítulo continúa con un panorama del sistema jurídico y familiar en Australia, seguido de una presentación de la responsabilidad parental en el derecho australiano. Posteriormente, el capítulo analiza los procesos judiciales y extrajudiciales para abordar la resolución de controversias sobre responsabilidad parental. Las autoras del capítulo consideran importante demostrar la naturaleza multifacética del marco de resolución de controversias del orden familiar, el cual no se limita a procedimientos judiciales. Las dos partes siguientes tratan sobre la aplicación del principio del interés superior de los niños y las niñas en la resolución de controversias del orden familiar y la consecuente participación de éstos en los procesos judiciales y extrajudiciales. En una era en la que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son cada vez más visibles (especialmente con la llegada de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, la CDN), las formas en las que el sistema jurídico atiende el interés superior de la niñez y sus puntos de vista son con frecuencia una herramienta utilizada para evaluar la calidad del sistema jurídico al que pertenece. La siguiente parte se enfoca en la violencia intrafamiliar dentro del contexto de la toma de decisiones del derecho de familia. Se seleccionó este enfoque porque la violencia intrafamiliar es una característica preponderante en los asuntos que llegan al sistema jurídico familiar formal y porque ilustra las complejidades halladas en la intersección entre el derecho de familia y la violencia intrafamiliar. Ilustra la vulnerabilidad de los marcos jurídicos que tratan en forma aislada los casos relacionados con la infancia como resultado de las peculiaridades de sus marcos constitucionales. El capítulo concluye con algunas reflexiones finales sobre el valor comparativo de la experiencia australiana.

2. Panorama del derecho de familia australiano

El sistema jurídico australiano se basa en el derecho común (*common law*) de tradición angloamericana. Tiene una estructura federal dividida en estados y territorios que comparten el Poder Legislativo con la Mancomunidad (*Commonwealth*) (Cht). El Parlamento Australiano tiene la facultad de legislar en las áreas explícitamente indicadas en el artículo

51 de la *Commonwealth of Australia Constitution Act*, 1990 [Ley Constitucional de la Mancomunidad de Australia de 1900 ("la Constitución")] y los estados tienen una competencia legislativa residual (la cual pueden delegar a la Mancomunidad). Sin embargo, de conformidad con el artículo 109 de la Constitución, la legislación en el plano federal prevalece sobre la legislación estatal que resulte incongruente con la primera.

La Constitución faculta al Parlamento de Australia a legislar con respecto a "causas matrimoniales y por divorcio; y en relación con éstas, los derechos de los progenitores, y la tutela y custodia de los niños" (artículo 51 (xxii) de la Constitución australiana). Con base en esta facultad, el Parlamento de Australia promulga la *Family Law Act*, 1975 [Ley de la Familia o FLA] que se analiza más adelante. Las legislaturas estatales y territoriales tienen la facultad para legislar sobre otros asuntos importantes relacionados con los niños, niñas y adolescentes, como medidas para su protección y la justicia juvenil. La Constitución no contiene otras disposiciones que hagan referencia a la infancia ni otros artículos de derecho de familia sustantivo. Además, muy pocos derechos están amparados explícita o implícitamente en la Constitución,¹ y ninguno de ellos son derechos específicos del niño o la niña. Esto es relevante porque, aun cuando es posible que los principios jurídicos típicos del derecho de familia no se encuentren presentes en una Constitución, los asuntos relativos a éste pueden quedar bajo el amparo de otros derechos constitucionales como el derecho a la privacidad, la igualdad y la no discriminación, la protección contra daños, etc. Asimismo, a diferencia de otras jurisdicciones cuyo sistema jurídico es de tradición *common law*, como Nueva Zelanda o el Reino Unido, Australia no cuenta con una ley escrita sobre derechos humanos. No obstante, el Territorio de la Capital Australiana, Victoria y Queensland han adoptado leyes escritas sobre derechos humanos que se asemejan a la *Human Rights Act*, 1998 [Ley de Derechos Humanos] del Reino Unido, y algunas disposiciones de estas leyes atañen a

¹ Bailey, P., 2009, p. 239; Meagher, D. *et al.*, 2016, capítulos 9 y 10.

los niños. Aunque son un avance en lo que respecta a la protección de derechos humanos, estas leyes escritas no permiten a los tribunales invalidar legislación incongruente. No obstante, ordenan a los tribunales interpretar la legislación en su mayor extensión posible, de manera que sea compatible con los derechos humanos. Para los fines de la responsabilidad parental y los asuntos relacionados con ella, las leyes de derechos humanos analizadas previamente son irrelevantes, ya que se trata de legislación estatal sin ninguna pertinencia en la interpretación de la legislación federal, como la FLA, que es el marco jurídico aplicable a los asuntos de responsabilidad parental. Existe, por lo tanto, un soporte limitado de derechos humanos (constitucionales o normativos) para la responsabilidad parental y los conceptos asociados a ésta.

Además de esto, también existe la ambivalencia de Australia para dar a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CND) de 1989 efectos jurídicos en el ámbito nacional. Australia ratificó la CND en 1990,² pero su compromiso nacional con ella "es más que incierto",³ pues el país sigue "obstinado en su negativa"⁴ de aplicarla. Debido a la postura dualista que Australia ha tomado en relación con los tratados internacionales, sería necesaria la incorporación nacional explícita de la Convención mediante ley escrita para que ésta tuviera fuerza de ley. Hasta ahora no ha habido una incorporación integral (palabra por palabra) de la CDN o una transformación de sus normas en una ley escrita de la Mancomunidad de Naciones (*Commonwealth*),⁵ aunque en 2011, se reformó, entre otros, la Ley de la Familia para incluir entre los objetos del apartado VII de esta ley, el otorgamiento de validez legal a la CDN (artículo 60B(4)).⁶ En general, se ha empleado un sistema "a la carta" en el que la Mancomunidad y los parlamentos estatales han dado efectos

² Australia ratificó la CDN el 17 de diciembre de 1990 (Estado de los tratados «https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en»).

³ Bates, F., 2012, p. 48.

⁴ Tobin, J., 2016, p. 26.

⁵ Para conocer las técnicas de incorporación, véase Devereux, A. y McCosker, S., 2017.

⁶ Por favor, tome en consideración que todos los artículos a los que se hace referencia en este capítulo son de la Family Law Act, a menos que se indique lo contrario.

jurídicos a algunas de las disposiciones de la CDN, pero no a otras. La *Family Law Act* es un ejemplo de una ley escrita de orden federal que ha transformado algunas de las disposiciones de la CDN en disposiciones jurídicas nacionales. Sin embargo, a pesar de la falta de fuerza de ley, los tribunales australianos pueden apoyarse en la CDN para interpretar las leyes escritas nacionales en algunos asuntos.⁷ Aunque no ha habido un compromiso en su implementación en la ley escrita, la Convención ha informado políticas gubernamentales, la redacción de legislación, la conducta de los organismos gubernamentales, y otros órganos u organizaciones que tratan con niños, niñas y adolescentes y sus derechos.

La principal ley escrita que rige los asuntos de derecho de familia en Australia es una ley escrita por la Mancomunidad: FLA.⁸ Con esta ley también se creó el Tribunal de lo Familiar, el cual inició labores en 1976.⁹ Además del Tribunal de lo Familiar, los asuntos en el marco de la Ley de la Familia también son resueltos por el Tribunal de Circuito Federal. El Estado de Australia Occidental tiene un sistema un tanto diferente. Cuenta con su propio tribunal de lo familiar que aplica la FLA para casos sobre la infancia y bienes en el contexto matrimonial, así como la legislación de Australia Occidental sobre asuntos relacionados con responsabilidad parental y bienes en el contexto de concubinatos.¹⁰

En 1995 se introdujo un nuevo apartado en la Ley de la Familia: apartado VII titulado "Niños", el cual se vio influido en su mayoría por la CDN.¹¹ Con el paso de los años, el apartado VII de la Ley de la Familia se ha vuelto muy complejo, por lo que los jueces describen el marco jurídico para la toma de resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad

⁷ Suprema Corte de Australia, *Minister for Immigration and Ethnic Affairs vs. Teoh* (1995) 183 CLR 274.

⁸ Moloney, L. Weston, R. y Hayes, A., 2013, p. 110.

⁹ Consulte la página web del Tribunal de lo Familiar de Australia en «<http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/home>».

¹⁰ Tribunal de lo Familiar de Australia Occidental «https://www.familycourt.wa.gov.au/F/family_court_legislation.aspx».

¹¹ Behrens, J. y Tahmindjis, P., 1998, pp. 175-180; Shackel, R., 2016, pp. 37-60.

parental, por ejemplo, como "tortuoso" o un "dilema de complejidad laberíntica".¹² Aunque la FLA ahora proporciona una mayor orientación en lo que se refiere a su aplicación, existe el riesgo de "erosión de las facultades discrecionales del juez mediante un proceso continuo de especificidad legislativa",¹³ lo cual perjudica la flexibilidad que se necesita para tomar decisiones adecuadas en el marco del derecho de familia.

Vale la pena subrayar algunas características de la FLA.

En primer lugar, como lo señala la Comisión Australiana para la Reforma de Leyes (*Australian Law Reform Commission*), la "idea de 'un derecho [de familia]' [en Australia] no es del todo precisa"¹⁴ y esto se debe a que la FLA no proporciona un marco de derecho de familia integral; más bien aborda únicamente asuntos que surgen después del rompimiento del vínculo matrimonial o la relación íntima (incluidos los concubinatos).¹⁵

El enfoque en el rompimiento de la relación íntima y el matrimonio en la FLA limita en forma significativa el alcance de aplicación de las disposiciones de esta ley en materia de protección. Desde la perspectiva de los derechos de los niños y las niñas, esto significa que algunas cuestiones relevantes para ellos, como la forma en que los progenitores ejercen su responsabilidad parental en familias intactas, no pueden tratarse fácilmente dentro de la esfera de la FLA. Sin embargo, algunas de las disposiciones de esta ley son aplicables —independientemente de que exista una controversia sobre el ejercicio de la responsabilidad parental—¹⁶ en asuntos dentro del marco de la competencia del Tribunal de lo Familiar

¹² Como lo cita Fehlberg, B. *et al.*, 2014, p. 263.

¹³ Baters, E., 2012, p. 73.

¹⁴ Australian Law Reform Commission, *Family Law for the Future — An Inquiry into the Family Law System. Summary Report* [Report 135, marzo de 2019], 22.

¹⁵ Australian Law Reform Commission (ALRC). Para mayor información sobre las complejidades constitucionales de la ley, véase Jessep, O. y Chisholm, R. 1994, pp. 1-16; Reg Graycar, R. y Millbank, J. (2007); Caruana, C. 2002.

¹⁶ Fehlberg, B. *et al.*, 2008, p. 36.

en materia de bienestar, la cual se confiere al tribunal en la sección 67ZC(1). Esta sección trata de:

Además de la competencia que tiene un tribunal conforme a este apartado en relación con los niños, también es competente para adoptar medidas (*orders*) relacionadas con su bienestar.

El alcance de esta competencia protectora es incierto,¹⁷ pero ha sido utilizado en asuntos relacionados con la esterilización para propósitos no terapéuticos, la autorización de tratamientos para niños o niñas transgénero, la revelación de la paternidad, la reubicación, la obtención de pasaportes, y el secuestro internacional de niños.¹⁸ Se ha insinuado que también podría utilizarse para invalidar la decisión de competencia a un hijo o una hija.¹⁹

En segundo lugar, aunque la FLA protege algunos derechos de los niños, no es una ley escrita específicamente para la garantía de sus derechos. La ley presenta al menos dos limitaciones a este respecto. Una es que los derechos de las niñas, niños y adolescentes se mencionan escasamente en la misma. La ley destaca los principios que incluyen, conforme al artículo 60B(2), el derecho a que los niños y niñas conozcan la identidad de sus progenitores y reciban cuidado de ellos, su derecho a pasar tiempo con los progenitores y se comuniquen regularmente con ellos y otras personas importantes en su vida, y el derecho a disfrutar de su cultura. Además, el artículo 43(1)(c) incluye, entre los principios aplicados por los tribunales con competencia en materia familiar, "la necesidad de proteger los derechos de los niños y promover su bienestar", aunque los derechos ahí mencionados no se especifican en la FLA. Una segunda limitación se deriva del alcance de la ley, y se ilustra en su largo título: "Una ley relacio-

¹⁷ Higgins, D. y Kaspiew, R., 2011, p. 11.

¹⁸ Dickey, A., 2014, pp. 301-302.

¹⁹ Fehlberg, et al., *op. cit.*, n.16., p. 260; véase un análisis adicional en la apartado 3 siguiente.

nada con el Matrimonio, así como las Causas Matrimoniales y por Divorcio; y, en relación con estas y otras causas, la Responsabilidad Parental por los Niños, asuntos financieros derivados de la ruptura de concubinatos, y algunas otras Materias".²⁰ Así, la gama completa de derechos del niño cubierta por la CDN no puede acomodarse al marco de la FLA. Sólo a aquellos derechos que tienen una relación con las responsabilidades parentales o son relevantes para ellas en el contexto de la ruptura de la relación familiar se les puede dar algún efecto legal mediante la aplicación de esta ley.

En tercer lugar, la FLA no contiene un marco jurídico referente a la protección del niño o la niña (por ejemplo, para aquellos que necesiten cuidados), violencia intrafamiliar y justicia para adolescentes, los cuales, en su lugar, están cubiertos por la legislación estatal o territorial, y, en consecuencia, se conocen en los tribunales estatales y territoriales. Esto es resultado del marco constitucional que se explicó anteriormente. Por tanto, existe una fragmentación jurisdiccional significativa en lo que a la búsqueda de protección legal para los niños y niñas se refiere, en cuyo caso los asuntos relacionados con ellos son abordados en diferentes tribunales y organismos generales y especializados.²¹ La coexistencia de regímenes en el nivel federal y estatal ha provocado dificultades prácticas importantes, con lo que las partes se ven obligadas a acudir a tribunales con diferentes competencias (familiar, protección y violencia de pareja), y al sistema en general no le es posible abordar las necesidades de los niños y sus familias.²² En años recientes, estas dificultades han dado lugar a que se hagan recomendaciones para crear una respuesta

²⁰ "An Act relating to Marriage and to Divorce and Matrimonial Causes and, in relation thereto and otherwise, Parental Responsibility for Children, and to financial matters arising out of the breakdown of de facto relationships and to certain other Matters"

²¹ Sheehan, R. y Borowski, A., 2014, p. 102.

²² ALRC, *Family Law for the Future*, 23.

integral a las cuestiones de derecho de familia, protección de niños, niñas y adolescentes y violencia intrafamiliar.²³

El derecho de familia se encuentra en un constante estado de cambio, por lo que algunos comentaristas lo han calificado como una "papa caliente política" (*political hot potato*).²⁴ Desde la adopción de la FLA en 1975, ha habido alrededor de cincuenta grandes investigaciones y varios tipos de comisiones para tratar los asuntos de derecho de familia.²⁵ En los años 1995, 2006 y 2011 se hicieron tres grandes reformas a la Ley de la Familia. El objetivo de las reformas jurídicas de 1995 y 2006 fue reflejar de mejor manera los derechos de los hijos e hijas, otorgar un mejor reconocimiento al papel de ambos progenitores y responder a los problemas de violencia intrafamiliar.²⁶ El objetivo de la reforma de 2011 fue fortalecer las respuestas del derecho de familia en materia de violencia de pareja. Este "jugueteo constante" ha añadido "complejidad, incertidumbre y costo",²⁷ a una la ley que "ya no es clara o comprensible"²⁸ y necesita redactarse de nuevo en forma integral".²⁹

Antes de analizar la responsabilidad parental, vale la pena señalar que en Australia el discurso social, académico y político/de las políticas en materia de derecho de familia es muy apasionado. Las cuestiones de derecho de familia obtienen una gran atención pública, y los actores políticos prestan atención a la dinámica social y sus repercusiones en el derecho de familia. También existe una gran cantidad de investigaciones relacionadas con la familia y el derecho de familia, y muchas de ellas se realizan desde perspectivas multidisciplinarias que van más allá de los principios jurídicos fundamentales incontrovertibles establecidos en las leyes escri-

²³ ALRC, *Family Law for the Future*, 25.

²⁴ Byrnes, P., 2011, p. 45.

²⁵ Family Court of Australia, 2018, p. 2.

²⁶ Moloney, Weston y Hayes, *op. cit.*, p. 125.

²⁷ Family Court of Australia, "State of the Nation", 3.

²⁸ ALRC, *Family Law for the Future*, 23.

²⁹ *Ibid.*, 19.

tas relevantes. Estas investigaciones están ligadas de manera importante al derecho de familia actual y su aplicación, y con frecuencia se hacen, a partir de ellas, sugerencias basadas en pruebas para mejorar la ley y su aplicación.

3. La responsabilidad parental en Australia

La FLA aborda la relación parento-filial empleando un lente de responsabilidad parental, un concepto que "encapsula la capacidad que tienen los progenitores para tomar decisiones".³⁰ La redacción nueva buscaba eliminar el uso de una terminología propietaria en relación con los hijos e hijas y reflejar de mejor manera el principio de crianza compartida y los derechos de éstos.³¹ El término se introdujo en la FLA con las reformas realizadas en 1995, cuando los términos como "tutela", "custodia" y "acceso" (*sic*) fueron remplazados con los conceptos de "residencia", "contacto" y "asuntos específicos".³² La terminología se cambió de nuevo con la Ley de reforma de 2006 (*Amendment Act 2006*), de acuerdo con la cual "las resoluciones sobre el ejercicio de la órdenes de parentalidad (*parenting orders*) pueden determinar "la persona o personas con quienes el niño va a vivir" (artículo 64B(2)(a)) y/o "el tiempo que el niño va a pasar con otra persona o personas" (artículo 64B(2)(b)), así como la asignación de responsabilidad parental (artículo 64B(2)(c))".³³

Conforme al artículo 61C(1), "[c]ada uno de los progenitores de un niño o niña que aún no haya cumplido los 18 años de edad tiene una responsabilidad parental con él". El significado del término "padre" (*parent*) es complejo, especialmente cuando es un factor en asuntos que se dan lugar a partir de la reproducción asistida.³⁴ Aunque el término casi siempre se

³⁰ Fehlberg, Behrens y Kaspiew, 2008, p. 248.

³¹ *Idem*.

³² *Ibid.*, también, Fehlberg, B. *et al.*, 2014.

³³ *Ibid.*, p. 193.

³⁴ Fehlberg, B. *et al.*, 2008, cap. 6.

utiliza para referirse al padre o madre biológica, también puede incluir al padre/madre legal.³⁵

La FLA define brevemente la responsabilidad parental. El artículo 61B simplemente establece que

En este apartado, la responsabilidad parental significa todas las obligaciones, facultades, responsabilidades y autoridad que, por ley, tienen los padres en relación con el niño.

Se ha interpretado que el significado de "por ley" en la sección anterior hace referencia al *common law* (y, por tanto, los antiguos conceptos de tutela y custodia), la legislación y la jurisprudencia (*case law*).³⁶ La Ley de la Familia en sí misma no proporciona una lista de responsabilidades parentales, pero con base en algunas de sus disposiciones, Dickey argumenta que las responsabilidades parentales incluyen ayuda financiera para el niño o niña,³⁷ y la toma de decisiones en cuanto a "asuntos trascendentales a largo plazo" (artículo 4(1)), los cuales incluyen la educación, la práctica de creencias y rituales religiosos y culturales, salud, nombre y cambios en las condiciones de vida.³⁸ Las decisiones sobre el cuidado diario, el bienestar y el desarrollo de los hijos, la administración de sus bienes y las declaraciones hechas en su nombre han sido consideradas parte de la responsabilidad parental. Fehlberg, Behrens y Kaspiew sostienen que "[c]ada ley que estipula que un padre/madre puede o debe hacer algo designa una 'responsabilidad parental'" conducente.³⁹ En el derecho australiano, por tanto, la "responsabilidad parental" es un concepto abierto con múltiples recursos legales. La FLA, la principal ley positiva del orden familiar, no define el contenido de responsabilidad

³⁵ Young, L., 2016, p. 383.

³⁶ Dickey, A., 2014, p. 253.

³⁷ Apartado VII, división 7, para conocer el sistema australiano de pensión alimenticia para menores, véase Young, L., 2016, p. 401.

³⁸ Dickey, 2014, p. 254.

³⁹ Fehlberg, Behrens y Kaspiew, 2008, p. 257.

parental, sino que únicamente reglamenta su "manejo" en casos de ruptura y separación familiar.

La responsabilidad parental tiene algunos límites en el derecho de familia australiano. De este modo, "la responsabilidad parental deja de existir con respecto a decisiones particulares conforme los hijos llegan a una edad en la que son capaces de tomar esa decisión por sí mismos sin la participación de los padres o progenitores".⁴⁰ Sin embargo, los mismos autores resaltan que la decisión de un hijo o hija capaz puede ser desestimada por el Tribunal de lo Familiar en virtud de su competencia en materia de bienestar (*welfare*) establecida en el artículo 67ZC de la FLA. El derecho australiano apoya, por tanto, el enfoque de que las facultades parentales son facultades menguantes⁴¹ que van disminuyendo conforme los hijos e hijas alcanzan la madurez y adquieren la capacidad para tomar decisiones propias. Otras limitaciones a la responsabilidad parental provienen del hecho de que algunas decisiones no pueden ser tomadas por los padres basadas en el hecho de que detentan una responsabilidad parental con el niño o niña. Éstas incluyen, por ejemplo, decisiones sobre la esterilización de un niño o niña para propósitos no terapéuticos, y posiblemente otros procedimientos y tratamientos médicos que pudiera ser irreversibles, invasivos y tener consecuencias graves para éste.⁴² A este respecto, el caso *In Secretary, Department of Health and Community Services v J.W.B and S.M.B (c. Marion)* (1992) 175 CLR 218 es relevante. La pregunta ante el tribunal era si los progenitores podían autorizar la esterilización de su hija Marion, quien tenía una discapacidad intelectual. El tribunal descubrió que el proceso era para propósitos no terapéuticos, por lo que los padres no podían autorizarla. La autorización de los padres sólo es suficiente si el procedimiento es para propósitos terapéuticos y una consecuencia necesaria de otro tratamiento médico.⁴³ La capacidad de los progenitores para autorizar legalmente un procedimiento médico

⁴⁰ *Ibid.*, p. 260 (nota omitida).

⁴¹ Dickey, 2014, p. 258.

⁴² Fehlberg, Behrens y Kaspiew, 2008, p. 261.

⁴³ Bell, F., 2015, p. 431.

también fue considerada en el asunto de *Baby D*, en el que el tribunal consideró procedentes el papel y las responsabilidades de las partes. Surgieron preguntas clave acerca de los intereses superiores de *Baby D* y sobre si los padres podían autorizar la desintubación (eliminación de la asistencia respiratoria) y detener el tratamiento para prolongar su vida, o requerían la autorización del tribunal. La autonomía de los padres fue finalmente confirmada por el tribunal, cuando reconoció que podían dar su autorización, puesto que no se trataba de un procedimiento médico especial.⁴⁴

Estas limitaciones no son exhaustivas y la ley puede desarrollarse con el tiempo, ya sea para restringir o extender aún más el alcance de la responsabilidad parental. En el contexto de la disforia de género, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal de lo Familiar ha mudado de: a) requerir la autorización del tribunal en todos los asuntos en los que se buscara un tratamiento para niños y niñas; b) requerir la autorización judicial sólo cuando exista desacuerdo sobre la capacidad del niño o la niña, o sobre el diagnóstico y protocolo de tratamiento entre el hijo o la hija, los médicos y los padres.⁴⁵ Así, en el caso *Re Alex* [2004] FamCA 297, el Tribunal de lo Familiar resolvió que la terapia de bloqueo puberal (etapa 1 del tratamiento) era un procedimiento especial que requiere la autorización del tribunal debido a las consecuencias irreversibles posteriores si el tratamiento avanzaba a la etapa 2. En el caso *Re Jamie* [2013] FamCAFC 110, el tribunal en pleno resolvió que la etapa 1 del tratamiento era con fines terapéuticos, por lo que la decisión podía ser tomada por los padres. De tal manera que si el hijo o la hija, los padres y los médicos acordaban proceder con la etapa 1 del tratamiento, no se requería una evaluación de la capacidad *Gillick*. La capacidad *Gillick* se adquiere cuando un niño o una niña llega a tener suficiente comprensión e inteligencia para entender aquello que se le está proponiendo (*Gillick vs. West Norfolk*

⁴⁴ Corte Familiar australiana, caso *Baby D* (No.2) [2011] FamCA 176.

⁴⁵ Para un análisis de casos hasta 2014, véase Strickland, S., 2014.

and Wisbech Area Health Authority [1986] AC 112 tal como se aprobó en el asunto de *Marion*). En relación con la etapa 2 del tratamiento, en el caso *Re Jamie* se decidió que un niño o una niña competente puede tomar la decisión de continuar con el tratamiento; sin embargo, era el tribunal el que tenía que determinar si aquél o aquélla contaba con la capacidad *Gillick* (y no los médicos ni los progenitores). Si se determinaba que no contaba con la competencia *Gillick*, se requeriría la autorización del tribunal para iniciar el tratamiento. El caso *Kevin* [2017] FamCAFC 258 (*Re Kelvin*) fue más allá. El Juez Watts resume en forma concisa la posición en dicha sentencia —la cual constituye la ley aplicable actual— en el caso *Re Imogen* como sigue:

En el Asunto *Kevin*, el tribunal en pleno determinó que:

- a) Dado el conocimiento actual en materia de medicina, la etapa dos del tratamiento era terapéutica y era un tratamiento cuyo consentimiento ya no se encuentra fuera de los límites de la autoridad de los padres o requiere la aprobación del tribunal (con lo que se revierte la posición tomada en *Re Jamie*);
- b) Con respecto a la etapa 2 del tratamiento, si el hijo o hija, los padres y los médicos acuerdan que el niño o niña es competente según *Gillick*, no hay necesidad de que el tribunal determine tal competencia (con lo que se revierte la posición tomada en el asunto *Re Jamie*);
- c) Si todos están de acuerdo, el niño o niña es competente según *Gillick*, se puede autorizar la etapa 2 del tratamiento; y
- d) Si un niño o niña no es competente, según *Gillick* y los médicos tratantes están de acuerdo, los padres pueden autorizar la etapa 2 del tratamiento con la aprobación del tribunal (asunto *Re Imogen*, párr. 33).

En los casos *Re Jamie* y *Re Kelvin* se resolvieron situaciones en las que los padres y los médicos estaban de acuerdo en el diagnóstico y el tratamiento

propuesto para sus hijos. En el caso *Re Imogen*, sin embargo, se resolvió una situación en la que los padres (divorciados) no coincidían con el diagnóstico de disforia de género de su hijo de 16 años, su competencia según *Gillick* y el tratamiento propuesto. El Juez Watts decidió que cuando exista un desacuerdo en relación con cualquiera de los anteriores aspectos, resulta obligatorio hacer una solicitud al tribunal (asunto *Imogen*, párrafo 35) y éste tomará su decisión con base en el interés superior del niño o la niña. En el asunto *Re Imogen*, el juez Watts formuló la siguiente pregunta: "¿por qué la sola precisión de la competencia *Gillick* de un adolescente no es determinante cuando los progenitores no coinciden en cuanto a un tratamiento?" La pregunta es importante porque es tentador asumir que una vez que el niño o la niña sea declarado o declarada competente podrá tomar decisiones sobre sí mismo. Sin embargo, el tribunal juzgó necesario que las autoridades autorizaran el tratamiento pues, al concernirles el interés superior del niño, cuando exista un desacuerdo entre los hijos, los padres y los médicos, un tribunal no puede resolver el asunto simplemente decidiendo si alguno de los primeros es capaz o no.⁴⁶

Estos asuntos marcan una expansión de la responsabilidad parental al extender la gama de decisiones médicas que los padres pueden tomar como parte de su responsabilidad parental, sin la necesidad de obtener una orden judicial. La capacidad para ejercer la responsabilidad parental sin la interferencia de un tribunal para autorizar la etapa 2 del tratamiento para la disforia de género depende, sin embargo, de que los puntos de vista de los padres estén alineados con los de sus hijos y los médicos que van a suministrar el tratamiento.

Como se dio a entender previamente, el enfoque de la FLA es resolver las controversias en el ejercicio de la responsabilidad parental en un

⁴⁶ *Re Imogen*, párr. 44, 59.

contexto de separación, lo que hace difícil basarse en ella fuera de ese contexto. Sin duda, en las familias intactas, la ley generalmente deja que los padres tomen las decisiones relativas a sus hijos e hijas. Los tribunales sólo pueden intervenir cuando un niño o niña corre riesgo y no se están dando los cuidados adecuados⁴⁷ o en asuntos relativos a procedimientos médicos riesgosos,⁴⁸ como se analizó previamente.

Una de las características del marco jurídico actual en relación con la responsabilidad parental es el concepto de *corresponsabilidad parental*, la cual se analiza más adelante. El artículo 61DA, el cual explica detalladamente las presunciones y su aplicación, dispone:

(1) Cuando se emite una orden de parentalidad respecto a un niño o niña, el tribunal debe aplicar una presunción de que es en el interés superior de ese niño(a) que los padres ejerzan una igual responsabilidad compartida con éste.

(2) La presunción no es aplicable si existen motivos razonables para creer que los padres (o una persona que viva con el padre o la madre) ha incurrido en:

a. maltrato hacia su hijo o hija u otro menor de edad que, en ese momento, fuera miembro de la familia de los padres (o la familia de esa otra persona), o

b. violencia intrafamiliar.

(3) Cuando el tribunal emita una resolución provisional, la presunción es aplicable, salvo que éste considere que, dadas las circunstancias, su aplicación no sería adecuada cuando se emita dicha resolución.

⁴⁷ Parashar, A. y Dominello, F., 2017, p. 265.

⁴⁸ Humphrey, T., 2008, pp. 141-169.

(4) La presunción puede rebatirse con pruebas que convencan al tribunal de que no sería en el interés superior del niño o la niña que los padres tuvieran una corresponsabilidad parental.

3.1 Corresponsabilidad parental

El concepto de corresponsabilidad parental es uno de los asuntos más debatidos en el derecho de familia australiano, y se introdujo con el propósito de garantizar una división más equitativa de la responsabilidad parental después de la separación. Fue una reacción al "principio de 'preferencia de la maternidad'"⁴⁹ aplicado algunas veces por los tribunales y se vio influido por la insatisfacción pública con los procesos del derecho de familia, como el descontento de los padres varones con la manera como los tribunales protegían su relación padre-hijo después de la separación.⁵⁰

La *Family Law Reform Act 1995* (Cht) modificó significativamente la gobernabilidad del poder legislativo sobre los asuntos que involucran a niños y niñas, y la reforma fue posteriormente fortalecida por la *Family Law Amendment (Share Responsibility)* de 2006 (Cth). La Ley de 2006 introdujo la presunción impugnabile de corresponsabilidad⁵¹ como un medio para promover la "crianza cooperativa".⁵² La misma ley también introdujo un proceso obligatorio de resolución de controversias del orden familia, antes de presentar una solicitud al tribunal.⁵³ Las reformas de 2006 provocaron inquietud sobre el hecho de que los tribunales podrían estar priorizando el cuidado compartido, en lugar de proteger a las mujeres y sus hijos e hijas contra la violencia doméstica.⁵⁴ Como resultado, se adoptó la *Family Law Legislation Amendment (Family Violence and Other*

⁴⁹ Moloney, Weston y Hayes, 2013, p. 124.

⁵⁰ Young, L., 2016, p. 387.

⁵¹ Fehlberg, B., 2008, p. 192.

⁵² Véase, de manera general, Kaspiew, R. *et al*, 2009.

⁵³ Artículo 601 de la FLA; Dobinson, S. y Gray, R., 2016, p. 180.

⁵⁴ Young, L., 2016, p. 389.

Measures) de 2011 (Cth) (en vigor desde 2012), la cual estipula que el beneficio que el niño o niña obtiene al mantener una relación con ambos padres nunca es superior a la necesidad de protegerle.⁵⁵ Las tres leyes de reforma positivas han creado, en pocas palabras, el marco jurídico actual para la aplicación de la presunción de corresponsabilidad parental. En cuanto a la redacción del artículo 65DA(1) previamente mencionada, la presunción se basa en la hipótesis de que es en el interés superior del niño y la niña que ambos padres compartan la responsabilidad parental de forma equitativa después de la separación.

Con frecuencia se ha interpretado erróneamente que la presunción implica un derecho de los padres a pasar una cantidad de tiempo igual con sus hijos después de la separación. Sin embargo, como lo explica Young, la presunción "es, de hecho, una presunción de 'tutela' conjunta, por lo que sólo se relaciona con los denominados 'asuntos trascendentales a largo plazo'".⁵⁶ La aplicación de la presunción no requiere que "el tribunal ordene el cuidado físico del niño o la niña en partes iguales".⁵⁷ Como lo exponen Fehlberg y otros:⁵⁸

la presunción está altamente restringida: no aplica en asuntos donde existen fundamentos razonables (lo que constituye un bajo umbral probatorio) para creer que un padre/madre [o la persona que vive con éste o ésta (anotación de las autoras)] ha incurrido en violencia intrafamiliar o maltrato infantil (artículo 61DA(2)) y admite pruebas en contrario que permitan establecer que su aplicación no satisface el interés superior del niño o la niña (se requerirían pruebas del equilibrio de probabilidades) [Ley de la Familia artículo 61DA(4)].

⁵⁵ Moloney, Weston y Hayes, 2016, p. 134.

⁵⁶ Young, L., 2016, p. 393.

⁵⁷ Young, L., 2016, p. 394.

⁵⁸ Fehlberg, Kaspiew, Millbank, Kelly, y Behrens, *Australian Family Law*, 155 [sic].

Cuando la presunción no es aplicable, el tribunal correspondiente deberá proceder sólo con base en la determinación del más alto nivel de protección del interés del niño(a), lo cual, según Fehlberg y otros, citando al Tribunal de lo Familiar en pleno en *Goode and Goode* (2006) FLC 93-286 ("*Goode*"), significa que "todas las opciones [están] abiertas para el tribunal".⁵⁹

La presunción no tiene los importantes efectos legales que su nombre evoca si se le considera en forma independiente. Sin embargo, cuando se aplica conjuntamente con otros artículos introducidos en 2006, la presunción tiene un mayor alcance. Por consiguiente, cuando se emite una resolución de corresponsabilidad parental, el artículo 65DAC requiere que los padres tomen conjuntamente las decisiones sobre asuntos trascendentales a largo plazo.⁶⁰ Además, si se emite una resolución sobre corresponsabilidad parental, el artículo 65DAA(1) obliga al tribunal a considerar si la cantidad de tiempo de convivencia con cada uno de los padres redundante o no en el interés superior del niño o la niña y si es viable.⁶¹ Si se cumplen estos dos requisitos, el tribunal debe entonces considerar emitir una resolución para que el niño o la niña pase la misma cantidad de tiempo con cada uno de los padres. Si la resolución que determina la distribución equitativa del tiempo de convivencia con cada uno de los padres no resulta viable, el tribunal debe considerar si redundante o no en el interés superior del niño o la niña permanecer un tiempo considerable y significativo (como se define más adelante) con el padre, y si dicho tiempo considerable y significativo es viable (artículo 65DAA(2)). Al decidir lo que es "viable", el tribunal necesita tener en cuenta qué tan lejos viven los padres el uno del otro, la capacidad presente y futura para cumplir con el acuerdo y comunicarse entre sí, el impacto que dicho régimen tendría en el niño o la niña y otras cuestiones que pudieran ser relevantes (artículo 65DDAA(5)). El interés superior del niño o la

⁵⁹ Fehlberg, Kaspiew, Millbank, Kelly, y Behrens, *Australian Family Law*, 265.

⁶⁰ Young, "Children and 'Family Law'", 394.

⁶¹ *Idem*.

niña, definitivamente, sigue siendo una consideración fundamental (artículo 65DAA(11); y *Goode*).

Si no se dicta una orden de igualdad de tiempo de convivencia, el tribunal debe considerar emitir una resolución que indique que el niño o la niña deberá pasar tiempo considerable y significativo con cada uno de los padres, según las condiciones provistas en el artículo 65DAA(2). El artículo 65DDA(3) define que el "tiempo considerable y significativo" incluye los fines de semana, los días entre semana y los días festivos, tiempo que permitiría a cada padre compartir con su hijo o hija su rutina diaria, así como ocasiones y acontecimientos especiales para ambos.

El impulso del marco normativo con respecto a la presunción de la corresponsabilidad parental es que siempre que sea posible, los tribunales deben facilitar que los padres compartan responsabilidades legales en relación con su hijo o hija, y deben considerar seriamente emitir resoluciones que maximicen el tiempo que los hijos pasan con ambos padres.⁶² Sin embargo, cabe señalar que la FLA no "formula una presunción de igualdad de tiempo",⁶³ por lo que la corresponsabilidad parental no se traduce automáticamente en resoluciones para que el niño o la niña comparta la misma cantidad de tiempo con ambos padres después de la separación.

Como se indica previamente, la presunción de parentalidad compartida en términos equitativos es debatible. Una de las principales críticas al respecto es aquella que sugiere que tanto la legislación correspondiente como su aplicación por parte de los tribunales no producen los mejores resultados para el cuidado de los niños y no reflejan los patrones sociales existentes.⁶⁴ A su vez, se ha indicado que no existe una conexión clara entre los acuerdos de cuidado compartido de los hijos e hijas y los mejores resultados para éstos.⁶⁵

⁶² Young, L., 2016, p. 394.

⁶³ Chisholm, R., 2009, p. 64.

⁶⁴ Rhoades, H., 2008, p. 279.

⁶⁵ Fehlberg, B. *et al.*, 2011, p. 332.

Después de analizar el significado y el contenido de la responsabilidad parental, el apartado 4 nos proporciona un panorama sobre cómo se toman las decisiones en la resolución de casos tocantes.

4. Resolución de controversias en el orden familiar y responsabilidad parental: procesos judiciales y extrajudiciales

En la mayoría de los asuntos posteriores a la separación, los padres acuerdan, entre ellos y sin la intervención de las estructuras formales del derecho de familia, cómo ejercerán las responsabilidades parentales.⁶⁶ El marco jurídico respalda estos arreglos informales, y el artículo 60B(2) estipula que uno de los objetos del apartado VII de la FLA es que los "padres deben estar de acuerdo con respecto a la crianza futura de su hijo o hija".⁶⁷ También se incentiva a los padres a llegar a un acuerdo en cuanto a la crianza posterior a la separación y evitar ir a juicio (artículo 63B). Los progenitores pueden presentar planes privados e inejecutables en los que establezcan cómo se ejercerán las responsabilidades parentales después de la separación (artículo 63C).⁶⁸ Los padres pueden acordar estos planes por sí mismos o buscar la asistencia de los Centros de Relaciones Familiares (que se analizan más adelante).

Algunos asuntos requieren la intervención formal del derecho de familia, mecanismos judiciales y extrajudiciales respectivamente. La mayoría de los asuntos que llegan al sistema formal se refieren a familias con necesidades complejas, derivados de la violencia intrafamiliar e inquietudes sobre la seguridad del niño o la niña, entre otras.⁶⁹ A continuación se analizan brevemente los procesos judiciales y extrajudiciales respectivos.

⁶⁶ Fehlberg, Behrens y Kaspiew, *op. cit.*, p. 229.

⁶⁷ Young, L., *op. cit.*, p. 386.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Fehlberg, *et al.*, *op. cit.*, 204; Moloney, Weston y Hayes, *op. cit.*, p. 127.

Desde 2006, la FLA requiere que antes de acudir a un tribunal, las familias hagan un verdadero esfuerzo por resolver sus controversias mediante un proceso para la resolución de controversias del orden familiar (artículo 60I(1) y (7)) y que puede ayudarles a llegar a acuerdos sobre el ejercicio de sus responsabilidades parentales después de la separación.⁷⁰ Los *Centros de Relaciones Familiares* fueron creados para apoyar en la implementación del proceso de resolución de controversias en materia familiar y para desempeñar una función fundamental en la evaluación de posibles casos de violencia intrafamiliar y/o maltrato infantil.⁷¹ Aunque se crearon especialmente para atender las necesidades de las familias en proceso de separación, los centros también ofrecen información a aquellos que experimentan problemas dentro de relaciones "intactas" (*Family Relationships Online*). El proceso para la resolución de controversias en materia familiar o el "proceso de mediación obligatorio", como se le llama algunas veces, no tiene que llevarse a cabo cuando existan fundamentos suficientes para creer que ha habido, entre otros, maltrato infantil o violencia intrafamiliar, o que existe el riesgo de que ello pueda ocurrir dentro la familia (artículo 60I(9)(b)). Existen 65 Centros de Relaciones Familiares en todo el país que ofrecen procesos para la resolución de controversias familiares de manera gratuita o con subsidio. Los profesionales que trabajan en estos centros tienen estudios y experiencia previos en ciencias sociales, derecho y educación.⁷² Estos profesionales no toman decisiones en las controversias, sino que ayudan a las partes a tomar la decisión que más les convenga. Refiriéndose a documentos gubernamentales, Fehlberg, Kaspiew, Millbank, Kelly y Behrens⁷³ recuerdan que los Centros de Relaciones Familiares se diseñaron como la forma principal de "apoyo y motivación" para que las partes elaboren planes de parentalidad o crianza.⁷⁴

⁷⁰ Véase la división 3 del apartado II de la FLA.

⁷¹ Bagshaw, D. *et al*, 2010, p. 15.

⁷² *Ibid.*, p. 225.

⁷³ Fehlberg, Kaspiew, Millbank, Kelly y Behrens, *op. cit.*, p. 242.

⁷⁴ Véase, también, *Family Relationships Australia*, "Parenting plans", 2015.

Una investigación realizada por el gobierno australiano destacó la existencia de varios problemas con el sistema privatizado de resolución de controversias en materia familiar creado por la FLA. Se descubrió que muchos padres asumían erróneamente que la "corresponsabilidad parental" implicaba compartir los cuidados del menor 50/50⁷⁵ y querían negociar sus planes de parentalidad de modo tal que reflejaran esto. Esta investigación también reveló que las inquietudes sobre violencia de pareja y seguridad no se atendieron bien en los procesos de resolución de controversias en materia familiar. Aunque existen procesos de evaluación en los Centros de Relaciones Familiares, no hay garantía de su efectividad, especialmente cuando el personal no cuenta con las habilidades requeridas para identificar casos de violencia intrafamiliar.⁷⁶ Esto es inquietante si consideramos que se reconoce cada vez más que los procesos de resolución de controversias informales, como la mediación, son problemáticos cuando existe un historial de violencia intrafamiliar entre las partes.

Si el problema no se resuelve durante el proceso de resolución de controversias familiar o dicho proceso no es adecuado, se puede acudir a los tribunales competentes en virtud de la FLA.

Los tribunales resuelven controversias relacionadas con la responsabilidad parental mediante "órdenes de parentalidad" (*parenting orders*). Aunque la FLA pone un gran énfasis en el hecho de que los padres acuerden cómo van a ejercer sus responsabilidades parentales, el tribunal retiene su facultad discrecional (la cual ejerce en favor del interés superior del niño o la niña) para decidir si emite o no una orden de parentalidad. En el caso *Re Shay*, el Juez Cronin señaló:

No obstante, el hecho de que los padres quieran y acuerden una orden de parentalidad no significa que el tribunal deba emitirla.

⁷⁵ Kaspiew *et al.*, 2009.

⁷⁶ Field, R. 2005, p. 38.

El tribunal sigue teniendo la última palabra con respecto a si se debe emitir o no la orden.⁷⁷

Las órdenes de parentalidad pueden ser aplicadas por cualquiera de los padres, los abuelos del niño o la niña o cualquier otra persona interesada en su cuidado, desarrollo y bienestar (artículo 65C). Las órdenes de parentalidad pueden, por ejemplo, establecer la(s) persona(s) con la(s) que vivirá, la cantidad de tiempo que pasará con determinada persona, la asignación de responsabilidad parental, la información que deben compartir las personas que asumen dicha responsabilidad, su manutención, y cualquier aspecto sobre su cuidado, bienestar y desarrollo, u otros aspectos de responsabilidad parental (artículo 64B(2)). Conforme a este marco jurídico, por ejemplo, los tribunales han emitido órdenes que permiten a los donantes de esperma pasar tiempo con sus hijos biológicos.⁷⁸

Cabe destacar que los propios niños y niñas pueden solicitar una orden de parentalidad (artículo 65C(b)). En el caso *Re Isaac* [2014] FamCA 1134 (*Re Isaac*), el juez Cronin apuntó:

Si el tribunal tiene, como confirmo que tiene, la facultad para conceder la responsabilidad parental con respecto a un asunto en particular a una persona, incluidas personas distintas a los padres, se debe concluir que, con respecto a ciertos asuntos, que el tribunal tiene la facultad de otorgar la responsabilidad parental a la niña o el niño mismo.⁷⁹

El caso *Re Isaac* trató de una persona de 17 años de edad con disforia de género que buscaba autorización para someterse a un tratamiento hormonal irreversible (etapa 2 del tratamiento). Esta persona adolescente no tenía una relación cercana con sus padres, quienes vivían en el extranjero.

⁷⁷ *Re Imogen*, párr. 11.

⁷⁸ Fehlberg, B. *et al. op. cit.*, p. 348.

⁷⁹ *Re Isaac*, párr. 39.

Aunque los padres no estaban involucrados en el procedimiento, era sabido por el tribunal que se oponían al mismo. El Juez Cronin emitió una orden de parentalidad similar a otro caso sobre disforia de género: el caso *Re Shay* [2016] FamCA 998 (*Re Shay*). El caso *Re Shay* trataba de una adolescente de 17 años cuyos padres solicitaron, con carácter subsidiario, que se le otorgara a ella la responsabilidad parental sobre sí misma y pudiera así, decidir sobre la etapa 2 del tratamiento. La adolescente estaba a tan sólo seis meses de cumplir los 18 años y fue considerada competente por los médicos. El Juez Cronin resolvió que Shay "tendría responsabilidad parental sobre todas las decisiones relacionadas con su tratamiento médico". La esencia del razonamiento fue que "[s]i los padres pueden tomar una decisión que está comprendida en su responsabilidad parental, pero se encuentran dispuestos a delegar dicha responsabilidad a su propio hija, especialmente cuando se trata de una adolescente que está a punto de cumplir los 18 años", ello resulta congruente con el caso *Gillick*, como se resolvió en la decisión del caso *Marion*.⁸⁰ Según las conclusiones del Juez Cronin:

Los derechos de Shay y el reconocimiento de su capacidad o competencia por parte del tribunal con base en la opinión de los expertos, implican que la solicitud de los padres para delegar formalmente esa responsabilidad no es sólo correcta sino que está dirigida a la satisfacción de su interés superior.⁸¹

El caso *Re Shay* es inusual porque, a diferencia del *Re Issac*, la adolescente no era la solicitante del tratamiento (y no pedía en forma implícita una resolución en materia de responsabilidad parental). Además, las razones del Juez Cronin hablan de una "solicitud de los padres para delegar formalmente" su responsabilidad parental a su hija. Esto puede suscitar una relación delicada entre los padres que abandonan sus responsabilidades y las dejan a cargo del adolescente y su propia autonomía. El tribu-

⁸⁰ *Re Shay* párrafo 23; véase también el resumen del razonamiento en el asunto *Re Shay* por el Juez Watts en *Re Imogen* (No. 6) [2020] FamCA 761 (*Re Imogen*), párr. 237.

⁸¹ *Re Imogen*, párr. 25.

nal, de hecho, subrayó que esta delegación de responsabilidad parental estaba justificada en función de la satisfacción del interés superior de una adolescente a punto de cumplir la mayoría de edad y que era competente, en términos del estándar *Gillick*.

Es incierto el impacto, si lo hubiere, que los casos *Re Isaac* y *Re Shay* tendrán en el futuro. En el caso *Re Imogen*, por ejemplo, el padre de una adolescente de 16 años que sufría de disforia de género solicitó que se emitiera una orden de parentalidad, a fin de que ella misma pudiera autorizar la etapa 2 del tratamiento. Ni la Comisión de Derechos Humanos de Australia ni el representante legal independiente de la adolescente aprobaron la emisión de esa orden.⁸² Sin decir que la postura de los casos *Re Isaac* y *Re Shay* era errónea, el Juez Watts declaró sentirse "atraído" por la interpretación judicial prevaleciente en los asuntos de disforia de género, emitiendo una orden conforme a la competencia en materia de bienestar del Tribunal de lo Familiar, en lugar de una orden sobre responsabilidad parental. En casos anteriores, sin embargo, el juez Bennet rechazó el enfoque del caso *Re Isaac*.⁸³ Al hacerlo, el Juez Bennett hizo referencia al enfoque utilizado por Cronin como una alternativa al enfoque que utiliza la competencia pero rechazándolas porque, en su opinión, la "delegación de la responsabilidad parental al adolescente no coincide con el significado de responsabilidad parental establecido en el artículo 61B de la Ley de Familia".⁸⁴ Otros jueces han advertido el enfoque utilizado en el caso *Re Isaac*,⁸⁵ pero no lo han seguido al final de cuentas. El hecho de que el padre del asunto *Re Imogen* de 2020 se haya basado en el caso *Re Isaac* indica, no obstante, que el enfoque sigue estando vigente. En ausencia de un fallo por parte del tribunal en pleno del Tribunal de lo Familiar, el enfoque utilizado en los asuntos *Re Isaac* y *Re Shay* continúa siendo un camino abierto para litigantes (niños, niñas, adoles-

⁸² *Re Imogen*, párrs. 233, 234.

⁸³ Corte Familiar de Australia, *Re Harley* [2016] FamCA 334 y *Re Thalia* [2017] FamCA 715.

⁸⁴ *Re Thalia*, párr. 35.

⁸⁵ Corte Familiar de Australia, *Re Flynn* [2015] FamCA 629, *Re: Logan* [2016] FamCA 87 y *Re Imogen* (NO. 6)[2020] FamCA 761.

centes o adultos). Está claro que la postura del Juez Cronin en estos asuntos es controversial, pero ilustra el potencial innovador de las disposiciones en materia de responsabilidad parental.

Al emitir una orden de parentalidad, la "consideración primordial es el interés superior del niño o la niña".⁸⁶ Para ello, los tribunales utilizan un enfoque de tres etapas, según *Goode*: a) evalúan el interés superior del niño o la niña, b) determinan si aplica o no la presunción a favor de la corresponsabilidad parental (analizada anteriormente), y c) establecen los acuerdos de cuidado (o el tiempo que se debe pasar con cada progenitor).⁸⁷ Las ordenes de parentalidad pueden modificarse si el solicitante demuestra un "cambio significativo en las circunstancias" desde la última resolución judicial.⁸⁸

La FLA establece algunas normas procesales especiales para llevar a cabo los procedimientos relacionados con los niños, niñas y adolescentes (Division 12A of Part VII).⁸⁹ En 2006 se promulgó la *Division* para que estos procedimientos fueran menos contenciosos y estuvieran mejor adaptados para proteger los intereses de los litigantes vulnerables y de los niños y niñas afectados. Esta ley fue antecesora de la iniciativa del Tribunal de lo Familiar de un programa que constituyó un "distanciamiento claro y consciente de un enfoque contencioso a los asuntos de los niños y las niñas"⁹⁰ que se validó posteriormente en las disposiciones de la *Division 21A* en 2006.⁹¹ De este modo, el tribunal puede determinar la forma en que se llevará a cabo la audiencia, las pruebas que se presentarán y hacer que el procedimiento sea menos formal. Además, algunas reglas generales relativas a las pruebas no se aplican, y según su criterio, los jueces también pueden desestimar la aplicación de otras reglas procesa-

⁸⁶ Young, L., *op. cit.*, p. 384.

⁸⁷ Fehlberg, B. *et al.*, *op. cit.*, p. 264.

⁸⁸ Young, L., *op. cit.*, p. 393.

⁸⁹ Division 12A del Apartado VII.

⁹⁰ Fehlberg, B. *et al.*, *op. cit.*, p. 245.

⁹¹ *Ibid.*, p. 246.

les.⁹² Entre los principios procesales que se mencionan en el artículo 69ZN se establece que, de acuerdo al principio 1, el juez debe determinar el desarrollo del procedimiento a seguir, teniendo en cuenta las necesidades y el impacto del procedimiento en materia de infancia. El principio 3 señala que el procedimiento se lleve a cabo de manera que se proteja al niño o niña contra el maltrato infantil, la negligencia en su cuidado y la violencia intrafamiliar, así como que se proteja a las otras partes contra esta última. El principio 4 dispone que el procedimiento se lleve a cabo, en la medida de lo posible, de manera que se promueva la cooperación y la parentalidad centrada en el niño o la niña. Y el principio 5 establece que el procedimiento no se retrase demasiado y se lleve a cabo con pocos trámites. De manera significativa y apartándose claramente de los procesos contenciosos de los tribunales de la tradición de *common law*, el Principio 2 establece que "el tribunal dirigirá, controlará y gestionará de manera diligente el desarrollo del procedimiento".

Las resoluciones que se toman en los tribunales que aplican la FLA se basan en los *informes en materia familiar* que elaboran los consultores de lo familiar al entrevistar a los padres y su hijo o hija, observar su interacción y leer los materiales correspondientes.⁹³ Si bien estos informes son útiles, sus recomendaciones no son vinculantes para los tribunales (que son los responsables finales de las resoluciones que se toman) y también pueden ser rechazados por las partes.⁹⁴ Byrnes destaca varios factores que pueden afectar la calidad de los informes o la información que los hijos e hijas proporcionan a un consultor familiar,⁹⁵ entre los que se encuentran los valores personales del consultor o consultora y la forma en que se entrevistó al afectado(a) (por ejemplo, la presencia de un padre/madre controlador(a) o de hermanos mayores que llevaron al niño o la niña a la entrevista y después de vuelta a casa, así como la técnica utilizada en la entrevista).

⁹² Byrnes, *op. cit.*, p. 50; con referencia a ss 69ZT y 69ZV.

⁹³ Byrnes, P., *op. cit.*, p. 51; Fehlberg, B., *op. cit.*, p. 224; también el apartado III de la FLA.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 52.

⁹⁵ *Idem.*

Por lo tanto, en general, la FLA ha creado un sistema que pone a disposición de las familias múltiples servicios, con un énfasis en la intervención multidisciplinaria y holística con el propósito de evitar los procesos judiciales.⁹⁶ Sin embargo, muchos usuarios del sistema consideran que no es suficientemente seguro, que es deficiente en cuanto a la aplicación de las órdenes de parentalidad, que resulta complejo, costoso, lento y carente de una obligación de rendición de cuentas.⁹⁷ De igual manera, los servicios desarrollados en el marco de la FLA no son de fácil acceso para todas las familias que los requieren, especialmente para las que viven en zonas rurales o alejadas.⁹⁸ Los procesos judiciales han resultado ser demasiado contenciosos y confusos para las partes, y a veces se caracterizan por una comprensión insuficiente del trabajo que realiza cada profesionalista (ya sea en el ámbito jurídico y fuera del mismo).⁹⁹ Lo anterior se agrava con el aumento de la cantidad de litigantes que actúan por su propio derecho en el Tribunal de lo Familiar que, como se ha argumentado, pone a los niños y niñas en riesgo.¹⁰⁰

5. Escuchar al niño o la niña en la resolución de controversias en el campo familiar

Debido a la influencia del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, se ha producido una gran presión internacional para dar voz a los niños, niñas y adolescentes en las decisiones que les conciernen. Es evidente que las decisiones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental les atañen y afectan, aunque técnicamente no sean parte de la controversia en cuestión. La FLA plantea mecanismos que permiten que ellos sean escuchados directa o indirectamente en los procedimientos que les afectan.

⁹⁶ Moloney, Weston y Hayes, *op. cit.*

⁹⁷ ALRC, 2019, p. 27.

⁹⁸ Sheehan, R. y Borowski, A., 2014, p. 104.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 105-106.

¹⁰⁰ Family Court of Australia, 2018, p. 3.

El marco legal actual no estipula que se tengan en cuenta sus opiniones en la resolución de controversias familiares; sin embargo, se ha desarrollado una práctica para tratar de aceptar y admitir estas opiniones en al menos algunos asuntos.¹⁰¹ De este modo, en una cantidad limitada de asuntos, los profesionales especializados hablan con los niños y las niñas y posteriormente informan a los padres las opiniones de éstos.¹⁰² Posteriormente, depende de los progenitores si toman en cuenta las opiniones de sus hijos e hijas y la forma en que lo hacen, así como el valor que les darán al tomar su decisión.

La participación del niño, la niña y el adolescente está prevista en forma más amplia en las disposiciones de la FLA que tratan las actuaciones judiciales. De acuerdo con el artículo 60CC(3)(a), al determinar el interés superior del niño o la niña, un tribunal debe considerar "cualquier opinión expresada por el niño y la niña, así como cualquier factor (como su madurez o nivel de comprensión) que el tribunal considere relevante para determinar la importancia que debe dar a sus opiniones". El término "opiniones" en el artículo anterior sustituyó al término "deseos", y el cambio se aplicó con el fin de ampliar la gama de aportaciones del niño o la niña e incluir sus "percepciones y sentimientos".¹⁰³ Se pensó que este enfoque era el más adecuado para alinear la legislación local con el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.¹⁰⁴

Resulta poco habitual que los niños y las niñas sean parte de los asuntos del derecho de familia o que presten declaraciones juradas o pruebas orales ante un tribunal.¹⁰⁵ El artículo 100B (2) dispone lo siguiente:

Un niño no debe comparecer como testigo o estar presente durante las actuaciones judiciales en el Tribunal de lo Familiar o en

¹⁰¹ Fehlberg, B. *et al.*, *op. cit.*, p. 235.

¹⁰² *Ibid.*, p. 236.

¹⁰³ Parlamento de Australia, 2004-2005, párr. 55.

¹⁰⁴ *Ibidem.*

¹⁰⁵ Byrnes, *op. cit.*, p. 54.

otro tribunal que ejerza su competencia en virtud de esta ley, a menos que el tribunal emita una resolución que permita al niño comparecer como testigo o estar presente en el juicio (según sea el caso).

No suelen emitirse resoluciones en virtud del artículo 100B(2).¹⁰⁶

De acuerdo con las reglas en materia de derecho de la familia de 2004, el operador judicial que se ocupe de casos sobre niños, niñas y adolescentes, en virtud del apartado VII de la FLA, puede realizar a cualquiera de éstos una entrevista (que es diferente a hacerlos comparecer como testigos),¹⁰⁷ posiblemente con la ayuda de un consultor o evaluador familiar.¹⁰⁸ Las opiniones están divididas en cuanto a si los jueces deben entrevistar a los afectados o no. Los que se oponen a que se practique lo anterior señalan, entre otras cosas, la posible violación de la justicia natural en relación con los padres, debido al carácter confidencial de los interrogatorios y a no tener la oportunidad de poner a prueba la postura del niño o la niña; la falta de formación de los jueces para entrevistar a los niños y las niñas, y el estrés que los interrogatorios podría causarles estos últimos.¹⁰⁹ Los que están a favor de que los jueces entrevisten a los niños señalan la probabilidad de que se tomen decisiones con mejores argumentos, beneficios psicológicos para ellos y el respeto de sus derechos.¹¹⁰

Puesto que el marco legal no promueve que los jueces de lo familiar escuchen directamente a los niños y niñas, "escuchar su voz" se produce en forma abrumadoramente indirecta en los asuntos del Tribunal de lo Familiar. Esto ocurre por medio de representantes legales o de informes profesionales sin una base jurídica, elaborados por terapeutas, asesores o

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 55.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 55.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 56.

consultores familiares. Los consultores familiares, por ejemplo, están obligados a cerciorarse de las opiniones del niño o la niña y a presentarlas en su informe al tribunal.¹¹¹

En cuanto a la representación legal del niño o la niña, existen diferentes modelos en Australia, dependiendo del tipo de procedimiento en el que se encuentre (familiar, de protección o penal) y de la jurisdicción (federal/estatal).¹¹² Se distingue entre un representante legal *directo* (que recibe instrucciones directamente del niño o la niña) y un representante legal *independiente* (que hace declaraciones congruentes conforme al interés superior del niño o la niña, incluso cuando éstas son contrarias a las opiniones expresadas por ese niño o esa niña).¹¹³ En el derecho de familia, el artículo 68LA(4) "deja claro que un abogado de la infancia independiente designado por el tribunal es un representante del 'interés superior', no un representante legal del niño o la niña, y por tanto no está obligado a actuar con base en las instrucciones que éste(a) le dé."¹¹⁴ Si bien el abogado independiente de la infancia no está obligado a actuar según las instrucciones de su representado(a), sí debe hacer del conocimiento del tribunal sus opiniones¹¹⁵ e informarle que se presentará un escrito diferente a sus opiniones ante el tribunal.¹¹⁶ Si bien los representantes legales independientes sondan las opiniones del niño o la niña ante el tribunal, muchos representantes no se reúnen con ellos directamente, argumentando falta de formación para extraer las opiniones de sus representados, preocupación por sobreexponerlos al sistema jurídico y por diversas implicaciones procesales derivadas simplemente del hecho de escucharlos.¹¹⁷

¹¹¹ Artículo 62G(3A); para mayor información, véase Carson, R. et al., 2018; Cashmore, J. y Parkinson, P., 2009.

¹¹² Ross, N. M., 2016.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 595.

¹¹⁵ Byrnes, *op. cit.*, p. 54.

¹¹⁶ *Ibid.*, Ross, *op. cit.*, p. 596.

¹¹⁷ Fehlberg, B. et al, *op. cit.*, p. 253.

La FLA no indica en qué situaciones se debe nombrar un representante legal independiente; sin embargo, en el caso *Re K* (1994) FLC 92-461, el Tribunal en Pleno en Materia de lo Familiar señaló algunas situaciones en las que esto puede ocurrir, como el maltrato infantil, el conflicto arraigado entre los padres y la alienación parental del niño o la niña. A los abogados se les paga mediante comisiones de asistencia jurídica del Estado y de la circunscripción territorial, pero en ocasiones los padres también tienen que pagar.¹¹⁸

Con respecto a la importancia que debe darse a las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, cabe mencionar tres puntos. En primer lugar, como observa Ross,¹¹⁹ las reformas de 2006 a la FLA relegaron este tipo de opiniones a "consideraciones adicionales" (artículo 60CC(3)(a)) al momento de establecer el interés superior del niño o la niña. Por el contrario, el tener éstos una relación significativa con ambos padres y estar protegidos contra el daño son "consideraciones primordiales".¹²⁰ En segundo lugar, el grado en que se tengan en cuenta las opiniones dependerá de la edad cognitiva y la madurez del niño o la niña.¹²¹ En tercer lugar, los tribunales no necesitan dar seguimiento a las opiniones y deseos de los mismos; no obstante, deben exponer las razones para rechazarlas.¹²²

Para concluir, el escuchar las voces de los niños, niñas y adolescentes lo prevé y ampara el sistema del derecho familiar conforme a la FLA, complementándolo con un marco global que garantiza que el interés superior del niño o la niña sea una consideración primordial, como se analiza a continuación.

¹¹⁸ Fehlberg, *op. cit.*, p. 253.

¹¹⁹ Ross, *op. cit.*, p. 595.

¹²⁰ Fehlberg, *op. cit.*, p. 597.

¹²¹ Corte Familiar de Australia, *caso Harrison vs. Woollard* (1995) 18 Fam LR 788; también, Carson, Dunstan y Roopani, *op. cit.* pp. 3-4.

¹²² Corte Familiar de Australia, *caso R & R: Children's Wishes* [2000] FamCA 43) Byrnes, *op. cit.*, p. 57.

6. El interés superior del niño y la niña en las controversias familiares

El "interés superior del niño y la niña" ha sido, durante mucho tiempo, un principio rector del derecho de la familia australiano y está impregnado en la FLA. Esta ley establece inequívocamente en el artículo 60B(1) que "los objetivos de este apartado [apartado VII, Niños] son garantizar que se cumplan con el interés superior de la niñez". Además de esta declaración de principios, el concepto de interés superior del niño o la niña se menciona en muchos otros artículos de la FLA (al 29 de octubre de 2020, había en ella 86 menciones sobre "interés(es) superior(es)"). Por ejemplo, el artículo 60CA de esta ley dispone que el tribunal "debe considerar el interés superior del niño y la niña como la consideración primordial" al emitir órdenes de parentalidad. El artículo 60D establece ciertas obligaciones en relación con el interés superior para los asesores familiares; y el artículo 60LA reconoce la facultad del tribunal para ordenar a los padres a que asistan a un programa de parentalidad posterior a la separación, si eso ello va dirigido a la satisfacción del interés superior del niño o la niña.

El principio, tal y como se utiliza en Australia, está alineado con la norma equivalente de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño,¹²³ en el contexto del derecho de familia. Sin embargo, su aplicación sigue estando "manchada" por el hecho de haberse basado en él para efectos de la separación discriminatoria de las niñas y los niños indígenas de sus familias, conocida como la "Generación robada", así como por las inquietudes actuales acerca de la separación de esos niños y niñas de sus comunidades y en nombre de su "interés superior".¹²⁴

Aun cuando la norma del "interés superior" está omnipresente en la FLA, el principio del interés superior no se aplica en todas las decisiones adoptadas conforme a la misma. En el caso *Re Imogen*, por ejemplo, el

¹²³ Family Law Council, 2000, p.9.

¹²⁴ Cassidy, J., 2006.

Juez Watts señaló que la determinación de la competencia *Gillick* "se basa en investigaciones de hecho y puede llevarse a cabo [...] sin tener en cuenta los principios del interés superior" si la declaración sobre competencia se realiza conforme a otro apartado de la FLA (y no el apartado VII. Niños). Sin embargo, en el caso anterior *Re Isaac*, el Juez Cronin afirmó que el interés superior del niño o la niña es pertinente para determinar la competencia del mismo (asunto *Re Isaac*, párr. 10). Además, la definición del interés superior sigue sin resolverse. Las facultades discrecionales del juez desempeñan un papel importante cuando se tiene que determinar el interés superior en cualquier asunto. En el caso *In Secretary, Department of Health and Community Services vs. J.W.B and S.M.B* (asunto Marion) (1992) 175 CLR 218 (párrafo 14), el Juez Brennan señaló que

en ausencia de normas jurídicas o de una jerarquía de valores, el enfoque del interés superior depende del sistema de valores de la persona que toma la decisión. En ausencia de alguna norma o principio, ese enfoque simplemente crea una facultad discrecional incuestionable en quien la ostenta.

El enfoque para determinar el interés superior del niño o la niña ha evolucionado desde que se hizo esta observación en el caso *Marion* y la Ley de la Familia establece un proceso más estructurado para determinar el interés superior en cada caso. Como señaló el Tribunal en Pleno del Tribunal de lo Familiar en el caso *Goode*, "los intereses superiores del niño se determinan teniendo en cuenta los objetivos y principios del artículo 60B, y con base en las consideraciones primordiales y adicionales del artículo 60CC".

Otro elemento que puede decirse que estructura la facultad discrecional de los tribunales es su definición del término "intereses". Así, el término "*intereses*", como se utiliza en el apartado VII, "abarca cuestiones relacionadas con el cuidado, el bienestar o el desarrollo del niño o la niña".¹²⁵

¹²⁵ Artículo 4(1); énfasis en el original.

Los objetivos de la ley reflejan "el mejor conjunto de valores que los padres, la sociedad y los tribunales deben tratar de alcanzar".¹²⁶ Entre los objetivos de la FLA que se mencionan en el artículo 60B(1) se establece que los niños y niñas se beneficien de una relación significativa con ambos padres y su protección contra diversas formas de daño. Los principios del apartado VII están por debajo de los objetivos de la Ley, pues son "solo eso. Principios y nada más. No son normas prescriptivas, derechos exigibles [...]".¹²⁷ Su finalidad es contribuir a que se logren los objetivos del apartado VII. Estos principios son el derecho que tienen los hijos e hijas a conocer a sus padres y recibir cuidados por parte de ambos; el derecho a pasar tiempo y comunicarse de manera regular con ellos y con otras personas significativas; los deberes y responsabilidades conjuntos de los padres; el que los padres lleguen a acuerdos sobre su responsabilidad parental; y el derecho de los niños y las niñas a disfrutar de su cultura. El derecho de los niños y niñas de los pueblos aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres a disfrutar de su cultura recibe una mención especial, que incluye sus derechos a mantener una conexión con esa cultura y tener el apoyo, la oportunidad y el estímulo para explorarla y apreciarla (artículo 60B(3)).

En relación con los factores que el tribunal tiene que considerar para determinar el interés superior del niño o la niña, la Ley de la Familia desarrolla un enfoque bifásico que consiste en consideraciones primordiales y adicionales.¹²⁸ Ambos tipos de factores son obligatorios y, por tanto, deben ser considerados por el tribunal.¹²⁹ Las consideraciones *primordiales* obligatorias que el tribunal debe considerar son: a) el beneficio que representa para los hijos e hijas tener una relación significativa con ambos progenitores; y b) la protección del niño o niña para que no sufra daños, ni sea víctima de (o esté expuesto a) maltratos o violencia intra-

¹²⁶ Dickey, *op. cit.*, 255 (nota omitida).

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ Fehlberg, B. *et al.*, *op. cit.*, p. 270.

¹²⁹ Artículo 60CC(1).

familiar.¹³⁰ En 2011, con el objetivo de fortalecer la respuesta de la FLA a la violencia intrafamiliar, se introdujo una jerarquía interna entre estas dos consideraciones primordiales, y ahora un tribunal debe dar mayor importancia a la necesidad de mantener a un(a) niño(a) a salvo de sufrir daños, maltratos o violencia intrafamiliar.¹³¹ Las consideraciones *adicionales* obligatorias, en tanto, incluyen las opiniones expresadas por los niños (y factores relevantes como la madurez o el nivel de comprensión); la naturaleza de la relación entre los hijos y los padres (así como con otros miembros de la familia); la participación de los padres en la toma de decisiones y el tiempo que pasan con su hijo o hija; así como la capacidad de manutención por parte de los padres, por nombrar sólo algunas.¹³² El artículo 60CC(3) establece:

Consideraciones adicionales

- (3) Las consideraciones adicionales son:
- (a) todas las opiniones expresadas por el niño y todos los factores (como su madurez o el nivel de comprensión) que el tribunal considere relevantes para determinar el grado de importancia que debe dar a las opiniones del niño;
 - (b) la naturaleza de la relación del niño con:
 - (i) cada uno de sus padres y
 - (ii) otras personas (incluidos sus abuelos u otros parientes);
 - (c) el grado en que cada uno de sus padres ha aprovechado la oportunidad o no, para:

¹³⁰ Artículo 60CC(2).

¹³¹ Artículo 60CC(2A).

¹³² Véase el artículo 60CC(3).

- (i) participar en la toma de decisiones sobre asuntos trascendentes a largo plazo-en relación con el niño; y
 - (ii) pasar tiempo con el niño; y
 - (iii) comunicarse con el niño;
- (ca) el grado en que cada uno de sus padres ha cumplido, o no, con sus obligaciones de manutención del niño;
- (d) el probable efecto de cualquier cambio en las circunstancias del niño, incluido el impacto que pueda provocar en él separarlo de:
- (i) cualquiera de sus padres; o
 - (ii) cualquier otro niño o persona (incluidos los abuelos u otros parientes del niño), con el que haya convivido;
- (e) la dificultad práctica y el gasto que supone que el niño pase tiempo con uno de los padres y se comunique con él, y si dicha dificultad o gasto afectará sustancialmente el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de forma regular;
- (f) la capacidad de:
- (i) cada uno de sus padres y
 - (ii) cualquier otra persona (incluidos los abuelos u otros parientes del niño);
- para atender las necesidades del niño, incluidas las emocionales e intelectuales;
- (g) la madurez, el sexo, el estilo de vida y los antecedentes (incluidos el estilo de vida, la cultura y las tradiciones) del niño

y de cualquiera de sus padres, así como cualquier otra característica del niño que el tribunal considere pertinente;

- (h) si el niño es aborigen o isleño del Estrecho de Torres:
 - (i) el derecho del niño a disfrutar de su cultura aborigen o de los isleños del Estrecho de Torres (incluido el derecho a disfrutar de esa cultura con otras personas que la comparten); y
 - (ii) el impacto probable que cualquier orden de parentalidad propuesta en virtud de este apartado tendrá sobre ese derecho;
- (i) la actitud hacia el niño y hacia las responsabilidades de paternidad que muestre cada uno de los padres del niño;
- (j) cualquier tipo de violencia intrafamiliar que afecte al niño o a un miembro de su familia;
- (k) si una orden de protección frente a violencia intrafamiliar es aplicable o ha sido aplicable al niño a un miembro de su familia —cualquier inferencia relevante que pueda deducirse de dicha orden, teniendo en cuenta lo siguiente:
 - (i) la naturaleza de la orden
 - (ii) las circunstancias en las que se dictó la orden
 - (iii) toda evidencia admitida en el proceso de dictación de la orden
 - (iv) todas las determinaciones hechas por el tribunal en la orden o en el procedimiento para la adopción de la misma;
 - (v) cualquier otro asunto relevante;
- (l) si resultara preferible emitir una orden que tuviera un menor grado de probabilidad de provocar el inicio de un nuevo procedimiento en relación con el niño;

(m) cualquier otro hecho o circunstancia que el tribunal considere pertinente.

Sin embargo, a pesar del desarrollo de un enfoque más preciso para determinar el interés superior del niño o la niña, sigue existiendo una considerable facultad discrecional judicial en la interpretación de estos principios. Así, por ejemplo, Young señala que no existe ningún principio en la ley sobre la forma de ponderar las consideraciones primordiales y las adicionales, y la jurisprudencia sugiere que a veces se ha dado mayor importancia a las consideraciones adicionales que a las primordiales.¹³³ Esto se ilustra en el caso *Re Isaac*, en el cual el Juez Cronin sostuvo:

Si el problema [en este asunto en concreto] es determinar la competencia para tomar decisiones en cuanto al tratamiento médico para la disforia de género, el principio del interés superior sigue siendo relevante, pero se debe ahondar más en las cuestiones de madurez y comprensión.¹³⁴

De este modo, parece que en este asunto el tribunal prestó mayor atención a las opiniones del niño (que son consideraciones adicionales) que a las consideraciones primarias (que, como señaló el juez, en realidad no eran pertinentes).

Además, aunque son exhaustivos, los factores que se enumeran en el artículo 60CC pueden no ser pertinentes o suficientes en determinados casos. Por ejemplo, en el caso *Re Isaac*, el Juez Cronin mencionó:

Todos los factores del artículo 60CC que permiten determinar el interés superior del niño no resultan útiles en el presente caso. Una vez que se han considerado estos factores, el tribunal, de

¹³³ Young, L., op. cit., p. 390.

¹³⁴ *Re Isaac*, párr. 10.

todas formas, sigue teniendo que emitir una orden de parentalidad basada en el interés superior del niño.¹³⁵

Lo cierto es que la importancia que se da a los factores que se mencionan en la FLA dependerá de las circunstancias de cada caso.¹³⁶ Puede pensarse que este enfoque no es útil, pero los tribunales han desarrollado una nutrida jurisprudencia sobre el "interés superior" de la que pueden extraerse varios principios.¹³⁷ Éstos no determinarían un resultado concreto en asuntos individuales, sino que, más bien, orientarían la interpretación de la ley y el proceso de toma de decisiones.¹³⁸

7. Estudio de caso: Responsabilidad parental y violencia intrafamiliar

Como se indicó en la primera parte, un análisis sobre la violencia intrafamiliar en el contexto de la responsabilidad parental es oportuno dada la generalidad de la primera en los asuntos de derecho de la familia y sus repercusiones en la reforma del derecho de la familia. A su vez, dicho análisis es importante porque ilustra la vulnerabilidad de los marcos legales fragmentados en los que los asuntos relativos a la infancia son tratados por una amplia gama de instituciones, federales y estatales.

Las familias afectadas por la violencia intrafamiliar son "la clientela principal de las partes formales del sistema federal de derecho de la familia".¹³⁹ En consecuencia, la violencia intrafamiliar ha sido una constante en las revisiones e investigaciones del sistema australiano del derecho de la familia en los últimos años, y la respuesta del Poder Legislativo a la violencia intrafamiliar ha mejorado gradualmente. Como observan

¹³⁵ *Re Isaac*, párr. 43.

¹³⁶ Young, L., *op. cit.*, p. 395.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 391.

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ Fehlberg, B. *et al, op. cit.*, p. 130.

Fehlberg y otros, la jurisprudencia inicial en el marco de la FLA consideraba que la violencia intrafamiliar era irrelevante en las controversias del derecho de familia. Posteriormente, el Tribunal de lo Familiar se enfocó en asuntos relacionados con los hijos y los bienes, pero sólo en casos muy graves, una limitante motivada por la preocupación de abrir las compuertas a los argumentos de violencia intrafamiliar.¹⁴⁰ El énfasis que hacía la FLA de 1995 y 2006 en mantener el contacto entre los hijos e hijas y los padres y madres después de la separación, y la responsabilidad parental compartida tendía a limitar la atención prestada a la violencia intrafamiliar.¹⁴¹

Las reformas de 2011 a la FLA reforzaron la respuesta del Poder Legislativo a la violencia intrafamiliar. Estas reformas realizaron "dos cambios principales"¹⁴² en cuanto a la regulación del maltrato infantil y la violencia intrafamiliar: primero, al asegurar que los responsables de la toma de decisiones estén informados sobre la violencia intrafamiliar y las inquietudes sobre la seguridad de los niños y niñas en controversias específicas; y segundo, al asegurar que la protección de éstos contra el daño tenga prioridad sobre la necesidad de que mantengan una relación significativa con sus padres, cuando se presente un conflicto entre ambos.¹⁴³ Se impuso a los tribunales la obligación de preguntar a las partes si consideran "que el niño en cuestión ha sido sometido o expuesto, o corre el riesgo de ser sometido o expuesto, a maltratos, negligencia o violencia intrafamiliar".¹⁴⁴ Junto con otros aspectos de la FLA, esto refuerza la función distintiva y más inquisitiva que los jueces de lo familiar desempeñan en un sistema jurídico predominantemente acusatorio como el del *common law*. Otra novedad que se introdujo en 2011 es que los asesores familiares (es decir, abogados, terapeutas familiares, expertos en la resolución de controversias en el campo familiar o consultores fami-

¹⁴⁰ Fehlberg, B., *op. cit.*, p. 154.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 155.

¹⁴² *Ibid.*, p. 156.

¹⁴³ Fehlberg, B., *op. cit.*, p. 156.

¹⁴⁴ Artículo 69ZQ(aa)(i).

liares, según el artículo 60(D)(2) de la Ley de la Familia) están obligados a incentivar a los padres en controversia a tomar decisiones dirigidas a la satisfacción del interés superior del niño o la niña, de modo tal que se le proteja "de los daños físicos o psicológicos de ser sometido o expuesto a maltratos, negligencia o violencia intrafamiliar".¹⁴⁵ Por tanto, todos los principales actores del sistema formal de derecho de la familia, desde jueces hasta los abogados(as) y otros profesionistas que trabajan con las familias, están obligados por la FLA a considerar la violencia intrafamiliar y su impacto en los niños y las niñas, en el contexto de las controversias familiares.

Como se desprende de la terminología utilizada anteriormente, la FLA aplica el término "violencia intrafamiliar" por considerar que capta de mejor manera un aspecto importante del comportamiento violento al que responde esta ley, específicamente, cuando se produce en el contexto de una relación familiar.¹⁴⁶ El artículo 4AB(1) define la "violencia intrafamiliar" como

el comportamiento violento, amenazante o de otro tipo por parte de una persona que intimida o controla a un miembro de la familia de la persona (el *familiar*) o que le provoca miedo.

El artículo 4AB(2) da ejemplos de lo que puede constituir violencia intrafamiliar. Los ejemplos comprenden formas de violencia físicas y no físicas, y por tanto reflejan la forma en que actualmente se entiende la diversidad de formas de violencia.¹⁴⁷ Dentro de este tipo de violencia se incluyen, por ejemplo, ataques con violencia; ataques sexuales con violencia y otros comportamientos sexualmente agresivos; las "burlas despectivas reiteradas"; "causar intencionadamente la muerte a un animal o lastimarlo"; negar la independencia financiera a un familiar; "retener in-

¹⁴⁵ Artículo 60D(1)(b)(ii).

¹⁴⁶ Fehlberg, B., *op. cit.*, p. 134.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 37.

justificadamente la ayuda económica"; e impedir que un familiar mantenga contacto con familiares y amigos.

La FLA utiliza dos términos que se relacionan y superponen en forma parcial para designar los comportamientos violentos que pueden desencadenar sus efectos, específicamente el maltrato infantil y la violencia intrafamiliar. Así, esta Ley define el maltrato infantil como un concepto que abarca no sólo las formas más comúnmente aceptadas de maltrato, como la violencia física, el abuso sexual y la negligencia grave, sino también la *exposición* a la violencia intrafamiliar y que causa al niño o la niña un daño psicológico grave (artículo 4). El artículo 4AB (3) establece que "un niño está expuesto a la violencia intrafamiliar si presencia o escucha un acto de violencia intrafamiliar o experimenta de otro modo los efectos de la violencia intrafamiliar". Lo anterior constituye un bienvenido reconocimiento de que los niños y niñas se ven perjudicados por la violencia no sólo cuando son sus víctimas directas, sino también cuando son testigos de ella, y especialmente cuando esa violencia se dirige a otros miembros de la familia o a alguno de sus cuidadores. El artículo 4AB(4) proporciona ejemplos de lo que puede constituir estar expuesto a la violencia intrafamiliar, como escuchar amenazas de muerte o lesiones físicas; presenciar o escuchar ataques con violencia en un contexto familiar; o consolar y ayudar a un familiar atacado por otro miembro de la familia. Al reconocer la diversidad de comportamientos violentos que pueden tener un impacto negativo en el niño o la niña, la FLA crea una base sólida para tener en cuenta la violencia intrafamiliar al estructurar el ejercicio de las responsabilidades parentales después de la separación.

Puesto que los patrones de violencia intrafamiliar antes de la separación continúan después de la misma,¹⁴⁸ ésta tiene que considerarse en toda la interacción con el derecho de la familia, incluso en relación con las decisiones sobre la responsabilidad parental. Existen varios contextos en

¹⁴⁸ *Ibid.*, pp. 139-140; 142.

los que la violencia intrafamiliar es relevante para la toma de decisiones en el marco de la FLA. Para efectos de este capítulo, la violencia intrafamiliar es importante para las solicitudes de medidas cautelares (que son resoluciones judiciales de protección de los niños, niñas y adolescentes y con otras personas significativas, si el tribunal las considera pertinentes para el bienestar de los primeros, conforme al artículo 68B), las solicitudes de órdenes de parentalidad y la exclusión de los asuntos que implican violencia intrafamiliar de los procesos obligatorios de resolución de controversias del orden familiar.¹⁴⁹

Las acusaciones de violencia intrafamiliar o maltrato infantil se plantean en el contexto de las órdenes de parentalidad con respecto a si una determinada resolución se basa en el interés superior del niño o la niña.¹⁵⁰ A pesar de que en las reformas a la FLA de 2011 se hace hincapié en abordar la violencia intrafamiliar, no hay un cambio hacia la exclusión automática del contacto entre el(la) hijo(a) y el padre o madre violento. De este modo, si bien la FLA ordena al tribunal dar mayor importancia a la protección de la infancia contra la violencia y el maltrato, no descarta la posibilidad de que se ordene tener o mantener contacto entre un(a) hijo(a) y un padre o madre violento o abusivo.¹⁵¹ En cambio, el tribunal considerará si existe un "riesgo inaceptable de daño" derivado de la violencia intrafamiliar.¹⁵² Esta norma se originó en la jurisprudencia, pero posteriormente se incluyó en la FLA,¹⁵³ en el artículo 60CG (1) que ahora establece que (en parte):

Al considerar que orden adoptar, el tribunal debe –en la medida en que sea posible hacerlo de forma coherente con el hecho de que la consideración primordial debe ser el interés superior del

¹⁴⁹ Fehlberg, B., 2011, p. 10).

¹⁵⁰ Higgins y Kaspiew, *op. cit.*, p. 12.

¹⁵¹ Parashar y Dominello, *op. cit.*, p. 289.

¹⁵² Higgins y Kaspiew, *op. cit.*, p.12.

¹⁵³ Young, L., 2014, p. 234.

niño— garantizar que la resolución: (b) no exponga a una persona a un riesgo inaceptable de violencia intrafamiliar.

Como se ha sugerido anteriormente, esta postura del Poder Legislativo confirma el enfoque que adopta el Tribunal Superior en el asunto *M v M* (1988) 166 CLR 69, en el que se resolvió que el Tribunal de lo Familiar no tiene como función establecer si un padre o madre ha abusado de su hijo o hija; la única consideración relevante para el tribunal es determinar si existe un *riesgo inaceptable de daño* para el niño o la niña en el contexto de los acuerdos de guarda y custodia existentes.¹⁵⁴ Por lo tanto, el tribunal tiene la responsabilidad de sopesar el ideal de que el hijo o la hija tenga contacto (preferiblemente la misma cantidad de tiempo) con cada uno de los padres contra el riesgo de daño, con un énfasis en el riesgo en los acuerdos futuros (en lugar de tratar de probar los casos anteriores de maltrato y violencia).

El criterio sobre *riesgo de daño inaceptable* ha sido criticado por ser difícil de cumplir y por no proteger potencialmente a la infancia, en especial cuando se hacen acusaciones de abuso sexual contra uno de los padres.¹⁵⁵ Las desgraciadamente conocidas dificultades para probar el abuso sexual, incluso de acuerdo con la norma más básica que se aplica en los procedimientos civiles en virtud de la FLA, pueden dificultar que se alcance el umbral de riesgo de daño inaceptable.¹⁵⁶ Sin embargo, dos aspectos de la misma ley permiten a los tribunales contrarrestar esta dificultad: a) la consideración primordial al momento de emitir una orden de parentalidad es el interés superior del niño o la niña; y b) según el artículo 60CC(2A) de esta ley, su protección frente a los daños debe tener prioridad sobre la necesidad de garantizar que tenga una relación significativa con ambos padres.¹⁵⁷ Esto significa que, aunque no se haya

¹⁵⁴ Parashar y Dominello, *op. cit.*, p. 290.

¹⁵⁵ Young, Dhillon y Groves, *op. cit.*, p. 234.

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ *Idem.*

probado el riesgo inaceptable de daño, no se emitirá una orden de parentalidad que solicite un padre supuestamente abusivo, si dicha orden no redunde en el interés superior del niño o si es posible que dé prioridad a la relación con el padre o madre, en detrimento de la protección del niño o la niña.

De acuerdo con el artículo 67ZBB de la FLA, el tribunal debe tomar medidas inmediatas en casos en los que haya denuncias de maltrato infantil o violencia intrafamiliar. Debe emitir las resoluciones que juzgue oportunas,¹⁵⁸ una vez que considere los factores y las pruebas pertinentes.¹⁵⁹ El tribunal puede emitir una resolución o conceder un requerimiento judicial "según considere pertinente para el bienestar del niño(a)".¹⁶⁰ Esto incluye los requerimientos u órdenes judiciales para su protección personal, pero también pueden ser aquellos que estén orientados a la protección personal de un padre o tutor, así como órdenes de alejamiento para impedir que una persona se dirija a la residencia, o al lugar de trabajo o institución educativa del niño o niña (o del padre/tutor).¹⁶¹

Además de lo que implica para los tribunales, como se ha analizado anteriormente, la violencia intrafamiliar tiene consecuencias para el proceso de la resolución de controversias familiares, que no se recomienda en los asuntos en los que existe violencia intrafamiliar. Lo anterior es para asegurar que el resultado de dicho proceso no esté influido por la falta de equilibrio de poder entre los cónyuges.¹⁶² Sin embargo, debido a que la violencia intrafamiliar no siempre la detectan los especialistas en asuntos familiares,¹⁶³ algunas familias que la experimentan llegan al proceso para la resolución de controversias familiares y terminan con acuerdos

¹⁵⁸ Artículo 67ZBB(2).

¹⁵⁹ Artículo 67ZBB(1)(b).

¹⁶⁰ Artículo 68B(1).

¹⁶¹ Artículo 68B(1)(b)-(d).

¹⁶² Dobinson y Gray, *op. cit.*, p. 181.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 182.

relativos a las responsabilidades parentales.¹⁶⁴ Investigaciones disponibles han demostrado que en algunos de estos casos, el proceso para la resolución de controversias familiares ha sido apropiado.¹⁶⁵ El éxito parece estar relacionado con el empleo de medidas de seguridad adecuadas, una cuidadosa investigación y evaluación de las familias, y la colaboración interinstitucional, incluida la participación de abogados.¹⁶⁶ En ese caso, también se necesitan profesionales altamente calificados.¹⁶⁷ No obstante, la investigación ha identificado riesgos en relación con los procesos para la resolución de controversias familiares que involucran familias que han sufrido violencia intrafamiliar, incluidas las diferentes concepciones que se tienen de ésta entre las reparticiones públicas o profesionistas que colaboran en el proceso. Esto afecta a la capacidad de las dependencias y de los profesionales para colaborar en forma eficaz.¹⁶⁸ Por ejemplo, si algunos profesionales o reparticiones públicas se centran únicamente en la violencia física y descuidan otras formas de violencia,¹⁶⁹ su cooperación con los profesionales que adoptan un enfoque más inclusivo de la violencia intrafamiliar se verá perjudicada. Para ayudar en el proceso de tratamiento de la violencia intrafamiliar en el derecho de la familia, el Tribunal de lo Familiar de Australia ha desarrollado los *Principios de buenas prácticas en materia de violencia intrafamiliar*, 2016.

A pesar de los cambios en la legislación y de las mejoras en el marco jurídico relativo a la violencia intrafamiliar y su aplicación,¹⁷⁰ la Comisión Australiana para la Reforma de Leyes opina que la ausencia de voluntad política ha impedido que se resuelvan por completo los problemas para hacer frente a la violencia intrafamiliar.¹⁷¹ Una de las consecuencias de la compleja interacción de la violencia intrafamiliar y la resolución de contro-

¹⁶⁴ Higgins y Kaspiew, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁵ Dobinson y Gray, *op. cit.* pp. 184-186.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 187.

¹⁶⁷ Fehlberg, B., *op. cit.*, p. 232.

¹⁶⁸ Dobinson y Gray, *op. cit.*, pp. 184-186.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 197.

¹⁷⁰ Fehlberg, B. *op. cit.*, cap. 5.

¹⁷¹ ALRC, 2019, 27-28.

versias familiares es que las acusaciones de violencia intrafamiliar que se presentan en el contexto de los conflictos posteriores a la separación no se resuelven en el mismo procedimiento.¹⁷² Esto se remonta a la división de facultades legislativas entre la Mancomunidad y los estados: la Mancomunidad se ocupa de los asuntos de derecho de la familia, por medio de la FLA, mientras que los estados se ocupan de los aspectos de derecho penal y civil de la violencia de pareja y de las cuestiones de protección de la infancia. Además, aunque el valor común en los sistemas de protección y de derecho de familia es el interés superior del niño o la niña,¹⁷³ este tema lo abordan desde una perspectiva diferente: el sistema de protección se centra exclusivamente en la protección contra el daño de los niños, mientras que el derecho de familia se ocupa principalmente de la resolución de las disputas parentales.¹⁷⁴

La probabilidad de que se presenten complicaciones en un contexto jurídico tan fragmentado es evidente. Los asuntos que se relacionan con la violencia intrafamiliar entran en el ámbito de al menos cuatro marcos jurídicos: la FLA (como se analiza más adelante), la legislación penal estatal, la legislación estatal sobre protección de los niños y las resoluciones estatales en materia de protección civil. Cada uno de estos marcos jurídicos puede definir y responder a la violencia intrafamiliar de diferentes maneras. Por ejemplo, en Nueva Gales del Sur, la Ley de Delitos (De Violencia de pareja y personal) de 2007 [*Crimes (Domestic and Personal Violence) Act 2007*] no hace referencia específicamente a la "violencia intrafamiliar". En cambio, dicha ley tipifica como "delito de violencia de pareja" un "delito de violencia personal", un delito derivado de circunstancias similares a un delito de violencia personal, o un delito con la intención de intimidar, controlar o causar intimidación y miedo.¹⁷⁵ Otras disposiciones estatales y territoriales definen la violencia intrafa-

¹⁷² ALRC, 2019, 28.

¹⁷³ Higgins y Kaspiew, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁷⁴ Higgins y Kaspiew *op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁵ Artículo 11 de la *Crimes (Domestic and Personal Violence) Act 2007*].

miliar de manera más amplia en relación con los tipos de conducta que se llevan a cabo, a diferencia de las disposiciones de Nueva Gales del Sur que la vinculan a delitos que ya existen en el derecho penal.¹⁷⁶ El enfoque adoptado en las leyes de los estados y territorios difiere del que se observa en la FLA, que define explícitamente lo que es la violencia intrafamiliar como un comportamiento violento, amenazante u otro comportamiento que sea intimidante o controlador, o que cause intimidación y miedo.¹⁷⁷ Además, una denuncia obligada derivada de un hecho delictuoso de la violencia de pareja se aplica en Nueva Gales del Sur, en los Territorios del Norte y en Tasmania,¹⁷⁸ pero no en otros estados; y los umbrales de intervención, por parte de las autoridades estatales, en el entorno familiar varían entre los estados desde el daño hasta el daño significativo.¹⁷⁹ Además, las reparticiones públicas que están involucradas tienen "distintas responsabilidades, enfoques y formas de proceder y de interpretar las pruebas".¹⁸⁰ Por ejemplo, los problemas de protección que se planteen en los asuntos de derecho de la familia pueden no alcanzar el "umbral de intervención" en virtud de las leyes de protección de la infancia del estado o del territorio.¹⁸¹ Por último, a pesar de las múltiples dependencias que intervienen en la investigación sobre maltrato infantil, algunas cuestiones relevantes para las controversias familiares no se abordan por ninguna de ellas (sea que el niño o la niña corra peligro de daño en el hogar de todos los cuidadores involucrados o tratándose de su seguridad los casos de contacto no supervisado).¹⁸²

El análisis anterior ilustra claramente las complejidades de abordar las acusaciones de violencia intrafamiliar en el derecho de familia en Australia y apoya a quienes han solicitado una reforma integral del sistema.

¹⁷⁶ ALRC, 2010, párr. 5.20.

¹⁷⁷ Artículo 4AB.

¹⁷⁸ Higgins y Kaspiew, *op. cit.*, p. 2.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹⁸¹ *Ibid.*, p.13.

¹⁸² *Ibid.*, p. 7.

Dicho lo anterior, también hay que reconocer que los marcos legislativos no son el único elemento determinante sobre la forma en que se aborda la violencia intrafamiliar. Como señalan Fehlberg y otros,¹⁸³ la falta de entendimiento de la violencia intrafamiliar por parte de los profesionales a los que les compete este tema; los problemas de identificación y evaluación de la violencia de pareja; las posturas de los profesionales (que a veces menosprecian la violencia intrafamiliar); y la falta de formación de los tribunales, las abogadas y los abogados y la policía para tratar la violencia intrafamiliar, han contribuido a que ésta siga constituyendo uno de los aspectos más difíciles en cuanto a controversias, en cuanto al orden familiar se refiere.

8. Conclusiones

La relación parento-filial en el derecho de la familia australiano se basa en un marco normativo cada vez más integral y complejo previsto en la *Family Law Act* de 1975. La FLA se basa en el concepto de responsabilidad parental para definir, en términos jurídicos, entre padres e hijos. No obstante, a pesar de la crucial importancia del concepto para la aplicación de la FLA, ésta se preocupa poco por explicar lo que implica la responsabilidad parental. Por lo tanto, los aspectos de la responsabilidad parental se definen en relación con las reglas del *common law*, se deducen de las disposiciones pertinentes de la FLA o se extraen de las leyes positivas que pueden establecer derechos u obligaciones para los padres y madres. Esta ley se centra más bien en el manejo de la responsabilidad parental en asuntos de separación familiar. Los aspectos procesales sobre la toma de decisiones en el ámbito de la responsabilidad parental, así como el ejercicio de la misma después de la separación, dominan el enfoque de la FLA sobre la responsabilidad parental. Además de la escasez de aspectos sustantivos de la responsabilidad parental, otro aspecto pendiente en la FLA es la atención al ejercicio de ésta con respecto a los hijos

¹⁸³ Fehlberg, B. *et al*, *op. cit.*, p. 158.

e hijas en relaciones intactas, salvo algunas excepciones que se revisan en la tercera parte. Las limitantes constitucionales que se analizaron en la segunda parte explican esta perspectiva, pero refuerzan el enfoque de "silos" que se adopta en los asuntos relacionadas con niños, niñas y adolescentes, lo que ha creado problemas prácticos y jurídicos.

El sistema creado por la FLA es principalmente compensatorio y reactivo, y se aplica en caso de separación familiar. Se trata de un sistema complejo que contiene un espectro de posibles intervenciones y procedimientos para responder a la ruptura familiar, desde lo informal a lo formal, desde los procesos extrajudiciales hasta los judiciales. El sistema es impenetrable para quienes no están familiarizados con sus complejidades, incluidos sus usuarios; sin embargo, se puede elogiar a la FLA por crear la infraestructura jurídica para la participación interdisciplinaria en los procesos judiciales y extrajudiciales. Se trata de un reconocimiento justo de la complejidad de los asuntos del derecho de familia que llegan al sistema formal.

Otros aspectos por los que se puede elogiar el derecho de la familia australiano es el gran valor que concede al interés superior del niño o la niña, incluidas las opiniones de éstos. Básicamente, el interés superior del niño o la niña es el factor determinante en las controversias relativas a ellos y en el marco de la FLA. Los mecanismos creados por este ordenamiento para obtener y alimentar las decisiones del derecho de familia con base en la opinión de los niños y las niñas, son variados y cambiantes. Las oportunidades para que los niños, niñas y adolescentes participen directamente en el proceso de derecho de familia son relativamente limitadas y no se aplican en su totalidad, pero esto se compensa con muchos mecanismos de participación indirectos, que van desde los informes elaborados por profesionistas ajenos al derecho hasta la representación legal.

La "base" constitucional del derecho de familia y, por tanto, de la responsabilidad parental y las cuestiones asociadas al mismo es limitada. La Consti-

tución autoriza a la Mancomunidad a legislar en materia de "causas matrimoniales y por divorcio", y en relación con éstas, "los derechos de los padres, y la tutela y custodia de los niños y niñas".¹⁸⁴ Sin embargo, no tiene mayores requisitos en cuanto a los valores que deben perseguir estas leyes, o cualquier otra norma que guíe y controle la forma del derecho de familia en Australia. Así, la mayoría de los asuntos en los que se invocan argumentos constitucionales en las controversias del orden familiar se refieren a la distribución del Poder Legislativo entre el Parlamento de Australia, y los estados y territorios.

El sistema australiano ilustra las dificultades derivadas de la fragmentación de los casos sobre la infancia entre distintas competencias y tribunales. Se ha invertido mucha energía, tiempo y recursos en la división entre el derecho de familia y la competencia en materia de protección, sólo para mantener un sistema que es difícil de navegar para sus usuarios, así como para los operadores judiciales y otros profesionistas. Los acuerdos constitucionales que han creado esta situación pueden ser específicamente de Australia, pero la experiencia en este sistema ilustra de manera absoluta los escollos de los procesos que dividen fríamente las cuestiones relativas a los niños y niñas con sus familias para que encajen en casillas predeterminadas: derecho de familia, protección al niño o la niña, derecho penal juvenil, etc. En muchas jurisdicciones (incluida Australia), por razones históricas o constitucionales, es probable que esto se mantenga, pero tal vez hacer notar estos problemas pueda desencadenar un análisis e innovación para mejorar la forma en que los sistemas jurídicos tratan a los niños, las niñas y sus familias.

Las autoras de este ensayo desean concluir poniendo especial atención a las críticas que ha formulado Young, en relación con las reiteradas reformas realizadas al derecho de familia en Australia. Un cambio signifi-

¹⁸⁴Artículo 51(xxii) de la Constitución australiana.

cativo puede requerir cambios fundamentales en la sociedad, en lugar de modificar superficialmente las leyes aquí y allá:

Crear las condiciones para fomentar la reorganización de la vida familiar es, sin embargo, mucho más difícil que cambiar algunas "leyes de familia". A la fecha, el gobierno no se ha enfrentado al reto de analizar los factores subyacentes que continúan reforzando los modelos tradicionales de parentalidad y vida familiar, ya que hacerlo implicaría ir mucho más allá de los confines del derecho de familia. En particular, los lugares de trabajo y los centros de cuidado infantil tendrían que experimentar un cambio radical. Si no se asume este reto, es difícil que la situación de los niños y niñas con padres separados mejore.¹⁸⁵

Podría decirse que estas reflexiones deberían considerarlas todos aquellos y todas aquellas que deseen abordar los problemas que se presentan en los sistemas de derecho de familia sólo por vía de reformas legales, y aquellos que se comprometen seriamente con las razones que se hallan detrás de dichas reformas o la evaluación de su éxito.

Bibliografía

Australian Law Reform Commission (2019), *Family Law for the Future. An Inquiry into the Family Law System. Summary Report* [Report 135, marzo 2019], disponible en: «https://www.alrc.gov.au/wp-content/uploads/2019/08/alrc_report_135_summary_report_web_0.pdf».

_____ (2010), *Family Violence. A National Legal Response* (ALRC Report 114), disponible en: «<https://www.alrc.gov.au/publication/family-violence-a-national-legal-response-alrc-report-114/>».

¹⁸⁵ Young, L., *op. cit.*, p. 405.

- Bagshaw, D., et al, (2010), *Family Violence and Family Law in Australia: The Experiences and Views of Children and Adults from Families who Separated Post-1995 and Post-2006*, Australia, Commonwealth of Australia.
- Bailey, P. (2009), "The Human Rights Enterprise in Australia and Internationally", *Australia Lexis Nexis Butterworths*, pp. 239 y ss.
- Bates, Frank (2012), "Australia: The Certain Uncertainty", en Sutherland, Elaine E., *The Future of Child and Family Law: International Predictions*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 47-76.
- Bell, F. (2015), "Children with Gender Dysphoria and the Jurisdiction of the Family Court", *UNSW Law Journal*, 38, núm. 2, p. 426.
- Behrens, J. y Tahmindjis, P. (1998), "Family Law and Human Rights", en David Kinley (ed.), *Human Rights in Australian Law*, Sydney, The Federation Press, pp.175-180.
- Byrnes, P. (2011), "Voices of children in the legal process", *Journal of Family Studies*, 17 (1,) pp. 44-58.
- Carson, R., et al., (2018), *Children and Young People in Separated Families: Family Law System Experiences and Needs*. Reporte final 2018, Australia, Australian Institute of Family Studies.
- Cashmore, J. y Parkinson, P. (2009), "Children's Participation in Family Law Disputes: The Views of Children, Parents, Lawyers and Counsellors", *Legal Studies*, núm. 09/81.
- Cassidy, J. (2006), "The Best Interests of the Child. The Stolen Generations in Canada and Australia", *Griffith Law Review*, 15, pp. 111-152.
- Caruana, C. (2002), "Relationship Diversity and the Law", 61, *Family Matters*, (63).

- Chisholm, R. (2009), "The meanings of 'meaningful' within the Family Law Act Amendments of 2006: A legal perspective", *Journal of Family Studies*, 15, núm. 1, pp. 60-66.
- Devereux, A. y McCosker, S. (2017), "International Law and Australian Law", en Rothwell, Donald y Crawford, Emily, *International law in Australia*, Pyrmont Australia, Thomson Reuters, p. 23.
- Dobinson, S. y Gray, R. (2016), "A Review of the Literature on Family Dispute Resolution and Family Violence: Identifying Best Practice and Research objectives for the Next 10 years", *Australian Journal of Family Law*, (30), p. 180.
- Dickey, A. (2014), *Family Law*, 6a. ed., Pyrmont, Thomson Reuters.
- Family Court of Australia, *Family Violence Best Practice Principles* (4a. ed., 2016).
- Family Law Council, (2000), "The Best Interests of the Child? The Interaction of Public and Private Law in Australia", Documento de trabajo 2, octubre de 2000.
- Family Court of Australia, (2018), "State of the Nation. National Family Law Conference 2018. The Honourable Chief Justice John Pascoe, AC CVO. Family Court of Australia", Brisbane, 3 de octubre de 2018.
- Fehlberg, B. *et al.* (2008), *Australian Family Law: The Contemporary Context*, Londres, Oxford University Press.
- _____ (2014), *Australian Family Law: The Contemporary Context*, 2a. ed., Londres, Oxford University Press.
- _____ (2011), "Legislating for Shared Time Parenting After Separation: A Research Review", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 3, núm. 25 (2011), pp. 318-337.

- Field, R. (2005), "Federal Family Law Reform in 2005: The Problems and Pitfalls for Women and Children of an Increased Emphasis on Post-Separation Informal Dispute Resolution", 1 *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, (5), pp. 28-40.
- Graycar, R. y Millbank, J. (2017), "From Functional Family to Spinster Sisters: Australia's Distinctive Path to Relationship Recognition", *Washington University Journal of Law Policy*, 24, núm. 121.
- Higgins, D. y Kaspiew, R. (2011), "Child protection and family law... Joining the Dots", *Australian Institute of Family Studies*, 34, disponible en: «<https://aifs.gov.au/cfca/publications/child-protection-and-family-law-joining-dots>».
- Humphrey, T. (2008), "Children, Medical Treatment and Religion: Defining the Limits of Parental Responsibility", *Australian Journal of Human Rights*, 14, pp. 141-169.
- Jessep, Owen y Chisholm, Richard (1994), "De Facto Relationships Law in Australia: Recent Development in Property Adjustment", *Asia Pacific Law Review* 1, núm. 3, 1-16.
- Kaspiew, R. *et al.*, (2009), "Evaluation of the 2006 Family Law Reforms", *Australian Institute of Family Studies*.
- Meagher, D., Simpson, A., Stellios, J. (2016), *Hanks Australian Constitutional Law: Materials and Commentary*, Australia, LexisNexis Butterworths, 2016.
- Moloney, L., Weston, R. y Hayes, A. (2013), "Key Social Issues in The Development of Australian Family Law: Research and its Impact on Policy and Practice", 19, *Journal of Family Studies*, 2 (2013), pp. 110-138.

Parashar, A. y Dominello, F. (2017), *The Family in Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Parliament of Australia *Explanatory Memorandum Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Bill 2005* (2004-2005).

Rhoades, H. (2008), "The Dangers of Shared Care Legislation: Why Australia Needs (Yet More) Family Law Reform", *Federal Law Review*, 12, núm. 36, pp. 279.

Ross, N. M. (2016), "Legal Representation of Children", en Lisa Young, Mary Anne Kenny, Geoffrey Monahan (eds.), *Children and the Law in Australia*, Australia, LexisNexis Butterworths, pp. 588-620.

Shackel, R. (2016), "The UN Convention on the Rights of the Child: Tracing Australia's Implementation of the Provisions Relating to Family Relations", en Cvejić Jančić, O (ed.), *The Rights of the Child in a Changing World*, Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law 13, Suiza, Springer, pp. 37-60.

Sheehan, R. y Borowski, A. (2014), "Australia's Children's Courts: An Assessment of the Status of and Challenges Facing the Child Welfare Jurisdiction in Victoria," *Journal of Social Welfare and Family Law*, 2, núm. 36, pp. 95-100.

Strickland, S. (2014), "To Treat or Not to Treat: Legal Responses to Transgender Young People", Association of Family and Conciliation Courts 51st Annual Conference Navigating the Waters of Shared Parenting: Guidance from the Harbour. Toronto, Canadá, 28-31 de mayo. Disponible en: «<http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2015/>».

Tobin, J. (2016), "The Development of Children's Rights", en Young, L. y Monahan, G. (eds.), *Children and the Law in Australia*, Australia, Lexis Nexis Butterworths, 25.

Young, Lisa (2016), "Children and 'Family Law'", en Young, Lisa y Monahan, Geoff (eds.), *Children and the Law in Australia*, 2a. ed., Australia, Lexis Nexis Butterworths, pp. 380-398.

Young, L., Dhillon, S. y Groves, L. (2014), "Child Sexual Abuse Allegations and s 60CC(2A): A New Era?", *Australian Journal of Family Law*, 28, núm. 23, pp. 233-265.

Jurisprudencia

Commonwealth of Australia Constitution Act, 1900.

Convention on the Rights of the Child, 1989.

Family Law Act, 1975 (Cth).

Family Law Rules 2004 Statutory Rules No. 375, 2003 made under the Family Law Act 1975 Compilation No. 34 (compilation date 1 January 2019).

Corte familiar de Australia

Baby D (No.2) [2011] FamCA 176.

Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1986] AC 112.

Harrison v Woollard (1995) 18 Fam LR 788.

Goode and Goode (2006) FLC 93-286 (the Full Court).

M v M (1988) 166 CLR 69.

Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh (1995) 183 CLR 274.

Re Alex [2004] FamCA 297.

Re Flynn [2015] FamCA 629.

Re Harley [2016] FamCA 334.

Re Imogen (No. 6) [2020] FamCA 761.

Re Isaac [2014] FamCA 1134.

Re Jamie [2013] FamCAFC 110.

Re Kelvin [2017] FamCAFC 258.

Re K (1994) FLC 92-461.

Re Logan [2016] FamCA 87.

Re Shay [2016] FamCA 998.

Re Tahlia [2017] FamCA 715.

R & R: Children's Wishes [2000] FamCA 43.

Secretary, Department of Health and Community Services v J.W.B and S.M.B
(*Marion's Case*) (1992) 175 CLR 218.

Páginas web

Family Court of Australia «<http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/home>».

Family Relationships Australia «<https://www.familyrelationships.gov.au>».

Family Relationships Australia, "Parenting plans", 2015.

**C. TEMAS SOBRE
RESPONSABILIDAD
PARENTAL**

CAPÍTULO XI

El escrutinio judicial sobre los derechos parentales*

Margaret Ryznar**

* Artículo publicado originalmente como "A Curious Parental Right", *SMU Law Review* 127 (2018), pp. 127-158, Rev. Trad. Nicolás Espejo Yaksic y Grizel Robles. Disponible en: «<https://scholar.smu.edu/smulr/vol71/iss1/13>».

** Profesora asociada de Derecho de la Universidad de Indiana, McKinney School of Law. Muchas gracias a Margaret Brinig, Nancy Dowd, Jennifer Drobac, Rick Garnett, Nicholas Georgakopoulos, David Orentlicher, Mike Pitts, John Robinson, Florence Wagman Roisman, Carlton Waterhouse y R. George Wright por su apoyo en los últimos borradores del proyecto, así como a los participantes del Sexto Coloquio Anual de Derecho Constitucional de la Universidad de Loyola, Facultad de Derecho de Chicago y de las facultades de derecho de la Universidad de Oxford y Notre Dame. Muchas gracias a Frank Rodriguez y Nick Moskalick por su ayuda en la investigación, así como a Susan deMaine, Asistente del Director de Servicios de Información de la Biblioteca de Derecho Ruth Lilly. Finalmente, gracias a los editores de la *SMU Law Review* por su ayuda en la edición [en inglés].

Resumen

La Corte Suprema de Estados Unidos no ha articulado un nivel de escrutinio apropiado para la revisión judicial de interferencias con respecto al cuidado, custodia y control de los padres y las madres sobre sus hijos e hijas, a pesar de haber determinado que éstos son derechos constitucionalmente fundamentales. Aunque algunos observadores han insistido en la necesidad de contar con un nivel de escrutinio para prevenir incoherencias entre los tribunales inferiores, la complejidad de los derechos parentales ha dificultado que estos últimos utilicen un solo nivel de escrutinio en estos casos. Para poder entender esta complejidad, el presente capítulo comienza construyendo un nuevo marco conceptual al rededor de los derechos parentales, con el fin de explicar y justificar, consistente y predeciblemente, el uso de más de un nivel de escrutinio, en función del asunto parental que esté en juego.

Palabras clave:

Derechos parentales; control de convencionalidad; nivel de escrutinio; derecho consuetudinario; Corte Suprema de Estados Unidos.

1. Introducción

El derecho de los padres y las madres para tomar decisiones sobre el cuidado, la custodia y el control de sus propios hijos e hijas (en lo sucesivo, los "derechos parentales") está profundamente arraigado y ha sido descrito por la Corte Suprema de Estados Unidos como un derecho fundamental.¹ A pesar del lenguaje ostentoso de la jurisprudencia que busca proteger estos derechos,² y del papel habitual de la Corte Suprema de otorgar un nivel de escrutinio aplicable,³ la Corte no ha articulado un nivel de escrutinio uniforme para la revisión judicial sobre las restricciones estatales a los derechos parentales.⁴ No queda claro si podría aplicarse

¹ Véase, p. ej., US Court, caso *Washington vs. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720 (1997) ("En una larga serie de casos, hemos sostenido que, además de las libertades protegidas por la Carta de Derechos, la 'libertad' especialmente protegida por la *cláusula del debido proceso* incluye el derecho [...] para conducir la educación y la crianza de los propios hijos"); *Quilloin vs. Walcott*, 434 U.S. 246, 255 (1978) ("En numerosas ocasiones hemos reconocido que la relación entre los padres y los hijos está constitucionalmente protegida"); *Cleveland Bd. of Educ. vs. LaFleur*, 414 U.S. 632, 639-40 (1974) ("Desde hace tiempo, este Tribunal ha reconocido que la libertad a la elección en materia de matrimonio y vida familiar es una de las libertades protegidas por la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda."); *Smith v. Org. of Foster Families for Equal. & Reform*, 431 U.S. 816, 845 (1977) ("El derecho a la intimidad personal y familiar tiene su origen, y sus entornos deben buscarse, no en las leyes estatales, sino en los derechos humanos intrínsecos; tal y como han sido comprendidos en la 'historia y la tradición de esta Nación'") (pie de página omitida) (cito a *Moore v. City of E. Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977)).

² Véase *infra* apartado 2. "La autonomía parental está protegida por la Constitución como un derecho fundamental". Abramowicz, S., 2012, pp. 293-307. Véase también Henning, K., 2011, p. 73. ("La noción de autonomía parental está tan profundamente arraigada en la sociedad estadounidense, que los tribunales han reconocido un derecho constitucionalmente protegido en el derecho de los padres a criar a sus hijos como lo consideren apropiado, con la mínima interferencia del gobierno.")

³ "[P]or lo general, la Corte Suprema debe proporcionar un criterio de revisión pertinente que oriente su decisión en el caso". Krotoszynski, Jr, R., 2002, pp. 2087-2116 [en lo sucesivo, *Epitaphios*].

⁴ Witte, D., 1996, pp. 183, 187 ("resalta[ndo] la disparidad que se percibe entre el lenguaje amplio que los tribunales de apelación han utilizado para caracterizar los derechos parentales constitucionalmente protegidos y la falta de deferencia que muchos tribunales inferiores muestran realmente al aplicar el derecho parental dentro de escenarios de hechos específicos"). Normalmente,

un escrutinio estricto a dichas interferencias estatales⁵ o si, en cambio, tal escrutinio pueda emplearse en distintos niveles, de acuerdo con el conflicto parental en cuestión.⁶ Como resultado, por décadas, los tribunales inferiores, además de los progenitores y los estados, han puesto en duda la fuerza y los límites de los derechos parentales.⁷

Los problemas generados por la falta de un nivel de escrutinio articulado no son meramente académicos,⁸ como se ilustra en el caso *Troxel v. Granville*, en el que se reafirmó el cuidado, la custodia y el control sobre los hijos

[c]uando el derecho que se infringe es "fundamental", la normatividad gubernamental debe estar 'configurada para atender la regla del interés del Estado.' Los derechos son fundamentales cuando se encuentran "implícitos en el concepto de libertad", o "profundamente arraigados a la historia y tradición de la nación." Cuando el derecho reclamado no es fundamental, la normativa sólo necesita estar razonablemente relacionada con un objetivo estatal legítimo.

Immediato v. Rye Neck Sch. Dist., 73 F.3d 454, 460-61 (2do. Cir. 1996) (las citas se omitieron). En The Parental Rights and Responsibilities Act de 1995, S. 984 (Congreso 104), que nunca fue promulgada, pudieron haberse codificado los derechos parentales y protegerlos de la interferencia gubernamental sin una justificación convincente. Para mayor referencia, véase Bennett W. B., 1996, p. 393.

⁵ "Sin embargo, la Corte Suprema nunca ha indicado expresamente si este 'derecho parental', incluso cuando se invoca correctamente contra una normativa estatal, es fundamental y amerita un escrutinio estricto o una revisión de base racional". *Immediato*, 73 F.3d 461. "Una cosa es clara: la mayoría de los jueces, del pasado y del presente, están de acuerdo en que la cláusula del debido proceso de la decimocuarta enmienda garantiza a los padres un derecho a la guarda y custodia de sus hijos. La claridad termina ahí. La Corte ha dejado abierto el debate sobre la naturaleza del derecho, el criterio de revisión apropiado y qué intereses del Estado permiten una decisión contraria a los deseos de un padre por su hijo". Fowler, K., 2007, p. 507 (nota al pie omitida); véase también Thieneman, N., 2012, pp. 261, 267 ("Por lo tanto, los tribunales no han aplicado, sistemáticamente, un examen de escrutinio estricto a casos que involucren los derechos parentales a lo largo de la historia de la jurisprudencia del debido proceso. Incluso después de que la Corte Suprema anunciara que los derechos de los padres para supervisar a sus hijos son fundamentales, el interrogante sobre cuál es el estándar de revisión judicial apropiado para las injerencias del Estado sigue siendo poco claro. La Corte Suprema no ha anunciado criterio coherente que pueda aplicarse a los casos sobre el tema.") (pies de nota omitidos).

⁶ En los casos que implican al debido proceso judicial, lo más común es que se aplique el escrutinio estricto o la revisión de base racional. Véase Spencer, K. A., 2002-2003, pp. 297-302. Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos también ha utilizado otros niveles de escrutinio en dichos casos. Sullivan, K. y Reed Amar, A., 1992, pp. 210-211 [en lo sucesivo, *Tesis jurisprudencial*]. Véase también *infra* apartado 2. Este artículo no cuestiona ni defiende la aplicación del marco actual de nivel jerárquico de la revisión judicial para los casos de derechos parentales, aunque se trabaja en conjunto.

⁷ "El *common law* estadounidense otorga a los padres un derecho primario para conducir las actividades de sus hijos, pero las cuestiones específicas de importancia estatal se resuelven por el estatuto." En Moskowitz, S., 2004, pp. 1071, 1081 (nota de pie omitida).

⁸ Leslie, C., 2017, pp. 1579, 1586 ("Los académicos llevan mucho tiempo señalando que el nivel de escrutinio, a menudo, es decisivo en los casos de protección de la igualdad. Esto es particularmente cierto en los asuntos sobre derechos de las personas homosexuales".)

e hijas por parte de los progenitores, sin mención a un nivel de escrutinio.⁹ Después de que la Corte Suprema estadounidense derogara la ley que regulaba el derecho de visitas de terceros del Estado de Washington, los legisladores a lo ancho del país se apresuraron a reescribir sus propias legislaciones sobre visitas de los abuelos, los cuales fueron impugnados por los tribunales estatales, que se encontraban faltos de orientación sobre un nivel de escrutinio apropiado.¹⁰ Finalmente, la Corte Suprema no otorgó el *certiorari* para precisar el régimen de visitas de los abuelos, dejando gran incertidumbre y litigios en los tribunales de primera instancia.¹¹ El resultado fue que el caso *Troxel* "condujo a una avalancha de litigios en los tribunales estatales sobre la constitucionalidad de las leyes de custodia y visitas del niño o la niña",¹² dando lugar a inconsistencias e imprevisibilidad en esta área del derecho de familia.¹³

⁹ *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 65-66 (2000).

¹⁰ Véase Garza, S., 2009, pp. 927, 929 (se revisaron casos estatales desencadenados por *Troxel*). Por ejemplo, el Código de Indiana 31-17-5-1 sobre la visita de abuelos aún en vigor como un desafío constitucional en *Crafton vs. Gibson*, 752 N.E.2d 78, 91 (Ind. Ct. App. 2001) (declina la aplicación de un escrutinio estricto). Otros tribunales utilizan diferentes niveles de escrutinio en la revisión de sus estatutos locales de visita de abuelos. Véase, p. ej., *In re L.B.S. v. L.M.S.*, 826 So. 2d 178, 184 (Ala. Civ. App. 2002) (se aplica escrutinio estricto en el contexto de visitas de los abuelos); *Jackson vs. Tangreen*, 18 P.3d 100, 106 (Ariz. Ct. App. 2000) (declina la aplicación de un escrutinio estricto porque "únicamente el Juez Thomas habría aplicado el escrutinio estricto al estatuto en *Troxel*" y "*Troxel* trataba de las visitas de los abuelos impuestas por un tribunal a la madre biológica de un niño nacido fuera del matrimonio que quería restringirlas, pero no negarlas"); *Sights vs. Barker*, 684 N.E.2do 224, 233 (Ind. Ct. App. 1997) (declara la constitucionalidad de la Grandparent Visitation Act, incluso bajo un escrutinio estricto); *In re Guardianship of Blair*, No. 01-1565, 2003 WL 182981, en *3-4 (Iowa Ct. App. 29 de enero de 2003) (confirma un Régimen de Visita de Abuelos constitucional a pesar de aplicar un escrutinio estricto); *Blixt v. Blixt*, 774 N.E.2do 1052, 1062 (Mass. 2002) (aplicando un escrutinio estricto al estatuto de visita de abuelos); *Riendeau vs. Riendeau*, 761 A.2do 291, 300 (Me. 2000) (análisis de la ley de visita de abuelos conforme al uso del escrutinio estricto); *Fausey vs. Hiller*, 851 A.2d 193, 199 (Pa. Super. Ct. 2004) (se confirma un estatuto de visita de abuelo bajo el escrutinio estricto).

¹¹ "Aunque muchos especialistas han ofrecido sugerencias en el pasado para solucionar los problemas creados por la sentencia *Troxel*, nadie ha propuesto una solución uniforme, una ley que todos los estados puedan utilizar como guía para volver a redactar sus propios estatutos de visita de terceros". (En Garza, S., *op. cit.*, p. 929).

¹² Winkler, A., 2006a, pp. 793-864, n. 324 [en lo sucesivo, 2006a]. "Los casos de derechos parentales, comúnmente, surgen de los tribunales de estado [...] En decenas de decisiones, los tribunales estatales han defendido leyes a pesar de aplicar un escrutinio estricto". *Ibid.*, p. 793.

¹³ Otros especialistas han expresado una preocupación similar sobre la falta de orientación de los "tribunales inferiores que adjudican y de litigantes que presentan quejas sustantivas del debido proceso". *Leading Cases, supra* nota 6, en 211. "La Corte no se ha adherido en la práctica a su marco formal

Un nivel de escrutinio uniforme o predecible en casos vinculados al ejercicio de los derechos parentales no surgirá ante tribunales sin haberlo abordado primero la Corte Suprema de Estados Unidos. Por el contrario, la selección de un nivel de escrutinio se vuelve más complicada a medida que los tribunales se enfrentan con un mayor número de casos vinculados a los derechos parentales, y a medida que los estados regulan con mayor frecuencia los temas que involucren a los padres.¹⁴ Puesto que uno de los roles de la Suprema Corte es clarificar la ley,¹⁵ ésta no debería acostumbrarse a dejar imprecisos los niveles de escrutinio en casos sobre el derecho de familia.¹⁶

Otras cuestiones constitucionales y de derecho familiar también carecen de orientación sobre el nivel de escrutinio apropiado por parte de la Corte Suprema estadounidense.¹⁷ Por ejemplo, la omisión de la Corte sobre un nivel de escrutinio en el caso *Obergefell* dejó con la duda a los especialistas sobre el nivel de escrutinio aplicable en las intervenciones estatales con respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo y otros derechos del derecho de familia.¹⁸ Éste es un problema no sólo para estos

para analizar las quejas sustantivas del debido proceso ni ha aplicado estándar de escrutinio en sus excepciones". *Leading Cases*, *supra* nota 6, en 211.

¹⁴ Véase *infra* apartado 3.

¹⁵ "Una de las labores de la Corte Suprema es la interpretación de la Constitución y desarrollar el derecho constitucional, las normas, los test y las doctrinas que aseguren su aplicación". Maureen N. Armour, M. N., 2008, pp. 135, 149.

¹⁶ "[N]ormalmente, la Corte Suprema debe otorgar un criterio de revisión aplicable que dirija su decisión en el caso". Krotoszynski, *Epitaphios*, 2116. Véase Drotoszynski, Jr., R., 2006, pp. 923, 1004, n. 405 [en lo sucesivo, *Dumbo's Feather*] (señala los casos en donde "la Corte Suprema de Estados Unidos ha sido poco enfática sobre el criterio de revisión apropiado"); SCHWARTZ, M. SECCIÓN 1983 LITIGATION: CLAIMS AND DEFENSES 3.05 (4a. ed. 2017-2 supp.) ("La reticencia de la Corte en el caso *Troxel* a formular un estándar de revisión judicial, y la opinión de pluralidad de acotar su decisión a considerar inconstitucional el régimen de vistas de Washington sólo en su aplicación y no en apariencia, son de algún modo comprensibles. Después de todo, el derecho constitucional de los padres a la custodia, el cuidado y el control de sus hijos contraviene la idea de que el derecho familiar es, abrumadoramente, un asunto de interés del Estado y se rige por el derecho de Estado, más que por el derecho constitucional").

¹⁷ Por ejemplo, los casos clave de posesión de armas de la segunda enmienda han evitado especificar un nivel de escrutinio, pero han señalado diversos contextos específicos en los que el derecho puede limitarse o anularse. Véase, p. ej., *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *Mc-Donald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

¹⁸ Véase *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015). "Mientras *Obergefell* no hizo ninguna referencia al criterio de revisión, ¿sembró, sin embargo, la semilla para un mayor escrutinio con el propósito de

casos recientes, sino también para los más antiguos, como aquellos relacionados con los derechos parentales de cuidado, la custodia y el control sobre los hijos y las hijas.¹⁹

Puede haber muchas razones sobre la falta de orientación con respecto al nivel de escrutinio en los casos de derechos parentales, que van desde la renuencia de la Corte Suprema a la hora de crear o ampliar los derechos conforme a la cláusula del debido proceso; pasando por una decisión intencional de dejar en la indefinición el alcance del derecho fundamental a la parentalidad (*parenting*); hasta la teoría de la abstención.²⁰

Este artículo se centra en otra posible razón para comprender la falta de un nivel de escrutinio que no ha sido suficientemente explorada en la literatura: la dificultad de tomar un enfoque limitado a una cuestión tan amplia. En otras palabras, la razón de que hayan pasado, por lo menos, 100 años sin un nivel de escrutinio puede deberse a la complejidad del derecho al cuidado, la custodia y el control sobre los hijos y las hijas.

Muchas características de los derechos parentales los hacen singularmente complejos. Es difícil establecer un nivel de escrutinio para diversos asuntos que tengan una connotación de paternidad, que van desde los uniformes escolares en las escuelas públicas hasta la separación de los hijos e hijas de sus hogares.²¹ Además, los derechos parentales abarcan tanto el ámbito privado (con roles parentales en el hogar) como el público (en las escuelas). Los derechos parentales también pueden entrar en conflicto con el interés superior del niño o la niña, o con el de otros

analizar el tema de igualdad en un punto posterior? [...] Este tipo de cuestiones básicas doctrinales sobre cómo se interpretará *Obergefell* en casos futuros se intensifican por un hecho sorprendente: la opinión mayoritaria fue escrita por el mismo juez que escribió las demás opiniones de la decimo-cuarta enmienda sobre los derechos de las personas homosexuales". Schacter, J., 2016, pp. 1011, 1016.

¹⁹ Garza, S., *op. cit.*, p. 927 (señala que el derecho parental es el derecho fundamental reconocido más antiguo).

²⁰ Véase *infra* apartado 3(a).

²¹ Véase *infra* apartado 2.

niños; por ejemplo, en un contexto de vacunación.²² Por último, la Corte Suprema de Estados Unidos a menudo considera los derechos parentales en conjunto con otros derechos constitucionales, lo que complica el contexto.²³

El alto nivel de complejidad de estos derechos parentales dificulta un criterio particular y estático, que es visto en una diversa variedad de criterios utilizados en los tribunales de primera instancia.²⁴ Se han utilizado distintos niveles de escrutinio en casos de derechos parentales²⁵ sin mucha metodología, lógica o razón.²⁶ Este artículo comienza por establecer un marco para seleccionar un apropiado nivel de escrutinio para las interferencias estatales sobre los derechos parentales.²⁷ Para esto, se proponen dos modelos de conceptualización de los derechos parentales. El primer modelo es una escala móvil que se ajusta al nivel de escrutinio, dependiendo de la cercanía del problema desde la parte más importante de la paternidad hacia la menos relevante. El segundo modelo es un conjunto de derechos, el cual asignará un nivel de escrutinio particular para cada derecho de dicho grupo.

²² Véase *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 304 (1993) ("En la medida en que ciertos requisitos mínimos se cumplan sobre el cuidado del niño o niña, los intereses de éste pueden estar subordinados a los intereses de otros niños o incluso a los intereses de los propios padres o tutores"); véase también Ryznar, M., 2007, pp. 1649, 1659.

²³ Véase, p. ej., Lawrence, S., 2006, p. 73 ("A pesar de la reputación de *Meyer* como un caso sobre derechos parentales, en este capítulo demuestro que, de hecho, el uso de *Meyer* para apoyar el derecho de libertad de debido proceso sustantivo de los padres es esporádico y con frecuencia se une a otras demandas constitucionales"); *Wisconsin vs. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972) (considera el libre ejercicio y los derechos parentales).

²⁴ Véase *infra* apartado 2.

²⁵ "La adjudicación constitucional a través de uno o más niveles o categorías jerárquicas de un escrutinio judicial es meramente familiar. Por ejemplo, una o más variedades de categorías de escrutinio aparecen en la adjudicación que implica la protección de la igualdad, la libertad de expresión, el libre ejercicio de la religión, el debido proceso sustantivo, la segunda enmienda, e incluso la adjudicación del ejercicio de innumerables facultades del Congreso federal". Wright, G., 2014, pp. 165-166 (se omiten pies de página).

²⁶ Véase *infra* apartado 2.

²⁷ Manning, J., 2017, p. 760 (señala la arbitrariedad en la toma de decisiones y la posición del juez Scalia con respecto a un "mayor número de 'tradiciones generales' —como derechos de los padres o familiares— 'otorgan una supervisión imprecisa, ellos [podrían] permitirles a los jueces el ordenar en lugar de discernir los puntos de vista de la sociedad'" (alteraciones del original) (cito a *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 128, n. 6 (1989))).

Mientras que el modelo de escala móvil tiene la virtud de ser relativamente flexible y es similar al enfoque actual, en comparación con el modelo de conjunto de derechos, ambos requieren una visión diferente sobre las funciones de paternidad, definiéndolas y tomando un enfoque matizado para establecer el nivel de escrutinio apropiado, el cual es dinámico y puede cambiar conforme el problema parental que se trate.

El uso del marco resultante otorgará una mayor predictibilidad y consistencia sobre la selección de un nivel de escrutinio en los casos de derechos parentales, así como mayor eficiencia judicial.²⁸ Además, un marco formal logrará una mejor protección de los derechos parentales en comparación con la actual falta de consistencia sobre la selección de un nivel de escrutinio que podría fallar en proteger los derechos constitucionales de los padres.²⁹ Finalmente, dicho marco es consistente con propuestas del derecho constitucional anteriores, como el enfoque de equilibrio de intereses³⁰ del Juez Stephen Breyer y el enfoque de escala móvil para la protección equitativa³¹ del Juez Thurgood Marshall. Los derechos parentales están especialmente bien situados para este tipo de enfoques flexibles, los cuales cambian con base en el asunto o problema parental en juego.

2. Antecedentes legales actuales

La jurisprudencia sobre el derecho de los padres y las madres al cuidado, la custodia y el control sobre los hijos y las hijas se ha desarrollado durante

²⁸ Véase, p. ej., Buscaglia, E. y Ulen, T., 1997, pp. 275, 282 (mide la eficiencia judicial como "índices de resolución de casos y plazos de resolución").

²⁹ Por ejemplo, los tribunales pueden decidir arbitrariamente, y así lo hacen, la exclusión de ciertos asuntos del ejercicio de los derechos parentales. Véase *infra* apartado 2, notas 65-67, 77 y textos adjuntos. "Si un tribunal determina que los derechos del padre no incluyen un interés particular, es irrelevante el criterio de resolución que se hubiera aplicado a una violación de dichos derechos". DeGroff, E. A., 2009, p. 103.

³⁰ Véase, p. ej., *Distict of Columbia vs. Heller*, 554 U.S. 570, 689 (2008) (Breyer, J., voto particular).

³¹ Véase, p. ej., *City of Cleburne vs. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 460 (1985) (Marshall, J., coincide en parte y en otras partes no coincide) ("Tengo la fuerte creencia de que el nivel de escrutinio empleado en un caso de igualdad debe variar con 'la importancia constitucional y social del interés afectado, así como reconocida insidia de la base, desde donde se muestra la particular clasificación'"). (citas omitidas).

décadas. La interpretación de la Corte Suprema es clara con respecto a la protección de los derechos de los padres y las madres al cuidado, la custodia y el control de sus hijos e hijas. Sin embargo, sin un nivel de escrutinio articulado, los tribunales inferiores no han dado una respuesta cohesionada a esta materia.³²

a. El marco jurídico de la Corte Suprema de Estados Unidos

Los derechos parentales tienen una larga historia en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense. A pesar de ello, la Corte ha rechazado la selección de un nivel de escrutinio, aunque haya tenido múltiples oportunidades para hacerlo.³³

Parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos precede al actual marco analítico constitucional de diferentes niveles de escrutinio;³⁴ aunque, en un caso reciente de la Corte, se resalta el problema creado por la falta de este nivel en los casos de derechos parentales. En el caso *Troxel*, los abuelos paternos demandaban un régimen de visitas más amplio del que permitía la madre del niño.³⁵ El tribunal de primera instancia otorgó dicha solicitud conforme a la legislación de Washington que permitía la solicitud de visitas al niño o la niña, en cualquier momento, por cualquier persona. La Corte Suprema estableció que los derechos parentales impiden que un tercero exija visitas cuando lo estime. Al resolver esta cuestión, la Corte sostuvo el derecho de los padres al cuidado, custodia y control sobre sus hijos como un derecho de libertad derivado de la decimocuarta enmienda a la Constitución estadounidense.³⁶

³² Este punto también se observa en otras áreas constitucionales que se dejaron sin un nivel de escrutinio articulado, como los casos de posesión de armas de fuego. Véase, p. ej., Rostron, A., 2012, pp. 704, 737; *supra* nota 18.

³³ Véase *infra* apartado 2 (a)

³⁴ DeGroff, E., *op. cit.*, pp. 100-101.

³⁵ *Troxel vs. Granville*, 530 U.S. 57, 60 (2000); véase *supra* apartado 1.

³⁶ *Troxel*, 530 U.S. en 65-66 ("El derecho de libertad como asunto en este caso —el derecho de los padres en el cuidado, custodia y control de sus hijos— tal vez es el más antiguo de los derechos fundamentales de libertad reconocido por la Corte. Hace más de 75 años, en *Meyer v. Nebraska*,

La decisión de pluralidad en el caso *Troxel* estableció la importancia de los derechos parentales, pero no articuló un nivel de escrutinio adecuado.³⁷ Ni siquiera hubo una opinión mayoritaria para clarificar el enfoque de los derechos parentales, sólo una pluralidad.³⁸ Otras ambigüedades en la decisión resultaron en mandatos poco claros para las legislaturas estatales y para los tribunales que revisan las legislaciones locales post-*Troxel*.³⁹

Las opiniones concurrentes y disidentes en *Troxel* resaltaron el consiguiente desacuerdo sobre el nivel de escrutinio apropiado en casos sobre el cuidado, la custodia y el control sobre hijo o hija. El Juez Thomas, en su breve concurrencia, no sólo se manifestó a favor de articular un nivel de escrutinio, sino que sugirió un escrutinio estricto: "Estoy de acuerdo con la opinión de pluralidad de este Tribunal respecto a que el reconocimiento del derecho fundamental de los padres a dirigir la crianza de sus hijos resuelve el caso [...] Yo aplicaría un escrutinio estricto a las violaciones de derechos fundamentales".⁴⁰

nosotros sostuvimos que la 'libertad' está protegida por la cláusula del debido proceso e incluye el derecho de los padres a "establecer un hogar y criar a los hijos" y "supervisar la educación de los suyos". Dos años después, en *Pierce v. Society of Sisters*, volvimos a sostener que la "libertad de los padres y tutores" incluye el derecho "de supervisar la crianza y educación del menor que está a su cuidado". Explicamos en *Pierce* que "[e]l menor no es una mera criatura del Estado; quienes lo crían y guían su destino tienen el derecho, junto con el alto deber, de reconocer y preparar sus obligaciones adicionales". Regresamos al tema en *Prince v. Massachusetts*, y otra vez confirmamos que existe una dimensión constitucional del derecho de los padres de supervisar la crianza de sus hijos. "Es fundamental para nosotros que el cuidado, la custodia y la crianza del niño o la niña residan, en primer lugar, en los padres, cuya función y libertad principales incluyen la preparación de obligaciones que el Estado no puede suplir ni obstaculizar." (citas omitidas).

³⁷ Véase *Troxel*, 530 U.S. en 65-66. Véase también SHULMAN, J., 2014, p. 126; Whiteaker, K. T., 2003, p. 556.

³⁸ "[Una] opinión de pluralidad, en lugar de una opinión mayoritaria, podría ser otra medida de la fuerza de la racionalidad". Epstein, L., Landes, W. y Liptak, A., 2015, p. 1139, n. 122.

³⁹ Véase *supra* apartado 1.

⁴⁰ *Troxel*, 530 U.S. en 80 (Thomas, J., voto particular a favor). "A pesar de que el Juez Thomas pudo aplicar un estándar de revisión de escrutinio estricto a las violaciones de un derecho fundamental de los padres, el resto de la Corte guardó un silencio notable sobre este asunto". Victor, D. y Middle-ditch, K., 2009, pp. 391, 401 n.33. Véase también *Troxel*, 530 U.S. en 65 (resolución tomada por mayoría simple) (explica la "protección reforzada [de] ciertos derechos fundamentales e intereses de libertad" antes de describir el interés de los padres en el cuidado, custodia y control de los hijos como un "derecho fundamental de libertad").

Mientras tanto, el Juez Scalia, en su voto disidente, señaló que "[s]ólo tres sentencias de la Corte se basan total o parcialmente en un derecho constitucional sustantivo de los padres a dirigir la crianza de sus hijos —dos de ellas provienen de una época rica en sentencias sobre el debido proceso sustantivo y han sido repudiadas desde entonces".⁴¹ El juez concluyó que "la teoría de los derechos parentales no enumerados que subyacen en estos tres casos contienen un mínimo reclamo a la protección del *stare decisis*",⁴² pero ninguno de ellos ofreció un nivel de escrutinio para el derecho de debido proceso sustantivo del que gozarían los progenitores.

En el caso *Meyer vs. Nebraska*, en tanto, la Corte defendió la propuesta sobre la existencia de un derecho constitucional sustantivo de los padres a dirigir la crianza de sus hijos.⁴³ El caso se refería a una ley de Nebraska promulgada después de la Primera Guerra Mundial y que impedía la enseñanza de cualquier lengua moderna que no fuera el idioma inglés, a cualquier niño o niña que no hubiera completado con éxito el octavo grado.⁴⁴ Conforme a la ley, un profesor fue condenado por enseñar, en la escuela, el idioma alemán a un niño de diez años.

⁴¹ *Troxel*, 530 U.S. en 92 (Scalia, J., voto particular) (pie de página omitida). El Juez Scalia cita a *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 391, 401 (1923), *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 534-535 (1925), y *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 232-33 (1972).

⁴² *Troxel*, 530 U.S. de 92 (Scalia, J., voto particular) ("Un principio jurídico que puede producir resultados tan diferentes en el caso relativamente simple que nos ocupa, no es un principio jurídico que haya inducido confianza sustancial. Aunque no anularía ahora esos primeros casos (no se ha instado a ello), tampoco extendería para este nuevo contexto la teoría en la que se basaron."). No obstante, la opinión de pluralidad de *Troxel* señaló: "[H]emos reconocido el derecho fundamental de los padres para tomar decisiones relativas al cuidado, custodia y control de sus hijos". *Troxel*, 530 U.S. de 66 (resolución tomada por opinión de pluralidad) (cito a *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651 (1972) (señala "el interés de un padre a la compañía, el cuidado, la custodia y la supervisión de sus hijos"); *Wisconsin vs. Yoder*, 406 U.S. 205, 232 (1972) ("La historia y la cultura de la civilización occidental reflejan una fuerte tradición sobre la preocupación parental para la crianza y educación de sus hijos"); *Quilloin v. Walcott*, 434 U.S. 246, 255 (1978) ("Hemos reconocido en diversas ocasiones que la relación entre padres e hijos está constitucionalmente protegida"); y *Parham v. J.R.*, 442 U.S. 584, 602 (1979) ("Nuestra jurisprudencia ha reflejado históricamente conceptos de la civilización occidental sobre la familia, como una unidad con una amplia autoridad parental sobre los hijos menores").

⁴³ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923).

⁴⁴ "Una de las cosas más notables sobre las decisiones de la Corte Suprema tocantes a la libertad de expresión en las escuelas es el grado en que cada uno de los casos ha reflejado problemas y tendencias importantes de su época. Cada caso es como una cápsula del tiempo que captura algo

La Corte Suprema de Estados Unidos anuló la ley de Nebraska sobre las bases del debido proceso sustantivo.⁴⁵ La Corte determinó que el elemento de propiedad de la decimocuarta enmienda abarcaba el derecho del profesor a ganarse la vida y el interés de libertad, en la misma, incluía el derecho de los padres a contratarlo para instruir a sus hijos. En concreto, el interés de libertad incluía el derecho de los progenitores a controlar la educación de sus hijos e hijas. La Corte concluyó que la ley no guardaba una relación racional con los objetivos que el Estado podía esgrimir en dicho caso. Ésta es la verdadera base para expandir el entendimiento de la Decimocuarta Enmienda y para aplicarla a cuestiones del derecho de familia.

Mientras tanto, en el caso *Pierce v. Society of Sisters*⁴⁶ estaba en juego la decisión de los votantes de Oregón para que todos los estudiantes entre ocho y dieciséis años de edad asistieran a escuelas públicas y no a las privadas, con el propósito de promover una cultura estadounidense compartida, después de la Primera Guerra Mundial.⁴⁷ La Corte Suprema anuló esta ley local con base en el debido proceso sustantivo.⁴⁸ Aunque la decisión protege los derechos económicos de las escuelas como parte del elemento de propiedad contenido en la cláusula del debido proceso, su lenguaje también otorga un fundamento para una norma que presuntamente mantiene al Estado fuera de algunas decisiones familiares. En su sentencia, la Corte subrayó el derecho de los padres a supervisar la crianza y la educación de los hijos e hijas bajo su control, concluyendo que la ley no se vinculaba racionalmente con los intereses del Estado.⁴⁹

significativo de la época en la que surgió." El miedo a las influencias radicales extranjeras durante la Amenaza Roja [*the Red Scare*] que siguió a la Primera Guerra Mundial, llevó a *Meyer v. Nebraska*, donde la Corte anuló una ley de Nebraska que prohibía a las escuelas enseñar idiomas extranjeros a los niños hasta después del octavo grado". Allen Rostron, "Intellectual Seriousness and the First Amendments's Protection of Free Speech for Students", *UMKC L. REV.* 81 (2013) 635, 636-37 (nota a pie omitida).

⁴⁵ *Meyer*, 262 U.S. en 403.

⁴⁶ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 534-35 (1925).

⁴⁷ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. en 530.

⁴⁸ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. en 534-35.

⁴⁹ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S.

La Corte interpretó que la libertad protegida por la cláusula del debido proceso incluye la autonomía de los progenitores a criar a su hijo o hija, con base en su propia consideración.⁵⁰ Por tanto, este caso sirvió como fundamento de la autonomía parental para la protección de las garantías individuales.

Finalmente, en el caso *Wisconsin v. Yoder*, la Corte Suprema consideró la renuencia de varios padres y madres menonitas amish de enviar a sus hijos a escuelas públicas después del octavo grado, a pesar de que una ley del Estado de Wisconsin exigía que todos los niños asistieran a la escuela pública hasta los dieciséis años de edad.⁵¹ Los padres argumentaban que la asistencia a la secundaria era contraria a sus creencias religiosas y ganaron su caso ante la Corte.⁵² En su sentencia, la Corte señaló, en un lenguaje ostentoso sobre los derechos parentales, que:

[E]ste caso involucra el interés fundamental de los padres, en contraste con el del Estado, de guiar el futuro religioso y la educación de sus hijos. La historia y cultura de la civilización occidental reflejan una fuerte tradición de la preocupación parental por cuidar y atender en su crecimiento a sus hijos [*nurture*], y crianza [*upbringing*]. Este rol primario de los padres sobre la crianza de sus hijos se ha convertido en una tradición estadounidense perdurable.⁵³

⁵⁰ *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. en 535.

⁵¹ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 207-208 (1972).

⁵² *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. en 209, 234.

⁵³ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. en 232. La Corte agregó:

Como se ha señalado, a menudo, los derechos garantizados por la Constitución no pueden ser restringidos por una legislación que no tenga una relación razonable para algún propósito dentro de la competencia del Estado. La teoría fundamental de libertad en la que se basan todos los gobiernos de esta Unión excluye cualquier poder general del Estado para estandarizar a los menores obligándolos a aceptar únicamente la educación de escuelas públicas. El niño no sólo no es una criatura del Estado; aquéllos que lo nutren y supervisan su destino tienen el derecho —aunado a una mayor obligación— de enseñarle y prepararlo para sus obligaciones adicionales.

Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. en 233 (cita omitida) (comillas internas omitidas). Sin embargo, en su voto concurrente, el juez White redactó:

Pierce v. Society of Sisters no respaldó el argumento sobre la posibilidad de que los padres sustituyan los requisitos educativos del Estado con su propia idiosincracia sobre el conocimiento que necesita

La Corte Suprema determinó que "[c]uando se equilibra el libre ejercicio de las pretensiones de los padres en contra del interés del Estado, los tribunales deben aplicar un mayor escrutinio".⁵⁴ En cuanto al "interés fundamental de los padres, en contraste con el del Estado, de orientar el futuro religioso y la educación de sus hijos(as) [...] La historia y la cultura de la civilización occidental reflejan una fuerte tradición de la preocupación parental por cuidar y atender en su crecimiento a sus hijos [nurture], y criarlos y enseñarles [upbringing]".⁵⁵

A la luz de este precedente, la cláusula del debido proceso de la decimo-cuarta enmienda protege a los padres o progenitores en la toma de decisiones sobre el cuidado, la custodia y el control respecto de sus hijos e hijas. Otros casos de la Corte Suprema estadounidense han mantenido esta interpretación.⁵⁶ Sin embargo, la falta de un nivel de escrutinio claro en dichos casos ha confundido por años a los tribunales de primera instancia, lo que da como resultado el uso de diversos niveles de escrutinio cuando se revisan las injerencias del Estado con respecto a los derechos parentales.⁵⁷

un niño o niña para ser un miembro productivo y feliz de la sociedad; en *Pierce*, tanto las escuelas religiosas como militares cumplían con todos los estándares educativos establecidos por el Estado, la Corte sostuvo simplemente que, aunque un Estado puede plantear dichos estándares, no puede adelantarse al proceso educativo exigiendo a los niños y niñas que asistan a las escuelas públicas [...] Un Estado no sólo tiene un interés legítimo en el desarrollo de los talentos latentes de los niños, sino también en su preparación para el estilo de vida que pueden elegir en el futuro o, al menos, otorgarles una opción de vida diferente a la que han llevado.

Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. at 239-240 (White, J., voto particular a favor) (cita omitida).

⁵⁴ Drobac, J., A., 1998, p. 1615.

⁵⁵ *Yoder*, 406 U.S. en 232.

⁵⁶ Véase, p. ej., *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651 (1972) ("Los derechos a concebir y criar un hijo se ha considerado 'esenciales'", *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399 (1923), "derechos civiles básicos del hombre", *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942), y "derechos mucho más valiosos [...] que los derechos de propiedad", *May v. Anderson*, 345 U.S. 528, 533 (1953)"); *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 123-24 (1989) ("Esta insistencia sobre que el interés de libertad está arraigado en la historia y la tradición es evidente, como en otras partes, en nuestros casos relacionados a la protección constitucional para ciertos derechos parentales.")

⁵⁷ Véase, p. ej., *Lewis*, J. 2001, pp. 249, 254, n. 39 (señala las interpretaciones dos los tribunales supremos sobre la patria potestad). "En consecuencia, los circuitos federales se han dividido con relación a los límites de los derechos parentales, algunos circuitos adoptan el punto de vista tradicional del derecho *Meyer-Pierce* y otros encuentran que el derecho parental termina desde la elección de enviar al niño a una escuela pública en lugar de una privada". Comentario de Vanga, L., 2014, p. 669.

b. Decisiones de los tribunales inferiores

Debido a la falta de un nivel articulado de escrutinio claro por parte de la Corte Suprema, los tribunales inferiores también han sido inconsistentes en los casos sobre derechos parentales.⁵⁸ La amplia gama de asuntos parentales en juego también contribuyen a enfoques diferenciados.⁵⁹ El resultado es que los tribunales de primera instancia utilizan varios niveles de escrutinio cuando se consideran interferencias del Estado con respecto a tales derechos.⁶⁰ Los tribunales de igual modo han excluido ciertos asuntos del derecho de los padres sin ofrecer un método para hacerlo.

Ha habido muchos casos en los que los tribunales han utilizado el *enfoque racional*; por ejemplo, el Segundo Tribunal de Circuito ha aplicado la revisión de base racional en diversos litigios. En un caso, un estudiante de una escuela secundaria pública y sus padres interpusieron una demanda contra la escuela distrital alegando que su programa obligatorio de servicio comunitario violaba su derecho al debido proceso.⁶¹ Según el tribunal, "la Corte Suprema [...] nunca ha indicado, de manera expresa, si este 'derecho parental', cuando se invoca correctamente contra una regulación estatal, es fundamental y merecedor de un escrutinio estricto, o sólo de

⁵⁸ "En ausencia de una orientación clara de la Corte Suprema, los tribunales federales y estatales se han dividido inevitablemente sobre el asunto". Los Tribunales de Apelación del Tercer y Sexto Circuito, así como los tribunales estatales en Washington, Ohio, Massachusetts y Nueva York han clasificado, de manera expresa, los intereses de los padres como fundamentales o han aplicado un escrutinio estricto al revisar las supuestas violaciones. Otros tribunales, incluyendo al Tribunal Supremo de Michigan, han declarado que "los padres *no tienen* un derecho constitucional [para supervisar la educación de sus hijos] que requiera un escrutinio estricto". En un punto intermedio, quizás, se encuentra el Tribunal de de Apelación del Quinto Circuito, que recientemente afirmó que los derechos de los padres son fundamentales, pero aplicó la revisión de base racional sobre la obligatoriedad de los uniformes escolares. Del mismo modo, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de New Hampshire parece haber empleado un tipo de escrutinio estricto flexible al negar el derecho de demandantes a que sus hijos sean retirados de las actividades que ofendan su religión en las escuelas públicas". DeGroff, E., *op. cit.*, pp. 101-102 (alteraciones y énfasis en el original) (notas a pie omitidas).

⁵⁹ Véase *supra* apartado 2 (b).

⁶⁰ Apartado 2 (b).

⁶¹ *Immediato v. Rye Neck Sch. Dist.*, 73 F3d 454, 457 (2do Cir. 1996).

una revisión de base racional. Nuestra lectura de la jurisprudencia correspondiente nos convence de que el control de relación razonable es el apropiado".⁶² En conclusión, el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito se basó en varias de las sentencias de revisión de base racional que aplican otros circuitos, para aplicarlas en casos que involucran el control parental de un niño o niña. El tribunal determinó que, puesto que el programa estaba racionalmente relacionado con el interés legítimo estatal sobre la educación, era constitucionalmente válido.

En otro caso similar, el Tribunal de Segundo Circuito entendió los derechos parentales excluyendo las decisiones de los padres con respecto al asunto bajo revisión.⁶³ En dicho caso, el padre argumentó que "su derecho constitucional de supervisar la crianza y la educación del niño exigía que la [escuela pública] ... excusara a su hijo menor de edad [...] de asistir a las clases de educación para la salud".⁶⁴ Citando el caso *Troxel*, el padre argumentó que su interés de libertad fundamental contenido en la decimocuarta enmienda había sido violado; por tanto, se requería un escrutinio estricto. El Segundo Tribunal de Circuito rechazó su argumento y aplicó un control de relación razonable para mantener el plan de estudios de la escuela. El razonamiento fue que el padre carecía de un derecho fundamental a decirles a las escuelas públicas qué es lo que deben enseñar; y, basándose en su jurisprudencia, concluyó que el control de relación razonable era el apropiado porque el padre había intentado eximir a su hijo de un requisito educativo: "*Meyer-Pierce* y la nueva generación no comienzan a sugerir la existencia de un derecho fundamental de cada padre para decirle a una escuela pública lo que debe o no enseñar a sus hijos".⁶⁵ Por tanto, el Tribunal de Segundo Circuito interpretó, con limitaciones, los derechos parentales para excluir el asunto parental en juego.

⁶² *Immediato v. Rye Neck Sch. Dist.*, 73 en 461.

⁶³ *Leebaert v. Harrington*, 332 F.3d 134, 142 (2do Cir. 2003).

⁶⁴ *Leebaert v. Harrington*, 332 en 135.

⁶⁵ *Leebaert v. Harrington*, 332 en 141.

El Tribunal de Primer Circuito distinguió de manera similar a *Troxel* de los hechos que tenían ante sí en el caso *Parker v. Hurley*.⁶⁶ Específicamente, "el Primer Circuito definió de manera estrecha el derecho de los padres al debido proceso con relación a la educación de sus hijos",⁶⁷ para evadir los derechos parentales implicados y así considerar el escrutinio estricto.

En otro caso, un grupo de estudiantes y padres presentaron ante el Cuarto Circuito una acción que impugnaba un programa obligatorio de servicio comunitario del distrito escolar.⁶⁸ El Cuarto Circuito sostuvo que, a pesar de que en las opiniones de los casos *Meyer* y *Pierce* se utilizó la redacción de la revisión de base racional, en ninguna de las dos había una petición para resolver en la pluralidad, debido a que no se utilizó el modelo de escrutinio moderno. Sin embargo, el Cuarto Circuito explicó que la línea de casos que empiezan con el caso *Meyer* hasta la decisión de 1976 de la Corte Suprema en el caso *Runyon*, consistentemente, sostiene que la regulación razonable por el Estado era permisible, incluso cuando existía un conflicto con el interés de libertad de los padres. El tribunal equiparó este lenguaje a la revisión de base racional y sostuvo que el distrito escolar tenía un interés legítimo en enseñar a los estudiantes el valor del servicio comunitario.⁶⁹

⁶⁶ *Parker v. Hurley*, 514 F.3d 87, 101 (1er. Cir. 2013). Russo, C., 2008, pp. 1, 8 ("Con respecto a las reclamaciones de los padres sobre el debido proceso y el libre ejercicio, la Corte Suprema rechazó la apelación en el juicio *Troxel v. Granville (Troxel)* en defensa de su derecho "a tomar decisiones relativas al cuidado, custodia y control de sus hijos". El Tribunal de Primer Circuito defendió la pluralidad en *Troxel* sobre la base de que el análisis de la Corte Suprema tocaba casos que comprendían la custodia de los niños y el control fundamental de la educación de sus hijos, como en *Yoder*. Además, el tribunal interpretó que *Troxel* no abordaba el criterio de revisión en casos de debido proceso"). Véase también Brandon W., T., 2010, pp. 541, 573 ("Al definir el alcance del derecho de los padres a controlar la educación de los hijos para poder excluir las decisiones de la escuela en el hogar o la aplicación de un estándar de revisión distinto al que normalmente se aplica en violaciones de derechos fundamentales, los tribunales han tomado pasos doctrinales preocupantes").

⁶⁷ Lai, A., 2011, pp. 315, 321 ("El Primer Circuito definió con precisión los derechos de los padres al debido proceso en relación con la educación de sus hijos").

⁶⁸ *Herndon by Herndon v. Chapel Hill-Carrboro City Bd. of Education*, 89 F.3d 174, 176 (4o. Cir. 1996).

⁶⁹ *Herndon by Herndon v. Chapel Hill-Carrboro City Bd. of Education*, en 179.

El Quinto Circuito también aplicó la revisión de base racional para analizar la política del uso obligatorio de uniformes en una escuela.⁷⁰ Los padres argumentaron que la política violaba su derecho fundamental de controlar la educación de sus hijos y que el escrutinio estricto era el nivel de escrutinio apropiado. El Quinto Circuito rechazó el argumento de los padres y aplicó el de la revisión de base racional para confirmar la legislación, razonando que *Troxel* no cubría una política de uniformes escolares debido a que "el derecho parental no [es] absoluto en el contexto de la escuela pública y puede estar sujeto a regulaciones razonables". Citando los casos *Meyer* y *Pierce*, el Quinto Circuito razonó además que su decisión "sigue al menos ochenta años de precedentes que analizan el derecho parental en el contexto de educación pública bajo un estándar de racionalidad".⁷¹

El Tribunal de Apelaciones del Sexto Circuito aplicó la revisión de base racional cuando el padre de un estudiante de escuela secundaria impugnó el código de vestimenta de la escuela como una violación a la decimocuarta enmienda en relación con su derecho al debido proceso para supervisar la educación de su hijo.⁷² Al rechazar la demanda del padre, el Sexto Circuito sostuvo que "[s]i bien los padres pueden tener un derecho fundamental a decidir si envían a sus hijos a una escuela pública, no tienen un derecho fundamental general de dirigir *la manera* en que las escuelas públicas educan a sus hijos", debido a que esos asuntos están comprometidos bajo la supervisión de las autoridades locales y estatales. Además, el tribunal concluyó que el padre no había aportado suficiente evidencia para demostrar que el código de vestimenta había fallado en satisfacer el principio de razonabilidad.⁷³

En el Séptimo Circuito, una escuela religiosa y privada presentó una demanda impugnando el estatuto social de una asociación de preparato-

⁷⁰ *Littlefield v. Forney Indep. Sch. Dist.*, 268 F3d 275, 291 (5o. Cir. 2001).

⁷¹ *Littlefield v. Forney Indep. Sch. Dist.*, en 289.

⁷² *Blau v. Fort Thomas Pub. Sch. Dist.*, 401 F3d 381, 396 (6o. Cir. 2005).

⁷³ *Blau v. Fort Thomas Pub. Sch. Dist.*

ria que autorizaba el intercambio de un estudiante seleccionado para el área deportiva, sólo si dicho intercambio era desde una escuela privada a una pública.⁷⁴ El Séptimo Circuito rechazó el argumento de la escuela de que la norma de intercambio afectaba el derecho fundamental de los padres a dirigir la educación de sus hijos. El tribunal explicó que la revisión de base racional, en lugar de un escrutinio estricto, era la apropiada y defendió la política de intercambio.⁷⁵

En el Noveno Circuito, en tanto, unos padres "habían alegado [...] que el distrito escolar violó su derecho fundamental 'de supervisar la crianza de sus hijos menores' [...] mediante la aplicación de cuestionarios de evaluación psicológica que contenían diversas preguntas referentes a temas sexuales".⁷⁶ El Noveno Circuito rechazó el argumento de los padres y sostuvo que, a pesar de que la cláusula del debido proceso de la decimo-cuarta enmienda protegía su derecho de supervisar la educación de sus hijos, ésta no incluía el derecho a dirigir la manera en que una escuela pública educa a sus hijos. Por tanto, la revisión de base racional era la apropiada.⁷⁷ Una vez más, para evitar alguna revisión intensiva, el tribunal excluyó el problema parental del ámbito de los derechos parentales.

Los tribunales de distrito han aplicado, en diversas ocasiones, la revisión de base racional cuando consideran restricciones estatales sobre los derechos parentales. Por ejemplo, los padres de unos estudiantes de secundaria impugnaron la validez de una política escolar que obligaba a los estudiantes a llevar uniformes.⁷⁸ El tribunal federal de distrito sostuvo que los padres no tenían un derecho fundamental a dirigir el código de vestimenta o la política de uniformes de la escuela y que la revisión con base racional era la apropiada. Para apoyar dicha decisión, el tribunal analizó que la política tenía una relación racional con respecto al propósito

⁷⁴ *Griffin High Sch. v. Illinois High Sch. Ass'n*, 822 F.2d 671, 672-73 (7o. Cir. 1987).

⁷⁵ *Griffin High Sch. v. Illinois High Sch. Ass'n*, en 674.

⁷⁶ *Fields v. Palmdale Sch. Dist.*, 447 F.3d 1187, 1188 (9o. Cir. 2006) (*per curiam* "por el tribunal").

⁷⁷ *Fields v. Palmdale Sch. Dist.*, 447 F.3d 1187, 1188 (9o. Cir. 2006).

⁷⁸ *Derry v. Marion Cmty. Sch.*, 790 F. Supp. 2d 839, 842 (N.D. Ind. 2008).

gubernamental legítimo sobre el esfuerzo de la escuela de mejorar la disciplina en el estudiante, el rendimiento escolar y las actividades disruptivas de las pandillas.⁷⁹

Los tribunales federales de primera instancia también han analizado la aplicación de un escrutinio intermedio con respecto a violaciones a los derechos parentales. Por ejemplo, en un caso, un grupo de padres presentó una solicitud para ordenar una aplicación estricta de la ley sobre un toque de queda juvenil.⁸⁰ El tribunal explicó que el derecho fundamental de los padres se enfoca en la crianza en casa y en la educación formal de sus hijos, mas no incluye la habilidad unilateral del padre/madre para determinar unilateralmente cuándo y si los niños estarán en la calle, especialmente de noche. De conformidad con el tribunal, incluso el derecho en cuestión era de naturaleza fundamental, por lo que el nivel de escrutinio intermedio era el apropiado.⁸¹

En otro caso, los padres impugnaron un reglamento local que requería una licencia para la petición de donaciones de puerta en puerta, y prohibió que niños menores a los dieciséis años de edad realizaran peticiones sin la compañía de un padre o tutor, argumentando que dicha actividad violaba su decimocuarta enmienda sobre el derecho al cuidado, la custodia y el control sobre los hijos.⁸² Citando a *Troxel, Meyer y Pierce*, el tribunal reconoció que los padres tienen un derecho fundamental al cuidado, la custodia y el control sobre sus hijos. Tras la restricción del reglamento sobre el derecho de los padres para permitir que sus hijos salieran libremente en la noche, el tribunal analizó que un escrutinio intermedio era el apropiado, pero la constitucionalidad del reglamento no podía determinarse en ese momento.

⁷⁹ *Derry v. Marion Cmty. Sch.* en 851.

⁸⁰ *Hutchins v. District of Columbia*, 188 F.3d 531, 535 (D.C. Cir. 1999) (en banc "en pleno"). Véase también *Schleifer v. City of Charlottesville*, 159 F.3d 843, 847 (4o. Cir. 1998), otro caso rechazado por el tribunal en relación con el derecho fundamental de los padres argumentado conforme a *Yoder, Stanley y Meyer*, aunque se inclinó por un nivel de escrutinio intermedio.

⁸¹ *Hutchins*, 188 F.3d en 531.

⁸² *New York Youth Club v. Town of Smithtown*, 867 F. Supp. 2d 328, 332 (E.D.N.Y. 2012).

En algunos casos, sin embargo, los tribunales federales han aplicado un escrutinio *estricto* sobre violaciones a los derechos parentales. Por ejemplo, en un caso, los padres argumentaron que la ley estatal que exigía a los estudiantes recitar el juramento a la bandera o el himno nacional cada mañana, violaba sus derechos de la decimocuarta enmienda.⁸³ El tribunal estuvo de acuerdo con los padres y aplicó un escrutinio estricto, argumentando que la normativa era inconstitucional.

Citando a *Meyer*, *Pierce* y *Troxel*, el tribunal razonó que los padres tenían el derecho fundamental a dirigir la crianza y el cuidado de sus hijos con libertad.⁸⁴ A partir del voto concurrente del Juez Thomas en *Troxel*, el tribunal determinó que el escrutinio estricto era el nivel apropiado de escrutinio teniendo en cuenta el derecho fundamental en cuestión.

En otro caso, el Noveno Circuito consideró un toque de queda.⁸⁵ El tribunal entendió los derechos parentales de la siguiente manera:

[e]l derecho a criar a los hijos sin interferencias gubernamentales indebidas es un componente fundamental del debido proceso. El debido proceso sustantivo conforme a la decimocuarta enmienda "prohíbe al gobierno infringir ciertos derechos de libertad *en absoluto*, sin importar el tipo de proceso previsto, a menos que la restricción o infracción al derecho se ajuste estrictamente al cumplimiento de un interés imperioso del gobierno".⁸⁶

Por tanto, los tribunales de primera instancia han diferido en sus enfoques debido a la ausencia de orientación por parte de la Corte Suprema.

⁸³ *Circle Sch. v. Phillips*, 270 F. Supp. 2d 616 (E.D. Pa. 2003), *aff'd in part sub nom.* *Circle Sch. v. Pappert*, 381 F.3d 172 (3er. Cir. 2004). Sin embargo, el Tercer Circuito rechazó establecer el asunto de la decimocuarta enmienda en su decisión en *Circle Sch. v. Pappert*, 381 F.3d 172, 183 (3er. Cir. 2004).

⁸⁴ "Posteriormente, los tribunales de todo el país, incluyendo los tribunales de los estados que aquí se examinan, han citado a *Troxel* para la materia expuesta por primera vez en *Meyer v. Nebraska* hace más de ochenta años: Los padres tienen un derecho fundamental a controlar el cuidado y la custodia de sus hijos". Stotland, E. y Godsoe, C., 2006, p. 9.

⁸⁵ Véase *Nunez v. City of San Diego*, 114 F.3d 935, 938 (9o. Cir. 1997).

⁸⁶ *Nunez v. City of San Diego*, en 951-952 (cita omitida) (citando a *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 302 (1993)).

El nivel de escrutinio aplicado por los tribunales de primera instancia se relaciona con su entendimiento sobre los derechos parentales, el cual difiere entre ellos. En ocasiones, también han rechazado, sin dar mucha explicación, que los derechos parentales incluyan un asunto particular de paternidad.

Para incrementar la coherencia a través de los tribunales de primera instancia, algunos observadores han instado a la Corte Suprema a que simplemente estipule un nivel de escrutinio. Hasta ahora, no se ha acordado qué nivel es el apropiado, y se han utilizado varios niveles en los procedimientos locales de interferencia a los derechos parentales. Sin embargo, existe una manera para explicar y justificar el uso actual de los diferentes niveles de escrutinio en los derechos parentales, mientras se siguen clarificando los estándares jurídicos para contar con un procedimiento judicial más predecible y coherente.

3. Un nuevo marco para la selección del nivel de escrutinio

Puede haber diversas razones que justifiquen la falta de un nivel de escrutinio apropiado en relación con los casos donde se discute un derecho parental. Una razón poco teorizada destaca que el derecho parental es muy complejo y abarca diferentes asuntos que afectan de diferente manera la esencia de la paternidad como para tener un único nivel de escrutinio. Si la complejidad de los derechos parentales es el obstáculo para articular un nivel de escrutinio en los casos en la materia,⁸⁷ este artículo propone dos nuevos modelos para que, por medio de ellos, se visualicen dichos derechos. Ello, con el objetivo de facilitar la orientación sobre un apropiado nivel de escrutinio que pueda ser dinámico y

⁸⁷ Véase Witte, *D.*, *op. cit.*, p. 183 (explica "las tres teorías interpretativas e independientes de la novena enmienda que han sido utilizadas por los defensores del derecho de los padres de controlar la crianza de su hijo: la teoría del derecho natural, la interpretación de la intención original y el análisis de la política pública"). Véase también Tomaine, S., 2001, p. 781 (propone un supuesto que favorezca a los padres frente a los estatutos de visita de terceros).

que se adapte al tema parental en cuestión. El primero consiste en utilizar una *escala móvil* para determinar el nivel de escrutinio de acuerdo con la carga de la prueba en los procedimientos de interferencia locales sobre la esencia de la paternidad. El segundo es *desglosar los derechos parentales* (genéricos) en sus partes constitutivas y seleccionar un nivel de escrutinio distinto matizado por cada una de éstas, en función del peso de interés parental involucrado.

a. Falta de un nivel de escrutinio consistente

Existen diversas razones que justifican la falta de un nivel de escrutinio consistente en casos de derechos parentales. Esta gama va desde la resistencia de la Corte Suprema por crear nuevos derechos conforme a la cláusula del debido proceso, a la decisión intencional de la Corte de dejar indefinido el alcance del derecho fundamental de los padres, y hasta la doctrina de la abstención. Sin embargo, estas razones no son suficientes para explicar el problema.

Específicamente, la falta de orientación por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos con respecto al nivel de escrutinio apropiado para los derechos parentales no puede ser el objetivo de la Corte, debido a su función de clarificar el derecho para los tribunales de primera instancia.⁸⁸ Además, la doctrina de abstención no resulta convincente,⁸⁹ al menos parcialmente, ya que estaría en contravención con la función de la Corte Suprema de

⁸⁸ "La lucha de la Corte Suprema por precisar su posición no podrá considerarse simplemente como accidental. Al contrario, la ambivalencia que rodea la jurisprudencia en relación con los derechos familiares es indicativa de la reticencia de la Corte a permitir que la esfera familiar se fortificara lo suficiente, por lo que previno la intervención estatal regular". Richard, S., 2007, pp. 140, 166.

⁸⁹ Véase Johnson, M., 2009, pp. 170-171. El autor explica que, a pesar de algunos tribunales federales inferiores, el Tribunal Supremo nunca ha elaborado una doctrina de abstención general en el ámbito de las relaciones domésticas. En las decisiones de la Suprema Corte en *Quackenbush v. Allstate Insurance Co.*, 517 U.S. 706 (1996), y *Colorado River Water Conservation District v. United States*, 424 U.S. 800 (1976), el autor señala que "[l]os tribunales federales tienen un deber 'estricto' y 'prácticamente inquebrantable' de ejercer la jurisdicción conferida por el Congreso"; y que "la [a]bstención sigue siendo la excepción [y] no la norma". Además, el autor sugiere que "la existencia de una cuestión federal debería propiciar que los tribunales federales fueran más prudentes sobre la abstención en lugar de lo contrario", se declara que "en ciertos contextos, la Corte Suprema ha

establecer niveles de escrutinio adecuados.⁹⁰ Por último, a pesar de que la Corte es reacia a crear y ampliar nuevos derechos,⁹¹ el derecho de los padres al cuidado, custodia y control sobre sus hijos se encuentra entre los primeros que vieron la luz por vía de interpretación judicial.⁹²

Una posible razón para entender la falta de un nivel de escrutinio articulado, que no ha sido estudiada lo suficiente en la literatura, es que el derecho de los padres al cuidado, la custodia y el control es demasiado complejo para un único nivel de escrutinio. De hecho, no sólo hay muchos derechos inherentes a los derechos parentales en general, sino que también abarcan ámbitos tanto públicos como privados, que van desde la crianza en casa, hasta saber el tipo de escuela en la que se inscribirá al niño o la niña. Estas características de los derechos parentales hacen que se haya eludido la resolución más simple, que es la selección de un único nivel de escrutinio.⁹³ En cambio, debido a la falta de orientación, los tribunales inferiores han estado aplicando incoherentemente diferentes niveles de escrutinio, generando confusión. A su vez, estos tribunales también están excluyendo, sin suficiente explicación, ciertos asuntos parentales del ámbito de los derechos parentales.⁹⁴

Como ilustra la divergencia de criterios entre los tribunales de primera instancia en casos de derechos parentales, resulta difícil lograr consis-

considerado que la abstención es inapropiada, debido a las importantes quejas constitucionales presentadas". (En Johnson, M., *op. cit.*, pp. 170-171).

⁹⁰ Véase Krotoszynski, *Epitaphios*.

⁹¹ Ake, A. K., 2006, pp. 787, 807. Ake destaca la reticencia del Tribunal Supremo a crear nuevos derechos en virtud de la cláusula del debido proceso. El ejemplo que Ake utiliza para apoyar la afirmación de que el Tribunal Supremo es reticente a crear nuevos derechos conforme a la decimocuarta enmienda es la sentencia de la Corte en *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 112 (1989). Ake, A. K. *op. cit.*, pp. 807-808. En *Michael H.* (808), "el principio de pluralidad establece que el [objetivo] de la decimocuarta enmienda es evitar que las generaciones futuras hagan a un lado la importancia de los valores tradicionales —no el permitir que los tribunales creen nuevos—. Por tanto, Ake sugiere que "la Corte, a propósito, ha dificultado la expansión de los derechos sustantivos del debido proceso conforme a la decimocuarta enmienda". *Michael H.* (808).

⁹² Garza, S., *op. cit.*, p. 927.

⁹³ Véase *supra* apartado 3(a).

⁹⁴ Véase *supra* apartado 2.

tencia judicial sin un nivel de escrutinio.⁹⁵ La solución más sencilla para la Corte Suprema de los Estados Unidos es que articule un nivel de escrutinio apropiado en su siguiente caso sobre derechos parentales. Sin embargo, no existe un consenso que establezca cuál debe ser ese nivel. El Juez Thomas ha sugerido un nivel de escrutinio estricto,⁹⁶ muchos de los tribunales de primera instancia utilizan una revisión menos rigurosa, y los especialistas también tienen opiniones divididas sobre si se podría aplicar un escrutinio estricto.

Hay varias razones para la vacilación sobre si aplicar un escrutinio estricto para los casos de derechos parentales. En primer lugar, gran parte de los precedentes sobre los derechos parentales son producto de su propio tiempo.⁹⁷ El Juez Scalia manifestó que sólo unos pocos casos de la Corte, relativos a los derechos parentales, se habían basado en el debido proceso sustantivo.⁹⁸ "[*Meyer y Pierce*], leídos como casos de ejercicio de derechos parentales, son vistos como los dos únicos casos restantes que se fundamentan en la cláusula del debido proceso sustantivo de la era *Lochner* y que constituye derecho vigente y la Suprema Corte los menciona como un punto de partida en gran parte de su análisis moderno del debido proceso sustantivo".⁹⁹

⁹⁵ Véase Ross, W. G., 2000, pp. 182-183 ("Mientras que *Troxel* demuestra la importancia que siguen teniendo *Meyer y Pierce*, también ilustra el enigma que siguen teniendo esas decisiones. Aunque el Juez Kennedy señaló en su voto particular, de manera apropiada, que todos los jueces parecían estar de acuerdo en que "los padres custodios tiene el derecho constitucional de determinar, sin la interferencia indebida del Estado, la mejor manera de criar, alimentar y educar a sus hijos", varios miembros de la Corte interpretaron este derecho de diferente manera. Tanto la opinión de pluralidad o de mayoría relativa de cuatro jueces como el voto concurrente del Juez Souter se basaron en gran medida en *Meyer y Pierce* para argumentar que los padres tienen un poderoso interés en controlar las asociaciones personales de sus hijos". Sin embargo, como reconoció el Juez Souter, en su voto concurrente, las decisiones de la Corte "no han establecido límites exactos del interés protegido de un padre en la relación con su hijo". Por tanto, no es de sorprenderse, como señaló el Juez Thomas en su voto concurrente —en el que argumentó a favor del escrutinio estricto—, que las opiniones de la Corte y del juez Souter no articularan un estándar de revisión para la legislación que interfiere con los derechos parentales enunciados en *Meyer y Pierce*") (notas al pie omitidas).

⁹⁶ Véase *supra* apartado 2(a).

⁹⁷ Lawrence, "Substantive Due Process and Parental Rights", 77 (afirma que el razonamiento de la Corte en *Meyer* era rutinario en la época de *Lochner* y establece que la Corte se basó en la decimocuarta enmienda de una manera "limitada y periférica").

⁹⁸ Véase *supra* apartado 2.

⁹⁹ Lawrence, S., *op. cit.*, p. 71.

Una segunda razón puede ser la siguiente. Los derechos fundamentales no siempre dan lugar a un escrutinio estricto.¹⁰⁰ De hecho, existe mucha jurisprudencia en la que se aplica algo mucho menos intenso que un escrutinio estricto para dichos derechos.¹⁰¹ Esta misma cuestión surgió después de *Obergefell*, donde es posible que la Corte Suprema haya aplicado un escrutinio que no puede calificarse como estricto, a pesar de mencionar que el derecho a contraer matrimonio es una de las libertades fundamentales.¹⁰² Además, el acceso a los tribunales es un derecho fundamental, pero en un caso la Corte rechazó llevar a cabo un análisis de escrutinio estricto de ciertas disposiciones de la Ley de Reforma de Litigios Penitenciarios, y en su caso aplicó sólo un fundamento racional.¹⁰³

Adam Winkler ha mencionado en su investigación empírica que los tribunales "tienden a rechazar otro tipo de violaciones del debido proceso sustantivo: las restricciones sobre los derechos de los padres a controlar la educación de los hijos o hijas".¹⁰⁴ Al examinar el escrutinio estricto, Winkler ha observado que el contexto es importante. Su metodología se basó en los resultados de todas las decisiones de escrutinio estricto

¹⁰⁰ "Los derechos fundamentales no desencadenan un escrutinio estricto, al menos, no todo el tiempo. De hecho, el escrutinio estricto —un estándar de revisión que pregunta si una ley impugnada es el medio menos restrictivo para cumplir los objetivos gubernamentales— en casos de derechos fundamentales se aplica muy rara vez. Algunos derechos fundamentales activan un escrutinio intermedio, mientras que otros sólo se protegen mediante una revisión de base racional. Otros derechos fundamentales están regidos por normas categóricas, sin ningún tipo de "escrutinio" formal o estándar de revisión. De hecho, sólo un pequeño subconjunto de derechos fundamentales se somete a un escrutinio estricto, e incluso entre ellos el escrutinio estricto se aplica sólo en ocasiones. En conclusión, la noción de que las restricciones gubernamentales sobre los derechos fundamentales están sujetas a la revisión de escrutinio estricto es fundamentalmente errónea." Winkler, A., 2006b, pp. 227-228.

¹⁰¹ Véase *supra* apartado 2.

¹⁰² Véase Robson, R., 2013.

¹⁰³ *Imprisoned Citizens Union v. Shapp*, 11 F. Supp. 2o. 586, 602 (E.D. Pa. 1998), *aff'd sub nom. Imprisoned Citizens Union v. Ridge*, 169 F.3d 178 (3er. Cir. 1999). En otro caso, la Corte se negó a aplicar un escrutinio estricto a una ley que impedía que cierta clase de delinquentes recibieran licencias de detective privado o de guardia de seguridad, aunque "el derecho a tener un empleo específico es un derecho vital y constitucionalmente protegido". *Smith v. Fussenich*, 440 F. Supp. 1077, 1079 (D.C. Conn. 1977). Sin embargo, la Corte no afirmó que el derecho fuera fundamental, sino sólo vital y constitucionalmente protegido.

¹⁰⁴ Winkler, A., 2006a, p. 864.

publicadas por los tribunales de distrito, de circuito y superior, entre 1990 y 2003.¹⁰⁵

Otros especialistas han formulado comentarios similares sobre la dificultad de aplicar un escrutinio estricto en casos de derechos parentales.¹⁰⁶ Por ejemplo, David Meyer afirma que en esos casos debería aplicarse un escrutinio intermedio porque "la rigidez de un análisis tradicional sobre los derechos fundamentales lo vuelve inadecuado para la tarea de mediar los complejos y entrecruzados intereses privados y públicos que normalmente están en juego en el ámbito familiar".¹⁰⁷ Además, Meyer ha sugerido que la Corte Suprema reconoce al escrutinio intermedio como el nivel de escrutinio apropiado.¹⁰⁸

A pesar de que la Corte Suprema ha establecido que los padres tienen un derecho fundamental, Meyer señala que la Corte es reacia a adoptar un escrutinio estricto.¹⁰⁹ Según Meyer, algunas veces los tribunales de primera instancia aplican un escrutinio intermedio, mientras que "un puñado [...] ha aplicado escrutinio estricto".¹¹⁰ Por tanto, Meyer recalca la necesidad de que la Corte Suprema acepte de manera abierta que un escrutinio *intermedio* es el apropiado, con el propósito de asegurar los derechos privados de la familia y evitar confusiones.¹¹¹

Un método que los tribunales han aplicado para evitar la selección de un nivel de escrutinio en los casos de derechos parentales ha sido el excluir, en su totalidad, ciertos asuntos del derecho al cuidado, la custodia y el control sobre un niño o una niña.¹¹² Sin embargo, al hacerlo, parece que los tribunales han trazado líneas arbitrarias. Es problemático decir que si

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 795.

¹⁰⁶ Para más información sobre el escrutinio estricto, véase Fallon Jr., R. H., 2007, p. 1267. Véase también SHULMAN, J., 2014, p. 3.

¹⁰⁷ Meyer, D., 2000, p. 527.

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 549. Véase, p. ej., Michael H. v. Gerald D., 491 U.S. 110 (1989).

¹¹⁰ Meyer, D., *op. cit.*, p. 547.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 577.

¹¹² Véase *supra* apartado 2, notas 65-67, 77 y texto adjunto.

un asunto implica a un progenitor ello no activa su derecho parental; especialmente, cuando incluye el cuidado y el control sobre el niño o la niña. Esto es lo que han estado haciendo los tribunales hasta ahora.¹¹³

En resumen, a pesar de que los especialistas han pedido por años que la Corte Suprema de Estados Unidos establezca un nivel de escrutinio para los derechos parentales, ésta todavía no lo ha precisado. Si esto se debe a que los derechos parentales son demasiado complejos, entonces éstos se deberían desmenuzar para facilitar el establecimiento de un nivel de escrutinio. En otras palabras, la disociación de actividades de los derechos parentales entre cada uno de sus elementos podría permitir un enfoque más sutil para la selección de un nivel de escrutinio, en función de la cuestión parental exacta que esté en juego. Por ejemplo, la protección del derecho de los padres a la custodia podría ser más convincente que la protección de la decisión de los padres de evitar que el niño o la niña reciba el suministro de anticonceptivos que se ofrecen en los consultorios médicos de las escuelas.¹¹⁴ Sin embargo, el derecho vigente es complicado e incoherente con respecto a estos asuntos, lo que permite que los padres puedan, por ejemplo, prohibir el acceso a educación sexual del hijo o la hija, a la vez que no se requiere el consentimiento de esos mismos padres para otro tipo de decisiones reproductivas de los niños y las niñas.¹¹⁵

Puede ser que la complejidad de los derechos parentales impida establecer un solo nivel de escrutinio porque las diferentes cuestiones parentales merecen diferentes niveles de deferencia hacia los padres. Si los

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ Para un caso de distribución de preservativos en escuelas públicas, véase *Alfonso v. Fernandez*, 606 N.Y.S.2d 259, 265 (N.Y. App. Div. 1993) (encuentra un "interés estatal imperioso" necesario para anular los derechos de los padres en una disputa sobre la distribución de preservativos en las escuelas de la ciudad de Nueva York).

¹¹⁵ Véase Manian, M., 2016, pp. 139-140; véase también Percival, K. y Sharpe, E., 2012, pp. 426-441 (sobre las variaciones en la política estatal de la educación sexual). Sin embargo, los temas relacionados con la sexualidad son particularmente complicados, ya que suelen estar en el centro de los desacuerdos culturales en Estados Unidos. Véase, p. ej., Merriam, J., 2007, p. 539.

derechos parentales evitan establecer un nivel de escrutinio, entonces, un marco para esos derechos puede ayudar a organizar los enfoques judiciales de dichos casos, haciéndolos más consistentes y predecibles. De hecho, seleccionar un nivel de escrutinio puede resultar difícil debido a las múltiples funciones que desempeñan los padres y a la complejidad de los derechos parentales, y su lugar tanto en ámbitos públicos como privados.

Este capítulo facilita un enfoque dinámico para la selección de un nivel de escrutinio que ofrece dos maneras de ver los derechos parentales: como un conjunto de derechos o como una escala móvil. Estas concepciones sobre los derechos parentales explican y justifican el actual uso judicial de varios niveles de escrutinio, pero también facilita la selección de un nivel de escrutinio apropiado de una manera más consistente y predecible.

b. Conceptualizar los derechos parentales

Este texto propone dos maneras diferentes de conceptualizar los derechos parentales, las cuales facilitan el establecimiento de un nivel de escrutinio para los procedimientos de interferencia del Estado, aun cuando presentan similitudes. La principal similitud es que ambas permiten ajustar el nivel de escrutinio en función de la carga impuesta sobre la esencia de la paternidad, lo que explica y justifica el enfoque actual, al tiempo que aportan transparencia, economía judicial, previsibilidad y consistencia en esta área del derecho familiar. Cualquier otra resolución necesita abordar igualmente los desafíos de establecer el nivel de escrutinio para los derechos parentales, debido a su complejidad.

1. Escala móvil: variación en el nivel de escrutinio

El modelo de escala móvil de los derechos parentales contemplaría los diferentes derechos inherentes al cuidado, la custodia y el control sobre

un niño o niña.¹¹⁶ Los derechos fundamentales de la paternidad podrían estar en un extremo de la escala y aquellos que se consideren periféricos podrían estar en el otro. El nivel de escrutinio aumentaría a medida que la carga sobre la esencia de la paternidad se intensifica a lo largo de la escala móvil. En otras palabras, cuanto más cerca esté el asunto parental de las funciones más importantes de la paternidad, la revisión por parte de los tribunales será más estricta.

Este enfoque tiene diversas virtudes, entre ellas, la flexibilidad de utilizar el escrutinio en función del grado de deferencia que se le otorga al padre o la madre.¹¹⁷ En otras palabras, estar más cerca de la esencia de la paternidad hará que los derechos parentales tengan mayor fundamento constitucional para su reconocimiento y protección.

El enfoque de escala móvil no requiere que se asigne un nivel absoluto de escrutinio para un subderecho particular, sino que permitirá un movimiento fluido a lo largo de una escala. Por ejemplo, podría ajustarse mejor para hacer frente a una mínima o involuntaria violación de los dere-

¹¹⁶ En el contexto de igualdad:

El método de escala móvil difiere conceptualmente del actual estándar de revisión de tres niveles. El modelo de tres niveles intenta clasificar a los derechos como fundamentales o no fundamentales. Este sistema rígido no toma en cuenta la importancia relativa de los derechos de aquellos afectados, sino que sólo determina si un derecho es fundamental o no. El enfoque de escala móvil no arroja derechos o proposiciones como fundamentales o no fundamentales. En su lugar, un enfoque de escala móvil pondera al derecho conforme a su nivel de importancia relativa. Los derechos fundamentales siguen siendo reconocidos, pero también lo son otros no fundamentales. Todos los derechos no fundamentales no reciben automáticamente el estándar de revisión más bajo. Los derechos vitales, cruciales, sustanciales o moderados reciben alguna forma variable de escrutinio, dependiendo de la importancia relativa del derecho.

Baroutjian, R. S., 1997, pp. 1277, 1317 (notas a pie omitidas). "[I]ncluso la jurisprudencia actual en el área de la segunda enmienda está empezando a tomar una variación de una versión de escala cuasi-variable de la jerarquización formal". Wright, G. R., *op. cit.*, p. 182, n.78 (cito a *Ezell v. City of Chicago*, 651 F.3d 684, 703 (7o. Cir. 2011) ("Tomando prestada la doctrina de la primera enmienda de la Corte, el rigor de la revisión judicial dependerá de la cercanía de la ley sobre el núcleo del derecho de la segunda enmienda y de la severidad de la carga de la ley sobre el derecho."))

¹¹⁷ "[Una] escala móvil elimina los aumentos y descensos discretos de los niveles de escrutinio más tradicionales". Wright, *op. cit.*, p. 167. Véase Winkler, 2006a, *op. cit.*, p. 797 ("Aunque sigue siendo cierto que la mayoría de las leyes sujetas a un escrutinio estricto fracasan y que el gobierno suele enfrentarse a una onerosa tareas de defensa de las leyes bajo este estándar, el escrutinio estricto no es tan mortal como se ha enseñado durante generaciones a los abogados.")

chos cercana del núcleo de la paternidad, así como una violación de derecho más sustancial y gravosa de los derechos que esté más alejada del núcleo. A su vez, este enfoque no requiere que los tribunales excluyan cuestiones esenciales del ejercicio de los derechos parentales y que implican a los padres. En su lugar, los tribunales pueden ser deferentes ante el Estado, al mismo tiempo que reconocen un derecho parental en función del lugar que ocupa en la escala construida en referencia a la esencia de la paternidad y, por tanto, utilizar un escrutinio racional.

Esta escala, sin embargo, tiene sus inconvenientes. En especial, este enfoque adolece de algunos de los problemas del enfoque actual, a pesar de que los indicadores están definidos a lo largo de la escala para determinar dónde se deben ubicar los derechos. Es verdad que mientras que los dos extremos de la escala son fáciles de definir porque son extremos, existen áreas grises a lo largo de la escala móvil, lo que pone en peligro los objetivos de transparencia y certidumbre. La fluidez de los derechos a lo largo de la escala móvil también puede dañar la previsibilidad. Finalmente, este modelo para la comprensión de los derechos parentales sigue hablando en generalidades y grupos, lo cual dificulta su coherencia.

2. Conjunto de derechos: asignar un nivel de escrutinio específico a subderechos

Otro modelo para el tratamiento de casos tocantes a los derechos parentales es aquel que los considera un conjunto de derechos similar al *puñado de derechos* (*bundle of rights*), similar a la idea de *puñado de palillos* (*bundle of sticks*) que se usa en la terminología sobre propiedad.¹¹⁸ Cada derecho

¹¹⁸ "Durante gran parte del siglo XX, los juristas conceptualizaron la propiedad como un 'puñado de derechos' [*bundle of rights*]. La metáfora del 'puñado de derechos' capta bien la forma en que los intereses de la propiedad pueden dividirse a lo largo del tiempo, como en el caso de los derechos presentes y futuros, y entre diferentes personas, como en el caso de los intereses concurrentes (por ejemplo, tenencias conjuntas) y las comunidades de interés común (por ejemplo, régimen de condominios)". Baron, J. B., 2013, p. 58.

inherente de los derechos parentales en general al cuidado, la custodia y el control sobre el hijo o la hija podría separarse y asignársele un nivel particular de escrutinio, en función de su cercanía a la esencia de la paternidad. Hay muchos derechos en este puñado y cada uno podría tener un nivel de escrutinio individual.

La esencia de la paternidad estaría en el centro del conjunto de derechos, y las leyes federales que buscan restringirla recibirían un escrutinio estricto. Los derechos del paquete del escrutinio no estricto van a ser esos que se encuentren en la periferia, que se alejan del centro de la paternidad.

Las críticas formuladas contra la idea de puñado de palillos (*bundle of sticks*) que se han desarrollado en el campo del derecho de propiedad podrían aplicarse al contexto del derecho familiar, incluyendo aquella que sostiene que no se trataría más que de un conjunto suelto de derechos.¹¹⁹ Además, al igual que en el enfoque actual, puede ser difícil determinar qué derecho (*stick*) pertenece al puñado y qué nivel de escrutinio debería de recibir cada uno. Además, existen más derechos absolutos en el modelo de puñado de derechos que en el de escala móvil de los derechos parentales —un subderecho está unido a un derecho más amplio (*stick*) con un nivel de escrutinio, en lugar de deslizarse con fluidez entre los niveles de escrutinio. Finalmente, este esquema asume que los casos suelen tener una única y mejor descripción, en lugar de posibles descripciones en conflicto.

Comparado con el modelo de conjunto de derechos, el modelo de escala móvil tiene las ventajas de relativa flexibilidad y similitud con el enfoque actual. Sin embargo, ambos modelos tienen ventajas y desventajas, pero

¹¹⁹ "La metáfora [*bundle of sticks*] ha sido objeto de continuos ataques por su supuesta sugerencia implícita de que la propiedad carece de un núcleo estable y no comprende más que un puñado o racimo de derechos de uso vagamente ensamblados e infinitamente disgregables". Fennell, L. A., 2012, pp. 155, 178-179.

son útiles para introducir un marco que ayude a determinar el apropiado nivel de escrutinio en los casos vinculados a los conflictos sobre el ejercicio de los derechos parentales.

c. Selección de un nivel de escrutinio

Conceptualizar los derechos parentales ya sea como escala móvil o como un conjunto de derechos facilita un marco que puede traer previsibilidad y coherencia para la selección de un nivel de escrutinio. Sin embargo, ambos modelos tienen algunos puntos en común que vale la pena identificar para detectar su eficacia. Cualquier otro marco potencial puede necesitar la integración de características compartidas por estos modelos para abordar la complejidad de los derechos parentales.

Un punto clave en común es que ambos modelos permiten diferentes niveles de escrutinio en reconocimiento de que no todos los asuntos parentales tienen el mismo peso, desde las preferencias curriculares de una escuela pública hasta los procedimientos para separar a un niño o niña de la casa de los padres. Por lo tanto, estos modelos propuestos permiten el escrutinio estricto de las restricciones directas y del núcleo de la paternidad y un escrutinio menor para las restricciones meramente incidentales.

Por lo tanto, hasta cierto punto, ambos modelos facilitan soluciones orgánicas porque los tribunales ya se encuentran utilizando diferentes niveles de escrutinio en casos de derechos parentales.¹²⁰ Por ejemplo, aunque universalmente se reconoce que los niños y niñas deben vivir con sus padres de origen¹²¹ estos últimos, generalmente, no tienen el derecho a excluir a sus hijos e hijas del currículo de una escuela pública.¹²² El modelo de escala móvil —cuando se compara con el modelo del "puñado de derechos"— se aproxima a la manera en que los tribunales están variando

¹²⁰ Véase *supra* apartado 2.

¹²¹ Véase *infra* apartado 3(c).

¹²² Ben-Asher, N., 2012, p. 365 ("[E]n las últimas cuatro décadas, las familias han fallado cuando han tratado de abandonar los programas y las políticas de educación pública").

el nivel de escrutinio, dependiendo del asunto parental, lo cual facilitaría la transición a este modelo.

La principal ventaja de entender los derechos parentales como una escala móvil o un conjunto de derechos es tener un marco con el que se puede facilitar la selección coherente de un nivel de escrutinio en dichos casos. En otras palabras, si un nivel de escrutinio no satisface la complejidad del derecho parental en cuestión, entonces se podría utilizar más de uno para dar mayor predictibilidad y consistencia si se considera que el derecho parental está compuesto por varios subderechos. Además, dichos modelos pueden reconocer un nivel intermedio de escrutinio en estos casos.¹²³

Ambos modelos también son sensibles al hecho de que los derechos parentales abarcan tanto la esfera pública como la privada. Los asuntos parentales requieren menos deferencia hacia la paternidad cuando existe mayor relación con los intereses de la sociedad o el de los del niño o la niña.¹²⁴ Es verdad que no sólo el padre o la madre es quien tiene un interés respecto a sus hijos o hijas, sino también la sociedad, cuyo interés es contar con miembros sanos y educados.¹²⁵

¹²³ Véase *supra* apartado 2; notas 81, 110 y texto adjunto; *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 197-98 (1976). Véase también Gilles, S., 2001, pp. 69, 123 ("Se puede argumentar con fuerza que la opinión de pluralidad [en *Troxell*] rechazó de manera implícita las opciones de racionalidad y de escrutinio estricto a favor de un tipo de escrutinio intermedio").

¹²⁴ "Cuando el Estado busca intervenir, el interés del Estado entra en conflicto directo con el interés de los derechos de los padres. La cuestión que se plantea es la del alcance del derecho de los padres frente al interés del Estado de actuar en nombre del niño y la sociedad." Pimentel, D., 2016, p. 37. Véase *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 26 (1905) (señala que la libertad de una persona a veces debe estar subordinada al bienestar común y está sujeta al poder de vigilancia del Estado).

¹²⁵ "Cada ocho segundos nace un bebé en Estados Unidos. En ese momento nace una relación muy especial entre los padres y los hijos. Numerosas fuentes de derecho rigen esta relación, incluyendo leyes estatales y federales, e incluso la Constitución de Estados Unidos. Como resultado, la relación entre los padres y los hijos no es sólo entre ellos; sino que también interviene el Estado, con todo su poder y autoridad." Chiu, E. M., 2008, p. 1775 (notas a pie omitidas). Véase también *Troxell v. Granville*, 530 U.S. 57, 87-88 (2000) (Juez Stevens, voto particular) ("Los padres tienen un interés de libertad fundamental para cuidar y guiar a sus hijos", pero "estos intereses de los padres en sus hijos siempre han tenido límites" y "los intereses de los padres en sus hijos deben balancearse contra los intereses del Estado, reconocidos desde hace mucho tiempo como *parens patriae*").

Antes de imponer un modelo de escala móvil o de un conjunto de derechos, hay que definir la esencia de la paternidad y la relación con sus subderechos. Ambos modelos suponen que diferentes asuntos parentales requieren diferentes niveles de protección. Por ejemplo, algunos requieren una menor protección porque no tienen importancia o son tangenciales a la paternidad. Otros se encuentran en el núcleo de la paternidad y merecen la máxima protección; por lo que debe examinarse la gravedad de cada subderecho y su relación con la esencia de la paternidad.

Por lo tanto, la clave de cualquier modelo será analizar el derecho parental y definir sus términos. Las definiciones y el análisis de los términos relevantes dirigirán los resultados generados por cualquiera de los modelos. El análisis de los derechos parentales es similar a la definición de sus términos porque al analizar esos derechos se ayuda a los tribunales a entender sus términos. Los tribunales ya han empezado a hacerlo tras encontrar excepciones a los derechos parentales,¹²⁶ así como al observar que los derechos surgen en diferentes contextos.¹²⁷

Ya existen muchas preguntas sobre la terminología del derecho familiar. Por ejemplo, el término "padre" se ha ido expandiendo junto con la tecnología.¹²⁸ Sin embargo, hay dos conjuntos separados de preguntas en relación con la definición de padre: "quién" es un padre¹²⁹ y "qué" es un padre; es decir, cuáles son sus funciones y obligaciones.¹³⁰ Ambos términos

¹²⁶ Véase *supra* apartado 2, notas 65-67, 77 y texto adjunto.

¹²⁷ "La mera diversidad de las opiniones de hoy me persuade de que la teoría de que los derechos parentales no enumerados que subyace en estos tres casos tiene poco derecho a la protección de *stare decisis*. Un principio jurídico que [...] produce dichos resultados en [...] un simple caso [...] no es un principio legal que haya inducido una confianza sustancial". *Troxel*, 530 U.S. en 92 (Juez Scalia, voto particular).

¹²⁸ Véase, p. ej., Margalit, Y., 2016, pp. 3-6.

¹²⁹ Véase, p. ej., *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 113 (1989); *Lehr v. Robertson*, 463 U.S. 248, 249-250 (1983). "La Corte Suprema de Estados Unidos, implícitamente, ha creado una estructura jerárquica de los derechos parentales y ha rechazado de manera sistemática las afirmaciones de que los adultos con grados de parentesco inferiores tienen los mismos derechos que aquellos de primer grado: —madres, padres casados y padres adoptivos". Ake, A., *op. cit.*, pp. 810-811. Véase también Bell, A., 2001, pp. 225, 231 (propone "una doctrina de crianza psicosocial para resolver los conflictos de visitas").

¹³⁰ *Leebaert v. Harrington*, 332 F3d 134, 142 (2o. Cir. 2003) ("Se redacta para una mayoría relativa, la jueza O'Connor identificó el interés de libertad en *Granville* como: 'el interés de los padres para el

causan confusión en los tribunales de primera instancia, aunque este capítulo se limita a este último,¹³¹ en el caso de los hijos.¹³² Habrá que abordar mejor dichos términos a la hora de formular un marco sobre los derechos parentales.

En otras palabras, no significa que la Corte Suprema no haya articulado un nivel de escrutinio, sino que ha dejado sin definición el alcance del derecho fundamental a la parentalidad. Mientras que algunos asuntos y decisiones relativos a la crianza de los hijos e hijas caen dentro del contexto del derecho fundamental, otros no lo hacen.¹³³ El análisis fundamental del debido proceso puede ser inadecuado para una rama del derecho tan amplia como ésta.¹³⁴

En la actualidad, no existe una definición consistente de los derechos parentales o de sus elementos.¹³⁵ Dada la dificultad para definir dichos

cuidado, la custodia y el control de sus hijos', pero no definió el alcance de ese derecho.") (cito a *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 65 (2000)).

¹³¹ Para un excelente análisis de cómo influye el tipo de padre/madre en el nivel de escrutinio, véase Ake, A., 2006, *op. cit.*, pp. 810-811. Ake sugiere que el nivel de escrutinio que se aplica a un caso depende del nivel en el que encuentre el padre/madre. (*Ibid.*, p. 794-795). Ake afirma que los padres en un nivel superior tienen más probabilidades de que se les conceda un derecho fundamental al cuidado, custodia y control de sus hijos. (*Ibid.*, p. 790). Ake establece que aquellos que están en un nivel inferior tienen el estándar de escrutinio intermedio. (*Ibid.*, p. 801).

¹³² "Varios circuitos están divididos en cuanto a la cuestión de si existe un derecho al debido proceso de la decimocuarta enmienda para que un padre se asocie con su hijo adulto [...] Los tribunales de primera instancia son reacios a ampliar los derechos constitucionales no enumerados sin una orientación clara de la Corte Suprema". Weinberg, M., 2009, p. 271.

¹³³ Véase *supra* Parte II.

¹³⁴ Véase Meyer, D., 2001, pp. 1129-1130. Meyer sugiere que "[l]a sobrecogedora complejidad de las relaciones familiares exige una especial cautela y una especial flexibilidad al momento de formular cualquier norma constitucional de decisión" y dicha complejidad "señala un enfoque de los problemas de privacidad de la familia que es muy diferente del escrutinio rígido y severo prescrito por una doctrina convencional de los derechos fundamentales". (Meyer, D., 2001, *op. cit.*, p. 1146). Meyer subraya que la Corte en el caso *Troxel* parece más vacilante de lo usual a la hora de invadir la competencia de los tribunales estatales y su capacidad para manejar los asuntos del derecho familiar. (*Ibid.*, p. 1153). Meyer explica que, como resultado, la Corte rechazó de manera implícita el escrutinio estricto, sugiriendo que estaba justificado porque la revisión del escrutinio estricto es inapropiada para "la casi infinita variedad de relaciones familiares". (*Ibid.*, pp. 115-1151; cito a *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 90 (2000) (Juez Stevens, voto particular)).

¹³⁵ El lenguaje de la Corte Suprema de Estados Unidos al respecto es amplia. Véase, p. ej., *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 65 (2000) ("El interés de libertad de este caso —el interés de los padres en el cuidado, la custodia y el control sobre sus hijos —es quizás el más viejo de los intereses de

términos sin tener un precedente, resulta útil configurar categorías más estrechas sobre los derechos parentales para hacerlos más predecibles. Aunque normalmente son las legislaturas estatales las que definen los términos, la Corte Suprema puede usar líneas generales [*broad brushes*] para establecer diferentes categorías dentro de los derechos parentales en general, como se realiza en muchas áreas del derecho.¹³⁶ Cualquier precisión de éstos en categorías ayudará a mejorar su comprensión y no dejarlos como una categoría tan amplia.¹³⁷

Hay formas coherentes de desglosar los derechos parentales con la jurisprudencia actual, lo que puede facilitar su adopción por parte de los tribunales. Aunque el análisis y la definición de los derechos parentales pueden ajustarse a la política pública, otra forma de hacerlo es considerar sus componentes. La disgregación de los derechos parentales en sus tres componentes es razonable debido a la articulación de estos aspectos del derecho.

De manera concreta, son tres los elementos constitutivos de los derechos parentales: el cuidado, la custodia y el control sobre el niño o la niña. El más claro de los tres probablemente sea el de custodia. Los padres deberían conservar el derecho a ejercer la custodia de su hijo o hija frente al Estado y terceros, si no hay presunción de abuso o negligencia de su parte.¹³⁸ En efecto, existe un consenso universal respecto a que los niños

libertad fundamentales reconocidos por esta Corte. Hace más de 75 años, en el caso *Meyer v. Nebraska*, sostuvimos que la 'libertad' protegida por la cláusula del debido proceso incluye el derecho de los padres a 'establecer un hogar y educar a sus hijos' y 'controlar la educación de los suyos.' (cita omitida).

¹³⁶ Véase, p. ej., Klein, D., 2011, pp. 287, 288 (revisa las categorías establecidas en el derecho de patentes); Gerard, J., 1993, pp. 1003, 1010-1011 (menciona el uso de categorías en la jurisprudencia de la primera enmienda).

¹³⁷ Véase *supra* apartado 2. "La Corte Suprema nunca ha tenido que definir los límites precisos del derecho del padre para controlar la crianza y la educación del hijo." *C.N. v. Ridgewood Bd. of Educ.*, 430 F.3d 159, 182 (3er. Cir. 2005).

¹³⁸ *Billups v. Penn State Milton S. Hershey Med. Ctr.*, 910 F. Supp. 2d 745, 758-59 (M.D. Pa. 2012) ("Un agente gubernamental podrá anular constitucionalmente los derechos de los padres al cuidado, la custodia y el control de sus hijos, si posee 'cualquier prueba razonable y articulada de lugar a una sospecha razonable de que un niño o niña ha sido maltratado o está en peligro inminente de serlo'").

y las niñas deberían vivir en sus hogares y junto a sus padres.¹³⁹ Por tanto, es evidente afirmar que debería aplicarse un escrutinio estricto a las acciones del Estado que restrinjan este tipo de derecho parental. El Estado no debe interferir en la custodia de un padre o madre sobre su hijo/hija, si no existe un interés gubernamental imperioso de por medio. A su vez, se deben delimitar estrictamente los medios que sean lo menos restrictivos para el logro de dicho interés.

También es muy sencillo colocar a la custodia en el núcleo de la paternidad porque se encuentra directamente en el ámbito privado del hogar,¹⁴⁰ por lo que aquellos casos que se encuentran en el centro de la paternidad deberían protegerse en la mayor medida posible. Sin embargo, muchas

(cito a *Croft v. Westmoreland Cty. Children & Youth Servs.*, 103 F.3d 1123, 1126 (3er. Cir. 1997)). Sin embargo,

El derecho fundamental de libertad de los padres naturales en el cuidado, la custodia y el control de su hijo o hija no se evapora simplemente porque ellos no hayan sido padres modelo o hayan perdido la custodia temporal de su hijo a manos del Estado. Incluso cuando las relaciones sanguíneas son conflictivas, los padres mantienen un interés vital en prevenir la destrucción irremediable de la vida familiar. En todo caso, las personas que se enfrentan a una disolución forzada de patria potestad tienen una necesidad más crítica de protección procesal que aquellas que resisten la intervención estatal en los asuntos familiares en curso. Cuando el Estado actúa para destruir vínculos familiares debilitados, debe otorgar a los padres procedimientos fundamentalmente justos. *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745, 753-54 (1982). Un tribunal de distrito determinó que el Estado tiene un interés en la protección de los niños que "llega a ser lo suficientemente 'convinciente' como para cortar por completo la relación padre/madre-hijo/hija sólo cuando los niños están sometidos a un daño físico o emocional real, por lo que medidas menos dramáticas serán ineficaces". *Roe v. Conn.*, 417 F. Supp. 769, 779 (M.D. Ala. 1976).

¹³⁹ Véase, p. ej., *In re McCullough*, 366 N. W.2d 90, 92 (Mich. Ct. App. 1985) ("la política de [Michigan es] mantener a los niños con sus padres naturales tomando todas las medidas posibles"); *Ready v. Hughes*, 846 S.W.2d 1, 5 (Tex. App. — Waco 1985, sin orden judicial) ("el mejor ambiente para [el] desarrollo mental, moral y emocional de un niño es [por lo general] con sus padres biológicos, y existe [una] fuerte presunción de que el interés superior del niño suele estar mejor representado por la custodia [...] de los padres biológicos"). Véase también *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 652-53 (1972).

¹⁴⁰ Esto es cierto en el contexto de la separación de los niños de sus padres, por parte del Estado. Véase *Carlson v. Wivell*, 152 N.W.2d 98, 100 (Neb. 1967).

El Estado no tiene, por supuesto, libertad ilimitada de separar a los hijos menores del cuidado de sus padres. El poder del Estado para interferir en su cualidad de *parens patriae* se limitó por primera vez a través de la aplicación de la cláusula sustantiva del debido proceso, en una serie de casos históricos de la Corte Suprema, comenzando con *Meyer v. Nebraska* y *Pierce v. Society of Sisters* en la década de 1920.

Liebmann, T., 2006, p. 154 (notas a pie omitidas). Por lo contrario, el interés superior del niño o la niña es el que se impone en el caso de disputas por la custodia entre los propios progenitores. Carbone, J. y Cahn, N., 2016, p. 75.

otras cuestiones relacionadas con la paternidad involucran al niño o niña, a otros niños o a la sociedad, por lo que es importante equilibrar todas las partes involucradas, con lo que se vuelve muy difícil aplicar un escrutinio estricto en este tipo de casos.

En los casos relacionados con el ejercicio de los derechos parentales, tanto los tribunales como los especialistas han sido relativamente reacios a aplicar el escrutinio estricto —que deja al Estado menos posibilidades de interferencia—, por lo que éste debería reservarse para los casos más extremos, como la sustracción del niño o la niña de la custodia de sus progenitores para ser puestos al cuidado del Estado o de terceros.¹⁴¹ El Estado podría seguir separando al niño o la niña en caso de abuso y negligencia, incluso bajo el nivel más estricto de escrutinio, tal como se hace actualmente.¹⁴² Por tanto, los derechos parentales de custodia se ubicarían al extremo más alejado de la escala móvil porque se encuentran en el núcleo de la paternidad y del puñado de derechos.

El cuidado y el control implican muchas tareas de crianza para los padres y las madres. Mientras estos adultos toman muchas decisiones en relación con el cuidado y control sobre sus hijos o hijas por el hecho de vivir en el mismo hogar,¹⁴³ el Estado puede tener razones para intervenir en el cuidado y control de un niño, y los tribunales tendrían que permitir un menor nivel de escrutinio para que tenga lugar la intervención.

¹⁴¹ Esto se distingue de los escenarios de divorcio, en los que ambos padres comparten un interés en la custodia del niño o niña. Véase, p. ej., Maldonado, S., 2017, p. 213. Véase también *infra*, nota 145.

¹⁴² Véase, p. ej., Huntington, C., 2009, p. 392.

¹⁴³ Véase, p. ej., Hubin, D., 1999, p.125 ("No conozco ninguna lista exhaustiva del conjunto de derechos de los padres que asociamos con una custodia total de los hijos. Los siguientes derechos, de los cuales sólo algunos son relevantes para nuestro interés, se asume que están incluidos en el conjunto: el derechos a la posesión física del niño o la niña; derecho de inculcarle al niño las propias normas morales y éticas que incluye el derecho de disciplinar al niño; derecho de supervisar y manejar las ganancias y propiedades del niño; derecho de que el niño tenga el apellido del padre; derecho de prevenir la adopción del niño sin el consentimiento del padre; derecho de tomar decisiones en relación con un tratamiento médico, la educación, la religión y otras actividades del niño; y el derecho de la información necesaria para ejercer los derechos mencionados de manera responsable") (pie de página omitida).

En particular, esas razones incluyen la protección de otros niños y los intereses de la sociedad.¹⁴⁴

El cuidado se puede limitar a asuntos de salud y al régimen de visitas, siendo este último aspecto un subcampo totalmente aparte.¹⁴⁵ Las decisiones sobre la atención médica de un niño o niña, sin duda, plantean preguntas difíciles:¹⁴⁶ mientras que los derechos parentales protegen a los padres, el Estado tiene el deber de proteger al niño o la niña,¹⁴⁷ así como a otros niños y a la sociedad. Un ejemplo común es el de la vacunación y en el que los tribunales han buscado equilibrar la protección de los derechos parentales con la obligación de proteger, también, a otros niños y niñas frente a enfermedades transmisibles a nivel comunitario.¹⁴⁸ Para dichas cuestiones relacionadas con los padres, el escrutinio intermedio otorga protección a los padres y madres, mientras que permite al Estado restringir los derechos parentales cuando la importancia de su interés justifica dicha intervención. Por tanto, estas cuestiones parentales están en el punto medio de la escala móvil, por lo que recibirían un escrutinio intermedio en el modelo del puñado de derechos.

El control puede significar supervisar la educación y la vida del niño o la niña, creando una categoría comprensiva para todos los demás asuntos, más allá de la custodia y del cuidado.¹⁴⁹ Éstas son las cuestiones con menor

¹⁴⁴ Véase *supra* apartado 2.

¹⁴⁵ Existen diversos litigios del tribunal estatal sobre la constitucionalidad de las leyes para la custodia y visitas de los hijos. Véase, p. ej., Zurek, 2006, pp. 399-404 (discute cómo los tribunales estatales han luchado contra la sentencia de *Troxel* y el régimen de visitas). El problema de constitucionalizar los derechos parentales es que otorga un argumento en el que ambos padres, al separarse, tienen el mismo derecho sobre la custodia como un asunto de debido proceso. Véase, p. ej., *Urso v. Illinois*, No. 04-CV-6056 (N.D. Ill., 2004, Kennelly, J.) (desestimado por falta de competencia en la materia).

¹⁴⁶ Wardle, L., 2015, pp. 511-512 (señala "el conflicto entre los derechos constitucionales de los padres para otorgarle a sus hijos el tratamiento médico [...] que consideren necesario, y los intereses de *parens patrie* del Estado para regular las actividades de crianza en el mejor interés de los niños").

¹⁴⁷ SHULMAN, J., *op. cit.*, p. 5 (discute el papel y la autoridad del Estado como *parens patrie*).

¹⁴⁸ Véase, p. ej., Rubinstein R., D y Weithorn, L., 2015, pp. 881, 893; Chemerinsky, E. y Goodwin, M., 2016, pp. 589-616.

¹⁴⁹ Por ejemplo, la escuela en casa es un asunto implicado. Véase, p. ej., Albertson, M. y Shepherd, G., 2016, p. 59; véase también *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 213 (1972) ("No hay duda de que un Estado, que tiene una gran responsabilidad de la educación de sus ciudadanos, puede imponer

peso dentro de las cuestiones parentales y en comparación con la pérdida de la custodia a favor de una tercera parte o del Estado. Se trata, por ejemplo, de asuntos como si los alumnos de una escuela pública deben llevar uniforme, a pesar de seguir bajo la protección en la esfera de la parentalidad. Una revisión de base racional debería ser suficiente para proteger a los padres y madres con respecto a dichos asuntos importantes, o bien, para justificar la protección de los intereses del Estado.

El enfoque aquí propuesto se asemeja a los resultados judiciales contemporáneos, pero otorga mayor previsibilidad y coherencia en virtud de un marco general. Por ejemplo, el enfoque propuesto produce el mismo resultado que el uso actual por parte de los tribunales de la revisión de base racional en casos relacionados con la educación en las escuelas públicas, como el currículo escolar y los uniformes.¹⁵⁰ La Corte Suprema ha declarado que la educación "es el principal instrumento para despertar en el niño los valores culturales, para prepararlo para su futuro entrenamiento profesional y ayudarlo a adaptarse normalmente a su entorno".¹⁵¹ Por tanto, cuando se compite con los derechos parentales, pueden prevalecer los derechos del Estado.

Esta propuesta de enfoque se aplica también en la revisión de base racional a las restricciones de los derechos parentales a controlar los medios para disciplinar a los hijos y las hijas, como en muchos casos anteriores.¹⁵² Sin embargo, el mismo enfoque puede divergir en casos de toque de queda para jóvenes, que en la actualidad utilizan un nivel intermedio

normas razonables para el control y la duración de la educación básica. La provisión de escuelas públicas está en la cúspide de las funciones de un Estado".) (cito a *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, 534 (1925)). Sin embargo, otros derechos constitucionales distintos a los derechos de los padres pueden protegerlo. Véase *infra* nota 154 y texto adjunto.

¹⁵⁰ Véase *supra* apartado 2; *Parker v. Hurley*, 474 F. Supp. 2d 261, 273 (D. Mass. 2007), *aff'd*, 514 F.3d 87 (1er. Cir. 2008) (señala que "los padres que no tienen un interés de libertad fundamental que les permita prescribir el plan de estudios de sus hijos").

¹⁵¹ *Brown v. Bd. of Educ.*, 347 U.S. 483, 493 (1954).

¹⁵² Véase, p. ej., *Baker v. Owen*, 395 F. Supp. 294, 299 (M.D.M.C. 1975), *aff'd*, 423 U.S. 907 (1975); *Cunningham v. Beavers*, 858 F.2d 269, 272-73 (5o. Cir. 1988).

de escrutinio. No obstante, el escrutinio intermedio no se ha traducido necesariamente en victorias para los padres y las madres en esos casos, por lo que el resultado real es el mismo que bajo la revisión con criterio de racionalidad.¹⁵³

A pesar de aplicar un menor nivel de escrutinio a ciertas restricciones estatales sobre los derechos parentales, los tribunales tienen métodos adicionales conforme a la Constitución de Estados Unidos para proteger a los padres/madres y a los niños y las niñas, como la primera enmienda en casos de apelación para el juramento a la bandera en escuelas públicas.¹⁵⁴ También existe el interés superior del niño y la niña, que debe considerarse en diversos asuntos del derecho familiar.¹⁵⁵

¹⁵³ Véase *Hutchins v. District of Columbia*, 188 F3d 531, 541 (D.C. Cir. 1999) (en pleno); *Schleifer v. City of Charlottesville*, 159 F3d 843, 847 (4o. Cir. 1998). Para conocer los antecedentes de las leyes de toque de queda, véase Joan H., L., 2006, p. 26.

¹⁵⁴ Véase, p. ej., *Tinker v. Des Moines Sch. Dist.*, 393 U.S. 503 (1969); *W. Va. State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Circle Sch. v. Phillips*, 270 F. Supp. 2d 616 (E.D. Pa. 2003), *aff'd in part sub nom. Circle Sch. v. Pappert*, 381 F3d 172 (3er. Cir. 2004); *Yoder*, 406 U.S. en 213-14 («[El] interés del Estado sobre la educación universal, por muy elevado que se le considere, no está totalmente exento de un proceso de ponderación cuando vulnera los derechos e intereses fundamentales, como los protegidos específicamente por la cláusula del libre ejercicio de la primera enmienda») (citas omitidas). Véase también Lawrence, S., *op. cit.*, p. 73 (argumenta que la patria potestad, comúnmente, se combina con otras quejas constitucionales); *Yoder*, 406 U.S. en 243-245 (Douglas, J., voto particular) («En casos recientes [...] se ha sostenido que los mismos niños tienen intereses de protección constitucional»). Véase Laufer-Ukeles, P., 2016, p. 741 («[El] debate sobre los derechos de los niños sigue siendo polémico y la metodología para defenderlos aún se disputa»); Goodman, M., 2016, p. 197 (señala que Estados Unidos es uno de los dos países que no han ratificado la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño). Estos derechos adicionales pueden ayudar a proteger, por ejemplo, la decisión de los padres de inscribir a sus hijos en escuelas religiosas.

¹⁵⁵ El criterio del "interés superior del niño" suele orientar a los tribunales angloamericanos a la hora de tomar decisiones relativas a ellos, como en los casos de custodia. Para mayor información sobre los intereses superiores de niños y niñas, véase Lore III, J., 2006, pp. 57, 64 n. 23. Véase *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 303-04 (1993) ("El 'interés superior del niño', una frase venerable y conocida en los procesos de divorcio, es un criterio adecuado y factible para la toma de decisiones sobre cómo se les concederá la custodia a los padres. Pero tradicionalmente no es el único criterio —mucho menos el único criterio *constitucional*— para otros juicios menos estrechamente encausados que involucran a los niños, donde sus intereses entran en conflicto en distinto grado con los intereses de otros".) (Énfasis en el original).

Los modelos sobre derechos parentales propuestos en este capítulo podrían incluir otra dimensión que abarque el interés del niño o la niña, la que adquiriría mayor importancia conforme el niño(a) se acerca a la mayoría de edad y cuando el problema por resolver esté más centrado en su identidad. Por ejemplo, las cuestiones del aborto, la anticoncepción; las alegaciones a la primera enmienda y los tratamientos de salud. Esta dimensión sería especialmente importante cuando las posiciones de los

En conclusión, los diversos conceptos inherentes a los derechos parentales al cuidado, la custodia y el control sobre un niño o niña deben separarse con cuidado para facilitar la asignación de un nivel de escrutinio adecuado. Sin embargo, hay pocas dudas de que la compleja naturaleza de estos conceptos puede estar impidiendo que se fije un nivel de escrutinio, lo que causa confusión en los tribunales inferiores.

Como se ha dicho, en la actualidad, los tribunales pueden parecer reticentes a seleccionar un nivel de escrutinio debido a la compleja naturaleza de los derechos parentales. Hay muchos conceptos inherentes a la noción de cuidado, custodia y control que van desde la educación sexual en escuelas públicas a la separación del niño o la niña de la casa de los padres. La única coincidencia es que estos asuntos se relacionan con el niño o la niña. La gravedad del traslado del niño o la niña de su hogar al Estado, sin embargo, es mayor que el interés de los padres o madres sobre un particular código de vestimenta en la escuela pública local.¹⁵⁶ Por tanto, los tribunales deben dar preferencia a los padres y a las madres en distinta medida según sea el caso.

El mundo se ha vuelto cada vez más complicado, con muchos asuntos que surgen de la crianza de los hijos y las hijas. Es difícil para la Corte Suprema de Estados Unidos orientar a los tribunales de primera instancia sobre casos vinculados al ejercicio de los derechos parentales porque no todos estos asuntos entran en un mismo nivel de escrutinio. La conceptualización de los derechos parentales como una escala móvil o como un conjunto de derechos ayuda a desglosar cada uno de los elementos que los componen, y facilitar así el establecimiento de un nivel de escrutinio para los diferentes conjuntos de temas que los tribunales encuentran en relación con la paternidad.

padres y los niños pudieran estar en conflicto. Véase, p. ej., *Elk Grove v. Newdow*, 542 U.S. 1 (2003); *Parham v. J.R.*, 442 U.S. 584 (1979).

¹⁵⁶ Véase, p. ej., Wiens, K., 1997, p. 673 ("Un procedimiento judicial para poner fin permanentemente al derecho parental de una persona es una de las formas más drásticas de acción gubernamental que se conocen en nuestro sistema de justicia civil.")

4. Conclusión

A pesar de caracterizar a los derechos parentales como derechos fundamentales, la Corte Suprema de Estados Unidos no ha podido articular un nivel de escrutinio coherente con respecto a las violaciones a los derechos de los padres y las madres al cuidado, custodia y control sobre sus hijos e hijas. Como resultado, los tribunales inferiores se han dividido en sus enfoques, causando inconsistencia e imprevisibilidad.

Una razón poco teorizada sobre la falta de orientación del nivel de escrutinio apropiado es que los derechos parentales son muy complejos —que abarcan demasiadas cuestiones que cargan de maneras distintas la esencia de la paternidad—, como para tener un nivel de escrutinio inmóvil. Si resulta difícil aplicar un nivel de escrutinio porque tales derechos son complejos, entonces es importante descomponer tales derechos en la mayor cantidad de subderechos derivados. Para ello, existen dos vías alternas de concebir a los derechos parentales—ya como una escala móvil o como un conjunto o puñado de derechos— que pueden facilitar la selección de un nivel de escrutinio al desglosarlos en sus componentes de cuidado, custodia y control. Ésta es la clave de los puntos en común entre estos dos modelos, cualquier otro modelo potencial puede necesitar su incorporación para que trabaje de manera efectiva.

En efecto, existen numerosos temas que actualmente recaen sobre los derechos parentales —desde problemas escolares menores, hasta la propia custodia de los hijos e hijas—. Un enfoque dinámico para la selección de un nivel de escrutinio consideraría cada asunto que esté de por medio. La aplicación de un marco para ello facilita la claridad, previsibilidad y una mejor protección de los derechos parentales.

La falta de un nivel de escrutinio no desaparecerá sin ser examinado antes por la Corte Suprema. Por el contrario, será más evidente a medida

que los roles parentales se amplíen y los Estados respondan con una regulación específica.¹⁵⁷ De hecho, los tribunales están conociendo una mayor cantidad de casos, ya que los padres se encuentran con más cuestiones relacionadas con la crianza de los hijos e hijas y más injerencias del Estado, como aquellas relacionadas con las elecciones del currículo de la escuela pública, los procedimientos sobre la separación del niño o la niña del hogar parental, o el rol parental en las decisiones de salud que afectan a los niños y a las niñas.¹⁵⁸ Por tanto, es importante implementar un marco jurídico para la selección de un nivel de escrutinio porque los derechos parentales se expanden cada año, lo que incrementa los litigios.

Como unos de los derechos constitucionales más antiguos, los derechos parentales han experimentado un largo periodo de cambios.¹⁵⁹ Incluso los roles de los miembros de la familia han cambiado a lo largo de décadas en la sociedad.¹⁶⁰ El derecho de familia ha sido criticado por no adecuarse a las nuevas configuraciones familiares, crítica que es especialmente válida cuando se refiere a la clarificación de los roles de los progenitores y del Estado, en un mundo cada vez más complejo. Por tanto, será necesaria en el futuro una mejor definición de los derechos parentales, así como una determinación del nivel de escrutinio para las legislaciones estatales que buscan restringirlos.

¹⁵⁷ Véase, p. ej., Reilly, T., 2009, p. 383 (argumenta que el Estado no debe censurar el contenido de los medios de comunicación, aunque los padres estén muy ocupados en la era moderna para supervisar adecuadamente el consumo de sus hijos); Parent's Day, 1999, 64 Fed. Reg. 41,001 (23 de julio de 1999) ("Los desafíos de la paternidad han cambiado conforme ha cambiado nuestra sociedad"). Véase también Ben-Asher, *op. cit.*, p. 363 (observa el incremento de los "conflictos por parte de las familias que tratan de 'salirse' de diversas estructuras jurídicas").

¹⁵⁸ Véase, p. ej., Mawdsley, R., 1990, p. 271 ("Concretamente, el papel reforzado del Estado sobre la educación es paralelo al papel cambiante de los padres con respecto a sus hijos y de los alumnos frente a la escuela".)

¹⁵⁹ "Sin embargo, a medida que el sistema jurídico y la sociedad han cambiando, también lo han hecho las definiciones y los roles de los padres". Mather, L., 2011, p. 1189 (nota a pie omitida).

¹⁶⁰ Véase, p. ej., HINDMAN, H., 2002 (debate sobre el trabajo infantil fuera de la familia y el papel histórico de los niños como contribuyentes económicos de la familia); Kelly, L., 2000, p. 563 (observa la evolución de los roles parentales en el siglo XX); Varnado, S., 2011, p. 113, 148, n. 218 ("Los [p]apeles parentales han cambiado").

Bibliografía

- Abramowicz, S. (2012), "Beyond Family Law", *Law Faculty Research Publications. Wayne State University* (63), pp. 293-307.
- Ake, A. K. (2006), "Unequal Rights: The Fourteenth Amendment and De Facto Parentage", *Washington Law Review* (81), p. 787. «<https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol81/iss4/4>».
- Albertson F, M. y Shepherd, G. (2016), "Homeschooling: Choosing Parental Rights Over Children's Interests", *University of Baltimore Law Review* (46), pp. 59-106.
- Armour, M. N. (2008), "Federal Courts as Constitutional Laboratories: The Rat's Point of View", *Drake Lae Review* (57), pp. 135-149.
- Baron, Jane B. (2013), "Rescuing the Bundle-of-Rights Metaphor in Property Law", *University of Cincinnati Law Review* (82), pp. 58-73.
- Baroutjian, R. S. (1997), Nota, *The Advent of the Multifactor*, "Sliding-Scale Standard of Equal Protection Review: Out with the Traditional Three-Tier Method of Analysis, in with *Romer v. Evans*", *Loyola Law Review* (30), pp. 1277-1332.
- Bell, A. (2001), "Public and Private Child: *Troxel v. Granville* and the Constitutional Rights of Family Members", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* (36), pp. 225-278.
- Bennett Woodhouse, B. (1996), "A Public Role in the Private Family: The Parental Rights and Responsibilities Act and the Politics of Child Protection and Education", *Ohio State Law Journal* (57), pp. 393-429.
- Ben-Asher, N. (2012), "The Lawmaking Family", *Washington University Law Review* (90), pp. 363-420.

- Brandon Waddell, T. (2010), "Note. Bringing It All Back Home: Establishing a Coherent Constitutional Framework for the Re-Regulation of Homeschooling", *Vanderbilt Law Review* (63), pp. 541-597.
- Buscaglia, E. y Ulen, T. (1997), "A Quantitative Assessment of the Efficiency of the Judicial Sector in Latin America", *International Review of Law and Economics* (17), pp. 275-291.
- Carbone, J. y Cahn, N. (2016), "Nonmarriage", *Maryland Law Review* (76), pp. 55-121.
- Chemerinsky, E. y Goodwin, M. (2016), "Compulsory Vaccination Laws Are Constitutional", *Northwestern University Law* (110), pp. 589-616.
- Chiu, Elaine M. (2008), "The Culture Differential in Parental Autonomy", *University of California, Davis* (41), pp. 1773-1828.
- DeGroff, E.A. (2009), "Parental Rights and Public School Curricula: Revisiting Mozart After 20 Years", *Journal of Law & Education* (38), pp. 83-103.
- Drobac, J. A. (1998), "For the Sake of the Children: Court Consideration of Religion in Child Custody Cases", *Stanford Law Review* (50), pp. 1609-1628.
- Drotoszynski Jr., R. J. (2006), "Dumbo's Feather: An Examination and Critique of the Supreme Court's Use, Misuse, and Abuse of Tradition in Protecting Fundamental Rights", *William y Mary Law Review* (48), pp. 923-1004.
- Epstein, L., Landes, W. M. y Liptak, A. (2015), "The Decision to Depart (or Not) from Constitutional Precedent: An Empirical Study of the Roberts Court", *New York University Law Review* (90), pp. 1115-1134.

- Fallon Jr., R. H. (2007), "Strict Judicial Scrutiny", *UCLA LAW REVIEW* (54), pp. 1267-1284.
- Fennell, L. A. (2012), "Lumpy Property", *University of Pennsylvania Law Review* (160), pp. 155-158.
- Fowler, K. H. (2007), "Constitutional Challenges to Indiana's Third-Party Custody Statutes", *Indiana Law Journal* (82), pp. 499-528.
- Garza, S. C. (2009), "The Troxel Aftermath: A Proposed Solution for State Courts and Legislatures", *Louisiana Law Review* (69), pp. 927-954.
- Gilles, S. G. (2001), "Parental (and Grandparental) Rights After *Troxel v. Granville*", *Supreme Court Economic Review*, (9), p. 69.
- Goodman, M. D. (2016) "The Obergefell Marriage Equality Decision, with Its Emphasis on Human Dignity, and a Fundamental Right to Food Security", *HASTINGS RACE & POVERTY L. J* (13), pp. 149-200.
- Harris, L. J. (2006), "An Empirical Study of Parental Responsibility Laws: Sending Messages, but What Kind and to Whom?", *UTAH Law Review* (5), p. 26.
- Henning, K. (2011), "The Fourth Amendment Rights of Children at Home: When Parental Authority Goes Too Far", *William & Mary Law Review* (55), pp. 73-85.
- Hugh D. H., H. (2002), *CHILD LABOR: AN AMERICAN HISTORY*, pp. 5-6.
- Huntington, C. (2009), "Happy Families? Translating Positive Psychology into Family Law", *Virginia Journal of Social Policy and The Law*, (16), pp. 385-424.

- Joan H., L. (2006), "An Empirical Study of Parental Responsibility Laws: Sending Messages, but What Kind and to Whom?", *UTAH Law Review*, (5), pp. 26-43.
- Johnson Harbach, M. (2009), *Is the Family a Federal Question?*, *WASH. & LEE L. REV.* (66), pp. 131-202.
- Kelly, L. (2000), "Republican Mothers, Bastards' Fathers and Good Victims: Discarding Citizens and Equal Protection Through the Failures of Legal Images", *HASTINGS LAW JOURNAL* (51), pp. 557-597.
- Klein, D. J. (2011), "The Integrity of Section 101: A 'New and Useful' Test for Patentable Subject Matter", *J. PAT. & TRADEMARK OFF. SOC'Y* (93), pp. 287-293.
- Krotoszynski Jr., R. J. (2002), "An Epitaphios for Neutral Principles in Constitutional Law: Bush v. Gore and the Emerging Jurisprudence of Oprah!", *Alabama Law Scholarly Commons*, (90), pp. 2087-2116.
- Lai, A. (2011), "Tango or More? From California's Lesson 9 to the Constitutionality of a Gay-Friendly Curriculum in Public Elementary Schools", *Michigan Journal of Gender & Law* (17), pp. 315-348.
- Lawrence, S. E. (2006), "Substantive Due Process and Parental Rights: From Meyer v. Nebraska to *Troxel v. Granville*", *J.L. & Fam. Stud* (8), pp. 71-85.
- Leslie, C. R. (2017), "The Geography of Equal Protection", *Minnesota Law Review* (101) pp. 1579-1586.
- Lewis, J. M. (2001), "Re-Evaluating Grandparental Visitation in North Carolina in Light of *Troxel v. Granville*", *CAMPBELL LAW REVIEW* (23), pp. 249-264.

- Liebmann, T. (2006), "What's Missing from Foster Care Reform? The Need for Comprehensive, Realistic, and Compassionate Removal Standards", *Hamline Journal of Public Law & Policy* (28), pp. 141-176.
- Lore III, J. C. (2006), "Protecting Abused, Neglected, and Abandoned Children: A Proposal for Provisional Out-of-State Kinship Placements Pursuant to the Interstate Compact on the Placement of Children", *University of Michigan. Journal of Law Reform* (40), pp. 57-91.
- Manian, M. (2016), "Minors, Parents, and Minor Parents", *Missouri Law Review* (81), pp.127-204.
- Manning, J. F. (2017), "Justice Scalia and the Idea of Judicial Restraint", *Michigan Law Review* (115), pp. 747-782.
- Maldonado, S. (2017), "Bias in the Family: Race, Ethnicity, and Culture in Custody Disputes", *Family Court Review* (55), pp. 213-242.
- Margalit, Y. (2016), "Bridging the Gap Between Intent and Status: A New Framework for Modern Parentage", *Whittier Journal of Child and Family Advocacy*, (15), pp. 1-35.
- Mawdsley, R. (1990), "Parental Rights and Public Education", *W. EDUC. L. REP.* (59), pp. 271-293.
- Merriam, J. R. (2007), "Why Don't More Public Schools Teach Sex Education?: A Constitutional Explanation and Critique", *WM. & MARY J. WOMEN & L.* (13), pp. 539-591.
- Meyer, D. (2000), "The Paradox of Family Privacy", *Vanderbilt Law Review* (53), pp. 527-595.

- _____ (2001), "Lochner Redeemed: Family Privacy After *Troxel and Carhart*", *UCLA Law Review*, (48), pp. 1125-1190.
- Moskowitz, S. (2004), "American Youth in the Workplace: Legal Aberration, Failed Social Policy", *Albany Law Review* (67), pp.1071-1083.
- Percival, K. y Sharpe, E. (2012), "Sex Education in Schools", *Georgetown Journal of Gender and the Law* (13), pp. 426-452.
- Pimentel, D. (2016), "Protecting the Free-Range Kid: Recalibrating Parents' Rights and the Best Interest of the Child", *Cardozo Law Review*, (38), p. 37.
- Tracy, R. (2009), "The 'Spiritual Temperature' of Contemporary Popular Music: An Alternative to the Legal Regulation of Death-Metal and Gangsta-Rap Lyrics", *VAND. J. ENT. & TECH. L.* (11), p. 335.
- Richard, S. J. (2007), "Familia Interruptus: The Seventh Circuit's Application of the Substantive Due Process Right of Familial Relations", *Sevent Circuit Review* (3), pp. 140-167.
- Robson, R. (2013), "Court Decides Same Sex Marriage Cases: DOMA (Windsor) and Proposition 8 (Perry)", *Constitutional Law ProfBlog* (26 de junio), «<https://perma.cc/P8RF-837N>».
- Rostron, A. (2012), "Justice Breyer's Triumph in the Third Battle over the Second Amendment", *George Washington Law Review* (80), pp. 704-761.
- _____ (2013), "Intellectual Seriousness and the First Amendment's Protection of Free Speech for Students", *UMKC L. Rev.* (81), pp. 635-652.
- Rubinstein R., D. y Weithorn, L. A. (2015), "Responding to the Childhood Vaccination Crisis: Legal Frameworks and Tools in the Context

of Parental Vaccine Refusal", *BUFFALO LAW REVIEW* (63), pp. 881-980.

Ryznar, M. (2007), "Nota, Adult Rights as the Achilles' Heel of the Best Interests Standard: Lessons in Family Law from Across the Pond", *NOTRE DAME LAW REVIEW* (82), pp. 1649-1678.

Schacter, J. S. (2016), "Obergefell's Audiences", *Ohio State Law Journal* (77), pp. 1011-1016.

Shulman, J. (2014), *THE CONSTITUTIONAL PARENT: RIGHTS, RESPONSIBILITIES, AND THE ENFRANCHISEMENT OF THE CHILD*, NEW HAVEN/LONDRES, YALE UNIVERSITY PRESS.

Spencer, K. A. (2003), "Sex Offenders and the City: Ban Orders, Freedom of Movement, and *Doe v. City of Lafayette*", *U.C. Davis School of Law-Law Review* 36 (2002-), pp. 297-302.

Stotland, E. y Godsoe, C. (2006), "The Legal Status of Pregnant and Parenting Youth in Foster Care", *University of Florida. Journal of Law and Public Policy* (17), pp. 2-62.

Sullivan, K. M. y Reed A., A. (1992), "The Supreme Court, 1991 Term—Leading Cases", *The Harvard Law Review* 106.

Thieneman M., N. (2012), "Silencing Students' Cell Phones Beyond the Schoolhouse Gate: Do Public Schools' Cell Phone Confiscation and Retention Policies Violate Parents' Due Process Rights?", *J.L. & EDUC.* (41), pp. 261-267.

Tomaine, S. (2001), "Comentario, *Troxel v. Granville*: Protecting Fundamental Parental Rights While Recognizing Changes in the American Family", *Catholic University Law Review* (50), pp. 731-794.

- Varnado, S. (2011), "Inappropriate Parental Influence: A New App for Tort Law and Upgraded Relief for Alienated Parents", *DEPAUL LAW REVIEW* (61), pp. 113-133.
- Vanga, L. (2014), "Ending Bullying at a Price?: Why Social Conservatives Fear Legislatively Mandated LGBT Indoctrination in Schools", *CHAPMAN LAW REVIEW* (17), pp. 659-686.
- Victor, D. R. y Middle-ditch, K. L. (2009), "Grandparent Visitation: A Survey of History, Jurisprudence, and Legislative Trends Across the United States in the Past Decade", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* (22), pp. 391-409.
- Weinberg, M. (2009), "The Fourteenth Amendment Due Process Right of Companionship Between a Parent and His or Her Adult Child: Examination of a Circuit Split", *New England Law Review* (43), pp. 271-293.
- Whiteaker, K. (2003), "West Virginia Takes Refuge in Troxel's Safe Harbor: State ex rel." *Brando L. Moats, W. Va. L. Rev.* (105), p. 556.
- Wiens, K. (1997), "State v. Parent Termination of Parental Rights: Contradictory Actions by the Ohio Legislature and the Ohio Supreme Court in 1996", *Cap. U. L. Rev.* (26), p. 673.
- Winkler, A. (2006a), "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", *Vanderbilt Law Review* (59), pp. 793-864.
- _____ (2006b), "Fundamentally Wrong About Fundamental Rights", *Constitutional Commentary* (23), pp. 227-239.
- Witte, D. E. (1996), "People v. Bennett: Analytic Approaches to Recognizing a Fundamental Parental Right Under the Ninth Amendment", *BYU Law Review*, pp.183-187.

Wright, R. G. (2014), "What If All the Levels of Constitutional Scrutiny Were Completely Abandoned?", *THE UNIVERSITY OF MEMPHIS LAW REVIEW* (45), pp. 165-210.

Zurek (2006), "All the King's Horses and All the King's Men: The American Family After Troxel, the Parens Patriae Power of the State, a Mere Eggshell Against the Fundamental Right of Parents to Arbitrate Custody Disputes", *HAMLIN J. PUB. L. & POLY* (27), pp. 357.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos

Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 26 (1905)

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 391, 401 (1923)

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390, 399 (1923)

Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S. 510, 534-535 (1925).

May v. Anderson, 345 U.S. 528, 533 (1953)

Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205, 232-233 (1972)

Wisconsin vs. Yoder, 406 U.S. 205, 232 (1972)

Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645, 651 (1972)

Wisconsin vs. Yoder, 406 U.S. 205 (1972)

Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205, 207-208 (1972)

Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645, 651 (1972)

Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645, 652-653 (1972)

- Cleveland Bd. Od Educ. vs. LaFleur*, 414 U.S. 632, 639-640 (1974)
- Smith v. Org. Of Foster Families for Equal. & Reform*, 431 U.S. 816, 845 (1977)
- Moore v. City of E. Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977)
- Quilloin vs. Walcott*, 434 U.S. 246, 255 (1978)
- Parham v. J.R.*, 442 U.S. 584, 602 (1979)
- City of Cleburne vs. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432, 460 (1985)
- Griffin High Sch. v. Illinois High Sch. Ass'n*, 822 F.2d 671, 672-673 (7o. Cir. 1987).
- Michael H. v. Gerald D.*, 491 U.S. 110, 128 n. 6 (1989)
- Reno v. Flores*, 507 U.S. 292, 304 (1993)
- Immediato v. Rye Neck Sch. Dist.*, 73 F.3d 454, 457 (2o. Cir. 1996)
- Herndon by Herndon v. Chapel Hill-Carrboro City Bd. of Education*, 89 F.3d 174, 176 (4o. Cir. 1996)
- Immediato v. Rye Neck Sch. Dist.*, 73 F.3d 454, 460-461 (2o. Cir. 1996)
- Nunez v. City of San Diego*, 114 F.3d 935, 938 (9o. Cir. 1997)
- Washington vs. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720 (1997)
- Sightes vs. Barker*, 684 N.E.2do 224, 233 (Ind. Ct. App. 1997)
- Jackson vs. Tangreen*, 18 P.3d 100, 106 (Ariz. Ct. App. 2000)

Troxel vs. Granville, 530 U.S. 57, 60 (2000)

Riendeau vs. Riendeau, 761 A.2do 291, 300 (Me. 2000)

Crafton vs. Gibson, 752 N.E.2d 78, 91 (Ind. Ct. App. 2001)

In re L.B.S. v. L.M.S., 826 So. 2d 178, 184 (Ala. Civ. App. 2002)

Blixt v. Blixt, 774 N.E.2do 1052, 1062 (Mass. 2002)

Leebaert v. Harrington, 332 F.3d 134, 142 (2o. Cir. 2003).

Fausey vs. Hiller, 851 A.2d 193, 199 (Pa. Super. Ct. 2004)

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008)

Distict of Columbia vs. Heller, 554 U.S. 570, 689 (2008)

Mc-Donald v. City of Chicago, 561 U.S. 742 (2010)

Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584 (2015)

Otros

The Parental Rights and Responsibilities Act (1995)

CAPÍTULO XII

Responsabilidad parental y decisiones médicas en el derecho inglés*

Jonathan Herring**

* Texto originalmente publicado como Herring, J., (2017), "Responsabilidad parental y decisiones médicas", en Lathrop Gómez, Fabiola y Espejo Yaksic, Nicolás (coords.), *Responsabilidad Parental*, Thomson Reuters: Santiago de Chile, pp. 107-125.

** DM Wolfe-Clarendon Fellow in Law, Vice Decano y Profesor de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford y Fellow del Exeter College de la misma universidad.

Resumen

En el derecho médico inglés se enfatizan las *responsabilidades* de los padres en lugar de los *derechos* de los padres, siendo las opiniones de éstos relativamente menos importantes que las de los médicos. Es más, una revisión de las teorías disponibles en torno a los derechos parentales permite concluir que ninguna proporciona una razón de importancia por la cual debiera otorgarse mucho peso a las opiniones de los progenitores, en aquellos casos en que exista una disputa sobre el tratamiento médico de un hijo o una hija. Pero ello no significa que los padres no tengan un papel que cumplir en la toma de decisiones médicas, sino muy por el contrario. El capítulo busca explicar por qué no es posible producir una única regla clara para aplicar en estos casos: los padres siempre ganan o los médicos siempre ganan. Más bien, la solución debe nacer de las relaciones mismas porque, pase lo que pase en estas decisiones médicas, el niño, la niña y sus cuidadores deberán continuar sus relaciones y éstas tienen más valor que cualesquiera otros derechos legales abstractos.

Palabras clave: derecho médico, consentimiento, derechos parentales, competencia, relaciones

Introducción

Generalmente, los padres o progenitores tienen la autoridad legal para tomar decisiones respecto a sus hijos e hijas. Es inusual que alguien contradiga, ante el juez, una decisión tomada por los padres en relación con su hijo o hija. Inusual, porque se sabe que es poco probable que esto prospere. Puede que uno desprecie la elección de vestuario de su vecino para su hijo o hija, su elección de colegio, o su actitud liberal respecto al consumo de dulces; sin embargo, cualquier reclamo ante el tribunal estará casi destinado al fracaso. Tales asuntos se consideran dependientes del criterio de los padres,¹ salvo la posibilidad de iniciar un procedimiento de privación de responsabilidad parental en caso de demostrar que el niño o la niña está sufriendo o puede sufrir un daño significativo atribuible al cuidado de los progenitores.²

Una importante excepción a esta aproximación general la encontramos en el tratamiento médico. Esto es, cuando un médico, o mucho más probablemente el Servicio Nacional de Salud (*NHS Trust*), busca contradecir la decisión de un progenitor sobre el tratamiento médico de su hijo o hija, es altamente improbable que el padre o la madre logre imponerse. De hecho, en los casos en que los padres y doctores han estado en desacuerdo sobre el tratamiento de los hijos, sólo en un ínfimo número de casos reportados (tres, según creo), los progenitores han resultado aparentemente victoriosos. Este artículo explorará por qué sucede esto, y si tal enfoque resulta o no apropiado.

¹ Bainham, A., 2009.

² *Children Act*, 1989, s. 3(1).

1. Autonomía y derecho médico

Para empezar, es importante ubicar la cuestión de los padres y las decisiones médicas en el contexto del derecho médico en términos generales. A pesar de la grandiosa elocuencia de algunos,³ la autonomía no es suprema en el derecho médico.⁴ Nadie tiene derecho a exigir tratamiento médico. En el caso *GMC (Consejo Médico General) v. Burke* el proceso correcto de toma de decisiones está bien resumido:⁵

La relación entre médico y paciente habitualmente comienza con el diagnóstico y la recomendación. El médico describirá el tratamiento que recomienda o, si existen varias alternativas de tratamiento que estaría dispuesto a administrar en favor del paciente, las opciones disponibles, sus implicancias y la elección que recomienda. En tales circunstancias, el derecho a rechazar una propuesta de tratamiento otorga al paciente lo que parece ser una posibilidad positiva de elegir una alternativa. En realidad, el derecho a elegir no es más que el reflejo del hecho de que es deber del médico proveer un tratamiento que considere a favor del paciente y que este último esté dispuesto a aceptar.

Por tanto, al igual que con cualquier otro paciente, un padre o una madre no tiene derecho a insistir en un tipo de tratamiento en particular para su hijo o hija. Es el médico el que debe evaluar al niño o la niña y determinar qué tratamiento debería recibir. La función del progenitor, en cambio, es consentir o rehusar el tratamiento ofrecido.⁶ En este sentido, los jueces han sido claros en afirmar que no obligarán a un médico a proveer un tratamiento que no desee entregar.⁷

³ Por ejemplo: Gillon, R., 2003, p. 307.

⁴ Foster, C., 2009.

⁵ England and Wales Court of Appeal [EWCA]. Civ., *GMC (Consejo Médico General) v. Burke*, 1003, 2005, párr. 51.

⁶ No tienen derecho de insistir en que un médico en particular lleve a cabo la operación: England and Wales High Court [EWHC]. *Re TM (Tratamiento Médico)*. Fam. 4103, 2013.

⁷ EWCA. *Burke v. GMC*. Civ. 1003, 2005.

Esto significa que el contexto para la implicación o participación de los padres en la toma de decisiones médicas es bastante diferente de otras decisiones que pueden ser tomadas por ellos, al menos desde una perspectiva legal. A diferencia de decisiones sobre qué comerá el niño o la niña o si irá o no de vacaciones, donde se considera a los padres como los tomadores de decisiones primarios; en el contexto médico, el tomador de decisiones es el médico y los progenitores, los proveedores del "chaleco antibalas del consentimiento", como se expresó memorablemente en uno de los casos más destacados al respecto.⁸ Dicha analogía se refiere a que es probable que un médico que planea ofrecer tratamiento médico a un niño o una niña pueda llegar a cometer un ilícito civil, o incluso un crimen, y que para ello necesita una justificación legal. Esa justificación, puede ser otorgada por un progenitor. Si un padre o una madre se rehúsa a conceder el "chaleco antibalas", el médico o el Servicio Nacional de Salud (*NHS Trust*) puede pedir un "chaleco antibalas" alternativo ya sea al tribunal, o al niño o la niña, si éste tiene la capacidad de tomar la decisión. El médico sólo requiere el consentimiento de uno de los padres⁹ y así, la objeción del otro no privará de efectividad al "chaleco antibalas". Con todo, en casos graves que impliquen disputa entre los padres, el médico puede preferir pedir autorización al tribunal.¹⁰ Por tanto, en el contexto de los casos médicos la función de los progenitores no es la de ser los tomadores de decisiones como tal, sino más bien, la de quienes confirman o conceden autorización a un médico que tomó la decisión.

2. Disputas ante el juez

Si una disputa sobre un tratamiento médico es llevada ante un juez, éste resolverá el caso basándose en el bienestar o interés superior del niño o la

⁸ *Re W (Un Menor) (Tratamiento Médico: Jurisdicción del Tribunal)*. Family Law Rules, 1993.

⁹ *EWHC. An NHS Trust v. SR*. Fam. 3842, 2012.

¹⁰ *Idem*.

niña.¹¹ En el caso *Wyatt v. Portsmouth NHS Trust*¹² la Corte de Apelaciones determinó cuáles eran los factores claves por considerar en la evaluación de tal interés superior: El juez debe decidir cuál es el interés superior del niño o la niña. Al tomar esa decisión, el bienestar de ese niño o niña es primordial, por tanto, el juez deberá fundamentar la controversia desde el supuesto punto de vista del paciente (*Re J*). Existe una fuerte presunción a favor de un procedimiento que prolongue la vida, pero ella no es irrefutable (*Re J*). El término "interés superior" abarca asuntos médicos, emocionales, y todo otro relacionado con el bienestar (*Re A*). El juez debe conducir un ejercicio de ponderación en el cual todos los factores relevantes sean sopesados (*Re J*) y una manera útil de emprender este ejercicio es elaborando un balance general (*Re A*).

Este amplio enfoque recibió el apoyo de la Baronesa Hale en el caso *Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust v. James*, aunque en relación con la valoración del interés superior de adultos que carecen de capacidad.¹³ En dicho caso, B. Hale expresó que:

al considerar el interés superior de este paciente en particular, en este momento en especial, los tomadores de decisiones deberán velar por su bienestar en el más amplio sentido, no solamente médico sino social y psicológico; deberán considerar la naturaleza del tratamiento médico en cuestión, lo que éste implica y sus proyecciones de éxito; deberán considerar cuál es el resultado probable del tratamiento para el paciente; deberán intentar ponerse en el lugar del paciente individual y preguntar cuál es o posiblemente cuál sería su actitud ante el tratamiento; y deberán consultar con otros que estén cuidando de él o que estén interesados en su bienestar, en particular respecto a su opinión sobre cuál sería su actitud (del paciente).

¹¹ *Children Act*, 1989, s. 1.

¹² EWCA. *Wyatt v. Portsmouth NHS Trust*. Civ. 1181, 2005, párr. 85.

¹³ United Kingdom Supreme Court. 67, 2013, párr. 39.

La jurisprudencia es clara en señalar que se le atribuirá relativamente poco peso a las opiniones de los padres al valorar el bienestar de un niño o una niña en el contexto de una decisión médica. Ciertamente es de notar que, en el contexto de los cuidados médicos, los tribunales, en vez de recalcar los derechos que tienen los progenitores, remarcan los deberes de éstos. En particular, los padres tienen el deber de buscar tratamiento médico y el deber de acceder a aquel recomendado por los médicos. Así, en el caso *Gillick v. West Norfolk A.H.A.*,¹⁴ Lord Scarman señaló:

Queda meridianamente claro que la ley reconoce que existe el derecho y deber de los padres a determinar si buscar o no consulta médica respecto a su hijo(a), y, una vez recibida la recomendación, otorgar o negar su consentimiento al tratamiento médico [...].

En el caso *Re A (Gemelos Siameses)*,¹⁵ el Juez Ward sostuvo:

Por lo tanto, de acuerdo con la ley actual el derecho y deber de otorgar consentimiento al tratamiento médico deriva de la responsabilidad parental investida en el padre o la madre.

De hecho, un padre que no logra garantizar tratamiento médico apropiado para un hijo o hija, podría enfrentar acciones penales.¹⁶

A su vez, si un progenitor (cualquiera de ellos) no está de acuerdo con la decisión médica y el asunto es llevado ante el tribunal, será el juez, no los padres, quien decida sobre el bienestar del niño o la niña. En el caso *Re Z (A Minor) (Identificación: Restricciones sobre la Publicación)*¹⁷ el Juez Presidente de la Sección Civil del Tribunal de Apelaciones sostuvo:

¹⁴ AC, *Gillick v. West Norfolk A.H.A.*, 12, 1986, 184 G.

¹⁵ FCR, *Re A (Gemelos Siameses)*, 3, 2000, 577.

¹⁶ *Children and Young Persons Act*, 1933, s. 1; *R v. Sheppard*. AC, 1981, 394.

¹⁷ Fam. *Re Z (A Minor) (Identificación: Restricciones sobre la Publicación)*, 1, 1997, 32.

Por mi parte, yo aceptaría sin reservas que la decisión de un padre o una madre comprometido(a) y responsable debería ser tratada con respeto. Ciertamente no debería ser ignorada o desestimada a la ligera. Pero la función del tribunal es ejercer un juicio independiente y objetivo. Si ese juicio concuerda con el del padre o la madre comprometido(a) y responsable; muy bien. De lo contrario, entonces es deber del tribunal, después de sopesar debidamente la opinión de ese padre o madre comprometido(a) y responsable, dar cumplimiento a su propio juicio. Para eso está. Su juicio puede, por supuesto, resultar equivocado. También el del padre o la madre. Pero una vez invocada la jurisdicción del tribunal, su deber es alcanzar y entregar el mejor juicio que pueda.

Como aclaran estos pronunciamientos, los tribunales escucharán las opiniones de los padres, dándoles el respeto que se merecen (aunque saber exactamente que significa eso esté poco claro). Pero, a fin de cuentas, los tribunales serán los que decidirán cuál es el bienestar o el interés superior del niño o la niña. De hecho, los tribunales han rechazado expresamente el argumento que sostiene que la función de los tribunales es determinar si la decisión de los progenitores es o no *razonable*.¹⁸ En otras palabras, no se trata de una revisión cuasi-judicial de la decisión del padre o la madre. Los tribunales determinan cuál es el interés superior y, en consecuencia, dictaminan.

Sin embargo, ese enfoque no parece eliminar todo campo de acción para que la opinión de los padres cuente en el tratamiento médico que reciban sus hijos e hijas. En el caso *Re T (Tutela: Tratamiento Médico)*,¹⁹ el Juez Waite indicó que en aquellos casos en los que existe una decisión entre dos cursos de acción, similares en términos del cálculo de bienestar, la opinión de los padres podría inclinar la balanza:

¹⁸ *Re T (Tutela: Tratamiento Médico)*. *Weekly Law Report* (1), 1997, 242.

¹⁹ *Ibid.*, 254C.

Solamente se puede decir con seguridad que existe una escala, en uno de cuyos extremos se encuentra el claro caso en que la oposición parental al tratamiento médico es provocada por escrúpulos o dogmas de tipo evidentemente incompatible con los principios de la salud y bienestar infantil ampliamente aceptados por la generalidad de la humanidad; y al otro extremo de la cual se encuentran casos altamente problemáticos donde existe un ámbito genuino para una diferencia de opinión entre el progenitor y el juez. En ambas situaciones es deber del juez permitir que la propia opinión del tribunal prevalezca en el superior interés del niño o la niña en cuestión, pero en aquellos casos del segundo extremo de la escala, debe existir la probabilidad (aunque ciertamente nunca la certeza) de que mientras mayor sea el ámbito para un debate genuino entre una opinión y la otra, mayor será la inclinación del tribunal a ser influenciado por la idea de que, en un último análisis, el interés superior de cada niño o niña incluye la expectativa de que las decisiones difíciles que afectan la duración y calidad de su vida, sean tomadas para él o ella por el progenitor cuyo cuidado ha sido encomendado por la naturaleza".

Existe, por tanto, un margen muy limitado para afirmar que los padres tienen derechos a tomar decisiones en relación con casos médicos. Vale la pena, sin embargo, mirar los casos en los cuales los padres han "ganado". Estos casos, sin embargo, no ofrecerán satisfacción a aquellos que esperan el reconocimiento de los derechos de los padres en este contexto; más bien, confirman que, en situaciones de disputa, lo que prima es el bienestar de los niños y las niñas o su interés superior.

2.1 Casos en que los padres han "ganado"

En primer lugar, el caso *Re T (A Minor) (Tutela: Tratamiento Médico)*,²⁰ se refiere a una niña (C) que presentaba una afección hepática de riesgo vital. Los expertos médicos instaban a un trasplante sin el cual C no viviría

²⁰ *Ibid.*, 242.

mucho más allá de los dos años y medio, mientras que, con el trasplante de hígado, su pronóstico era bastante bueno. Los padres rehusaron consentir y el tribunal apoyó a los padres.

Dicha decisión ha recibido considerables críticas. Por ejemplo, Andrew Bainham ha sostenido que el caso no logra separar los intereses de los progenitores de los de la niña y otorga un peso desproporcionado a favor de los derechos de los primeros por sobre los de la segunda.²¹ Sin embargo, como ha sostenido Jo Bridgeman, se trata de críticas injustas.²² A pesar de que el equipo médico mantuvo una posición unánime respecto a que la cirugía se debía ejecutar, no estuvieron de acuerdo sobre si era o no apropiado llevarla adelante *sin la cooperación de los padres*. Dada la oposición parental no había, por lo tanto, acuerdo claro entre los profesionales médicos de que el procedimiento satisficiera el interés superior de la niña. El procedimiento médico requería que la madre asumiera "compromiso total" en el cuidado postoperatorio de C y regresara al Reino Unido desde el extranjero donde ella y su pareja habían aceptado nuevas oportunidades laborales. El caso no es, por lo tanto, uno que reivindique los derechos de los padres. Más bien, reconoce que la relación de cuidado entre los padres y los niños y las niñas es fundamental para el bienestar o interés superior de los segundos.²³

La segunda "victoria" de los padres fue en el caso *An NHS Foundation Trust v. AB, CD y EF*,²⁴ donde un bebé de 12 meses nació con un trastorno incurable del neurodesarrollo. Se había acordado de que se debía retirar la ventilación, sin embargo, lo que estaba en disputa era si después de retirar el tratamiento debía o no proveerse reventilación o una bolsa de ventilación manual. Los doctores no querían ofrecerlo; los padres sí. El Juez Theis apoyó la posición de estos últimos, declarando que la bolsa

²¹ Bainham, 1997, pp. 48-50.

²² Bridgeman, Parents, 2008, capítulo 1.

²³ Herring, 2014.

²⁴ EWHC. *An NHS Foundation Trust v. AB, CD y EF*. Fam. 1031, 2014.

de ventilación manual debía estar disponible, si el equipo médico deseaba usarla. Dados los principios generales indicados anteriormente, es decir, que no podía obligarse a un médico a dar un tratamiento, el Juez Theis llegó tan lejos como pudo en apoyar las opiniones de los progenitores. Un factor clave fue la evidencia otorgada por los padres respecto a la experiencia previa del uso de la bolsa de ventilación manual para el niño la que, al parecer, no había sido tan negativa como comúnmente ocurre.

Este caso, por tanto, no se trataba de uno que subraye los derechos de los padres, sino más bien, se trata de un caso en el que la evidencia provista por los progenitores introdujo nuevos antecedentes (la respuesta particular del niño a la bolsa de ventilación manual) que informaron la valoración judicial acerca del bienestar o interés del niño. El tribunal para resolver, también se basó en la presunción a favor de la preservación de la vida. Y ésta, por principio, se aplica independientemente de los intereses de los padres.

Un tercer caso, que da cuenta de lo anterior, es *An NHS Trust v. MB & Anor*,²⁵ donde el Juez Holman apoyó la posición de los padres en no autorizar la retirada del tratamiento de soporte vital. Lo que es de particular interés en este caso es que el niño parecía tener una conciencia muy limitada y parecía estar sufriendo relativamente poco dentro de su estado enormemente deteriorado. En el fallo se justificó el tratamiento por los beneficios que podía reportar al niño, concretamente "continuar teniendo una relación de valor para él con su familia, y continuar obteniendo otros placeres provenientes del tacto, la vista y el sonido". El Juez Holman señaló que la madre había estado con el niño casi continuamente y, adicionalmente, se refirió a la evidencia ofrecida por ella:

La madre dice que de hecho M (el niño) sí da muestras de dolor y aflicción por medio de fruncimientos de ceño y lágrimas. Dice

²⁵ EWHC. *An NHS Trust v. MB & Anor*. Fam. 507, 2006.

que de manera similar le demuestra placer al levantar levemente sus cejas en lugar de bajarlas, y que ella puede ver un mínimo movimiento hacia arriba de las comisuras de sus labios como si estuviese tratando de sonreír. Dice que sus ojos se fijan en ella y la siguen, debido a que no puede mover la cabeza, hasta que ya no puede verla.

En consecuencia, y nuevamente, no se trata de un caso en el cual hayan prevalecido los derechos parentales, sino un caso en el que la relación de la madre con el niño se consideró fundamental para su bienestar o interés superior. En opinión del juez, la relación generaba el valor de la vida.²⁶ Es decir, fue el reconocimiento del valor de la vida del niño, no las opiniones de la madre, lo que finalmente resolvió el dilema.

El resumen de los tres casos en que los padres supuestamente han "ganado", deja en evidencia que no representan una victoria de los derechos de los padres. Más bien, revelan un cuidadoso análisis del bienestar o interés superior del niño o la niña, en el contexto de un caso particular.

2.2 Niños, padres y decisiones médicas

¿Qué sucede, en cambio, con los casos en los cuales el niño o la niña tiene la suficiente capacidad de tomar la decisión por sí mismo? Ésta es un área notoriamente controversial. La presentación ortodoxa del derecho es la siguiente: si el niño o la niña tiene suficiente comprensión del problema, incluyendo los asuntos médicos, morales y familiares implicados, tiene la capacidad de entregar al médico el "chaleco antibalas" (en otras palabras, el consentimiento efectivo).²⁷ Esto es así, aun si los padres lo objetan. Esto se resolvió en la decisión del caso *Gillick v. W Norfolk y Wisbech AHA*.²⁸ Sin embargo, en una serie de casos posteriores al

²⁶ Para mayor discusión sobre esta manera de comprender el valor de la vida, véase: Herring, J., 2011.

²⁷ Sobre cuestionamientos recientes acerca de si los menores tienen o no alguna vez la suficiente capacidad para tomar decisiones médicas importantes véase: Steinberg, L., 2013, p. 256.

²⁸ *Gillick v. W Norfolk y Wisbech AHA*, England Law Reports [All ER] (3), 1985, p. 402.

mencionado, se ha resuelto que si el niño o la niña competente se opone, entonces cualquiera de los progenitores con responsabilidad parental aún es libre de proveer el "chaleco antibalas".²⁹ Por tanto, aunque el consentimiento de un niño o una niña competente pueda operar para *permitir* el tratamiento, la *negativa* de parte del niño o la niña competente no impide que el médico actúe, en la medida en que obtenga el "chaleco antibalas" de alguna otra fuente. La doctrina³⁰ ha construido maneras imaginativas de entender esta jurisprudencia, pero, por ahora, se empleará la lectura estándar u ortodoxa.

3. Teorías sobre los derechos parentales

¿Qué concluir del derecho vigente? ¿por qué ésta es un área del derecho donde se recalcan las *responsabilidades* de los padres en lugar de sus *derechos*, y en la que las opiniones de los padres tienen relativamente poco peso? Un punto de partida útil es considerar por qué habitualmente los progenitores deben tener el derecho de tomar decisiones por sus hijos. Sin embargo, y desde ya, se advierte que cualquiera sea la teoría que se adopte, ninguna proporciona una razón de importancia por la cual debería otorgarse mucho peso a las opiniones de los padres, en aquellos casos en que exista una disputa sobre el tratamiento médico de un hijo o una hija.

3.1 Los padres son los que mejor conocen a sus hijos

Según un punto de vista, los padres deberían tomar decisiones en representación de sus hijos porque los conocen mejor que nadie. Los padres, es de suponer, conocen mejor que nadie la historia, las personalidades, los gustos y disgustos peculiares de sus hijos e hijas. Esto los sitúa en una posición única para evaluar y determinar el bienestar o interés superior de ellos.

²⁹ *Re W (Un Menor)(Tratamiento Médico: Jurisdicción del Tribunal)*. FCR, 2, 1992, p. 785.

³⁰ Herring y Gilmore, 2014, pp. 3-25; Cave, pp. 103-122.

Si bien es cierto que este punto de vista proporciona justificación para la autoridad parental en cuanto a la toma de decisiones, parece tener poca relevancia en el contexto de las determinaciones *médicas*. Los profesionales médicos están en una mucho mejor posición que los progenitores para saber cuáles son los tratamientos alternativos disponibles y cuáles son los apropiados. A menos que los padres mismos sean profesionales médicos, es difícil imaginar cómo podrían afirmar estar en una mejor posición que el doctor para realizar la evaluación médica. Los padres pueden afirmar conocer información sobre el niño o la niña que el médico no conoce, pero, en tal caso, deberían informar al médico sobre ello para que éste pueda realizar una evaluación apropiada. Y esta idea general tiene aún más sentido cuando el niño o la niña posee capacidad y está de acuerdo con el médico. En consecuencia, se vuelve poco plausible la tesis de que los padres "saben mejor" lo que es más beneficioso para el niño o la niña, frente a la propia opinión de un niño con capacidad o la de un médico. Asimismo, cuando el médico experto y el niño o la niña con capacidad estén de acuerdo, parece razonable preferir su opinión a la de los padres. Así entendido, el enfoque actual del derecho vigente tiene perfecto sentido.

3.2 Diversidad

Este punto de vista puede estar basado en la apreciación de que incluso si no estamos seguros de que los padres siempre saben lo que es mejor para sus hijos e hijas, tampoco estamos seguros de poder identificar a alguien que lo sepa mejor. En términos generales, aunque los padres cometan muchos errores, pocos sugerirían que los trabajadores sociales, jueces o políticos pudieran necesariamente hacerlo mejor. Más importante, como John Eekelaar ha argumentado, permitir que los progenitores tomen decisiones respecto a sus hijos e hijas promueve una sociedad diversa y culturalmente rica.³¹ Es bueno tener una sociedad

³¹ Eekelaar, 2004, p. 178.

donde los niños y las niñas tengan diferentes religiones, creencias culturales y morales; diferentes caracteres; etc. Una cultura o religión impuesta por el Estado disminuiría tal tipo de sociedad.

Cualesquiera que sean las fortalezas de este argumento en muchos contextos, parecen débiles en el contexto del tratamiento médico. No buscamos fomentar la pluralidad de estándares de salud entre los niños y las niñas. Una sociedad en la cual todos los niños y las niñas reciben excelentes cuidados de salud, no se vería afectada del mismo modo que en el caso en que ellos reciban la misma educación religiosa. Como se discutió anteriormente, éste es un contexto específico en el cual podemos afirmar con seguridad que los médicos saben más que los padres. Nuevamente, estos argumentos son incluso más fuertes cuando la opinión del niño o la niña con capacidad concuerda con la del médico.

3.3 Intereses entrelazados

Podemos buscar promover algunos derechos parentales sobre la base de que los derechos de los niños y las niñas y los de los padres no puedan ser separados.³² Por ejemplo, y como Rachel Taylor³³ ha sugerido, una ley que prohíba que los padres eduquen a sus hijos según las creencias religiosas de los padres interfiere en la práctica religiosa de los propios padres, en tanto que educar a sus hijos e hijas según sus creencias religiosas puede ser un requerimiento religioso. Se puede pensar en muchos otros ejemplos en los cuales los derechos de los padres y los hijos e hijas no pueden ser fácilmente separados: un progenitor vegetariano a quien se le exige alimentar a su hijo o hija con carne; o un padre o madre que disfruta viajar al extranjero y a quien se le prohíbe la salida de su hijo o hija del país.

³² Herring, 2005, p. 159.

³³ Taylor, R., 2009.

Esto parece ser una base más plausible para otorgar peso a las opiniones de los padres, aunque no como parte de sus derechos parentales, sino más bien de sus propios derechos. Sospecho, por ejemplo, que si pudiese encontrarse alguna justificación para la circuncisión masculina religiosamente motivada, sería sobre esta base. Sin embargo, serían raras las circunstancias en las cuales sería un deber religioso para un progenitor rehusar el tratamiento médico. Cuando estos casos han ocurrido, como en el típico ejemplo del padre o la madre Testigo de Jehová que rehúsa una transfusión sanguínea para su hijo o hija, los tribunales han sido claros en que los principios religiosos de una persona no le otorgan el derecho de convertir a sus hijos e hijas en mártires.³⁴ Esto parece claramente correcto, ya que uno no puede apoyarse en un derecho que descansa sobre los propios intereses personales, para justificar hacerle un daño significativo a otro.

3.4 Fiduciario

Otra teoría conocida acerca de los derechos parentales es aquella que sostiene que los padres son los titulares de los derechos del niño o la niña, en cuanto su representante, y hasta que los segundos puedan tomar esas decisiones por sí mismos.³⁵ Esta idea comúnmente concede a los progenitores un grado considerable de discreción respecto a cómo satisfacer las necesidades del niño o la niña, aunque es estricta en sancionar a aquel padre que incumple con las necesidades básicas de la persona bajo su cuidado. El caso es que allí donde los expertos han identificado una necesidad médica seria, los padres tendrán un campo de acción muy limitado (en cuanto fiduciarios) para apartarse de tal opinión experta. Este punto de vista también apoyaría la visión sugerida en el caso *Axon*³⁶ de que los derechos parentales caerían en suspensión cuando el niño o la niña haya alcanzado capacidad.

³⁴ *Re E (Un Menor)*(Tutela: Tratamiento Médico), 1993, p. 386.

³⁵ Reshef, Y., 2013, pp. 130-150.

³⁶ *R (Axon) v. Secretary of State for Health*. FCR, 1, 2006, 175.

3.5 Discusión

Esta brevísima discusión sobre los derechos parentales sugiere que ninguna de las principales teorías sobre ellos apoyaría la tesis de otorgarles derechos significativos en relación con las decisiones médicas. En lugar de ello, estas teorías parecen apoyar el enfoque aceptado en la jurisprudencia, en cuanto a que los progenitores tienen el deber de obtener prestaciones de atención razonables y consentir al tratamiento necesario. En otras palabras, éste no es un campo donde la discusión sobre los derechos parentales debería desempeñar alguna función relevante. Pero ello no significa que los padres no tengan un papel que cumplir en la toma de decisiones médicas, sino muy por el contrario. En lo que resta de este capítulo se explicará por qué los padres tienen una función crucial en las decisiones médicas de sus hijos e hijas.

4. Participación parental en las decisiones médicas

4.1 El conocimiento del niño

Como ha sostenido Jo Bridgeman, es crucial que consideremos la situación y las necesidades particulares que tienen los niños y las niñas.³⁷ En los casos médicos, éstos deben ser tratados especialmente como sujetos conscientes de las relaciones que tienen, de sus peculiaridades y necesidades. En este contexto, los padres proporcionan una fuente invaluable de información sobre sus hijos e hijas. Por ejemplo, como se señaló anteriormente en este capítulo, en el caso *An NHS Foundation Trust v. AB, CD y EF*,³⁸ la evidencia provista por los padres sobre la experiencia con el uso de la bolsa de ventilación fue crucial para la decisión final. Por lo tanto, los progenitores desempeñan un papel fundamental como proveedores de información sobre sus hijos e hijas.

³⁷ Bridgeman, 2008, p. 232.

³⁸ EWHC. *An NHS Foundation Trust v. AB, CD y EF*. Fam. 1031, 2014, Véase también EWHC. *An NHS Trust v. R*. Fam. 2340, 2013.

4.2 La relación padre/madre e hijo/hija

La relación entre los progenitores y su hijo o hija genera, en sí misma, aspectos fundamentales de la identidad y del bienestar del niño o la niña. Por consiguiente, como se vio anteriormente, en el caso *MB* la cercanía de la relación entre la madre y el niño creó un conjunto de consideraciones a favor de la continuidad de la vida que bien podría no haber existido si no hubiera sido por esa relación. Previamente, cuando se discutió la decisión en el caso *Re T*, se hizo incapié en la importancia de las relaciones niño-padres. La relación entre el niño, la niña y sus padres es fundamental para la identidad de los primeros y es su punto de referencia primario en el mundo, especialmente cuando se trata de un niño pequeño o una niña pequeña. En otras palabras, el bienestar de hijos y padres, generalmente, se encuentra relacionado. No podemos, por tanto, separar fácilmente el bienestar de los padres del bienestar de los hijos.³⁹ Como reconoció el tribunal en el caso *Re T*, en muchos casos que implican atención médica seria, los cuidados de los progenitores son esenciales para que el procedimiento médico sea efectivo.

Un caso más difícil es el de *NHS Trust v. Bebé X*,⁴⁰ en el cual un niño pequeño estaba con ventilación asistida y tenía daño cerebral profundo. El niño era alimentado por tubo nasogástrico y el personal del hospital determinó que era mejor retirar la ventilación, pero los padres se opusieron. Estos últimos pensaban que podían verificar signos de mejoría y su fe religiosa no les permitía consentir un procedimiento que llevaría a la muerte. El tribunal apoyó a los médicos, pero el Juez Hedley otorgó peso a la necesidad de una buena muerte y contrastó "una muerte en los brazos y presencia de los padres con una muerte conectado a una máquina y aislado de todo contacto humano, en el transcurso de un tratamiento inútil". Es posible que el Juez Hedley tuviera razón en reconocer más valor al cuidado que los padres pudieran ofrecer al morir, que dar peso

³⁹ Herring, 2014, capítulo 6.

⁴⁰ EWHC. *NHS Trust v. Bebé X*. Fam. 2188, 2012.

a la esperanza de un milagro. Así, la posición de "cuidar" tuvo mayor valor en este caso que la de "preocuparse", propia de las plegarias.⁴¹

5. Niños competentes

El derecho vigente sobre casos que involucran a niños y niñas con capacidad ha enfrentado una férrea oposición. Los críticos han indicado que la jurisprudencia actual parece ilógica desde la perspectiva de los derechos humanos. Un niño o una niña puede dar su consentimiento efectivo, pero no una negativa de esa índole. Comúnmente se argumenta que el niño o la niña o bien es tan competente como un adulto para rehusar o consentir un tratamiento, o bien no lo es.

Esta posición parece menos extraña si se mira desde la perspectiva de las responsabilidades parentales. Si se asume que el médico que recomienda el tratamiento lo hace en el interés superior del niño o la niña, y se trata de una terapia que el niño o la niña competente está dispuesto(a) a recibir, es difícil ver de qué manera el progenitor que está rehusando consentir, pueda estar ejerciendo su responsabilidad en forma responsable. Particularmente, si el niño o la niña objeta el tratamiento, está menos claro lo que el progenitor responsable debería hacer. Podemos imaginarnos algunos casos en los que el padre o la madre responsable intervendrán, y otros en que se dejará que el niño o la niña decida. Esto puede reflejar el derecho vigente. En el caso *Re W*, Lord Donaldson fue muy claro en sostener que incluso si un progenitor ha consentido, un médico bien puede decidir no proceder ante la oposición de un niño maduro o una niña madura. Se debe recordar que el tribunal nunca obligará al médico a proveer un tratamiento que no desee proveer. Visto de esta manera, el caso *Gillick* no se trataría tanto de un caso en el que se enfatizan los "derechos de la niñez", sino más bien de un caso en que se restringe un ejercicio indebido de la "responsabilidad parental".

⁴¹ Herring, 2014, capítulo 2.

Si a raíz de este argumento nos fijamos en el caso *Axon*, se puede ver que la demanda de la Sra. Axon, en la que se discutía si ella debía tener derecho a veto sobre la decisión de su hija de someterse a un aborto, parece claramente un error de juicio. Dicho argumento implica no ejercer su posición parental con *responsabilidad*, sino buscar ejercer *poder* sobre ella. Más compasiva, en cambio, es su solicitud respecto a que se le informe sobre el embarazo de su hija, para poder discutir el tema con ella. Eso suena más a crianza responsable en relación con una niña madura. Sin embargo, se advierte que esa solicitud también debería ser rechazada. Ello es así, porque el solo hecho de buscar una solución *legal* para hacer cumplir una buena relación entre hijos y padres, parece ser indicativo de que tal relación ha fallado.

6. Recapitulando

Como mínimo, se debe aceptar que, en aquellos casos de condiciones médicas serias, los padres tienen un interés significativo en que el niño o la niña reciba o no un tratamiento.⁴² Se interesan como padres que tienen responsabilidades parentales; como padres que han invertido sus vidas (en términos emocionales y prácticos) en el niño o la niña y su crianza; y se interesan, además, por el resultado del impacto que la decisión pueda tener en sus propias vidas personales. Es que las decisiones médicas que involucran a un niño o una niña son rara vez asuntos que afectan sólo a ellos.⁴³ Es más, muchos niños y niñas (y adultos) desearán tomar sus decisiones junto con sus padres y otros miembros de su familia, y es poco probable que consideren estas decisiones sólo como propias. Como argumenta Tom Cockburn:

Si uno observa la relación entre una madre y su hijo, se verá reciprocidad humana basada en las características de apoyo y

⁴² Esta sección se basa en Herring y Gilmore, 2014, p. 3.

⁴³ Claro que es igualmente cierto que las decisiones médicas que involucran a adultos tendrán un enorme impacto en sus hijos y otros cercanos: Herring, J., 2008.

dependencia, en lugar de competencia y autonomía. En el caso de la relación madre-hijo, el respeto mutuo y la igualdad de valor son más importantes que cualesquiera principios contractualistas basados en la igualdad de derechos legales. El repertorio moral también debe incluir los principios de cooperación, intimidad, confianza, conexión y compasión a ser enfatizados como fuentes importantes de razonamiento moral.⁴⁴

En otras palabras, ver las decisiones médicas de los niños y las niñas sólo como materias que implican su propia decisión individual no es reflejar correctamente la realidad. Enfocarse en una comprensión individualizada de la autonomía no captará los matices prácticos y éticos de las decisiones. En una de las mejores discusiones sobre este asunto,⁴⁵ Jo Bridgeman indica:

en lugar de intentar articular la justicia y proporcionar explicaciones para forzar un tratamiento en términos de los derechos del abstracto individuo autónomo de la teoría jurídica liberal, o la anulación paternalista de esos derechos, sería instructivo escuchar a los padres de niños y niñas enfermas, profesionales de la salud y abogados que actúan en colaboración con el propósito de asegurar el bienestar del niño y la niña. Si la "voz diferente" puede ser oída en lo que ellos dicen, las decisiones respecto al tratamiento médico de los niños y las niñas pueden ser explicadas de manera más convincente en términos de la responsabilidad de cuidados, que logradas con las actuales expresiones de autonomía. Lo que escuchemos nos puede permitir desarrollar, a partir de la ambigua prueba del interés superior, un modelo de ética del cuidado para las decisiones médicas en relación con los niños, y las niñas que explique por qué, debido a que nos importa, algunas veces el tratamiento médico puede ser impuesto sobre ellos y a pesar de que ellos deseen lo contrario.⁴⁶

⁴⁴ Cockbum, 2005, p. 71.

⁴⁵ Bridgeman, J., 1998.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 114.

Esto puede proporcionar mayor justificación para que el derecho intervenga con el propósito de prevenir que los niños y las niñas tomen decisiones que puedan conducir a un daño irreparable o a su propia muerte. Cuando un niño o una niña recibe el tratamiento que un médico ha evaluado en su interés superior, es poco probable que ello vaya a tener un impacto negativo en la vida personal de los padres o cuidadores, en la misma medida en que lo tendría si el niño o la niña no recibe el tratamiento. Es verdad que uno puede imaginarse a un padre o una madre sufriendo una aflicción emocional ante un niño o una niña que está recibiendo un tratamiento que no fue aprobado por él o ella, pero es poco probable que esto tenga un impacto tan significativo como la decisión de no entregar el tratamiento.

Como Jo Bridgeman recalca, llegar a soluciones para estos casos problemáticos requiere una cuidadosa atención a las relaciones individuales involucradas y las responsabilidades que de ellas se derivan.⁴⁷ Desde este punto de vista, no es posible producir una única regla clara para aplicar en estos casos: los padres siempre ganan o los médicos siempre ganan. Más bien, la solución debe nacer de las relaciones mismas porque, pase lo que pase en estas decisiones médicas, el niño y la niña y sus cuidadores deberán continuar sus relaciones y éstas tienen más valor que cualesquiera otros derechos legales abstractos. En los casos que comprenden disputas entre médicos y progenitores, se requiere que los tribunales efectúen las evaluaciones de bienestar o interés superior que los hemos visto realizar. En los casos que involucran niños y niñas maduras, se requiere la cuidadosa consideración tanto de los intereses de los padres como de los hijos e hijas en su contexto particular, escuchando atentamente ambas opiniones. No hay una defensa automática de una parte o de la otra. Este acercamiento es facilitado por el enfoque de Lord Donaldson, que ha concedido peso a la idea de que el médico está guiado por reservas éticas cuando decide actuar bajo consentimiento parental. Así, se ofrece espacio para un enfoque sensible al contexto particular del caso.

⁴⁷ Bridgeman, J. 2008, capítulo 1.

Conclusión

Este capítulo ha pretendido resumir el estado del derecho inglés acerca de los padres y la toma de decisiones médicas de sus hijos e hijas. Ha explicado que, conforme a las leyes actuales, en este campo, el concepto de derechos parentales no tiene un papel importante. En lugar de ello, son los deberes y responsabilidades parentales los que priman. Esto significa que en casos de disputa se concede poco peso a las opiniones de los progenitores *per se*. En lugar de ello, el bienestar o interés superior del niño y la niña es la clave. Cuando los niños y las niñas tienen la capacidad de tomar decisiones, se concede menos peso, incluso, a los derechos de los padres.

Sin embargo, este capítulo ha sugerido que no sería correcto concluir que los padres o progenitores son irrelevantes frente al derecho, en lo que se refiere a la toma de decisiones de sus hijos e hijas. Con justa razón son considerados una fuente de información crucial. Más importante, la relación padres-hijos es una parte fundamental del bienestar del niño o la niña. Y por eso se observa un esfuerzo de los tribunales por valorar la importancia de aquellas relaciones de cuidado y proporcionar un espacio para que ellas florezcan.

Bibliografía

- Bainham, A. (1997), "Do babies have rights?", *Cambridge Law Journal*, (56).
- _____ (2009), "Is anything now left of parental rights?", en Gilmore, S., Herring, J. y Probert, R., *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford y Portland, Hart Publishing.
- Bridgeman, J. (1998), "Because we care? The medical treatment of children", en Sheldon, S. y Thomson, M. *Feminist Perspectives on Health Care*, London, Cavendish Publishing.

- _____ (2008), *Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Cave, E. (2014), "Goodbye Gillick", *Legal Studies*, 34(1), pp.103-122.
- Cockburn, T. (2005), "Children and the feminist ethic of care", *Childhood*, 12(1), pp. 71-89.
- Eekelaar, J. (2004), "Children between cultures", *International Journal of Law Policy and the Family*, 18(2), pp. 178-194.
- Gillon, R. (2003), "Ethics needs principles—four can encompass the rest—and respect for autonomy should be ‘first among equals’", *Journal of Medical Ethics*, (29).
- Foster, C. (2009). *Choosing Life, Choosing Death: The Tyranny of Autonomy in Medical Ethics and Law*, Oxford, Hart Publishing.
- Herring, J. (2005), "Farewell welfare", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 27(2), pp. 159-171.
- _____ (2008), "The Place of Carers", en Freeman, M., *Law and Bioethics*. Oxford, Oxford University Press.
- _____ (2011), "The loneliness of status: The legal and moral significance of birth", en Ebtehaj, F., Herring, J. y Richards, M., (eds.) *Birth Rites and Rights*, Oxford, Hart Publishing.
- _____ (2014), *Caring and the Law*, Oxford, Hart Publishing.
- Herring, J. y Gilmore, S. (2014), "No is the hardest word: consent and children's autonomy and Family Law", *Child and Family Law Quarterly*, 23(1), pp. 3-25.
- Reshef, Y. (2013), "Rethinking the value of families", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 16(1), pp. 130-150.

Steinberg, L. (2013), "Does recent research on adolescent brain development inform the mature minor doctrine?", *The Journal of Medicine and Philosophy*, (38).

Taylor, R. (2009), "Parental responsibility and religion", en Gilomre, S., Herring, J. y Probert, R. *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford y Portland, Hart Publishing.

Fallos, leyes y otros

AC, *Gillick v. West Norfolk A.H.A.*, 12, 1986, 184 G.

Children Act, 1989.

Children and Young Persons Act, 1933.

England and Wales Court of Appeal. *Burke v. GMC*. Civ. 1003, 2005.

- *GMC (Consejo Médico General) v. Burke*, Civ. 1003, 2005.
- *Wyatt v. Portsmouth NHS Trust*. Civ. 1181, 2005.

EWHC. *An NHS Foundation Trust v. AB, CD y EF*. Fam. 1031, 2014.

- *An NHS Trust v. R*. Fam. 2340, 2013.
- *An NHS Trust v. SR*. Fam. 3842, 2012.
- *EWHC. An NHS Trust v. MB & Anor*. Fam. 507, 2006.
- *NHS Trust v. Bebé X*. Fam. 2188, 2012.
- *Re TM (Tratamiento Médico)*. Fam. 4103, 2013.

Fam. *Re Z (A Minor) (Identificación: Restricciones sobre la Publicación)*, 1, 1997, 32.

R (Axon) v. Secretary of State for Health. FCR, 1, 2006, 175.

Re A (Gemelos Siameses). FCR, 3, 2000, 577.

Re W (Un Menor) (Tratamiento Médico: Jurisdicción del Tribunal). FCR, 2, 1992.

"*Gillick v. W Norfolk y Wisbech AHA*", England Law Reports [All ER] (3), 1985.

R v. Sheppard. AC, 1981, 394.

Re E (Un Menor) (Tutela: Tratamiento Médico), 1993.

Re T (Tutela: Tratamiento Médico). Weekly Law Report (1), 1997, 242.

Re W (Un Menor) (Tratamiento Médico: Jurisdicción del Tribunal). Family Law Rules, 1993.

United Kingdom Supreme Court. 67, 2013.

CAPÍTULO XIII

Responsabilidades parentales en plural. Conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos

Marisa Herrera*

* Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Investigadora del CONICET. Profesora de la UBA y la Universidad Nacional de Avellaneda. Propuesta por el Estado argentino para integrar el Comité de la CEDAW.

Resumen

El presente ensayo tiene por objeto problematizar y profundizar el estudio de la responsabilidad parental a la luz de la obligada perspectiva de derechos humanos, tomando como base la experiencia del derecho argentino, cuyo Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015 ha introducido modificaciones sustanciales en la regulación de las relaciones de familia, incluidas las relaciones entre progenitores e hijos. Para tal fin, se proponen tres campos temáticos: 1) los derechos y deberes en las familias ensambladas, en particular, cómo interactúan estos vínculos con la responsabilidad parental de los progenitores; 2) los derechos y deberes en los casos de progenitores adolescentes en los que la relación entre progenitores e hijos comprende a dos personas menores de edad; y 3) los derechos y deberes en las familias pluriparentales, en especial, los casos de triple filiación. Estos tres ámbitos que se vinculan de manera directa con la responsabilidad parental permiten mostrar la mayor complejidad de esta figura y, a la par, la necesidad de su estudio en clave plural.

Palabras claves: Responsabilidad parental; familia ensamblada; progenitores adolescentes; pluriparentalidad.

1. Objeto de estudio

Las relaciones entre progenitores e hijos e hijas también han formado parte del debate revolucionario que ha significado revisar el derecho de familia a la luz de la obligada perspectiva constitucional-convencional. Desde otro ángulo, pasar del derecho de familia en singular al derecho de las familias en plural, ha implicado una fuerte revisión crítica de la mayoría de las instituciones clásicas de este ámbito del derecho, al cual se le han adicionado otras figuras más contemporáneas como las técnicas de reproducción asistida, el reconocimiento de las parejas —casadas o no— del mismo sexo, por citar algunas de las temáticas que han permitido ensanchar los márgenes jurídicos de las relaciones de familia de hoy. Precisamente por ello, aquí se adoptan dos cambios terminológicos que traen consigo profundas modificaciones socio-legales.

La primera, se recepta la denominación de responsabilidad parental en vez de la perimida y hartó criticada "patria potestad", noción que alude al *pater* —el hombre— dueño o bajo quien se encuentra el poderío sobre la mujer, los hijos y la casa tal como se señala y analiza en otro trabajo elaborado en coautoría con Fabiola Lathrop incluido en esta misma obra colectiva.

La segunda gira en torno al término "progenitores" en reemplazo de las nociones de madre y padre en clave heterosexual. Justamente, como el presente ensayo se inscribe en los debates, planteamientos, reformas acontecidas en el derecho argentino, estas dos adscripciones terminológicas se han desarrollado y consolidado en ese marco a raíz de la sanción del Código Civil y Comercial vigente desde el 1o. de agosto de 2015 y que han introducido modificaciones sustanciales en el Libro Segundo dedicado a las "Relaciones de Familia"; debe destacarse que este texto civil en sus dos primeros artículos incorpora y reconoce el diálogo e interpelación

constante entre los derechos humanos y el derecho civil, en este caso, el derecho de las familias en plural.

Este pluralismo es el que está presente en la regulación de la responsabilidad parental, no sólo en las profundas modificaciones que ostenta el régimen jurídico en la relación entre progenitores e hijos, sino también al ocuparse de manera precisa en visibilizar determinadas interacciones entre adultos y niños más complejas como lo son aquellas que se forjan e interactúan en el marco de las denominadas familias ensambladas, conocidas también bajo la idea coloquial de "los tuyos, los míos y los nuestros"; y lo relativo a la relación entre progenitores adolescentes y sus hijos, atravesada por otro principio constitucional-convencional como lo es el de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que en el derecho argentino ostenta jerarquía constitucional según lo establece el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Ahora bien, si de pluralidad y responsabilidad parental se trata, no se puede dejar de dedicarle especial atención a los planteamientos que se empiezan a esgrimir en el derecho argentino tendientes a reconocer más de dos vínculos filiales y, por lo tanto, salirse del binarismo que impera también en el marco de la responsabilidad parental como consecuencia ineludible de la admisión de que una persona pueda tener más de dos vínculos filiales a pesar de la expresa prohibición que establece la última parte del artículo 558 del Código Civil y Comercial al establecer que "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación". ¿Cómo es posible que a pesar de tal limitación legal se hayan presentado planteamientos con objeto de reconocer tres vínculos filiales? Para poder responder este interrogante cabe destacar, como punto de partida, que el derecho argentino recepta un sistema de control de constitucionalidad difuso, es decir, en cabeza de cada juez interviniente con efecto limitado al caso en concreto, más allá de la repercusión y la fuerza que tenga todo precedente en su carácter de

antecedente y, por lo tanto, el admitir la existencia y reconocimiento de un caso. Es en este contexto constitucional-convencional donde se deben leer los casos de triple filiación presentados en el derecho argentino, a lo cual se le dedica un apartado autónomo.

En suma, en el presente ensayo se pretende analizar tres supuestos más contemporáneos que comprende la responsabilidad parental: 1) los derechos y deberes de los progenitores e hijos afines, es decir, los integrantes de una familia ensamblada; 2) los derechos y deberes entre progenitores e hijos adolescentes; y 3) de manera más novedosa, la pluriparentalidad y su incidencia en el campo de la responsabilidad parental. ¿Acaso, reconocer que un niño o niña cuenta con más de dos progenitores no repercute en la responsabilidad parental? En este orden, se pasan a indagar algunas de las tantas facetas que compromete cada una de estas categorías, hábiles para seguir ensanchando y profundizando el estudio sobre la responsabilidad parental desde una perspectiva actual, rupturista y plural.

2. Progenitores e hijos afines

2.1. Algunas consideraciones básicas

A modo de puntapié inicial, cabe destacar ciertos datos sociológicos claves para poder comprender las relaciones de familia en plural. En primer término, es dable mencionar la extensión de la perspectiva de vida; sin lugar a duda, el avance de la ciencia médica y el desarrollo científico permiten que las personas vivan una mayor cantidad de años. A la par, es necesario resaltar el dinamismo de las relaciones sociales, el uso de la tecnología y las vinculaciones por medio de redes sociales, la inserción de la mujer en el mercado laboral y el salir de la vida privada como único y principal ámbito de vida, entre otras consideraciones generales de la modernidad, la cual trae como consecuencia que las personas transcurran y discurren sus vidas conformando diferentes parejas e integren distintas organizaciones familiares. Por otra parte, la mayor aceptación social de

las rupturas de pareja y el rearmado de nuevas historias familiares permite que tales decisiones no sean traumáticas ni generen broncas, odios y conflictos sino, todo lo contrario, que estas configuraciones familiares sean también núcleos sociales en los que prime el afecto, la solidaridad, el cuidado y la contención.

Una de las primeras autoras y precursoras que profundizó sobre la familia ensamblada en el derecho argentino es Cecilia Grosman,¹ quien no sólo llevó adelante interesantes indagaciones sociojurídicas sobre este tipo de configuración familiar, sino que también fue clave para el innegable pasaje de una mirada negativa a una positiva sobre estos núcleos afectivos. Al respecto, puso de relieve en alguna oportunidad que "Los pronósticos negativos que muchas veces acompañan a las nuevas uniones se conviertan en una autopredicción, alimentan rechazos y estimulan los conflictos. No son sólo las ideas que circulan en la sociedad las que obstaculizan el vivir de estas familias, son las propias convicciones de los protagonistas, arraigadas en la infancia, las que ensombrecen sus interacciones presentes". A veinte años de este estudio se puede afirmar que las familias ensambladas salen de ese reduccionismo en términos de negativo o positivo, para admitir que, más allá de la complejidad que observan en el plano psicosocial, lo cierto es que constituyen relaciones de afecto que deben ser visibilizadas por el derecho.

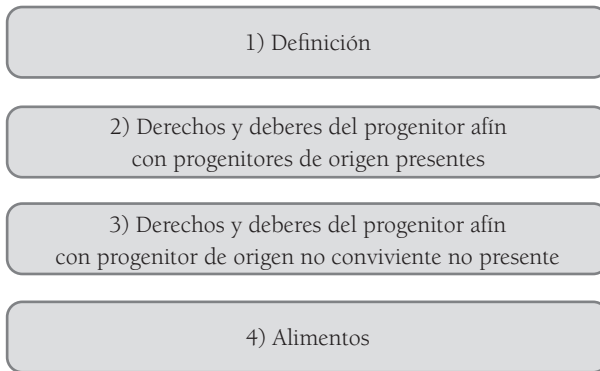
Sucede que cuando la ley silencia, excluye, y si algo observa la realidad es que las familias ensambladas no sólo existen, sino que se ha salido o forma parte del pasado la apreciación negativa que giraba en torno a ellas. En otras palabras, si el ordenamiento jurídico no reconoce los vínculos de afecto existentes entre hijos y progenitores afines que conviven, se les estaría dando la espalda a referentes afectivos significativos para las personas menores de edad, con las consecuencias negativas de que el derecho desconozca lazos afectivos a la luz del desarrollo del derecho a la identidad

¹ Grosman, C., 2000, p. 79.

en su faz dinámica o cultural. En esta línea argumental, si la ley no advirtiera y se ocupara de regular este tipo de vínculos sociales sería, desde el plano jurídico, igual que cualquier tercero desconocido. ¿Es posible brindar el mismo tratamiento jurídico a una persona que convive con un niño o niña que a otra persona con la cual no se tiene ninguna vinculación? En este contexto, partiéndose de la idea de que la familia ensamblada constituye una de las tantas formas de organización familiar que observa la realidad, y en atención al valor pedagógico y la responsabilidad de la ley al visibilizar este tipo de relaciones, el interrogante que se deriva es cómo regular. Al respecto, se trae a colación la experiencia del derecho argentino.

2.2. Cómo regular las relaciones entre progenitores e hijos e hijas afines

El Código Civil y Comercial en su Libro Segundo dedicado a las "Relaciones de familia", refiere en su Título VII a la "Responsabilidad parental" y allí, el capítulo 7 regula los "Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines".² En este contexto, se pueden observar cuatro tipos de regulaciones que se sintetizan en el siguiente gráfico:



² Amplísima es la bibliografía específica generada en torno a esta regulación en el derecho argentino. Sólo a modo de aporte se recomienda consultar, entre tantos otros: Calá, M. F., 2016.; Díaz, E., 2015.; Fernández, S. E., Herrera, M., y Molina de Juan, M. F., 2016; Galati, S. A., 2019; Notrica, F., 2020; Notrica, F y Melon, P E., 2015.

La legislación civil argentina recepta un concepto amplio de progenitor afín que se edifica sobre la base de dos consideraciones: 1) la convivencia y 2) progenitor afín casado o no con el progenitor de origen conviviente. Así, el artículo 672 expresa: "Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente".

Tras esta definición que establece el ámbito de aplicación personal, se dispone en el artículo 673 dedicado a los deberes del progenitor afín que "El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor. Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental". Como se puede observar, la responsabilidad parental está en cabeza de los progenitores de origen, ello no es óbice para reconocer y así valorar que el progenitor afín esté legitimado a realizar actos de la vida cotidiana de la persona menor de edad con quien convive y es hijo de su pareja conviviente —estén o no unidos en matrimonio—. Precisamente, como el rol del progenitor afín es secundario o está en un plano de menor envergadura jurídica que la de los progenitores de origen, la normativa es clara en torno a que si existe algún desacuerdo entre el afín y los progenitores de origen, prima lo que decidan estos últimos.

Ahora bien, hay situaciones en las cuales el progenitor afín ocupa o puede ocupar un lugar de mayor presencia en la vida del hijo afín. Es el caso de aquellos niños y niñas cuyo progenitor no conviviente no observa una función activa en la vida de su hijo o hija, ya sea por decisión propia o por ciertas limitaciones externas como ser razones laborales temporarias o problemas de salud. En estos supuestos la legislación civil argentina permite la delegación del ejercicio —no de la titularidad— de la responsabilidad parental del progenitor de origen conviviente a favor del progenitor afín. Así, el artículo 674 establece que "El progenitor a cargo del

hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente". Como es sabido, la delegación y consecuente desmembramiento de la responsabilidad parental (la titularidad queda en cabeza del progenitor de origen conviviente, pero el ejercicio se traslada al progenitor afín) constituye una decisión que debe tener aceptación por parte del otro progenitor de origen no conviviente ya que es éste, en principio, quien debería quedarse a cargo del cuidado de su hijo ante la imposibilidad del progenitor de origen que hasta ese momento estaba a cargo del cuidado del hijo o la hija. Si se carece de esta conformidad, el acuerdo de delegación debe ser homologado judicialmente a los fines de controlar tal desmembramiento. ¿Qué casos se pretende resolver mediante esta disposición? Veamos un ejemplo. Un niño vive con su madre y la pareja de ésta; el padre trabaja y vive hace años en otro país. Si bien existe una fluida comunicación con el padre que reside en el exterior, lo cierto es que ante la enfermedad de la madre o por razones laborales temporales, es pertinente en beneficio del hijo la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza del progenitor afín dado que el niño mantiene su centro de vida y convivencia con este último.

El otro supuesto que prevé la legislación civil argentina vigente se refiere a otra situación fáctica que también denota una fuerte presencia y lazo afectivo entre progenitor e hijo afín y, a la par, ausencia de vínculo entre ese niño y su progenitor de origen no conviviente, por razones extremas. Nos referimos al reconocimiento legal de que puedan ejercer la responsabilidad parental de manera conjunta tanto el progenitor de origen conviviente como su pareja —casada o no—. Así, el artículo 675 dispone que

En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental.

En esta oportunidad y dada la complejidad de las situaciones previstas, la norma exige la correspondiente intervención judicial. Es dable destacar que este tipo de situaciones podrían dar lugar a la aplicación de otra figura, como la adopción de integración, es decir, la adopción del hijo o la hija del cónyuge o conviviente del progenitor de origen conviviente. Son dos soluciones muy diferentes ante situaciones en las que el progenitor de origen no conviviente está ausente (muerte y ausencia con presunción de fallecimiento) o declarado incapaz con la estrictez que regula el Código Civil y Comercial a esta figura al entender que puede darse sólo "cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador."³ Sucede que en consonancia con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el modelo social de la discapacidad por el cual prima la mirada restrictiva en torno a la declaración de incapacidad, siendo la regla la capacidad jurídica, la legislación civil recepta un sistema de restricción de la capacidad jurídica "a la medida" de la dificultad de llevar adelante los actos jurídicos de que se trate. Es por ello que la sentencia que se dicte en el correspondiente proceso de restricción a la capacidad debe establecer de manera precisa cuáles son los actos jurídicos que la

³ Código Civil y Comercial, artículo 32, última parte.

persona no puede realizar por sí —siempre en su protección— y para los cuales debe contar con el o los respectivos apoyos.⁴

El capítulo destinado a los derechos y deberes entre progenitores e hijos e hijas afines se cierra con la regulación referida a la obligación alimentaria, a la que se considera de carácter subsidiaria. Ello es entendible, ya que el progenitor afín no debe silenciar, opacar ni facilitar la obligación alimentaria principal que recae sobre los progenitores de origen. En este sentido, el artículo 676 expresa que

La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

Esta normativa, de base, responde a una realidad ineludible que se deriva de la convivencia que constituye un requisito central para el reconocimiento de derechos entre progenitores e hijos e hijas afines y, a la par, responde al principio de solidaridad familiar. ¿Acaso, si el progenitor afín realiza compras en el mercado para la provisión de alimentos para su hogar no es dable presumir legalmente que ello también beneficia a los hijos e hijas afines con quienes convive? La respuesta positiva se impone por aplicación del mencionado principio de solidaridad familiar, uno de los que sostienen o que constituyen uno de los cimientos de las modificaciones sustanciales que observa la regulación de las relaciones de familia en el derecho argentino contemporáneo. Ahora bien, más allá

⁴ Cfr. Código Civil y Comercial, artículos 32 y 38.

de esta disquisición, lo cierto es que la obligación alimentaria del progenitor afín a favor de su hijo o hija afín es de carácter subsidiaria en atención a que los principales obligados son los progenitores. En otras palabras, la regla es la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental en cabeza de los progenitores y la excepción es la obligación alimentaria subsidiaria por parte del progenitor afín siempre que éste sea tal, es decir, que exista convivencia. Precisamente, en virtud de esta convivencia, se considera que esta obligación prima por sobre otras obligaciones subsidiarias como las que están a favor de los abuelos. Ahora bien, qué sucede si se produce la ruptura de la pareja y, junto a ello, cesa la convivencia entre progenitor e hijo o hija afín.

Este interrogante es respondido por el artículo 676 al establecer como una situación excepcional que el ex progenitor afín pueda hacerse cargo de una cuota alimentaria, siempre que el cambio de situación —ruptura de la pareja— pueda ocasionar un grave daño al niño o adolescente, siendo que el progenitor afín ya venía asumiendo una determinada obligación —por ejemplo, pago de la escuela o de la cobertura médica— mientras convivían y la ruptura intempestiva de la relación entre los adultos lo dejaría en una situación de vulnerabilidad. En estos casos, se podría solicitar la fijación de una cuota alimentaria transitoria en beneficio del hijo o hija afín. Veamos el siguiente ejemplo a los fines de comprender con mayor exactitud el supuesto excepcional que recepta la ley argentina. Una pareja tiene un hijo y, además, uno de los adultos tiene un hijo. Conviven los 4 integrantes de la familia ensamblada en un hogar en el que ambas personas menores de edad —hermanos unilaterales— concurren a una escuela privada cuya cuota es abonada por el progenitor de origen de uno y progenitor afín del otro. Se produce la ruptura de la unión en pleno periodo escolar. ¿Es posible que, de manera intempestiva, el ex progenitor afín deje de abonar esa erogación y el niño quede sin educación? Esta vez se impone la respuesta negativa. Quien venía sustentando esa erogación económica deberá sostenerla, al menos, hasta la finalización del año lectivo a los fines de evaluar si los progenitores de origen pueden

o no afrontar ese monto o, de lo contrario, realizar las gestiones pertinentes para el cambio a una escuela pública.

Como se adelantó, esta disposición se funda en el aludido principio de solidaridad familiar, en este caso, por la familia ensamblada que supieron construir y que con la ruptura de la pareja habría llegado a su fin; pero ello no significa que no se deba tener en cuenta el afecto y las obligaciones naturales asumidas producto de ese lazo afectivo desarrollado.

Como cierre de este apartado dedicado a los derechos y deberes reconocidos en el marco de las familias ensambladas, se trae a colación uno de los pocos precedentes jurisprudenciales que se dedican al tema de los alimentos y la aplicación del artículo 676 tal como está regulado en el Código Civil y Comercial, siendo que se ha apelado por analogía a lo previsto en esta norma para solucionar una temática de gran preocupación por la gravedad que encierra, como lo son los casos de guardas para adopción frustradas; es decir, pretensos adoptantes cuyo vínculo afectivo no se afianza y por tanto deciden "devolver" a los niños o niñas quienes vuelven a quedar en situación de adoptabilidad.⁵

El precedente que pasamos a sintetizar se refiere a un supuesto como el que prevé la norma. Se trata de un caso resuelto por el Juzgado de Familia Núm. 7 de Viedma en fecha 03/06/2020⁶ que involucra una situación de violencia hacia hijos e hijas afines no convivientes porque tuvieron que dejar el hogar familiar a raíz del maltrato sufrido. Básicamente, se presenta una persona de 22 años en representación de su hermana de 14 años ante la Comisaría de la Familia alegando que esta última es víctima de violencia por parte de la pareja de su madre, el Sr. P. Relata el propio

⁵ En este sentido, en el nivel jurisprudencial véase Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, 2016, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, 2016; y Cámara De Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala I, 29 de septiembre de 2015. Por su parte, la doctrina también se ha expedido en: Bedrossian, G., 2019; Gianni, P., 2017; Jáuregui, R. G., 2020.

⁶ Juzgado de Familia Núm. 7, Viedma, "Q., F. J. M. (en representación) c/ P., N. G., s/ ley 3040 (f)", Expte. No. 0166/20/UP7, 3 de junio de 2020, inédito.

denunciante, hermano de la víctima, que cuando tenía 18 años se retiró de su hogar porque también había sido víctima de violencia y se había ido a vivir con sus abuelos. Advierte que también su hermana se encuentra viviendo con él y sus abuelos. En este contexto, el organismo de protección de derechos agrega que la madre también es víctima de violencia pero que minimiza el maltrato relatado y no es su intención separarse de su pareja. La defensora de menores solicita dar continuidad a un espacio terapéutico para la adolescente para trabajar su angustia y la situación de violencia vivida y, además, solicita la fijación de una cuota alimentaria provisoria a cargo del progenitor afín fundado "en los hechos de violencia vividos, a causa suya, que la obligaron a retirarse de su casa para vivir junto a sus abuelos y hermano mayor".

La jueza hace lugar al pedido de alimentos provisorios contra el progenitor afín por el lapso de 6 meses fundado en:

- Que la adolescente "tiene un doble plus de protección por tratarse de una persona menor de edad (CN —art. 75, inc. 22— CIDN, Ley No. 26.061, Ley No. 4109) y por ser mujer (CN —art. 75, inc. 22—; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer con jerarquía constitucional y la ley nacional No. 26.485) y que aunque de las constancias del expediente surge que es su madre quien sufre directamente la violencia física por parte del Sr. P. —que él mismo ha reconocido ante el Organismo Proteccional— ser testigo de dichos actos ubican a la adolescente en una situación de extrema vulnerabilidad y desprotección, sumado a que su madre, quien tiene la obligación legal de protegerla, no dimensiona la violencia y los malos tratos a los que se encuentra sometida y, por ende, no puede salir de dicho círculo".
- Que "tiene únicamente filiación materna, es decir que, ante la desprotección a la que la somete su progenitora, cuenta únicamente con sus abuelos maternos que le brindan —actualmente— contención, vivienda, alimentos y cuidados".

- Que "a mi entender, el artículo 676 del CCyC es plenamente aplicable al caso, porque como expresé al inicio de esta resolución debe conjugarse con el resto del ordenamiento jurídico nacional e internacional de manera de realizar una mirada integral del conflicto que ya no tiene como única respuesta a la ley sino que debe estar inspirada en la Constitución y los tratados de Derechos Humanos en los que la Nación sea parte (art. 1, 2 y 3 del CCyC)".
- Que "el artículo 5 del Código Procesal de Familia, vigente desde el pasado 2 de marzo del corriente año en todo el territorio rionegrino, impone la obligación a la judicatura de resolver el conflicto familiar con perspectiva de género. Éste es un principio interpretativo y rector de la actuación procesal y que impone a los encargados de impartir justicia, identificar y evaluar, en los casos sometidos a su consideración, las asimetrías tanto particulares como estructurales, al decidir un asunto. Para ello, existen ciertos indicadores que deben utilizarse al momento de evaluar un asunto, a saber: 'Los impactos diferenciados de las normas; La interpretación y aplicación del derecho de acuerdo a roles estereotipados sobre el comportamiento de hombres y mujeres; Las exclusiones jurídicas producidas por la construcción binaria de la identidad de sexo y/o género; La distribución inequitativa de recursos y poder que deriva de estas asignaciones; La legitimidad del establecimiento de tratos diferenciados en las normas, resoluciones y sentencias'" (Código Procesal de Familia de Río Negro Comentado pp. 16-17, Ed. Sello Editorial Patagónico, 1a. ed., Bariloche, 2020)".
- Que "si bien la convivencia con la hija de su pareja finalizó —lo que en circunstancias normales haría cesar la obligación alimentaria del progenitor afín—, en este caso L. no vive más junto a él y su madre por una causa exclusivamente imputable al Sr. P. (la violencia ejercida y aquí acreditada al menos en forma sumaria), lo que le ocasiona un daño, la ubica en una situación de vulnerabilidad y desprotección en una etapa muy significativa de su vida como es la adolescencia, agravado por el hecho de que no ha sido reconocida por su padre y su madre es su única responsable legal".

Si bien en este planteamiento no está presente el requisito de la convivencia que es central para el reconocimiento jurídico de los derechos y deberes entre progenitores e hijos afines, una relectura obligada a la luz de los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial que receptan como pautas de interpretación ineludible a la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, se priorizan los derechos que titulariza la persona menor de edad por sobre un requisito formal que además está ausente por culpa del progenitor afín.

Como se puede observar, la regulación de este tipo de lazos socioafectivos constituye un avance legislativo al dejar atrás el silencio e invisibilización de formas de organización familiar que cada vez tienen una mayor presencia social.

3. Progenitores adolescentes

3.1. Consideraciones generales

Las legislaciones civiles clásicas anulan a los progenitores adolescentes, que son sustituidos por los abuelos. Por lo general, se prioriza a los abuelos convivientes si es que el o la progenitora adolescente vive con éstos. Ahora bien, desde la obligada perspectiva de derechos humanos y, en particular, a la luz de la noción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y el consecuente principio de autonomía progresiva, resulta obligado revisar este tipo de legislaciones de carácter sustitutivo que conllevan una clara invisibilización de los progenitores adolescentes. ¿Tener un hijo o una hija durante la minoría de edad implica, de por sí y de manera *iure et de iure*, falta de lazo afectivo y de discernimiento para hacerse cargo de su cuidado? Aquí se impone la respuesta negativa en atención al desarrollo y consolidación del aludido principio de autonomía progresiva. Ello no es óbice para reconocer la mayor vulnerabilidad que observan este tipo de organizaciones familiares signadas por una diáda integrada por personas menores de edad, tanto progenitores como hijos o hijas.

Ahora bien, para profundizar en la temática es necesario destacar algunas consideraciones hábiles para poder comprender con mayor precisión la regulación que propone al respecto el Código Civil y Comercial argentino.

En primer término, el cruce entre progenitores adolescentes y familia monoparental suele darse con mayor frecuencia, es decir, una parte de los casos implica situaciones de maternidad adolescente sin filiación paterna acreditada, con la consecuente mayor vulnerabilidad que se deriva.

Por otra parte, también se debe tener en cuenta que, en los supuestos de parentalidades bilaterales o doble vínculo filial, uno puede ser menor de edad y el otro mayor de edad. Esta cuestión abre algunas connotaciones jurídicas en lo relativo a la función secundaria de los abuelos, siendo que uno de los progenitores es mayor de edad y, por tanto, goza de plena capacidad civil.

Además, en atención al mencionado principio de autonomía progresiva, no se debe perder de vista la mayor flexibilización que observa el Código Civil y Comercial argentino en el plano de los derechos personalísimos —en particular, el derecho a la salud y al cuidado al propio cuerpo— de conformidad con lo previsto en su artículo 26, a diferencia de la faceta patrimonial que es más estricta con las personas menores de edad, a excepción de los denominados "actos de bolsillo", como expresa el artículo 684 al referirse a los "Contratos de escasa cuantía": "Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores". ¿Acaso no hay diferencias entre ir a un kiosco y comprar un alfajor y vender o comprar un bien registrable? Como se puede advertir, la legislación civil argentina no sólo reconoce el principio de autonomía progresiva, sino que, a la par, admite las diferencias debido al contenido o peso económico del acto patrimonial que se trate. De este modo, en el ordenamiento jurídico

argentino, se puede no haber alcanzado la mayoría de edad, pero tener discernimiento para ciertos actos médicos, para proceder a solicitar el cambio registral de la identidad de género, o para iniciar un proceso de alimentos contra uno o ambos progenitores incumplidores, pero el sistema legal impide la realización de transacciones de cierto contenido y entidad económica. Esta mayor riqueza o amplitud que ostenta la legislación civil debe ser tenida en cuenta para analizar la cuestión de los derechos y deberes entre progenitores e hijos —ambos— menores de edad, ya que los adolescentes pueden tener discernimiento para ciertos actos y limitaciones para otros, lo cual repercute en lo relativo a los actos que puedan realizar en relación con sus hijos o hijas.

Como cierre de este apartado con consideraciones generales que repercuten de manera directa en el análisis del tema, es dable recordar que el régimen legal supletorio en lo relativo al ejercicio y cuidado de los hijos gira en torno a la idea de "compartir", es decir, la denominada "coparentalidad" por la cual el ejercicio como el cuidado de los hijos es compartido, con independencia de con quien vive el hijo o la hija. Aquí se prioriza la interacción con ambos progenitores, que así cuando los progenitores se encontraban conviviendo bajo el mismo techo las tareas de cuidado eran realizadas por ambos, esta misma dinámica se mantenga tras la ruptura en beneficio de los hijos. Esta regla, claro está, también rige en el caso de progenitores adolescentes en atención al principio de igualdad y no discriminación.

3.2. El texto de la ley

El Código Civil y Comercial introduce cambios sustanciales en comparación con su par anterior en esta materia.⁷ Cabe recordar que el Código

⁷ Para profundizar sobre este tema véanse entre otros, Morlachetti, A., 2012.; Ilundain, M., 2012; Chechile, A. M., 2008; Spaventa, V., 2010; Famá, M. V., 2009. A su vez, de manera contemporánea a la legislación civil y comercial, véanse Díaz, R. F y Hernández, N., 2019; Neri, M. y Gutiérrez Goyochea, V., 2015; Radcliffe, M. S., 2018; Silva, S. A., 2019; Videtta, C. A., 2019.

Civil derogado en el artículo 264 bis decía: "Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela. Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad". Fácilmente se puede advertir la violación al mencionado principio de igualdad y no discriminación. Sucede que, si los progenitores menores de edad se encontraban casados y, por ende, se emancipaban, sí adquirirían el ejercicio de la "patria potestad" sobre sus hijos. En cambio, la ley sancionaba a aquellos progenitores adolescentes que llevaban adelante una decisión responsable como ser la de no contraer matrimonio porque no quieren apresurarse a adoptar un acto de envergadura como éste. En otras palabras, entender que el matrimonio es sinónimo de madurez no sólo es un error conceptual, sino que, además, se sigue colocando el eje en el matrimonio como institución central para la conformación familiar en este caso, conformada por progenitores adolescentes.

¿Qué dice la normativa vigente? El artículo 644 expresa:

Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que

ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

Como primera observación, cabe señalar que la noción de adolescente en el Código Civil y Comercial argentino tiene una clara delimitación etaria: se refiere a las personas de entre 13 y 18 años.⁸

En este contexto, la normativa en análisis diferencia distintos tipos de actos —cotidianos y extraordinarios— que pueden llevar adelante las madres y los padres adolescentes, siendo que para algunos no se necesita otra voluntad que la de los propios padres y, en cambio, en otros de mayor envergadura, se necesita contar con la voluntad adicional de alguno de los padres del progenitor adolescente.

¿Acaso sería posible exigirle a una madre adolescente que para poder vacunar a su hijo o hija deba ir con alguno de sus progenitores, abuelos del niño o de la niña? Precisamente, es en el campo del derecho a la salud en el que se ha desarrollado con mayor extensión —y a esta altura goza de cierta aceptación— el principio constitucional— internacional de autonomía progresiva, explicitándose ahora en un escalón normativo más abajo de la mano de la noción de "competencia".

Por el contrario, para actos de mayor gravedad, como dar un hijo o hija en adopción o actos que afecten la salud o pongan en riesgo la vida del niño o de la niña, se requiere que éstos sean decididos por la voluntad de los padres adolescentes más la voluntad de uno de sus progenitores, abuelos del niño o la niña, porque no se puede perder de vista que los padres adolescentes, a su vez, son personas menores de edad que aún no

⁸ Código Civil y Comercial, art. 25.

han alcanzado la plena capacidad civil y se encuentran en plena etapa madurativa y, a la par, en situación de vulnerabilidad.

¿Cuál es la razón por la cual si uno de los progenitores alcanza la mayoría de edad subsiste este régimen especial hasta que el restante adquiriera la plena capacidad civil? Justamente, el fundamento de esta restricción de derechos a uno de los progenitores y la consecuente espera a la capacidad del restante, se basa en la noción en estudio: compartir. Es que, si uno de los progenitores por alcanzar la mayoría de edad se vuelve progenitor principal, el padre/madre menor de edad quedaría en un lugar secundario, conculcándose de este modo el principio de igualdad de los progenitores en la crianza y el cuidado de los hijos. De esta manera, el progenitor adolescente que llega a la mayoría de edad continúa bajo el régimen especial que prevé el artículo 644 en análisis, en el que también está muy presente la noción de coparentalidad, la que debe continuar como regla o principio legal cuando ambos sean adultos o plenamente capaces en la esfera civil, salvo que los padres acuerden otro régimen o el juez otorgue a uno el ejercicio de la responsabilidad por razones de gravedad y en beneficio del hijo.

En definitiva, compulsar el texto civil derogado y compararlo con el actual resulta útil para mostrar cómo la perspectiva constitucional-convenicional ha obligado a revisar la mirada negativa que receptan las legislaciones clásicas en relación con los progenitores adolescentes, centradas en la idea de una supuesta "incapacidad" que los anula para el ejercicio de cualquier derecho y también para llevar adelante la crianza de sus hijos e hijas. Es evidente que esta concepción es contraria al modelo de la protección integral de derechos que se edifica sobre la base de varios principios como ser, además de la reiterada autonomía progresiva, participación, identidad —el reconocimiento de los lazos de afectos en el plano jurídico—, formar una familia, entre otros.

En otras palabras, en el marco de la noción de "patria potestad", la "potestad" sobre los hijos e hijas no alcanzaba a los progenitores menores de

edad, excepto que contrajeran matrimonio; por el contrario, en el contexto democrático de la "responsabilidad parental", visibilizar el rol de los progenitores adolescentes en la vida de sus hijos e hijas constituye un mandato en clave de derechos humanos.

4. Pluriparentalidad y responsabilidad parental

4.1. Ciertas bases fundacionales

Tal como se adelantó en la introducción del presente ensayo, la pluriparentalidad constituye uno de los debates abiertos que interpela de manera profunda al derecho de las familias desde la perspectiva contemporánea. Sucede que el Código Civil y Comercial es claro al exponer en la última parte del artículo 558 que "Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación". No se trata de una innovación y, por tanto, restricción de la legislación civil vigente, sino decir de una manera más clara lo que ya estaba regulado en el Código Civil derogado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 252 por el cual "Si la reclamación de filiación importa dejar sin efecto una filiación anteriormente establecida, deberá previa o simultáneamente ejercerse la acción de impugnación de esta última".

Ahora bien, cabe preguntarse qué acontece en la realidad. En otras palabras, si el binarismo plural que recepta la legislación vigente es acorde con dicha realidad. Aquí cabe esgrimir algunas consideraciones generales.

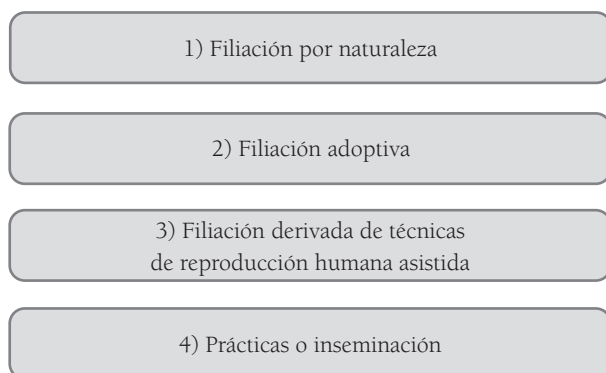
La primera se refiere a la noción de "binarismo plural". Ocurre que hasta la sanción de la ley 26.618 que reconoce el derecho a contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo en Argentina, el binarismo que adoptaba el ordenamiento nacional era "clásico", es decir, ninguna persona podía tener más de dos vínculos filiales de cada tipo, hombre y mujer, esto es,

madre y padre. La sanción y apertura del matrimonio a las parejas del mismo sexo derramó al campo filial, a partir de esta legislación histórica, nos habríamos topado con otro tipo de binarismo que aquí se lo define como "plural", es decir, nadie puede tener más de dos vínculos filiales sin importar de qué tipo fuera: hombre-hombre, mujer-mujer o el clásico, hombre y mujer. De allí es que aquí se adopta una categoría sui géneris de "binarismo plural" para no perder de vista esta distinción entre la mirada clásica y tradicional y la más actual y plural.

La segunda consideración general alude al mencionado sistema de control constitucional difuso, es decir, en cabeza de cada magistrado/a corresponde llevar adelante el control constitucional y convencional de las normas y, por ende, proceder a decretarlo en un caso y con efecto para ese caso. De allí el error en el que se suele incurrir al observar fallos que dicen que decretan la inconstitucionalidad "para el caso concreto", sabiendo que en el derecho argentino tal declaración es, precisamente, para el caso concreto, más allá de la repercusión que se derive de tal actitud judicial considerada —con razón— de ultima ratio por las innegables consecuencias que se derivan de ello. De allí la responsabilidad judicial ética al apelar a este tipo de decisiones que colocan en crisis —siempre en el caso en concreto— una norma decretada por las vías pertinentes o por quienes tienen la competencia para hacerlo.

La tercera comprende otra aclaración en torno a la propia noción de "pluriparentalidad". A la luz de lo que acontece en el derecho argentino, cabe destacar que tal cuestión implica hasta hoy situaciones de triple filiación. En otros términos, hasta hoy no se han esgrimido planteamientos de vínculos filiales que comprometan a más de tres personas/progenitores. ¿Ello significa que triple filiación es sinónimo de pluriparentalidad? No. La noción de pluriparentalidad sería el género y la triple filiación una de sus especies, la única especie que se ha debatido en el ordenamiento nacional, de allí que en esta oportunidad nos centremos en la pluriparentalidad focalizada en la triple filiación.

La cuarta y última consideración general atiende a cuáles han sido las situaciones que han generado planteamientos de triple filiación. Aquí cabe destacar que también el panorama es muy amplio, incluso, excede el entramado legal que recepta el Código Civil y Comercial al regular tres tipos filiales. Nos explicamos por medio del gráfico.



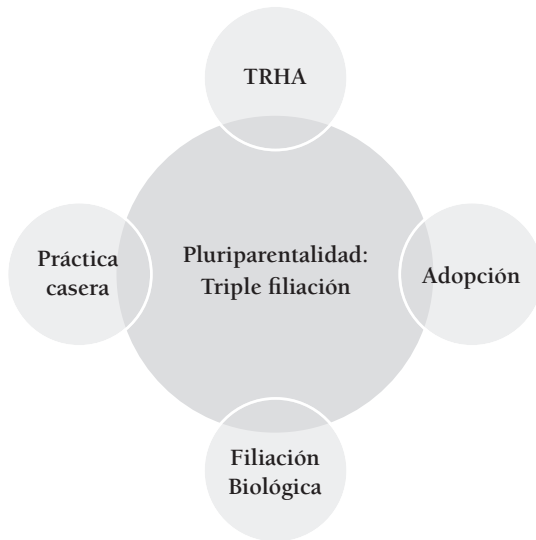
Si bien excede el objetivo del presente ensayo profundizar sobre estas categorías, lo cierto es que al menos cabe dedicarle un espacio mínimo a la última en atención a que no está reconocida como una tercera causa fuente filial y, por ende, los debates que genera en atención al silencio legislativo. Como bien lo advertimos en la obra "Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales", elaborada conjuntamente con De la Torre y Fernández,⁹ estas prácticas comprenden "aquella acción a la que suelen recurrir las parejas conformadas por dos mujeres y que consiste en la utilización de una jeringa con material genético masculino para su posterior inseminación"; y tras esta definición nos preguntamos "¿Este tipo de práctica por fuera de cualquier intervención médica, debería ser tratada desde el plano jurídico como un caso de filiación derivada de TRHA o de filiación biológica?"

En este marco, es evidente que el campo de acción de la pluriparentalidad se amplía y complejiza a la vez, tal como da cuenta el primer caso

⁹ Herrera, M., De la Torre, N. y Fernández, S. E., 2018, pp. 4, 5.

que se ha presentado en el derecho nacional y que compromete la resolución administrativa emitida por la Dirección Provincial del Registro Civil y Capacidad de las Personas de la provincia de Buenos Aires del 22/04/2015,¹⁰ justo unos meses antes de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial. Aquí, el supuesto involucra a una pareja casada de dos mujeres y a un hombre que dio su semen para una práctica casera, quien también se comporta como progenitor porque ésa fue la decisión de los tres. De este modo, no se trata de una práctica casera "tradicional" en la que quien aporta el semen sólo es un donante conocido, no se trata de material genético sino de vínculo genético y volitivo, es decir, el asumir un rol de progenitor con todas las responsabilidades que ello conlleva.

Reafirmando el gráfico expuesto, se puede observar la relación sistémica que existe entre las diferentes fuentes filiales y la pluriparentalidad en el derecho argentino:



¹⁰ Dirección Provincial del Registro de las Personas, Provincia de Buenos Aires, Disposición 2062/2015, 22 de abril de 2015, inédito.

¿Cuáles han sido los casos que se han presentado hasta la actualidad? Siguiendo con la lógica pedagógica que se deriva de los esquemas, diagramas o cuadros que sintetizan y, a la par, son útiles para tener un rápido panorama de determinado estado del arte, los planteamientos que se han esgrimido en el derecho nacional son los siguientes.

	ESTRUCTURA FAMILIAR	FUENTE FILIAL	PERSONA ABYECTA	MODALIDAD	CUADRE JURÍDICO	ACTORES/ CONFORMIDAD	RESOLUCIÓN
1) Registro Civil Prov. BA, 22/04/2015 ¹¹	Matrimonio de mujeres + amigo gay	Técnica casera	Padre aportante de gametos	Originaria	Reconocimiento	Los tres adultos juntos	Favorable
2) Registro Civil CABA, 13/07/2015 ¹²	Matrimonio de mujeres + un amigo gay	TRHA baja complejidad	Padre aportante de gametos	Originaria	Reconocimiento	Los tres adultos juntos	Favorable
3) Juz. Fam. 4 La Plata, 20/02/2017, y auto ampliatorio 06/03/2017	Familia ensamblada hetero <i>Niña nacida por naturaleza</i>	Adopción	El progenitor afín, marido de la madre	Derivada	Adopción de integración (simple)	Madre + su cónyuge hombre Conformidad a la adopción por padre biológico sin que la adopción incida en su vínculo filial	Favorable
4) Juzgado CAyT nro. 17 Sec. Nro. 33, CABA, 19/12/2016 ¹³	Pareja convivencial masculina + amiga lesbiana	Técnica casera	El co-padre no aportante de gametos	Originaria	Amparo contra Registro Civil por su negativa	La pareja de hombres, sin conformidad de la madre	Declaración de incompetencia del fuero. Remite al JNCiv. Nro. 77
JNCv. Nro. 77 (se desconoce sentencia) ¹⁴							Declaración de incompetencia
TSJ, 7/06/2017 ¹⁵							Remite a CSJN
CSJN, 31/10/2017 ¹⁶							Competencia del JNCv. Nro. 77
JNCv. Nro. 77, 16/07/2019 ¹⁷							Rechaza la acción

¹¹ Para ampliar véanse, entre otros, De la Torre, N., 2016; Ferrari, G. y Manso, M., 2015.

¹² Para ampliar véanse, entre otros: Herrera, M., De la Torre, N. y Fernández, 2018, pp. 584 y ss.

¹³ Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 17 sec. Nro. 33, CABA, "A.N.R. y otros c/GCBA s/Amparo", 19 de diciembre de 2016, inédito.

¹⁴ Se desconoce la sentencia.

¹⁵ Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "J.PR y otros c/ GCBA y otros s/ amparo s/ conflicto de competencia", 7 de junio de 2017. Disponible en: «<https://ar.vlex.com/vid/j-p-r-c-691052933>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "A.N.R. y otros c/GCBA s/Amparo", 31 de octubre de 2017. Disponible en: «<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7413052&cache=1565751198664>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

¹⁷ Juzgado Nacional Civil Nro. 77, "A., N.R. y otro c/ GCBA y otros s/amparo", 16 de julio de 2019, inédito.

	ESTRUCTURA FAMILIAR	FUENTE FILIAL	PERSONA ABYECTA	MODALIDAD	CUADRE JURÍDICO	ACTORES/ CONFORMIDAD	RESOLUCIÓN
5) Juz. CAyT nro. 3 CABA, 07/07/2017 ¹⁸	Pareja convivencial femenina (casada post nacimiento) + amigo gay	TRHA	La comadre no gestante ni aportante de gametos	Originaria	Amparo contra Registro Civil por negativa, post fallecimiento de la madre.	Persona pretende vínculo filial, sin conformidad del padre	Declaración de competencia del fuero + citación al padre. (Apela el MPF; denegado el recurso, va por queja)
<i>Cám. CAyT, Sala I, 20/09/2017 y 28/11/2018</i> ¹⁹							<i>Incompetencia del fuero, remite al Civil Nacional</i>
6) Juz. Fam. 2 Mar del Plata, 24/11/2017 ²⁰	Pareja convivencial masculina + amiga hetero	TRHA	Ambos padres	Originaria	Acción innominada	Proyecto parental de tres personas	Favorable. Inconstitucionalidad art. 558 CCyC
<i>CApel. Civ. y Com., Sala I, Mar del Plata, 20/12/2018</i> ²¹							Revoca (no firme)
7) Juz. Civil. Fam. y Suc., Única Nom., Monteros 07/02/2020 ²²	Matrimonio heterosexual separado de hecho (madre y padre jurídico) + padre biológico	Filiación por naturaleza	Padre biológico	Derivada	Acción de impugnación contra el reconociente	Padre biológico pretende vínculo filial. Padre jurídico no niega el vínculo, pero opone excepción de caducidad. Niña solicita vínculo con ambos. Madre no se presenta	Favorable. Declaración de inconstitucionalidad art. 558 CCyC
8) Juzg. Niñez, Adol., Viol. Fliar. y de Género, 3era. Nom. Córdoba 18/02/2020 ²³	Guardadores con fines adoptivos (matrimonio hetero divorciado + cónyuge actual de la guardadora)	Adopción	-----	Derivada	Adopción plena	Los tres adultos juntos, con conformidad de la niña	Favorable. Inconstitucionalidad arts. 558 y 634 inc. d) CCyC

Para ampliar véase, entre otros: Silva, S. A., 2019. "Un conflicto ¿clásico?, Una respuesta excéntrica: Triple filiación por naturaleza", Abeledo Perrot, Revista de Derecho de Familia, 5(370). doi: AR/DOC/2760/2019.

¹⁸ Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 3 de la Ciudad de Buenos Aires, "F. E. F. c/ GCBA s/ amparo", 7 de julio de 2017, inédito.

¹⁹ Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I, "F. E. F. c/ GCBA s/ amparo", 20 de septiembre de 2017 y 28 de noviembre de 2018, inéditos.

²⁰ Juzgado de Familia Nro. 2, Mar del Plata, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", 24 de noviembre de 2017, RDF 2018-III. Cita online: AR/JUR/103023/2017.

²¹ Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", 20 de diciembre de 2018, inédito.

²² Juzgado Civil, Familia y Sucesiones, Única Nom., Monteros, "L.F.F. c/ S.C.O. s/ filiación", 7 de febrero de 2020. Disponible en: «<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/02/fallos48522.pdf>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

²³ Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género, 3era. Nom., Córdoba, "F. E. F. - V.A.F. - F.C.A. ADOPCIÓN", 18 de febrero de 2020. Disponible en: «<https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22011>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

Cabe esgrimir algunas consideraciones y aclaraciones en torno a este cuadro.

La primera, el único caso de triple filiación rechazado en lo que respecta al planteamiento de fondo, es decir, al reconocimiento del vínculo filial saliéndose del principio binario, se funda en la falta de identidad dinámica con quien pretende ser tenido por progenitor jurídico. Es decir, la falta de socioafectividad constituye un dato central para resolver este tipo de planteamientos, ya sea para su rechazo o para su admisión.

La segunda compromete una situación fáctica-jurídica que no consta o no es individualizada en dicho cuadro pero que también encierra un caso de triple filiación. Ello porque hasta la actualidad, no se lo ha debatido en estos términos, pero la historia jurídica aún está abierta y se encamina en ese sentido. Nos referimos al caso resuelto por el Juzgado de Familia No. 6 de Lomas de Zamora el 20/10/2015.²⁴

Básicamente, a los fines de comprender las razones por las cuales se lo menciona en esta oportunidad y, a la vez, se lo ha quitado del cuadro precedente, se pasa a sintetizar la plataforma fáctica. Una mujer, quien ya ostentaba la guarda de un niño por generar un vínculo afectivo al visitarlo asiduamente al hogar en el que se encontraba transitoriamente, solicita la adopción unipersonal. Originalmente, eran ella —hoy madre adoptiva— y su marido los que concurrían al hogar visitando al niño y retirándolo los fines de semana con fines recreativos. Luego de un tiempo, el marido fallece y decide ella seguir sola el camino de la adopción. El 18/09/2013 se resuelve declarar el estado de abandono y adoptabilidad del niño S.A.J., y se otorga la guarda con fines adoptivos a la Sra. M.S.V. El 20/10/2015 se resuelve la adopción plena del niño a favor de su guardadora. ¿Es un caso de adopción unipersonal? Desde lo estrictamente jurídico sí. No así desde el punto de vista afectivo que tanta relevancia tiene para la rama del derecho que se ocupa de las relaciones de familia.

²⁴ Juzgado de Familia Nro. 6, Lomas de Zamora, "S., A. J. s/Adopción. Acciones vinculadas" 20 de octubre de 2015, inédito. Citado en: De la Torre, N., 2016, pp. 117 y ss.

Sucede que la entonces guardadora, devenida madre adoptiva, desde hace años lleva adelante la crianza del niño con su vecino y mejor amigo, y la pareja del mismo sexo de éste, generándose un fuerte lazo afectivo y de crianza conjunta entre los tres. No obstante haberse otorgado la adopción plena unipersonal en favor de la mujer, de la lectura de la sentencia surge y se explicita esa realidad familiar triple. Al respecto se dice que

El niño S.A.J. convive con la Sra. M.S.V. teniendo también un vínculo —ubicado en el rol paterno— con los sres. M. y M. Agregándose que De la entrevista al niño surge que se encuentra integrado en dos espacios familiares, uno con la sra. M.S.V y otro con M. y M. (padrinos del niño) a quienes S.A.J. los ubica en un rol paterno. Que el niño conoce su filiación biológica y su historia. Que se pudo apreciar el vínculo afectivo que tiene con su guardadora y el resto del grupo familiar quienes lo han cuidado y han cubierto sus necesidades afectivas y su bienestar general.

En la actualidad, el niño aún tiene vínculo jurídico sólo con la madre adoptiva, aunque se sigue consolidando el lazo afectivo con el matrimonio integrado por dos hombres. Por lo tanto, en el plano fáctico-social, el niño tiene una familia conformada por tres adultos. Como se puede observar, el *quid* de la cuestión pasa por el deber de hacer coincidir la realidad social con la jurídica. Nuevamente, una tarea sencilla desde el punto de vista fáctico, ya que todos los involucrados —en especial el niño que cada vez tiene mayor edad y grado de madurez— están de acuerdo en que el plano jurídico coincida con el afectivo; no así desde la construcción jurídica. Sucede que a los fines de poder alcanzar tal coincidencia se debería interponer una acción innominada tendiente a ampliar la sentencia de adopción, que habría pasado en autoridad de cosa juzgada, a favor de dos personas que no tienen ningún vínculo de pareja con la madre adoptiva sino una fuerte amistad. Más allá de la estrategia judicial compleja que se debería plantear, la cual comprometería o pondría en crisis varias normativas del CCyC en materia de adopción, lo cierto

es que, en definitiva, este caso también encerraría un caso de triple filiación cuya fuente es la filiación adoptiva.²⁵

La tercera cuestión que interesa resaltar se vincula con el primer caso de triple filiación resuelto por la justicia, el cual involucra una filiación adoptiva. Es el caso resuelto por el Juzgado de Familia Núm. 4 de La Plata en fecha 20 de febrero de 2017, y auto ampliatorio de 6 de marzo de 2017²⁶ que compromete una adopción de integración —del hijo de la pareja del progenitor conviviente— cuyo progenitor de origen no conviviente tiene una muy buena relación con la niña que se pretende adoptar. Es por ello que, en el pedido de adopción el pretense adoptante deja en claro que la adopción no debe introducir ninguna modificación en la responsabilidad parental ni en su ejercicio por parte de ambos progenitores, tanto el conviviente —su pareja— como el padre biológico de la niña. Hacer lugar a la adopción en los términos que se lo solicita implica, desde el plano jurídico, reconocer una triple filiación: dos vínculos filiales de origen al que se suma el adoptivo. Tiempo más tarde, en fecha de 18 de febrero de 2020, el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 3a. Nominación de la ciudad de Córdoba,²⁷ hace lugar a un pedido de adopción incoado por tres personas, una mujer y sus dos maridos, el actual y el anterior, siendo que ambos habían forjado un vínculo afectivo sólido con la niña que se pretende adoptar.

La cuarta es el caso resuelto por el juzgado de Monteros, Tucumán en fecha 07/02/2020,²⁸ es el primer caso que se ha planteado y compromete

²⁵ Cfr. Herrera, M. y Fernández, S. E., 2018.

²⁶ Juzgado de Familia Nro. 4, La Plata, "B. A. J. M. s/ adopción acciones vinculadas", 20 de febrero de 2017, y auto ampliatorio del 6 de marzo de 2017, inéditos. Comentado en: Fernández, S. E. y Herrera, M., 2018.

²⁷ Admiten la adopción plena de una niña por parte de su madre y de sus dos padres, *Justicia Córdoba*. Disponible en: «<https://www.justiciacordoba.gov.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22011>». (Consultada el 20 de agosto de 2020).

²⁸ Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros, Tucumán, "L. F. F. c/ S.C.O. s/ filiación", 7 de febrero de 2020. Disponible en: «<http://www.sajj.gov.ar/FA20240001>». (Consultada el 20 de agosto de 2020).

una filiación biológica o por naturaleza. Se trata de una niña de nueve años que tiene un fuerte vínculo con su progenitor jurídico no biológico —la había reconocido cuando era pequeña sin saber que no era el padre biológico— y también con su padre biológico que interpone una acción de desplazamiento filial para después proceder a reconocer. En el proceso, la niña es entrevistada por la jueza, quien le dice que, por favor, no le haga elegir porque ella tiene vínculo afectivo con ambos, que vive parte de la semana con uno y la otra parte con el otro, que ambos tienen hijos de otras relaciones afectivas y con todos ellos se lleva muy bien y ha generado lazos de hermandad. ¿Qué hacer ante esta realidad socioafectiva? Emplazar al padre biológico sin desplazar al padre jurídico, es decir, reconocer otro caso de triple filiación.

Por último, cabe precisar que se está a la espera de la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires de un caso muy interesante y que compromete a una filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida. Se trata de un proyecto trial que lleva adelante una mujer, un amigo y ex pareja de ella que tras romper su relación con ella forma pareja con otro hombre. Entre los tres se someten a un tratamiento de reproducción asistida en el que cada uno presta su voluntad procreacional debidamente exteriorizada en el correspondiente consentimiento informado, forma de la determinación de la filiación en este campo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 560, 561 y 562 del Código Civil y Comercial. Cuando nace la niña se pretende la inscripción a favor de los tres y el Registro Civil se lo deniega fundado en la máxima binaria que recepta la última parte del artículo 558 ya citado. Se solicita que al menos la beba tenga determinación materna por aplicación del principio "madre cierta es" previsto en el artículo 565 cuya filiación queda determinada por el hecho del parto y la identidad del recién nacido, así consta una inscripción y la beba puede tener la pertinente inscripción de nacimiento y documento nacional de identidad. Ante este panorama, la pareja de hombres realiza un planteamiento innominado de reclamación de copaternidad acreditando los correspondientes consentimientos informados y la función o rol paterno que

cumplen ambos por diversos medios probatorios. Por otra parte, todos los informes psicosociales elaborados demuestran el vínculo afectivo entre la pareja de hombres y la niña y, además, la excelente relación entre los tres adultos en todo lo relativo a la crianza y educación de la niña quien vive con su mamá y en la casa de en frente los dos hombres. En primera instancia declaran la inconstitucionalidad del aludido artículo 558 y el consecuente reconocimiento del vínculo jurídico con estos dos hombres —uno de ellos, además, fue quien aportó el material genético en el proceso de reproducción asistida—. Apeló la Fiscalía, el caso fue a la Alzada que revocó la sentencia, por lo cual, se desconoce el vínculo jurídico con ambos progenitores y se mantiene desde el plano jurídico la supuesta existencia de una familia monoparental (sólo determinación materna). Esta sentencia es apelada y por eso el caso se encuentra por resolver ante la máxima instancia judicial provincial. El tiempo pasa y la niña cada vez tiene más vínculo socioafectivo o identidad dinámica con los dos hombres a quienes, claramente, considera sus padres. ¿Qué dirá la justicia ante el paso del tiempo y la consolidación del lazo afectivo?

4.2. Algunas voces e ideas que deben ser oídas

La puesta en crisis del binarismo en el campo filial no es novedosa, hace un tiempo se viene debatiendo en doctrina²⁹ su constitucionalidad, al punto de haber tenido especial atención en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015, cuya Comisión Núm. 6 de Familia dedicada a "Identidad y Filiación" se preocupa de este tema y concluye por mayoría que "En los casos de pluriparentalidad es posible declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación"; en minoría que "Los casos de pluriparentalidad pueden ser resueltos a partir de una lectura sistémica

²⁹ Para ampliar véanse entre otros tantos: De Lorenzi, M. A., 2019; De la Torre, N. y Silva, S. A., 2017; Gil Domínguez, A., 2016; Herrera, M., 2018; Massenzio, F., 2015; Pérez Gallardo, L. B., 2019.; Silva, S. A., 2019; y de manera más reciente, Ballarin, S., 2020; Pietra, M. L., 2020.

de todo el Código, en particular de los artículos 1o. y 2o. del título preliminar"; y por unanimidad: "No se debería incorporar al Código Civil y Comercial de la Nación una regulación específica que incluya los supuestos de pluriparentalidad". ¿Es posible que se le reconozca en el plano jurídico a una persona más de dos vínculos filiales? ¿Hasta cuántos?

¿Sobre qué bases interpretativas debería girar el tema en análisis? Por el único camino posible tal como lo marcan los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial, es decir, desde la obligada perspectiva constitucional-convencional del derecho, en este caso, del derecho filial. ¿Acaso es posible profundizar sobre las relaciones de familia en clave contemporánea por fuera del derecho constitucional convencionalizado, o entender la riqueza, flexibilidad y pluralidad que encierra el derecho constitucional hoy sin verse interpelado por los vínculos de afecto y la consecuente noción de socioafectividad?³⁰

Este interrogante es útil para plantear otros tantos con objeto de consolidar un enfoque humano, plural, profundo y rupturista como el que propone el derecho constitucional de las familias. De este modo, fácilmente se puede concluir que éste es el punto de vista hábil para poder dar respuesta a la cantidad de conflictos contemporáneos que observa la sociedad en constante movimiento.

Es cierto que el Código Civil y Comercial reitera el binarismo filial. Ello no es óbice para poder analizar su constitucionalidad-convencional en el modo que lo permite el régimen jurídico argentino, es decir, ante cada planteamiento judicial. ¿Cuántos cimientos del derecho de familia han sido puestos en tensión y consecuente revisión crítica al ser compulsados o al verse enfrentados con peticiones que se salen de los esquemas clásicos

³⁰ Para profundizar sobre este concepto que ha tenido un gran desarrollo en el derecho brasileño y que ha impactado con fuerza en el derecho argentino a la luz de la profundidad que encierra el derecho a la identidad en atención a la nefasta dictadura cívico-militar, se recomienda compulsar, entre otros: Herrera, M., 2015; Herrera, M., 2014; Krasnow, A. N., 2017; Mignon, M. B. y Pelegrina, U., 2018; Murganti, A., 2016; Silva, S. A. y Lopez, D., 2016

sobre los cuales se ha edificado dicho régimen jurídico? Solo cabe recordar las alusiones de tinte apocalípticas que se esgrimían en torno al reconocimiento jurídico del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Sucede que jamás posibles —y bienvenidos— desacomodos del sistema jurídico a raíz del reconocimiento jurisprudencial o normativo de un supuesto no contemplado, puede ser un argumento válido para conculcar, resistir o impedir la satisfacción o efectividad de los derechos humanos. Por lo tanto, preguntarse por las consecuencias del ejercicio de la responsabilidad parental, el derecho sucesorio o el derecho a pensión si se admitiera que una persona puede tener tres vínculos filiales es un interrogante plausible a los fines de seguir moviendo estructuras jurídicas tradicionales y conservadoras; no para impedir, vedar o negarse a seguir ampliando el reconocimiento de diferentes organizaciones familiares.

En este contexto revisionista, como el que propone el derecho constitucional de las familias, resulta pertinente recordar un argumento muy utilizado por la Corte Federal en diferentes planteamientos que comprenden las relaciones de familia al subrayar que "Queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en asuntos de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar".³¹

Salirse de fórmulas o modelos prefijados es a lo que invita el tema en análisis.

Ahora bien, cabría preguntarse si el Código Civil y Comercial debería haberse animado a regular la pluriparentalidad. En ese caso, ¿debería haber receptado un máximo de vínculos filiales? ¿Cuántos? ¿Sólo tres? ¿Por

³¹ Corte Suprema de Justicia Nacional, "T., A. D s/ adopción", 15 de febrero de 2000, voto de la mayoría. Disponible en: «<http://www.sajj.gob.ar/tribunales-familia-deberes-juez-interpretacion-ley-sua0054447/123456789-0abc-defg7444-500asoiramus>». (Consultada el 20 de agosto de 2020).

qué razón? Al respecto, se reitera la negativa a regular esta realidad incipiente como se lo hizo al momento de redactar el entonces Anteproyecto de reforma en su carácter de antecedente directo del actual texto civil y comercial. No sólo por la complejidad del tema y la falta aún de conocimiento de la realidad social que supone este tipo de planteamientos, sino porque además no se debe perder de vista que en el derecho argentino, en atención al mencionado sistema de control de constitucionalidad difuso, la limitación binaria que recepta el Código Civil y Comercial no ha sido un obstáculo para alcanzar el reconocimiento de más de dos vínculos filiales.

La clave de esta apertura reside en la apuesta más fuerte de la legislación civil vigente: receptar, revalorizar y consolidar la doctrina internacional de los derechos humanos de conformidad con lo previsto en sus dos primeros artículos.³² A la par, es necesario recordar que el Código Civil y Comercial nada dice en el artículo 2 dedicado a la interpretación en torno a la voluntad del legislador, y ello es correcto a los fines de abrir paso a la denominada "interpretación dinámica", tan necesaria en el campo del derecho en general, y del derecho de las familias en particular.

¿Cómo es posible llegar a una solución jurídica que no le hace mella a lo dispuesto en la última parte del artículo 558 del CCyC? Los cimientos que sostienen la propia legislación civil y que, en palabras de la jueza de Monteros, Tucumán, en el caso ya citado, se traduce "en la necesaria humanización de la Justicia y el proceso. El régimen civil y comercial en vigencia reconoce dicha humanización o constitucionalización de la ley, pues así lo dejaron plasmado los redactores del Código Civil y Comercial Común en los fundamentos del Anteproyecto".

Es esa realidad, la que constituye uno de los argumentos más sólidos o de peso para admitir la solicitud triple filiación. Siguiendo con el caso de

³² Lorenzetti, 2012.

Monteros, Tucumán allí se aseveró: "Ésa es la historia de este caso. Ésa es la realidad. Quizás este tipo de familia no fue siquiera concebida por quienes hacen las leyes (legislador), y si se la imaginó pues no le puso nombre. Sin embargo, no tener 'un nombre para este tipo de familia' no significa que no exista". Que no tenga una denominación expresa, que no tenga un reconocimiento legal, que genere voces autorales encontradas, no es óbice para borrar lo que existe; y como se ha afirmado en alguna oportunidad, aquello que no se nombra pareciera que no existe,³³ la jueza procede a "ponerle nombre a 'eso diferente', pues el derecho de las familias es respetuoso de la diversidad. Es otro tipo de familia que merece trato igualitario ante la ley. Debo reconocer y proteger la multiculturalidad que en este caso se esboza"; y es así como se habla de pluriparentalidad. Término que lleva en su propia denominación la idea de pluralismo, siendo "un derecho intrínseco, esencial, individual y personalísimo de Juli a continuar en la conformación familiar y parental que tiene y que disfruta (serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista)". Una vez más y de manera elocuente, aparece la idea de pluralismo vinculado al derecho constitucional de las familias. Sucede que la ampliación de las diferentes formas de organización familiar que se observan en las sociedades dinámicas y globalizadas implica, a la par, pluralidad en el reconocimiento de las diversas identidades personales. De allí otra interacción ineludible que surge palmariamente en el caso en estudio entre identidad y vida familiar. En otras palabras, el respeto por la autonomía y desarrollo de la personalidad se vincula con la aceptación de diversos modelos familiares para tal desenvolvimiento.

³³ Nos parece interesante recordar una excelente columna de opinión publicada por la amiga Claudia Piñero en oportunidad de debatirse el entonces proyecto de ley de "matrimonio igualitario" titulada "Los dueños de las palabras" donde se dice: "las palabras nombran la realidad, nombran todo lo que existe, sea tangible como una mesa o intangible como un sueño. Pero el camino es de ida y vuelta, porque al nombrar, las palabras también construyen la realidad. O la niegan. Por ejemplo, si alguien con el poder suficiente se apropiara de la palabra 'casa' y sólo dejara que se llame con ese nombre a las construcciones de tres ambientes, con dos baños y patio al fondo, todas las otras 'casas' serían negadas como realidad y no les quedaría más remedio que ser nombradas de otra manera o desaparecer. Lo que no puede nombrarse con la palabra que corresponde, se niega, se ignora y desaparece". (Publicado en La Nación. Disponible en: «<https://www.lanacion.com.ar/opinion/los-duenos-de-la-palabra-nid1282546/>». (Consultada el 20 de agosto de 2020).

Retomando el argumento ya consolidado de la Corte Federal sobre la finalidad de los tribunales especializados en familia y la necesidad de salirse de fórmulas rígidas, cabe destacar que ello mismo acontece con el principio rector en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes como lo es el interés superior del niño. Éste también debe ser desentrañado en concreto y no en abstracto. Qué piensa cada uno de los niños comprometidos en este tipo de planteamientos ha sido central al ejercer su derecho a expresarse y que su opinión sea tenida en cuenta,³⁴ pilar o elemento básico y esencial para pasar de esa abstracción al plano de la realidad.

Por otra parte, no debe perderse de vista que cuando se ha obtenido un caso en el que se ha decretado la inconstitucionalidad de la norma, más allá de que ello tenga valor jurídico para el caso que se resuelve, es un antecedente y como tal tiene su propio peso. Precisamente, en el caso de Monteros, Tucumán, la jueza alude a los precedentes y tras ello aplica el principio de igualdad y no discriminación, alegando que no puede desconocer que en otras oportunidades se hizo lugar a la socioafectividad y la puesta en crisis de la máxima binaria, por lo cual, no hacerlo en esa oportunidad podría ser considerado una decisión discriminatoria, de allí que deba reconocer "*el derecho a la 'triple filiación'*".

En definitiva, en el derecho argentino hace un tiempo considerable que se vienen escuchando voces doctrinarias³⁵ y jurisprudenciales abiertas a mirar realidades familiares que colocan en crisis un principio fundante del derecho de familia en singular como lo es la máxima binaria filial. ¿Cómo repensar el derecho de las familias, atravesado por la puesta en crisis de este verdadero cimiento?

³⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 12; Ley 26.061, artículo 3 y Código Civil y Comercial, artículo 707.

³⁵ Para profundizar sobre el desarrollo teórico sobre la pluriparentalidad a la par de los planteos que se fueron observando en la praxis, se recomienda compulsar: Herrera, M., De la Torre, N. y Fernández, S. E., 2018.

4.3. Pluriparentalidad y responsabilidad parental

Reconocer la existencia de más de dos vínculos filiales repercute de manera directa en la responsabilidad parental, tanto en lo relativo a la titularidad como al ejercicio y cuidado de los hijos. Estos tres niveles son los que recepta la legislación civil argentina, la que aquí se destaca.

Antes de pasar a analizar cada una de estas facetas o vertientes de la figura jurídica dedicada a la relación entre progenitores e hijos, conviene destacar una consideración general que cabe para la región —tal como se profundiza en el capítulo de este mismo libro y elaborado conjuntamente con Lathrop—. La gran mayoría de los países de la región adoptan un sistema codificado o continental, en oposición al sistema del *common law*. El primero está enmarcado en la fuerza de la ley, el segundo en los precedentes. A la par, el primero impone reglas que constituyen límites a la autonomía de la voluntad. En esta línea, tanto el derecho filial como la responsabilidad parental, más allá de que sean figuras en las que dicha autonomía ocupa un lugar de relevancia, lo cierto es que no es posible que un grupo de cuatro o cinco personas acuerden que todos ellos sean considerados progenitores y que van a repartirse las tareas de cuidado y crianza sobre un niño o niña bajo determinadas modalidades. Este acuerdo sería nulo de nulidad absoluta. La determinación de la filiación tiene sus reglas —más allá de los planteamientos de inconstitucionalidad como los aludidos en el marco de los casos de triple filiación— y como consecuencia de ese vínculo filial, se generan determinados deberes y derechos en los que los acuerdos a que se puedan llegar tienen sus limitaciones fundadas en el orden público; básicamente, en los principios de responsabilidad y solidaridad familiar como acontece en el régimen jurídico argentino. Por el contrario, en otros países priman los acuerdos ante la previsión legal. Un claro ejemplo es la ley de Familia de Columbia Británica, Canadá que entró en vigor el 18/03/2013 y que permite que a un niño o niña se le reconozca tres o más vínculos filiales si existe un acuerdo

al respecto. Veamos, el artículo 30 de esta normativa dedicada a "Paternidad si hay otro acuerdo", éste dispone que

Este artículo se aplica si hay un acuerdo por escrito que (a) se realiza antes que un niño sea concebido por reproducción asistida, (b) se hace entre (i) un padre intencional o los padres intencionales y una potencial madre biológica que acepta ser madre junto con el padre o padres intencionales, o (ii) la madre biológica potencial, una persona casada o en una relación matrimonial con la madre biológica potencial y un donante que acepta ser padre junto con la posible madre biológica y una persona casada o en una relación matrimonial con la madre biológica potencial, y (c) establece que (i) la potencial madre biológica será la madre biológica de un niño concebido mediante reproducción asistida, y (ii) desde el nacimiento del niño, las partes en el acuerdo serían los padres del niño. (2) Desde el nacimiento del niño como resultado de la reproducción asistida en las circunstancias descritas en el inciso (1), los padres del niño son las partes del acuerdo. (3) Si se hace un acuerdo descrito en el inciso (1) pero, antes de que un niño sea concebido, una parte se retira del acuerdo o fallece, el acuerdo se considera revocado.³⁶

Como se puede observar, los países de la región no suelen adoptar este tipo de lógicas por las cuales un acuerdo pueda dejar sin efecto un determinado sistema filial con las consecuencias que de ello se derivan en el campo de la responsabilidad parental.

Centrados en lo que acontece en el derecho argentino, los casos de triple filiación han implicado la aplicación, lisa y llana, del régimen de la responsabilidad parental por parte de cada uno de los progenitores. Ello significa que, por ejemplo, en lo relativo a los actos de mayor envergadura en los que se necesita contar con el consentimiento de cada progenitor,

³⁶ Citado por Sabrina, A. S., 2020. Una lectura '*aggiornada*' del principio de coparentalidad. A propósito de la incidencia de la triple filiación en la relación entre progenitores con sus hijos e hijas. En: Grosman, C. P., (dir.), y Videtta, C., (coord.), 2020, p. 340.

en vez de necesitar dos deberán ser tres. Así, el artículo 645 del Código Civil y Comercial dedicado a los "Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores" pasa a enumerar cuáles son los que obligan a contar con el consentimiento expreso de ambos y, en caso de negativa por parte de alguno, se debe contar con la correspondiente autorización judicial supletoria. Ellos son: *a)* autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; *b)* autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; *c)* autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; *d)* autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; *e)* administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto por la propia legislación civil.

Cabe agregar que este articulado precisa que "Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso", ello de conformidad con el aludido principio de autonomía progresiva. ¿Acaso no es necesario contar con el consentimiento del propio interesado para contraer matrimonio? La respuesta positiva se impone. Aunque se cuente con el consentimiento de ambos progenitores, es obvio que el propio hijo adolescente puede arrepentirse y no querer celebrar nupcias y tal negativa es absolutamente viable. Por lo tanto, en aquellos casos administrativos como judiciales en los que se ha reconocido la triple filiación cabe la aplicación de este articulado en lo relativo a los actos de mayor gravedad que comprenden a las personas menores de edad, siendo necesario contar con el consentimiento de los tres progenitores y si alguno se opone, recurrir a la pertinente autorización judicial como sucede en el caso de parentalidades binarias.

En materia de ejercicio y cuidado personal, la regla de la coparentalidad no se modifica siendo que no interesa a estos fines con quien convive el hijo, sino lo que interesa es la relación cotidiana que tiene; por lo tanto, es posible mantener el régimen legal supletorio de cuidado personal

compartido en modalidad indistinta tanto si los progenitores son dos como si son tres.

Como lo señala la jueza de Monteros, Tucumán al resaltar "la función de parentalidad como construcción social", alejada de la noción de naturaleza o "sexo biológico"; entiende que los roles de parentalidad "pueden ser alternadas, compartidas o fijas entre las personas a cargo de la crianza", de allí que considere que hacer lugar a la triple filiación no impactaría ni encontraría limitaciones jurídicas insalvables a la luz de la flexibilidad y apertura que ostenta la legislación civil vigente.

Por lo tanto, en esta lógica es posible que un niño o una niña conviva con uno de los tres progenitores, pero ello no es óbice para considerar que se está ante un ejercicio compartido bajo la modalidad de cuidado personal indistinto por lo cual, el hijo o la hija tiene amplia vinculación con los tres —el o los progenitores convivientes— y el o los no convivientes, que puedan llevarlo al médico, firmar boletines, concurrir a las reuniones de padres y que estos actos que realice cada uno cuente con la presunción de que los demás también están de acuerdo. Como lo expresa el artículo 641 referido al ejercicio de la responsabilidad parental en su inciso b), "en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades". De este modo, sólo cuando hay desacuerdo se debe dirimir la contienda en sede judicial, de lo contrario, los tres progenitores ejercen la responsabilidad parental sobre su hijo o hija y, por tanto, realizan los actos de la vida cotidiana presumiéndose que tales actos cuentan con la conformidad de los otros.

¿Y en materia alimentaria? Claramente los obligados se amplían. No sólo los obligados principales sino también los subsidiarios en ambos sentidos, los derivados del parentesco, como suele ser el caso de alimentos a

cargo de los abuelos³⁷ como de los progenitores afines.³⁸ Aquí cabe una aclaración. El artículo 538 se refiere a la obligación alimentaria entre parientes por afinidad en primer grado. Es sabido que este parentesco se genera o la causa fuente es el matrimonio, ergo, aquellas parejas que no se casan no tienen obligación alimentaria fundada en el parentesco por afinidad porque no hay causa fuente de esta obligación, pero sí sería viable entre progenitor e hijos afines por lo dispuesto en el ya analizado artículo 676.

Esta extensión en los obligados alimentarios tiene impacto en lo previsto en el artículo 546 referido a la "Existencia de otros obligados"; es decir, la norma expresa que "Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance". En este contexto, podría darse la situación de que uno de los progenitores de un niño demande en representación de éste a los abuelos de uno de los otros dos progenitores y éstos, al contestar la demanda, indiquen que uno de los progenitores no convivientes se encuentra en condiciones y además es uno de los principales obligados al pago de alimentos. Ésta sería una consecuencia lógica de esta ampliación que genera la triple filiación.

Por otra parte, cabe destacar en este cruce entre triple filiación y responsabilidad parental otro efecto jurídico de incidencia directa en la temática en estudio como lo es el apellido de los hijos.

Veamos, el sistema jurídico argentino establece un máximo de dos apellidos, por lo tanto, si se pretendiese que la persona cuente con el apellido de los tres progenitores también debería apelarse a la inconstitucionali-

³⁷ Código Civil y Comercial, artículos 537 y 668.

³⁸ Código Civil y Comercial, artículos 538 y 676.

dad de las normas comprometidas en materia de régimen del nombre en atención a esta limitación que se vincula de manera directa con el binarismo filial. Ahora bien, de *lege ferenda* debería analizarse cuál sería el sistema adecuado, si permitir la portación de tres apellidos o seguir la limitación a dos apellidos y, en ese caso, receptar un sistema para resolver cuál sería el régimen legal supletorio si los progenitores no se pusieran de acuerdo sobre cuáles serían los dos apellidos que portaría el hijo y que quedaría para el resto de los hijos como "apellido familiar". ¿Es posible extender el sistema de sorteo³⁹ que prevé la regulación argentina como modo de resolución de conflictos en sede administrativa y no judicial ante la falta de acuerdo sobre el orden de los apellidos al caso de tener que seleccionar de manera aleatoria dos de tres apellidos ante supuestos de triple filiación? El interrogante queda abierto, mostrando la complejidad que ostenta la cuestión del apellido. Sólo cabe adicionar una consideración final. El sorteo sería una solución jurídica plausible no sólo para el supuesto de triple filiación, sino para los sistemas que permitan más de tres, al ser una modalidad que respeta cierta cantidad de apellidos —en la concepción tradicional son dos apellidos—, con independencia de la cantidad de vínculos filiales que se reconocen.

Como cierre de esta temática tan actual y contemporánea que observa el derecho de las familias y que repercute de manera directa en el régimen de la responsabilidad parental, se trae a colación un comentario al primer caso de triple filiación que se conoce en el derecho argentino y que tuvo reconocimiento en el ámbito administrativo. Al respecto, Sambrizzi⁴⁰ fue crítico de tal decisión alegando, entre otros argumentos: "Tampoco nos parece que el hecho de tener tres padres sea compatible con el denominado interés superior del niño, al que hace referencia la Resolución en análisis, aunque sin fundamentar la razón por la cual ese hecho favorecería al menor, que, por el contrario, al tener tres padres y tres apellidos

³⁹ Código Civil y Comercial, artículo 64.

⁴⁰ Sambrizzi, 2015, p. 5.

se verá expuesto a las miradas de terceros, con la posible invasión de su intimidad". Y sí, el "qué dirán" sigue siendo una preocupación en ciertos sectores de la doctrina nacional. Esto es entendible, porque salirse de la perspectiva "contra legem" —más allá y a pesar de lo que dice el Código Civil y Comercial— y animarme a mirar las conflictivas sociojurídicas desde el crisol de los derechos humanos constituye una ruptura y un desafío que aún observa ciertas resistencias.

Cuántos planteamientos deben presentarse para aseverar que la pluriparentalidad —hasta ahora sinónimo de triple filiación— se habría instalado en el derecho argentino para ampliar las formas de organización familiar existentes en la sociedad. Se trata de un interrogante abierto. Lo cierto es que más allá de la cuestión cuantitativa, la triple filiación ya se instaló y amplía, sin lugar a dudas, los márgenes de los modelos familiares.

5. Breves palabras de cierre

Como bien se destacó en las primeras líneas del presente capítulo, la revisión crítica sobre las relaciones de familia desde la obligada perspectiva de derechos humanos ha tenido un fuerte impacto en todas las instituciones de este ámbito del derecho; el vínculo entre progenitores e hijos e hijas no podía quedar al margen de semejante revolución copernicana.

Ampliar los márgenes del reconocimiento jurídico de diversas formas de organización familiar entrecruzado con el principio de autonomía progresiva y todo lo que ello significa en uno de los extremos de la relación parental son elementos clave para que la figura de la responsabilidad parental observe una fisonomía muy diferente a aquella regulación de la "patria potestad", absolutamente rígida, estrecha y cerrada.

La denominada democratización de las relaciones familiares ha llegado para quedarse y también ampliarse en absoluta consonancia con el dinamismo ínsito en los lazos sociales.

El presente capítulo transita por esta vía; un camino sinuoso que se anima a interrogarse e interpelarse, y para tal fin se han seleccionado tres campos temáticos que colocan en crisis —como sinónimo de cambio— a la figura de la responsabilidad parental: la familia ensamblada, los progenitores adolescentes y las familias pluriparentales.

Este tipo de planteamientos muestran a las claras, la importancia de habernos animado a deconstruir y reconstruir las relaciones de familia en el campo jurídico desde la obligada perspectiva constitucional-convenacional. Sucede que sólo desde aquí se puede comprender, visibilizar y reconocer otras realidades familiares. Sólo si se lo hace en clave de derechos humanos que es, de por sí, plural, amplio y diverso.

Momentos complejos como el actual, en el que afrontamos una pandemia mundial que ha modificado de raíz nuestra vida cotidiana, son hábiles para volver a la fuente contemporánea: reivindicar los derechos humanos como norte, guía y modo de mirar, comprender, analizar e intervenir en los conflictos sociojurídicos. Situaciones de la vida real como las que aquí se analizan demuestran que tanto la ley como el sistema judicial —al menos algunas voces— acompañan esta verdadera renovación que trae consigo una gran transformación del mundo jurídico, para lo cual se necesita una justicia profunda, desafiante, y cercana a "los casos" como se inicia el Código Civil y Comercial, no por casualidad. Es que acortar la brecha entre Derecho y Realidad sigue siendo una gran deuda pendiente.

En definitiva, como muy bien lo expresa Ballarín⁴¹ al referirse, precisamente, a la pluriparentalidad: "El centro de reflexión será siempre la justicia del caso concreto. El marco teórico, la concepción de un mundo plural, en el que el otro no es otro yo".

⁴¹ Ballarín, 2020, p. 7.

Bibliografía

- "Admiten la adopción plena de una niña por parte de su madre y de sus dos padres 26 de febrero del 2020", *Justicia Córdoba*. Disponible en: «<https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22011>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).
- Ballarín, S. (2020), "De adopciones, pluriparentalidades y otras formas de construir familia", *La Ley, Revista Código Civil y Comercial*, 5. doi: AR/DOC/924/2020.
- Bedrossian, G. (2019), "Obligación alimentaria extendida: múltiples aplicaciones de la figura del progenitor afín", *La Ley, Revista Código Civil y Comercial*, (11). doi: AR/DOC/3313/2019.
- Calá, M. F. (2016), "La sociafectividad como fuente de vínculos jurídicos de carácter familiar (con especial referencia a la familia ensamblada)", *Microjuris* online. doi: MJ-DOC-9852-AR.
- Chechile, A. M. (2008), "La responsabilidad parental de los padres adolescentes extramatrimoniales", en Grosman, C., (dir.), Herrera, M., comp. *Familia monoparental*, Buenos Aires, Universidad, pp. 345 y ss.
- De la Torre, N. (2016), "La triple filiación desde la perspectiva civil", Rubinzal Culzoni, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1, pp. 117-144.
- De la Torre, N. y Silva, S. A. (2017), "Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, sociafectividad y biología", *La Ley, Revista Derecho de Familia*, 4(310). doi: AR/DOC/4218/2017.

- De Lorenzi, M. A. (2019), "Nuevos caminos entre viejos campos. Pluriparentalidades en tránsito", *La Ley, Revisa de Derecho de Familia*, 2(268). doi: AR/DOC/1136/2019.
- Díaz, E. (2015), "De progenitores e hijos afines. Modificaciones introducidas por el Código Civil y Comercial. Su impacto en el derecho previsional argentino", *La Ley, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2141(20). doi: AR/DOC/5328/2015.
- Díaz, R. F y Hernández, N. (2019), "Progenitores adolescentes, su recepción positiva en el Código Civil y Comercial de la Nación a la luz del principio de autonomía progresiva", *Microjuris online*. doi: MJ-DOC-14836-AR.
- Famá, M. V. (2009), "La 'competencia' de los adolescentes para reconocer hijos", *Abeledo Perrot, Revista de Derecho de Familia*, (1), pp. 105 y ss. doi: AR/DOC/7097/2012.
- Fernández, S. E. y Herrera, M. (2018), "Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad", *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, 83(145). doi: AR/DOC/2892/2018.
- Fernández, S. E., Herrera, M., y Molina de Juan, M. F. (2016), "Familia ensamblada", en Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lloveras, N., (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*. Actualización doctrinal y jurisprudencial. Santa fe: Rubinzal Culzoni, pp. 579 y ss.
- Ferrari, G. y Manso, M. (2015), "La triple filiación como ampliación de derechos: el rol del Estado", *La Ley*, 1. doi: AR/DOC/2108/2015.
- Galati, S. A. (2019), "La responsabilidad del progenitor afín frente a terceros", *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, (240), doi: AR/DOC/2718/2019.

- Gianni, P. (2017), "El interés superior del niño en los procesos de adopción. Responsabilidad de los pretendientes adoptantes frente a una ruptura intempestiva de la guarda preadoptiva", *La Ley, Revista de Derecho de Familia y las personas*, (3). doi: AR/DOC/597/2017.
- Gil Domínguez, A. (2016), "La triple filiación y el Código Civil y Comercial", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, (74), doi: AR/DOC/1010/2016.
- Grosman, C. y Martínez Alcorta, I. (2000), *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones Legales*, Buenos Aires: Universidad.
- Herrera, M., De la Torre, N. y Fernández, S. E. (2018), *Derecho Filial: perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Herrera, M. (2018), "Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales", *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, 85(149). doi: AR/DOC/3141/2018.
- _____ (2014), "La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del derecho de familia contemporáneo", *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, 66(75). doi: AR/DOC/5420/2014.
- _____ (2015), "Socioafectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante?", en Fernández S., (dir.), *Tratado de derechos de niñas, niños y adolescentes*, CABA: Abeledo Perrot, pp. 971-1012.
- Herrera, M., De la Torre, N. y Fernández, S. E. (2018), *Derecho filial: Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Ilundain, M. (2012), "Responsabilidad parental", *Abeledo Perrot, Revista de Derecho de Familia*, pp. 57-305.

- Jáuregui, R. G. (2020), "Cuestiones no previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación respecto del proceso de guardia con fines de adopción", *La Ley, Revista Código Civil y Comercial*, doi: AR/DOC/921/2020.
- Lorenzetti, R. L. (2012), "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, (581), doi: AR/DOC/1931/2012.
- Massenzio, F. (2015), "El derecho al reconocimiento de toda conformación familiar. Triple filiación e identidad", *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, 68(43), doi: AR/DOC/4632/2015.
- Mignon, M. B. y Pelegrina, U. (2018), "La socioafectividad: sus implicancias en el terreno jurídico. Cuando la fuerza de los hechos y los afectos delimitan derechos", *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, 87(259), doi: AR/DOC/3542/2018.
- Morlachetti, A. (2012), "Adolescencia, juventud y sus derechos sexuales y reproductivos", *Abeledo Perrot, Revista de Derecho de Familia*, (55), pp. 55 y ss.
- Murganti, A. (2016), "El reconocimiento de la socioafectividad y el derecho a la vida familiar: un conflicto sobre sus contornos", *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, 3(26), doi: AR/DOC/4384/2016.
- Neri, M. y Gutiérrez Goyochea, V. (2015), "La responsabilidad parental de los progenitores adolescentes: hacia la construcción del propio proyecto de vida", *Abeledo Perrot, Revista de Derecho de Familia*, 72(159), doi: AR/DOC/5386/2015.
- Notrica, F. (2020), "El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas", en Grosman, C. P., (dir.), y Videtta, C.

(coord.), *Responsabilidad parental. Derecho y Realidad. Una perspectiva piso-socio-jurídica*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 285 y ss.

Notrica, F. y Melon, P. E. (2015), "El ejercicio de la responsabilidad parental en las familias ensambladas", *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, 72(171), doi: AR/DOC/5388/2015.

Pérez Gallardo, L. B. (2019), "El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad", *La Ley, Revista de Derecho de Familia*, 9(247), doi: AR/DOC/2428/2019.

Pietra, M. L. (2020), "Adopción y pluriparentalidad: ¿produce la socioafectividad efectos jurídicos?", *La Ley, Revista Código Civil y Comercial 2020*, 37, doi: AR/DOC/1005/2020.

Piñeiro, C. (2010), "Los dueños de las palabras", *La Nación*. Disponible en: «<https://www.lanacion.com.ar/opinion/los-duenos-de-la-palabra-nid1282546/>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

Radcliffe, M. S. (2018), "Adolescentes, autonomía progresiva y responsabilidad parental. Progenitores adolescentes", *La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 44(3), doi: AR/DOC/231/2018.

Sambrizzi, E. A. (2015), "La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem", *La Ley*, 1(881), doi: AR/DOC/1566/2015.

Silva, S. A. (2019), "¿Autonomía vs. protección especial? De vulnerabilidades, adolescencias y acceso a la justicia", *Rubinzal online*, doi: RC D 977/2019.

Silva, S. A. y Lopez, D. (2016), "La identidad filiatoria en clave dinámica. A propósito de la noción de Socioafectividad", *Revista Crítica de Derecho Privado*, (13), pp. 725-739.

Silva, S. A. (2019), "Tres ¿son multitud? Teoría y práctica de la triple filiación en Argentina", en Gil Domínguez, A., Herrera, M., y Giosa, L. M., (dir.), *A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Avances, críticas y desafíos*, CABA: Ediar, pp. 995-1034.

_____ (2019), "Un conflicto ¿clásico?, Una respuesta excéntrica: Triple filiación por naturaleza", *Abeledo Perrot, Revista de Derecho de Familia*, 5(370), doi: AR/DOC/2760/2019.

Spaventa, V. (2010), "La incidencia del concepto de "capacidad progresiva" en la relación paterno/materno-filial", *Abeledo Perrot, Revista de Derecho de Familia*, (45), pp. 119 y ss.

Videtta, C. A. (2019), "La maternidad adolescente. Una realidad en contexto y ¿la libertad de elección?", *Abeledo Perrot, Revista de Derecho de Familia*, 3(16), doi: AR/DOC/1317/2019.

Fallos, leyes y otros

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", 20 de diciembre de 2018, inédito.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, "S., V. M. s/ materia a categorizar", 29 de noviembre de 2016, *La Ley*. Cita online: AR/JUR/77344/2016.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial De Morón, Sala II, "A., O. E. s/ vulneración de derechos", 12 de julio de 2016, *La Ley*. Cita online: AR/JUR/47937/2016.

Cámara De Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sala I, "L. M. A. y otros/ adopción-acciones vinculadas", 29 de septiembre de 2015, *La Ley*. Cita online: AR/JUR/54081/2015.

Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I, "F. E. F. c/ GCBA s/ amparo", 20 de septiembre de 2017 y 28 de noviembre de 2018, inéditos.

Código Civil y Comercial, Argentina.

Conclusiones Comisión Nro. 6, Familia: "Identidad y Filiación", XXV Jornadas Naciones de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015. Disponible en: «<https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>» (consultada el 20 de agosto de 2020).

Convención sobre los Derechos del Niño.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "A.N.R. y otros c/GCBA s/Amparo", 31 de octubre de 2017. Disponible en: «<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7413052&cache=1565751198664>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

Corte Suprema de Justicia Nacional, "T., A. D s/ adopción", 15 de febrero de 2000, voto de la mayoría. Disponible en: «<http://www.saij.gov.ar/tribunales-familia-deberes-juez-interpretacion-ley-sua0054447/123456789-0abc-defg7444-500asoiramus>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

Dirección Provincial del Registro de las Personas, Provincia de Buenos Aires, Disposición 2062/2015, 22 de abril de 2015, inédito.

Juzgado Civil, Familia y Sucesiones, Única Nom., Monteros, "L.F.F. c/S.C.O. s/ filiación", 7 de febrero de 2020. Disponible en: «<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2020/02/fallos48522.pdf>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

Juzgado Civil en Familia y Sucesiones Única Nominación, Monteros, Tucumán, "L. F. F. c/ S.C.O. s/ filiación", 7 de febrero de 2020.

Disponible en: «<http://www.sajj.gob.ar/FA20240001>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 3 de la Ciudad de Buenos Aires, "F. E. F. c/ GCBA s/ amparo", 7 de julio de 2017, inédito.

Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 17 sec. Nro. 33, CABA, "A.N.R. y otros c/GCBA s/Amparo", 19 de diciembre de 2016, inédito.

Juzgado de Familia Nro. 2, Mar del Plata, "C. M. F. y otros s/ materia a categorizar", 24 de noviembre de 2017, RDF, 2018-III. Cita online: AR/JUR/103023/2017.

Juzgado de Familia Nro. 4, La Plata, "B. A. J. M. s/ adopción acciones vinculadas", 20 de febrero de 2017, y auto ampliatorio del 6 de marzo de 2017, inéditos.

Juzgado de Familia Nro. 6, Lomas de Zamora, "S., A. J. s/Adopción. Acciones vinculadas", 20 de octubre de 2015, inédito.

Juzgado de Familia Nro. 7, Viedma, "Q., F. J. M. (en representación) c/ P., N. G., s/ ley 3040 (f)", Expte. No. 0166/20/UP7, 3 de junio de 2020, inédito.

Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar. y de Género, 3era. Nom., Córdoba, "F. EC. - V.A.F - FC.A. ADOPCIÓN", 18 de febrero de 2020. Disponible en: «<https://www.justiciacordoba.gob.ar/JusticiaCordoba/Inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=22011>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

Juzgado Nacional Civil Nro. 77, "A., N.R. y otro c/ GCBA y otros s/amparo", 16 de julio de 2019, inédito.

Ley 26.061, Argentina.

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "J.P.R y otros c/ GCBA y otros s/ amparo s/ conflicto de competencia", 7 de junio de 2017. Disponible en: «<https://ar.vlex.com/vid/j-p-r-c-691052933>» (Consultada el 20 de agosto de 2020).

CAPÍTULO XIV

La doble regulación jurídica del poder familiar en Brasil y su carácter selectivo y discriminatorio en contra de los negros y los pobres*

Rafael de Sampaio Cavichioli**

* Traducción del portugués al español a cargo del Centro de Lenguas Extranjeras y Traducción, S.C, con autorización del autor.

** Doctor en Derecho por el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Paraná (PPGD/UFPR). Investigador del Grupo de Investigación Biotec-Derecho, Biotecnología y Sociedad, del Centro de Derechos Humanos y Desarrollo de PPGD/UFPR. Fiscal miembro del Ministerio Público del Estado de Paraná

Resumen

En este trabajo se demuestra que en Brasil existe una reglamentación paralela de la responsabilidad parental, actualmente llamada poder familiar. En el Código Civil de 1916, el poder familiar se regulaba bajo la forma de poderes conferidos al padre y al marido para administrar la sucesión del patrimonio y el nombre de la familia, permitiendo el control social de las familias carentes de patrimonio, el llamado *dispositivo de alianza*, tomado de Michel Foucault. En lo que se refiere a las familias pobres, este poder está subordinada al interés del niño o la niña y sujeto a un mecanismo de control social posibilitado por la Justicia de Menores, el *dispositivo para la señalización y dilución de la pena*, elaborado teóricamente por Jacques Donzelot. En el curso del siglo XX, la metodología civil-constitucional y la Doctrina de la Protección Integral buscaron romper con la reglamentación patriarcal y patrimonialista de la familia y con el carácter discriminatorio y selectivo de la Justicia de Menores. Sin embargo, basado en datos de investigación y el análisis de la legislación y del discurso judicial, se concluye que,

en Brasil, la Justicia de Infancia conforma un Derecho Familiar paralelo, orientado a la reglamentación del poder familiar de las familias de negros y pobres, ejerciendo un control social discriminatorio y selectivo de dichas familias.

Palabras clave: Poder familiar, Niños, niñas y adolescentes, Derecho de los Menores, Derecho Familiar, Brasil, Negros y pobres, Selectividad discriminatoria.

1. Propuesta de análisis: la doble regulación del poder familiar, relacionada con la desigualdad económica y la discriminación racial

La tesis propuesta por este texto y sus conclusiones exponen parte de la investigación que culminó en la tesis doctoral "Dos familias, dos leyes",¹ especialmente en lo que se refiere a la demostración de la doble regulación del poder familiar.

En Brasil se desarrolló una regulación doble y paralela al poder familiar (también llamada *patria potestad* o *poder paterno*, según el contexto histórico y jurídico). Por un lado, se considera un complejo de poderes conferidos al progenitor para gobernar el patrimonio familiar y, por lo tanto, está destinado al control social de las familias que poseen bienes por medio del *dispositivo de alianza*, una categoría tomada de Michel Foucault. Por otro lado, a partir del *dispositivo para la señalización y dilución de la pena*, elaborado teóricamente por Jacques Donzelot para el examen del derecho de los menores francés, es un mecanismo que le permite al Estado y a la sociedad controlar a las familias sin bienes, lo que, en el contexto brasileño, corresponde a las familias de negros y pobres.

Parte de la bibliografía especializada contemporánea considera que el Derecho de Menores de principios del siglo XX estuvo marcado por

¹ Sampaio Cavichioli, R., 2019.

el carácter discriminatorio y represivo contra las familias pobres de la denominada Doctrina de la Situación Irregular. Esa corriente bibliográfica consideraba que el Derecho de la Niñez o la Infancia de finales del siglo XX y principios del siglo XXI rompía con las características de la llamada Doctrina de la Situación Irregular.²

Este nuevo derecho de la niñez o la infancia de finales del siglo XX, auto-denominado *Doctrina de la Protección Integral*, se declaraba democrático y verdaderamente protector, porque no sólo estaba destinado a abordar lo relativo a las niñas y los niños pobres, sino a comprender a todas las niñas y a todos los niños. En otras palabras, tal doctrina se revelaba preocupada por la protección de todos los niños y niñas, independientemente de su situación social y económica.

En Brasil, la Doctrina de la Protección Integral fue aceptada por la Constitución de la República de 1988 y está asociada con la metodología civil-constitucional, que busca establecer una nueva reglamentación de la familia, basada principalmente en la igualdad jurídica entre hijos e hijas, en el reconocimiento legal de las diversas formas de organización familiar y en el condicionamiento del ejercicio de los poderes paternos al interés superior del niño o la niña. Por ello, en lugar de la categoría de *patria potestad*, se habla de *poder familiar*, que, en contra del patriarcado, presupone la igualdad jurídica entre padre y madre y, en contra del patrimonialismo, subordinar los poderes de los padres al ejercicio del cuidado y el afecto para con sus hijos e hijas.

Sin embargo, al examinar las prácticas institucionales concretas, además de los cambios legales promovidos por la Doctrina de la Protección Integral y la metodología civil-constitucional, se concluye que la Doctrina de la Protección Integral sigue constituyendo un derecho familiar paralelo. Lo anterior, porque dicho nuevo paradigma también realiza un control

² Véase Marcilio, M. L. 2011, p. 79; Amin, A., 2013, pp. 55-56; Almeida, L. 2010, p. 19.

selectivo, y por lo tanto discriminatorio, contra las familias negras y pobres, con la característica de imponerles modelos de comportamiento y hábitos de vida, es decir, una economía de la subjetividad.³

2. El dispositivo de alianza: regulación de la patria potestad para la gestión y transmisión del patrimonio familiar

En el Código Civil brasileño de 1916, a la falta de capacidad de ejercicio de los hijos menores de edad correspondía un conjunto de poderes de los padres sobre sus relaciones personales y patrimoniales. Este conjunto de poderes se definió como *patria potestad* y estaba destinado a proteger y administrar el patrimonio familiar

La patria potestad, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, fue entendida por los civilistas brasileños como un conjunto de poderes que el padre y la madre, pero especialmente el padre, tenían sobre el patrimonio y la persona de los "hijos menores"; es decir, aquellos que no tenían plena capacidad para ejercer sus derechos (incapaces absolutos e incapaces relativos). En 1889, Lafayette Rodrigues Pereira define la patria potestad de la siguiente forma:

En el curso de la infancia, el ser humano carece de la capacidad indispensable para la satisfacción de sus necesidades y el gobierno de su persona y sus bienes. Es necesario que alguien tome al infante bajo su protección, que lo alimente, que cultive los gérmenes que brotan en su espíritu; que, en pocas palabras, eduque, cuide y defienda sus intereses. Esta noble misión, la naturaleza la confió a su padre y a su madre. Presupone la misma, tanto en uno como en el otro, la existencia de ciertos derechos sobre la persona y la pro-

³ Con respecto al derecho penal de los adolescentes, la crítica a los aspectos jurídicos de la Doctrina de la Protección Integral brasileña es desarrollada por Sposato, especialmente, en lo que se refiere a la ambigüedad entre las medidas punitivas y las medidas de protección impuestas a los adolescentes que cometen actos análogos a los delitos penales, en Sposato, K., 2013.

piedad del hijo. Estos derechos en su conjunto constituyen lo que se denomina *patria potestad*.⁴

Asimismo, Clovis de Bevilaqua definió la patria potestad como la autoridad de los padres sobre sus hijos en virtud del deber de los padres de educarlos: "El hijo legítimo, mientras es menor, es confiado a la custodia de sus padres, quienes, para cumplir con los deberes impuestos por la necesidad de educarlo, tendrán sobre él las facultades que todas las leyes han reconocido con mayor o menor amplitud".⁵

A pesar del énfasis de los civilistas en calificar a la patria potestad como un conjunto de facultades o como una autoridad conferida al padre para educar a sus hijos, ésta representó y cumplió una importante función en la atribución del control sobre el patrimonio familiar al padre, con superioridad jerárquica sobre la madre. Sobre esta superioridad del padre sobre la madre, hay que recordar, como uno de los principales ejemplos, que la mujer casada era considerada relativamente incapaz para los actos de la vida civil, según el artículo 6, II, del Código Civil de 1916,⁶ y que éste sólo fue cambiado hasta 1962, con el llamado Estatuto de la Mujer Casada.⁷

En cuanto al control del patrimonio familiar, tal función estaba regulada por varias normas. El artículo 384 del Código Civil de 1916 establecía el contenido de la patria potestad; ésta comprendía la dirección de la educación de los hijos e hijas menores de edad, el ejercicio de su custodia, la autorización para que contrajeran matrimonio y su representación para la celebración de actos jurídicos hasta la edad de 16 años (después de

⁴ Rodrigues Pereira, L. 1889, p. 203. Para conservar la fidelidad de los textos, las citas no contemplan las actualizaciones ortográficas de conformidad con las normas ortográficas en vigor en el presente documento.

⁵ Bevilaqua, C., 1906, p. 105.

⁶ Ley No 3.071 de 1 de enero de 1916. Código Civil de los Estados Unidos de Brasil. Portal de Derecho.

⁷ Ley No 4.121 de 27 de agosto de 1962. Tiene la condición legal de la mujer casada. Portal de Derecho.

esa edad, el padre debía asistir al niño o la niña hasta que alcanzara la capacidad civil plena). El artículo 385 del mismo Código disponía que el padre era el administrador de los bienes de los hijos menores de edad.

El consentimiento de los padres era requisito para el matrimonio de los hijos e hijas hasta la edad de 21 años. En caso de desacuerdo entre los progenitores, la voluntad paterna prevalecía como regla (arts. 185 y 186 del Código de 1916). La superioridad del poder paterno sobre el de la madre era robustecida por los artículos 379, 380 y 383 del Código, que determinaban que ella sólo podía ejercer el poder en situaciones excepcionales, como en el caso de la ausencia o impedimento del padre o en relación con hijos ilegítimos no reconocidos por éste.

La supremacía del padre en la administración del patrimonio familiar no se basaba únicamente en la preferencia legal de la que gozaba para el ejercicio de la patria potestad. También tenía sustento en el artículo 233 del Código de 1916, que hacía del marido el jefe de la sociedad conyugal y, sobre todo, se apoyaba en las distinciones jurídicas entre los hijos y sus efectos sucesorios. Según la diferencia en el tratamiento jurídico de los hijos en el Código Civil de 1916, las hijas y los hijos habidos dentro de matrimonio eran clasificados como legítimos. Las hijas e hijos de padres no unidos por el vínculo matrimonial o cuyo matrimonio fuere nulo y no putativo, eran considerados ilegítimos.

Las hijas y los hijos ilegítimos se dividían simplemente en naturales y espurios. Los primeros eran hijos de padres que no estaban casados al momento de la concepción o del nacimiento, pero entre los cuales no existía ningún impedimento absoluto para el matrimonio (es decir, causas de nulidad matrimonial como el matrimonio entre padre e hija). Los hijos naturales podrían ser legitimados. Los hijos espurios, en tanto, eran aquellos cuyos padres tenían un impedimento absoluto para el matrimonio y se dividieron en: 1) Incestuosos: los nacidos de padres que eran parientes legítimos, naturales, afines o adoptivos, es decir, cuyos padres mantenían un grado de parentesco prohibido para el matrimonio (hipótesis

del artículo 183, I a V, del Código Civil de 1916); 2) Adulterinos: eran hijos nacidos durante la sociedad conyugal de uno de sus padres con una tercera persona (artículo 183, VI, del Código Civil de 1916); 3) Simplemente espurios: los hijos del cónyuge supérstite con el condenado por homicidio, o tentativa de homicidio contra su cónyuge, y el hijo del cónyuge adúltero con su coacusado, por tal delito (artículo 183, VII y VIII, del Código Civil de 1916). De conformidad con el artículo 358 del Código Civil de 1916, los niños incestuosos y los niños adulterinos no podían ser reconocidos.

Los efectos de esta distinción jurídica entre los hijos tuvieron repercusiones en el orden de la sucesión. De conformidad con el artículo 1605 del Código Civil de 1916, sólo podían heredar las hijas y los hijos legítimos, los legitimados, adoptados y naturales reconocidos. Las hijas y los hijos ilegítimos y los naturales sin reconocimiento no podían heredar. Por si fuera poco, si el hijo o hija simplemente natural fuere reconocido con la constancia matrimonial y de tal unión existiera un hijo(a) legítimo(a) o legitimado(a), el hijo o hija natural sólo heredaría la mitad de lo correspondiente al hijo(a) legítimo(a) o legitimado(a) (artículo 1605, núm. 1, del Código Civil). También el hijo adoptado, en caso de concurrencia con los hijos o hijas legítimos(as) supervinientes a la adopción, únicamente tendría derecho a la mitad de la herencia aplicable a cada uno de ellos (artículo 1,605, núm. 2 del Código Civil de 1916).

Así, en el derecho codificado, existía un derecho familiar centrado en la patria potestad y el poder conyugal, otorgándole al padre y al esposo altos poderes para gestionar la sucesión del nombre y el patrimonio familiar. El padre era un "juez de alta investidura privado", como Portalis lo describió en su discurso sobre el proyecto de Código Civil francés.⁸ Estos poderes otorgados al padre potenciaron el *dispositivo de alianza*,⁹ es decir,

⁸ Portalis, J. E. M., 1844, p. 25; Gasparini, E., 2002, pp. 121-133 y 325; Schnapper, B., 1980, p. 319.

⁹ Foucault, M. 2014, pp. 118-119

un mecanismo de control social destinado a alentar a las familias con bienes, a adoptar ciertas pautas de comportamiento. Estas facultades fueron conferidas al padre por el Código para definir la transmisión del nombre y el patrimonio familiar, especialmente mediante la facultad de autorizar el matrimonio de los hijos e hijas y la de definir cuáles de ellos recibirían el nombre de la familia y el patrimonio familiar, hecho posible por la distinción legal entre los hijos y las hijas.

El ejercicio de estos poderes por parte del padre constituyó el *dispositivo de alianza* precisamente porque permitió la reproducción del modelo familiar patriarcal y se centró en la administración y preservación del patrimonio, es decir, una determinada economía de la subjetividad de las familias con bienes.

Si la reglamentación legal de la paternidad y de la patria potestad del Código Civil de 1916 estaba destinada a la protección de bienes, ¿cómo podemos entender el artículo 395 del presente Código, que indica la pérdida de la patria potestad para el padre o la madre que castiga inmoderadamente al niño o la niña, que los deja abandonados o que practica actos contrarios a la moral y las buenas costumbres? Si la reglamentación jurídica de la paternidad recalca su importancia para gobernar el patrimonio familiar, ¿por qué la preocupación por el maltrato infantil y la moralidad?

3. El dispositivo para la señalización y dilución de la pena: regulación de la patria potestad dirigida a las familias sin patrimonio

Una manera de responder a la pregunta puede ser la de Evaristo de Moraes: "El punto de partida para la transformación radical del concepto de la patria potestad fue el pleno reconocimiento de la influencia familiar en la génesis de la delincuencia infantil y juvenil".¹⁰ De manera icónica, esta

¹⁰ Moraes, E., de 1927, p.132.

frase expresa un discurso etiológico sobre la delincuencia,¹¹ identificando entre sus causas a la familia porque, de acuerdo con esta percepción, según la forma en que los hijos e hijas son criados, la familia podría dar a la sociedad delincuentes o personas de trabajo.

La fuerza de este discurso etiológico se vislumbra en las referencias de Moraes. En la misma obra, el autor cita intervenciones en el Congreso Penitenciario de París de 1895;¹² obras en italiano y francés; el discurso del representante de la Sociedad General Penitenciaria (París) en el Congreso de Estocolmo de 1875; la recomendación del Congreso de Roma de 1885 para la suspensión temporal de la patria potestad como medio preventivo de la corrupción de niñas y niños en las familias; el Congreso de San Petersburgo y el Congreso de Anvers del mismo año; el Congreso Internacional de Antropología Penal de Turín en 1906, que "aceptó [...] la conclusión de Van Hamel, presentando como medida profiláctica de la delincuencia infantil y de adolescentes, la privación judicial del ejercicio de la patria potestad".¹³

Evaristo de Moraes también cita el Segundo Congreso Americano de los Niños, de Montevideo en 1919, que "[...] también afirmaba el principio de *protección del Estado*, en beneficio de los menores abandonados y en perjuicio de la patria potestad. Estableció nuevas razones para la pérdida de este poder, incluyendo la inhabilidad o incapacidad de los padres para ejercerlo".¹⁴

Si la causa de la delincuencia estaba en la familia que educaba a sus hijos e hijas para delinquir, era necesario entonces intervenir en la educación familiar para proteger a la sociedad. Para ello, la patria potestad no podía ser absoluta como planteaba Portalis. El padre no podía ser alto juez de un

¹¹ Baratta, A., 2002, pp. 38-40.

¹² Evaristo de Moraes, *op. cit.*, nota 11, pp. 132-139.

¹³ *Ibid.*, p. 139.

¹⁴ *Ibid.*.

hogar privado y estar exento de la vigilancia externa. Para proteger los intereses de la niña o el niño (en esa lógica, "el menor") y, en última instancia, proteger el interés de la sociedad con respecto a la generación de delinquentes, la patria potestad tenía que ser más flexible. A la naciente *Justicia de Menores* se le encomendaría la tarea de administrar estos intereses, el de la familia, la sociedad y el del menor.

Para Moraes,¹⁵ en lugar de la patria potestad del llamado derecho romano, portador del *jus vitae necisque* (derecho a exponer o abandonar al niño, a venderlo como esclavo o a darlo temporalmente para pagar deudas o indemnizar el daño causado a un tercero), se esbozó una patria potestad moderna, basada en la administración de los intereses operados por el Poder Judicial, en el que los vicios del hogar, los gérmenes del delito, justificaban la sustracción de las niñas y los niños de la tutela de sus padres y su colocación bajo tutela del Estado. El interés del niño o la niña abrió la puerta de los hogares a los ojos celosos e interesados de la sociedad.

Para ilustrar este discurso, citamos la crítica de Mello Mattos, el primer Juez de Menores de Brasil, a los opositores de la reglamentación del trabajo infantil con base en la perspectiva liberal de que el Estado no puede intervenir en la patria potestad. Para ellos, la regulación del trabajo de las niñas y los niños sería un ataque a la patria potestad. Y hacia ellos, Mello Mattos responde:

Error de hecho —la experiencia muestra, por desgracia, que en clases bajas la necesidad de proveer para la subsistencia de un gran número de hijos ocasiona, muy a menudo, que los padres utilicen en condiciones perjudiciales para la salud, el trabajo de los menores. El Dr. Villarmé ilustra elocuentemente esta propuesta sobre la desafortunada condición de las clases bajas en vísperas de

¹⁵ *Ibid.*, p. 137.

la primera ley que en Francia protegió al menor contra la explotación de las fábricas, y demuestra cuán erróneo era lo que los liberales de entonces pretendían considerar al joven obrero lo suficientemente protegido por el afecto vigilante de la familia. Error de derecho— ¡Es absolutamente inexacto considerar a la patria potestad como un derecho del padre, una especie de propiedad 'sui-generis', que podría ser para el padre una fuente de ingresos! Por el contrario, en el derecho moderno, la patria potestad se organiza, antes que todo, en atención del interés del hijo y el interés de la sociedad; es más una obligación que un derecho para el que lo ejerce; y a los poderes públicos les corresponde intervenir, para suprimir los abusos de los que resultan culpables los que están investidos con la patria potestad. [...] afirmó también el principio de *protección del Estado*, en beneficio de los menores abandonados y en detrimento de la patria potestad. Estableció nuevas razones para la pérdida de este poder, incluyendo la inhabilidad o incapacidad de los padres para ejercerlo.¹⁶

Mello Mattos delimita el punto: la patria potestad del Código Civil no tiene sentido para aquellos sin bienes, cuyas necesidades materiales los obligan a exponer a sus hijos más pequeños a la explotación laboral. Para los pobres, la patria potestad debe estar mediada por el interés del menor y el interés de la sociedad, que autorizan la intervención del Estado sobre la privacidad del hogar.

La disposición normativa de la pérdida o suspensión de la patria potestad puede entenderse dentro del ámbito de este sedimento discursivo que identifica a la familia pobre como una *entidad criminógena*. Por lo tanto, para evitar la producción de delincuentes, las familias deben ser objeto de una mirada vigilante, posible gracias a la mitigación del poder. Así, se entiende por qué Moraes critica¹⁷ que, en Brasil, la legislación sólo autorizaba la pérdida de la patria potestad en caso de delitos de violencia

¹⁶ Mello Mattos, J. C. de A., 1929, p. 5.

¹⁷ De Moraes, E. *op. cit.*, nota 11, p. 144.

sexual, secuestro y lenocinio, cometidos por los padres en contra de sus hijos o hijas, según las disposiciones de los artículos 273 y 277, del Código Penal de 1890.¹⁸

Evaristo de Moraes registra¹⁹ que Clovis de Bevilaqua y Lafayette (probablemente Laffayette Rodrigues) apoyaron la posibilidad de la pérdida de la patria potestad independientemente de la condena penal y por maltrato infligido a los hijos e hijas, pero destacó que tal hipótesis no estaba prevista por la ley. Para el autor, la situación fue mejorada en virtud de los artículos 394 y 395 del Código Civil de 1916 y del decreto No. 16.272 de 20 de diciembre de 1923.²⁰ Estos preceptos normativos ampliaron las posibilidades de dismantelar el sistema de la patria potestad más allá de las hipótesis de condena penal.

Este Decreto tuvo su origen en la Ley No. 4.242 de 6 de enero de 1921,²¹ que correspondía a una ley presupuestal brasileña del año 1921. A pesar de ello, el artículo 3(I) de esta ley autorizó al gobierno federal a organizar el servicio de asistencia y protección para las niñas y los niños abandonados y delincuentes, esbozando algunos principios, como la necesidad de construir refugios para ellos; nombrar un juez especial para niñas y niños, y la autorización de transferencia de aquellos que se encontraban cumpliendo condena, a casas de readaptación tan pronto se construyeran, etcétera.

Por lo que respecta a la patria potestad, el artículo 3 de dicha ley establecía su pérdida o suspensión en los casos de condena de los progenitores por delitos en los que hubiera pruebas de su negligencia, abuso de poder, malos ejemplos, crueldad, especulación contra las niñas o los niños o,

¹⁸ Decreto No. 847 de 11 de octubre de 1890. Promulga el Código Penal. Portal de Derecho.

¹⁹ Evaristo de Moraes, *op. cit.*, nota 11, p. 144.

²⁰ Decreto No. 16.272 de 20 de diciembre de 1923. Prevé la regulación de la asistencia y la protección de los menores abandonados y delincuentes.

²¹ Ley No. 4.242 de 6 de enero de 1921. Establece el gasto general de la República de los Estados Unidos del Brasil para el año 1921. Centro Internacional de Estudios e Investigación infantil (CIESPI).

incluso, en los que el delito cometido por el padre o la madre pudiera comprometer la salud, seguridad o moralidad del niño o la niña. A pesar de que esta ley de 1921 todavía vinculaba la pérdida de la patria potestad a una condena penal, el Decreto No. 16.272, de 20 de diciembre de 1923, mencionado por Evaristo de Moraes, la reguló de manera expansiva sobre este tema, ya que el Decreto incluyó posibilidades de pérdida y suspensión de la patria potestad disociadas de condenas penales contra los padres.

Además de repetir las hipótesis del artículo 395 del Código Civil (castigo inmoderado, abandono y práctica de actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres), los artículos 3 y 4 del Decreto No. 16.272/1923 previeron como hipótesis de pérdida de la patria potestad desvinculada de la condena penal, la negligencia, la incapacidad, el abuso de poder, y los malos ejemplos que pudieran comprometer la salud, seguridad o moralidad del niño o la niña.

Además, el artículo 6 del Decreto estableció la suspensión de la patria potestad, a más de los casos de condena penal, para los progenitores que: a) dejaran al niño o la niña en un estado habitual de vagancia, mendicidad, libertinaje, delincuencia, perversión o alcoholismo; b) hubiesen contribuido a que el niño o la niña llegara a estos estados; c) por malos tratos, privación de alimentos o cuidados indispensables, pusieran en peligro la salud del niño o la niña; d) emplearan a sus hijos o hijas en ocupaciones prohibidas, contrarias a la moralidad, o que expusieron su salud, su vida o su moralidad y e); no cumplieran sus deberes parentales debido al abuso de autoridad, negligencia, inhabilidad o incapacidad para ejercer la patria potestad.

Al confrontar la explicación de Evaristo de Moraes de las supuestas transformaciones en curso sobre el concepto de patria potestad con los cambios normativos operados por medio del Código Civil de 1916, Ley Federal No. 4.242 de 6 de enero de 1921 y Decreto No. 16.272 de 20 de diciembre de 1923, es posible sugerir una respuesta a la contradicción entre la

regulación legal de la paternidad centrada en el patrimonio familiar y la inusual preocupación por el maltrato de las niñas y los niños y su moralidad, evidenciada por la sanción de la pérdida de la patria potestad prevista en los artículos 394 y 395 del Código Civil de 1916. ¿Por qué sancionar el maltrato de niños y niñas o a los padres inmorales si el ámbito jurídico de la paternidad está centrado únicamente en el patrimonio familiar?

Ahora bien, el surgimiento de las hipótesis legales de pérdida de la patria potestad desvinculadas de la condena penal de los padres estaba relacionada con una preocupación por la administración liberal respecto a la pobreza urbana y las conductas asociadas. En vez de luchar en contra de las causas sociales de la pobreza, de las causas de la producción colectiva de pobreza, el discurso de los filántropos europeos²² y de los publicistas brasileños (como Evaristo de Moraes y Mello Mattos) atribuyó las faltas morales y las incapacidades individuales a la pobreza y sus problemas asociados (delitos, desnutrición de los niños y las niñas, explotación de los hijos e hijas por medio de la mendicidad, etcétera).

Al asumir esta postura etiológica de la criminalidad —la delincuencia es causada por una elección inmoral del padre/madre pobre e indigno— el discurso de la administración liberal de la pobreza se forja, institucionalmente, a partir de prácticas dirigidas a transformar moralmente al individuo: de niña o niño abandonado y potencialmente adulto criminal, a niña o niño protegido a partir de la vigilancia y la intervención en su familia.

La Justicia de Menores, así, es considerada un dispositivo institucional, el *dispositivo para la señalización y dilución de la pena*, apto para la tarea moldeadora de esta economía de la subjetividad. Jacques Donzelot desarrolla teóricamente este dispositivo para el análisis de la justicia de menores en

²² Sampaio Cavichioli, R., op. cit., nota 1, pp. 20-75.

Francia,²³ y en ese texto se presenta como una herramienta analítica para demostrar que tal sistema de justicia es, especialmente en Brasil, un derecho familiar paralelo, dedicado a la vigilancia y el control de negros y pobres.

Es importante señalar que el artículo 37 del Decreto No. 16.272/1923 crea el Tribunal de Menores del Distrito Federal (Río de Janeiro) y, a través de su artículo 39, lo dota con un personal compuesto, entre otros, por un psiquiatra y seis comisarios para funciones de vigilancia. Si la patria potestad y la relación entre padres e hijos e hijas en el Código Civil de 1916 estaban tan asociados con la protección del patrimonio familiar, ¿cuál sería la utilidad de estos funcionarios en la supervisión del ejercicio de la patria potestad y de esta relación familiar centrada en el patrimonio?

Ninguna utilidad, porque estos servidores, la nueva justicia de menores y el derecho de los menores constituían un derecho familiar paralelo, cuya finalidad no era la protección del patrimonio familiar, administrado con celo por el padre, el alto juez privado y *bonus pater familias*. Este derecho familiar paralelo al del Código Civil volvió su mirada a los que carecían de patrimonio, a quienes explotaban a sus hijos e hijas en ocupaciones prohibidas y peligrosas, que los colocaban en la mendicidad y cuyo beneficio de su inocente trabajo se malgastaba en la parranda y los juegos de azar. Es decir, a los pobres con mala fama, sin domicilio fijo, moradores de casas asistenciales, en donde se vive un hacinamiento inmoral.

La observación de las familias tenía como objetivo impedir el surgimiento de nuevos delincuentes y se materializó en la asociación de diversos conocimientos y las instituciones relacionadas con ellos: el cuidado de los hijos e hijas, la asistencia social, la red filantrópica y la coerción judicial (por los instrumentos de suspensión y pérdida de patria potestad y afectaciones

²³ Donzelot, J., 1986, p. 103.

relativas a la custodia de los hijos) que actuaban conjuntamente para "enseñar" y controlar a las familias, orientándolas para llevar a sus hijos por el camino correcto. La observación de las familias y la identificación de signos de desviación mediante estas instituciones y sus conocimientos corresponden a la *señalización*. En el Código de Menores figuraba una disposición legal congruente con esta técnica del señalamiento en los artículos 158 a 160, imponiendo la necesidad de un Tribunal de Menores, luego de ser informado de una irregularidad de la situación de algún niño o niña, de acogerlos en Refugio y someterlos a exámenes médicos y pedagógicos para luego iniciar el proceso adecuado.²⁴

Beatriz Sofia Mineiro, comentarista contemporánea y defensora del Código de Menores de 1927, revela la finalidad de vigilancia y control sobre las familias afectadas que era desempeñada por estos exámenes, pues debían realizarse "[...] para obtener el conocimiento perfecto del estado físico, psíquico y moral del niño o la niña, sus antecedentes personales y familiares".²⁵

La *señalización* de las familias desviadas es la primera etapa de prevención del delito realizada por la reglamentación jurídica de la niñez, correspondiente a la identificación de los "signos de desviación". Bajo la bandera de la protección y prevención del delito, la Justicia de Menores se caracteriza así por el desarrollo de nuevas técnicas de punición, que identifican el segundo aspecto del dispositivo de control social, la *dilución de la pena*. Se trata de la aplicación indefinida de medidas consideradas aptas para corregir los signos de desviación que, supuestamente, se imponen en beneficio del niño o la niña y se denominan medidas de protección, aunque contengan rasgos punitivos evidentes, en virtud de restringir la libertad e invadir la intimidad familiar.

²⁴ El Código de Menores de 1927 fue derogado por el Código de Menores de 1979 (Ley No. 6.697 de 10 de octubre de 1979. Establece el Código de Menores. Portal de Derecho). Ambos basados en la intervención sobre las familias en "situación irregular" y se aplicaron por una estructura institucional similar (Sampaio Cavichioli, R., *op. cit.*, nota 1, pp. 147-149). Puesto que los modelos de los Códigos son similares, en este trabajo no se profundizará en el análisis de la legislación de 1979.

²⁵ Mineiro, B., 1929, p. 417.

Estas medidas se caracterizan por la incertidumbre temporal, que hace posible al Estado y a las sociedades filantrópicas asociadas, la vigilancia constante de las familias y sus hijas e hijos delincuentes, evaluándolos y reevaluándolos, con el fin de determinar la continuidad, progresión o regresión de tales medidas (por ejemplo, la libertad supervisada del infractor podría retroceder hacia un ingreso en un internado o al encarcelamiento, según se considerara el empeoramiento de su comportamiento). A diferencia de la pena de prisión elaborada por el liberalismo político, en la que el tiempo de encarcelamiento y los límites de castigo están previamente definidos en la ley y la sentencia, estas técnicas de castigo estaban marcadas por la *dilución de la pena*, es decir, por la indeterminación temporal y material de las medidas de intervención sobre la libertad del individuo y de su familia.

La indeterminación estaba justificada por la necesidad de posibilitar el examen permanente del individuo y de su familia, especialmente para verificar si las medidas impuestas eran eficaces para eliminar las causas del desvío criminógeno (alcoholismo, inmoralidad de los padres, vivienda inadecuada, etc.) o si estas medidas debían sustituirse por otras más eficaces. La actividad intervencionista y correctiva sobre la familia y el individuo desviado tenía un efecto duradero (podía extenderse por años), sucesivo (una medida de intervención podía ser sucedida por otra) e impredecible (la aplicación de las medidas dependía de la evaluación del caso concreto por las instituciones de la red de protección). Por tanto, a diferencia de la pena del liberalismo jurídico, *la pena se diluye*.

¿Cómo podría la justicia, cuya finalidad para el liberalismo político era retributiva, es decir, destinada a investigar, enjuiciar y castigar, en fin, juzgar lo ocurrido en el pasado, llevar a cabo una tarea predictiva, con el objetivo de la reforma moral del individuo y de su familia? Únicamente con un importante cambio de función. El Juez de Menores no juzga los hechos, sino que, discursivamente, se coloca como defensor del interés del niño o la niña, para protegerlo del entorno familiar criminal y para

recuperarlo moralmente. Como explica Beatriz Sofia Mineiro, la Justicia de Menores no apunta a definir:

[...] qué castigo merece un acto o un delito, sino qué remedio material o moral necesita el niño o niña al ser puesto a disposición de la justicia, que debe producir mejoría, con respecto a la persistencia o agravamiento de su comportamiento, acompañándolo en una evolución moral, adoptando una perspectiva de secuencia y de conformidad con sus observaciones, las medidas impuestas para esta evolución. Por lo tanto, para poder desempeñar su tarea, el juez necesita cierta libertad y presteza en el curso de sus investigaciones, facilidad de acción, y posibilidad de ejercer el justo arbitrio en sus deliberaciones, para lo que no se prestan las normas y las fórmulas ordinarias.²⁶

El artículo 17 del Decreto No. 16.272/1923 es un claro ejemplo de *la dilución de la pena* al predecir que los padres afectados por la pérdida o suspensión de la patria potestad podrían recuperarla después de demostrar su "regeneración" y de someterse a un año de vigilancia de su convivencia con el niño o la niña por parte del Tribunal de Menores.

Se percibe cómo se presenta la pérdida o suspensión de la patria potestad en la ley, como un mecanismo para proteger a los hijos e hijas contra los padres abusivos. Pero, para desempeñar esta función, se utiliza la vigilancia y observación de las familias, flexibilizadas en el tiempo (porque se lleva a cabo desde la *señalización* del desvío de comportamiento, en el curso del proceso judicial hasta después de la sentencia, cuando se pretende probar la "regeneración") y en el espacio (porque la vigilancia y restricción de la libertad no se centran en el espacio confinado de una cárcel, sino en el entorno privado del hogar).

Discursivamente, es el interés del niño o la niña a ser protegido o protegida del abandono lo que guía la flexibilidad temporal y espacial de la *dilución*

²⁶ *Idem.*

de la pena, porque el interés justifica la función predictiva y activa de la Justicia de Menores. Un sistema de justicia que no espera a ser instado: el juez puede actuar de oficio, valiéndose de sus funcionarios comisarios para la identificación de la desviación y el abandono, y persiste en la enmienda moral el tiempo que resulte necesario. Para aquellos sin bienes, la patria potestad tiene una connotación diferente a la del Código Civil, en este derecho de la familia paralelo. Aquí, es discursivamente una autoridad conferida al padre sobre el niño o la niña para proteger los intereses de éstos. En las prácticas institucionales es una invitación a entrar e intervenir en la intimidad del hogar.

4. El acogimiento institucional de niños y adolescentes en Brasil y su prevalencia sobre las familias negras y pobres

A lo largo del siglo XX, con la Constitución de la República de 1988 se desarrolló la metodología civil-constitucional, para la cual la Constitución es adoptada como centro normativo de las relaciones privadas y las familiares.²⁷

Según esta lectura, las repercusiones de la Constitución en el entorno legal de la familia tienen dos efectos importantes. En primer lugar, la Constitución valora el afecto como un soporte fáctico que atrae la regulación jurídica del derecho familiar. En segundo lugar, en vez de la antigua supremacía del padre o esposo, exige igualdad entre los miembros de la familia. En cuanto a la patria potestad, ahora pasa a denominarse *poder familiar*, porque supone su ejercicio por los progenitores, en igualdad de condiciones y en conformidad con las normas constitucionales, según lo previsto en el artículo 1.634, del actual Código Civil brasileño.

²⁷ En Brasil hay varios defensores de esta metodología de lectura del derecho civil, los siguientes son: Netto Lôbo, P. L., 1989, pp. 53-81; Netto Lôbo, P. L., 1999; Bodin, M., 1999; Ramos, C., 1996; Tepedino, G., 1999. La influencia extranjera en la metodología hermenéutica del derecho civil constitucional se basa en Perlingieri, P., 1997. Sin embargo, el texto brasileño precursor en defensa de una concepción de la protección constitucional de la persona humana es de Lamartine C. de Oliveira, J. y Muniz, F. 1980.

El reconocimiento de esta metodología civil-constitucional en el contexto del derecho familiar tiene una importante repercusión, ejemplificada por dos decisiones de la Suprema Corte Federal y cuyos efectos inciden no sólo en los promoventes, sino en todos los brasileños. La primera decisión establece que la unión continua, pública y duradera entre personas del mismo sexo está regulada por las mismas normas y tiene las mismas consecuencias que las uniones entre hombres y mujeres. Es decir, confiere protección jurídica, especialmente del derecho familiar, a las uniones del mismo sexo. La segunda decisión reconoce la posibilidad de que una persona tenga más de un padre, de acuerdo con el tipo de filiación biológica o socioafectiva. Ésta es la tesis de la multipaternidad, donde una persona puede tener un padre debido a su origen biológico y otro padre, cuya paternidad se establece debido a los lazos socioafectivos.

Las dos decisiones aplican la metodología civil-constitucional y colocan bajo la protección del derecho familiar a personas que, a causa de la discriminación de origen moral habían sido excluidas, como es el caso de las parejas de personas homosexuales y de niños y niñas que, aunque buscan el reconocimiento legal por parte de su padre biológico, también desean el reconocimiento legal de su padre afectivo. Así, ambas decisiones tienen el efecto de eliminar la discriminación arbitraria contra las personas y, por tanto, se basan en la garantía constitucional de igualdad ante la ley y se ajustan al objetivo de la República brasileña de promover el bien de todos todas, sin importar su origen, raza, sexo, edad, color ni cualquier otra condición, como se establece en los artículos 5, *caput*, y 30., IV, de la Constitución de 1988, respectivamente.

A pesar de su virtud igualitaria, estas decisiones no rompen con el patriarcalismo del derecho familiar al estar vinculadas con el *dispositivo de alianza*, porque ambos, en última instancia, regulan la protección y transmisión de nombres y activos familiares, lo que afecta a la producción y control de la subjetividad individual, como se analiza en otras obras.²⁸

²⁸ Gediel, J. A. P. y Sampaio Cavichioli, 2018; Sampaio Cavichioli y Gediel, J. A. P., 2018.

Ante esta importante repercusión de la metodología civil-constitucional en el derecho familiar brasileño, también se levanta la regulación contemporánea del derecho de la infancia: la llamada Doctrina de la Protección Integral, que, en el ámbito internacional, encuentra mayor expresión en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989²⁹ y, en Brasil, la Constitución de 1988 y en la Ley Federal No. 8.069/1990, del Estatuto del Niño y del Adolescente.

Conforme a la doctrina de la protección integral, la niña, el niño y el adolescente son tratados normativamente como sujetos de derecho, es decir, como titulares de derechos y como personas capaces de participar en las relaciones jurídicas, por medio de las cuales ejercen tales derechos. Sin embargo, dependiendo de su grado de madurez, la niña, el niño y el adolescente, para ejercer sus derechos y participar en relaciones jurídicas, dependen de la representación o asistencia de un adulto,³⁰ razón por la cual están calificados como personas en desarrollo, según lo dispuesto en el artículo 227, §3, V, de la Constitución de la República.

Si las niñas, los niños y adolescentes son tratados normativamente como personas en desarrollo y, por tanto, dependen del apoyo de un adulto para tomar decisiones, este apoyo del adulto se basa en otro principio básico, el del interés superior de la niña o el niño, previsto en los artículos 3.1, 18 y 21 de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño.

Así, la Justicia de Infancia contemporánea, a diferencia de la Justicia de Menores, se basa en el difícil equilibrio entre el principio que considera a las niñas, los niños y los adolescentes personas en desarrollo y el principio conforme al cual los adultos, en apoyo de estas personas en desarrollo,

²⁹ Decreto Legislativo No. 28 de 14 de septiembre de 1990. Aprueba el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y firmada por el gobierno brasileño el 26 de enero de 1990. Portal de la Cámara de Representantes.

³⁰ Geraldine Van Bueren, 1998, p. 50.

deben guiarse por la satisfacción del interés superior de esas niñas, esos niños y adolescentes.³¹

La reglamentación de la Justicia de Infancia de la segunda mitad del siglo XX, basada en el principio de la niña o el niño como persona en desarrollo y en el principio del interés superior, tenía el objetivo humanista al oponerse a la regulación de principios del siglo, descrita anacrónicamente como Doctrina de la Situación Irregular. Del mismo modo, la metodología civil-constitucional pretende oponerse al patrimonialismo y al patriarcalismo del Código Civil de 1916.

Para evaluar si la metodología civil-constitucional y la Doctrina de la Protección Integral logran sus objetivos humanistas, cabe preguntarse: en la medida en que la metodología civil-constitucional está en contra de cualquier intento del Estado de moralizar a las familias mediante la elección de un tipo de organización familiar, ¿es capaz de superar el derecho familiar paralelo, que apunta a la vigilancia moralizante de las familias pobres? ¿Es el principio del interés superior de la niña o el niño, de hecho, una guía para las decisiones de los adultos que protegen a la niña o el niño?

Al contestar estas preguntas al amparo de este nuevo entorno normativo de la familia y del niño(a), la persistencia del derecho familiar paralelo se demostrará mediante de los datos cuantitativos sobre la acogida de niñas y niños en Brasil y mediante un análisis discursivo de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que se ocupa de la pérdida del poder familiar y el acogimiento institucional.

El acogimiento familiar o institucional es una medida para proteger a las niñas y los niños que ven sus derechos amenazados o violados por la acción u omisión de la sociedad, del Estado, de sus padres o en virtud de su propia

³¹ Dolinger, Jacob, 2003, pp. 89-93.

conducta (artículos 98; 101, VII y VIII, de la Ley Federal No. 8.069/1990, Estatuto de los niños y adolescentes). El acogimiento debe ser provisional y excepcional, con vistas a la reintegración del niño, la niña o el adolescente a su familia (artículo 101, No. 1, de la misma ley). El acogimiento, es, por tanto, una medida que aleja a los hijos e hijas de sus padres, para la protección de los primeros, pero cuyo objetivo final es obtener el retorno a la convivencia familiar entre padres/madres e hijos/hijas. Por tanto, una vez que la niña o el niño es acogido, el equipo técnico de recepción institucional o familiar (trabajador social, psicólogo, pedagogo, etc.) debe desarrollar un plan de atención individual para obtener esta reintegración familiar, a menos que una orden judicial determine su inviabilidad. El plan de atención individual debe guiarse por la opinión de la niña o el niño acogido, también debe considerarse lo relativo después de la escucha de los padres, exponer los compromisos asumidos por ellos y prever las actividades por desarrollar para la reintegración familiar (artículo 101, No. 6, del Estatuto).

Tras la implementación del plan de atención individual con el correcto encauzamiento de la familia "a programas oficiales o comunitarios de orientación, apoyo y promoción social", el equipo interdisciplinario (técnicos de la entidad o responsables de la ejecución de la política municipal para garantizar el derecho a la convivencia familiar), al constatar la inviabilidad de la reinserción familiar (o regreso del acogido a la convivencia con sus padres), deberá enviarse al Ministerio Público un informe justificado, en relación con la propuesta de la pérdida del poder familiar, en un plazo de 15 días (artículo 101, §§ 9 y 10, del Estatuto).

A partir de esta descripción procesal, se percibe cómo el resguardo familiar o institucional es un instrumento complementario a la acción de suspensión o pérdida del poder familiar, ya que, una vez verificada la hipotética situación de posible abandono o violencia de los padres contra sus hijos e hijas, se puede promover el acogimiento de éstos, con la elaboración del plan de atención individual. Ante la imposibilidad de la "reinserción familiar", corresponde al Ministerio Público proponer la acción de pérdida

del poder familiar. Además de esta complementariedad entre el acogimiento y la pérdida del poder familiar, resulta ineludible comentar el marco jurídico para *la señalización y dilución de la pena*, a modo de lo que ocurría en la legislación del naciente de la Justicia de Menores, a principios del siglo XX.

El plan de atención individual, preparado por un equipo multidisciplinario auxiliar del Tribunal de Menores y Adolescentes (y responsable del programa de acogida), también promueve la promoción de la evaluación del desempeño de los padres/madres del acogido: ¿cumplieron los compromisos asumidos al preparar el plan, como someterse al tratamiento para el alcoholismo y otras sustancias, la obtención de trabajos honorables, la renuncia a la prostitución, etc.? En caso de una respuesta negativa, la consecuencia es la propuesta de la pérdida del poder familiar por parte del Ministerio Público.

A pesar de esta similitud, la Ley del Niño y el Adolescente (*Estatuto da Criança e do Adolescente*)⁷ tiene la intención de apartarse del carácter discriminatorio de los Códigos de Menores. En este sentido se entiende el artículo 23 de esta ley, al establecer que la falta o carencia de recursos materiales, es decir, la pobreza, no puede, por sí sola, conducir a la pérdida o suspensión del poder familiar.

Pero basta con advertir que es lo que dispone la ley. Es importante contrastar esta disposición legal con la realidad de las niñas y los niños que son acogidos en instituciones y cuyos padres son demandados en acciones para la pérdida o suspensión del poder familiar, precisamente para evaluar si el estatuto cumple este objetivo antidiscriminatorio contra los pobres.

El Instituto de Investigaciones Económicas Aplicadas (IPEA) desarrolló un estudio sobre las instituciones de acogida infantil y de adolescentes, llamadas *Refugios* en el estudio. La investigación analizó los datos de las

instituciones beneficiadas por la transferencia de recursos mensuales de la Red de Servicios de Acción Continua (Red SAC) de la Secretaría de Asistencia Social del Ministerio de Desarrollo y Lucha contra el Hambre del gobierno federal brasileño. Así, se consideraron datos de 589 refugios que acogieron a niñas, niños y adolescentes, separados de sus familias a causa de una decisión derivada de la Justicia de Niños y Adolescentes.³²

De esta circunscripción se encontraron, en 2003, 20,000 niños y adolescentes que vivían en estos 589 refugios.³³ De los adolescentes acogidos de entre 15 y 18 años, 16.8% no podían leer o escribir, porcentaje muy superior al índice nacional de 3% correspondiente a ese grupo de edad, según datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE).³⁴ Entre las niñas y los niños acogidos, 58.5% eran hombres y 41% mujeres. En cuanto a raza/color, más de 63% de ellos eran negros (21% eran negros y 42% eran mulatos), 35% eran blancos y alrededor de 2% eran indígenas y amarillos.³⁵

Para explicar esta diferencia constatada a partir del color de la piel, el autor la compara con los datos del IBGE, extraídos de la Encuesta Nacional de Muestras de Hogares de 2002, concernientes a la relación entre raza/color e ingresos de niñas, niños y adolescentes brasileños. Esta investigación

³² Al limitar el estudio a las instituciones de acogida que son miembros de la Red SAC, hubo una delimitación del resultado de la investigación, porque tales refugios suelen tener una mejor situación que el promedio de los refugios brasileños. Esto se debe a que los refugios de la Red SAC tienen el deber de estar registrados ante los Consejos Municipales por los Derechos de los Niños y Adolescentes, que se encargan de supervisarlos. Aunque el estudio se basa en refugios que reciben a niños y adolescentes en virtud de decisiones judiciales, se identificaron proporciones altas de recepciones sin orden judicial previa. En la región sureste, 74.4% de las recepciones se basaron en demandas judiciales. En el noreste, sólo 21.4% de las recepciones tenían lastre judicial y, en el Medio Oeste, sólo 39% de las recepciones se encontraban en esta situación, *cfr.*, Rocha, E., 2004, p. 65. Esta tabla no cumple las disposiciones de los artículos 93 y 101, §2, del Estatuto del Niño y del Adolescente, porque determinan la necesidad de la expulsión del niño y adolescente de su familia y que su recepción sea previamente ordenada por el Poder Judicial, excepto en situaciones de emergencia (en las que la recepción debe ser comunicada al Poder Judicial dentro de las 24 horas, de modo que, tras la comunicación, la disposición sea aprobada o revocada por el Poder Judicial).

³³ Enid Rocha Andrade da Silva, *op. cit.*, nota 33, p. 46.

³⁴ *Ibid.*, p. 49.

³⁵ *Ibid.*, p. 51.

revela que del número total de niñas, niños y adolescentes que viven en familias con ingresos per cápita de hasta 1/4 del salario mínimo, 68.2% son negros y 31.2% son blancos. Entre los que viven en familias con ingresos per cápita de 1/4 a 1/2 del salario mínimo, 60.3% son negros y 39.4% son blancos. En relación con las niñas y los niños que viven en familias cuyo ingreso per cápita es superior a un salario mínimo, 70.3% son blancos y 28.9% son negros.³⁶

Con base en esta información, existe una relación de concomitancia entre el color de la piel y la situación socioeconómica, lo que nos permite afirmar que, en Brasil, la mayoría de las niñas, los niños y adolescentes negros viven en familias pobres. Según Silva, esto explica la prevalencia de niñas, niños y adolescentes negros en refugios, ya que la pobreza aumentaría las posibilidades de necesidad de refugio y la población negra es la más pobre.³⁷ Para el autor, la pobreza potenciaría los factores de riesgo que aumentan las posibilidades de que niñas, niños y adolescentes pobres pasen por episodios de abandono, violencia y negligencia, resultando en una situación de acogida.³⁸

Una investigación cualitativa desarrollada en 2007 y 2008 con 49 familias de niñas, niños y adolescentes refugiados en la ciudad de São Paulo,³⁹ la más rica de la Federación brasileña, también llegó a una conclusión similar, identificando que:

[...] las familias de las niñas y los niños bajo la medida de protección de los refugios son aquellas que en la división social del trabajo se encuentran en la condición más precaria, es decir, aquellas que, constreñidas por la desigualdad social, tienen una trayectoria de trabajo infantil, poco acceso a la educación formal, desempleo o trabajo precario y/o bajos salarios. [...] Por último,

³⁶ *Ibid.*, p. 54.

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Ibid.*, p. 69.

³⁹ Veras Baptista, M. *et al.*, 2008, pp. 13-24.

la universalización de los derechos, prevista constitucionalmente, no tiene lugar para estos sujetos, prácticamente en ninguno de sus ámbitos, ni se garantizan tampoco políticas focales.⁴⁰

La pobreza puede aumentar las posibilidades de que las niñas y los niños pasen por situaciones de violación de derechos cuya medida de protección aplicable sea el acogimiento. Además, cabe señalar que existe una práctica institucional destinada a observar y vigilar la pobreza, que también puede contribuir a la prevalencia de la acogida entre negros y personas pobres. Éste es el *dispositivo para la señalización y dilución de la pena*. Dos datos de la investigación de Enid Rocha Andrade da Silva sugieren que, en Brasil, la prevalencia de negros y pobres entre las niñas y los niños acogidos también refleja una contribución de las prácticas institucionales.

El primero se refiere a las instituciones responsables de la remisión a los refugios: 88% de los refugios encuestados mencionó que el Consejo de Tutelas fue la institución que remitió a la mayoría de las niñas, los niños y adolescentes a refugios; en segundo lugar, se mencionó la Ley del Niño y el Adolescente por 85.6% de los refugios y, en tercer lugar, el Ministerio Público fue mencionado por 29.5% de los refugios.⁴¹

Estos datos cuantitativos son importantes porque, asociados con el mayor número de negros y pobres entre los acogidos, indican cómo la llamada red de protección —de la que forman parte el Consejo de Tutelas, el Poder Judicial y el Ministerio Público— actúan, de hecho, como un observatorio de la pobreza y como un dispositivo de control de las familias pobres. Si la mayoría de los acogidos son los negros y los pobres y el Consejo de Tutela, el Poder Judicial y el Ministerio Público son los principales responsables de la remisión a los refugios, se puede inferir que dichas

⁴⁰ Santana, A. *et al*, 2008, *op. cit.*, nota 40, p. 76.

⁴¹ Rocha, E. *op. cit.*, nota 33, pp. 66 y 68.

instituciones, con respecto a sus atribuciones relativas a la infancia, ejercen un control preferencial sobre las familias negras y pobres.

El segundo dato importante se refiere al vínculo entre los acogidos y sus familias. Como señala el autor, entre los acogidos, "el 87% de los encuestados tienen familia, y el 58.2% mantienen lazos con sus familiares, es decir, aunque no viven juntos, las familias los visitan periódicamente".⁴² Además, la investigación identificó que la razón principal para la acogida de niñas, niños y adolescentes fue la falta de recursos materiales de la familia, correspondientes a 24.1% de los casos.⁴³

Así, si más de la mitad de los niños y adolescentes acogidos no tienen un vínculo familiar roto espontáneamente por sus familias. Si más de la mitad de los acogidos son negros y si la razón principal de los refugios es la falta de recursos materiales de la familia (pobreza), hay un indicio de que el acogimiento es una práctica derivada de un reclutamiento realizado entre familias negras y pobres porque estas familias están más expuestas al desempeño de las instituciones a cargo de promover la acogida (la llamada red de protección compuesta por el Consejo de Tutelas, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Estatuto, etcétera).

En otras palabras, en cierta forma, la pobreza puede contribuir a las condiciones que llevan al acogimiento (violaciones de los derechos de las niñas y los niños derivadas de la explotación del trabajo infantil; la dependencia del alcohol y las drogas de sus padres; la privación de atención básica, como la alimentación y la salud, etc.). Con todo, bajo otro prisma, las instituciones encargadas de acoger están organizadas para tener entre sus objetivos a los negros y pobres y por tanto, acogerlos de una manera prevalente. El examen del dispositivo para la señalización y la dilución de la pena en la dinámica de un proceso judicial puede contribuir a este análisis.

⁴² *Ibid.*, p. 59.

⁴³ *Ibid.*, pp. 55-56.

5. Señalización y dilución de la pena en la eliminación del poder familiar

Para exponer cómo actúan la *señalización* y la *dilución de la pena*, se eligió una sentencia del Tribunal Superior de Justicia, en la que se examinó a fondo un caso de acogida institucional y pérdida del poder familiar. La elección está justificada porque, de conformidad con el artículo 105, III, de la Constitución de la República, el presente Tribunal Superior tiene la función institucional de uniformar la interpretación del derecho federal. Así pues, al examinar la pertinencia de la pérdida de poder familiar, este Tribunal orienta a todos los demás tribunales estatales y, consecuentemente, a los jueces de primer grado. Esto pone en relieve la importancia del Tribunal Superior de Justicia para el sistema judicial brasileño.

Al mismo tiempo, la elección de la sentencia se basó en el hecho de que se enfrentó al mérito del recurso especial durante el litigio. Esto significa que el Tribunal Superior de Justicia se enfrentó a los argumentos de las partes y no se limitó sólo a abordar cuestiones procesales. Finalmente, la sentencia fue elegida porque cuando examinó el mérito del recurso, el Tribunal Superior se basó en las pruebas obtenidas en las etapas anteriores del proceso y, por tanto, la sentencia demuestra cómo en Brasil se consolida la práctica de las instituciones que forman parte de la red de protección.

La situación examinada por el Tribunal Superior de Justicia correspondía a una acción de pérdida del poder familiar propuesta por el fiscal del Estado frente a un progenitor y la primera progenitora y la segunda progenitora, en relación con cuatro hijos entre el progenitor y la primera progenitora y tres hijos entre el progenitor y la segunda progenitora. Hubo una sentencia de primer grado a favor de la pérdida del poder familiar, más tarde confirmada por el Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul. Ante esta sentencia del Tribunal de Justicia del Estado, la segunda progenitora interpuso un recurso de amparo, que fue

conocido y denegado por el Tribunal Superior de Justicia, confirmando así la sentencia.⁴⁴

La consolidación de las prácticas institucionales derivadas de la interacción del Ministerio Público, el Consejo de Tutela, psicólogos, trabajadores sociales, el Poder Judicial, etc., queda demostrada por la reproducción de la sentencia de primer grado, dictada por el Ministro Relator, precedida por la expresión "sentencia minuciosamente detallada".

En la sentencia reproducida, el Juez de Primer Grado señala que la solicitud fue instrumentada con documentos justificativos de que la familia estaba siendo "acompañada por el Consejo de Tutelas por la negligencia y omisión en el cuidado de los niños desde 2011". El fallo reproduce el extracto de un informe del Centro de Referencia Especializada para la Asistencia Social (CREAS), señalando "que esta familia ha venido siendo acompañada durante mucho tiempo por este CREAS y no suele seguir las pautas y referencias ofrecidas".⁴⁵ Según la sentencia, a pesar del prolongado periodo de orientación a la familia, "desde 2011, no ha habido cambios en la conducta de los padres, lo que culminó con la acogida de los niños en 2014".⁴⁶

Estos extractos revelan *el dispositivo de señalización y dilución de la pena*. El Consejo de Tutelas señaló la desviación familiar hacia otras instituciones y mantuvo la vigilancia y evaluación de la familia durante años (de 2011 a 2014). El CREAS, habiendo recibido el señalamiento de dicha desviación, comenzó a ofrecer "orientación y asesoramiento" a la familia, para que eliminara los rastros de la desviación señalada.

Tales directrices y consejos constituyen *la dilución de la sanción*; una sanción destinada a reformar la desviación y que se logra con la vigilancia y

⁴⁴ Característica especial No. 1,631,840/MS. *Diario de Justicia Electrónica*, Brasilia, DF, 14 de marzo de 2017. Brasilia, DF): 5. Solicitante: F T A. Demandado: Fiscalía del Estado de Mato Grosso do Sul. Interesado: M S A y E F V. Relator: Ministro Raúl Araújo.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 6.

evaluación constantes y duraderas de la familia y sus miembros, con el fin de dar forma a un modelo familiar, considerado normal. Las concepciones de la familia traídas por las personas que integran las instituciones (Consejo de Tutelas, CREAS, Ministerio Público, Poder Judicial, etc.) desempeñan un papel importante en esta tarea cuyo resultado es la construcción de la subjetividad familiar. En otras palabras, como señaló Becker sobre la relación entre normalidad y desviación,⁴⁷ de la interacción de estas instituciones y la familia surge como resultado la línea entre la norma y la desviación, entre la familia normal y la familia desviada.

En lugar de una sanción previamente definida por la ley por un comportamiento prohibido, existe la *dilución de una pena* a lo largo del tiempo y cuya aplicación es elástica, adaptable a las necesidades específicamente identificadas (para el padre ebrio, la derivación al tratamiento toxicológico; para la madre limosnera, la enseñanza de una "profesión digna"; para el niño que no asiste a la escuela, la matriculación escolar; para la hija abusada sexualmente, el tratamiento psicológico, etc.). En lugar de una sanción punitiva, *la dilución de la pena* es ambiguamente una protección, razón por la cual todas estas "medidas de protección" son "aplicadas" por consejeros tutelares, trabajadores sociales y psicólogos sin contradicción o derecho de audiencia, lo que, en la línea del derecho penal clásico, sería indispensable para dar lugar a la imposición de la pena.

Frente a la recalcitrante familia y a la persistencia de la "violación de los derechos" las niñas y los niños fueron derivados a un acogimiento o refugio en el año 2014, y el Ministerio Público propuso la acción de pérdida del poder familiar. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, se resume el testimonio de la psicóloga de la institución de acogida, como testigo en el proceso de pérdida del poder familiar. La psicóloga informó que los niños estaban al parecer físicamente sanos, pero con limitantes de orden emocional. Dos de ellas tuvieron pesadillas y reportaron

⁴⁷ Howard Becker, H., 1963, p. 9.

escenas de violencia. Una, "muy sensible, llorona, sensible [sic], deprimida, temerosa". Según la psicóloga, los menores de edad indican que el padre era agresivo con sus dos compañeras, diciendo que intentó matar a una de ellas y la agredía con una licuadora.⁴⁸

Según este informe, todos los niños y niñas presentaban retrasos en su progreso escolar. "[...] Los hijos de la Sra. F son emocionalmente complicados, presentando sensibilidad, ira restringida, a veces hacia su propia madre, en asuntos familiares; A. demuestra necesidad y al mismo tiempo resistencia hacia la madre".⁴⁹ Por otro lado, "Y. es agresivo, actúa con mentiras, es galante, antes de la edad de once años ya tenía una relación de noviazgo, posee una vanidad exacerbada, se ve a sí mismo como un hombre y se insinúa a las niñas independientemente de su edad".⁵⁰

Estas consideraciones de la psicóloga, utilizadas como base de la sentencia de la pérdida del poder familiar, denotan un alto grado de evaluación subjetiva, evidenciada por el uso de adjetivos y juicios de carácter moral, tales como las expresiones "emocionalmente complicadas", "agresivas", "galante", "posee una vanidad exacerbada".

A pesar de este subjetivismo y a pesar de que la psicóloga forma parte de la llamada red de protección (porque trabaja en la institución que acogió a las niñas y los niños), lo que podría plantear interrogantes sobre su parcialidad respecto al objetivo de defender el cuidado y la orientación que brindó a la familia, fue considerada y escuchada como testigo y su testimonio fue especialmente importante, como lo demuestra su mención en la sentencia de primer grado e incluso en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. En el mismo testimonio, la psicóloga informa que las niñas y los niños mostraban afecto por la madre E. y resistencia al padre. En cuanto a la madre F, las niñas y los niños revelarían resistencia a ella y enojo debido a su ausencia. La madre F. se vería afectada por la inesta-

⁴⁸ *Supra* n. 45: 6.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

bilidad financiera y emocional, con relaciones fortuitas y agravadas por la violencia que, según la psicóloga, descartarían la posibilidad de reintegración, porque los niños(as) necesitarían una estabilidad que la madre no podría ofrecer. La misma conclusión afectó a la madre E., pues no podría reasumir el cuidado de ellos, ya que se ajustaba a la situación de violencia familiar, perjudicial al fin.⁵¹

La sentencia de primer grado, reproducida por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, pone de relieve el daño que el arreglo familiar habría causado a los niños y las niñas, porque el padre M. y las madres E. y F. no vivirían en la bigamia, sino en "un triángulo amoroso presenciado por los niños y las niñas, una situación que les deparó daño emocional ya que perdieron la percepción de la familia al verse involucrados [sic] en algo que no podían entender".⁵² De acuerdo con la sentencia:

[...] las consecuencias del estilo de vida de los acusados son claras y visibles por el comportamiento del niño W. que presenta sexualidad incompatible con su edad, como lo declaró la psicóloga de la institución de acogida. También existe la sospecha de que trató de abusar sexualmente de la media hermana, A., y los padres no le dieron importancia al hecho. Además, la violencia doméstica practicada por el acusado contra sus "compañeras", en presencia de los niños(as), les marcó profundamente, tanto que están asustados, inseguros, tienen pesadillas y son emocionalmente inadaptados [sic]. Además, lo que se ve es que los acusados estuvieron acompañados por el equipo técnico del SAS y de la institución anfitriona, y, después de más de un año de acogida institucional de los niños(as), todavía no demostraron la capacidad de protegerlos".⁵³

¿Cuáles son las pruebas sobre las que la primera sentencia y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia basan la afirmación de que el triángulo

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Ibid.*, p. 8.

⁵³ *Idem.*

amoroso les ha causado daño a los niños y las niñas? El informe de la psicóloga de la institución de resguardo y la sospecha de un abuso sexual promovido por un niño contra su media hermana, tolerado por sus padres. Un informe cargado por el subjetivismo y cuya parcialidad es susceptible de cuestionarse. La sospecha de abuso sexual, como subraya la sentencia, es una sospecha. Aun así, la percepción subjetiva de la psicóloga y la sospecha de abuso sexual, no respaldadas con ninguna evidencia, sirvieron de base para criticar la sexualidad de los padres.

Se trata de una evaluación de la organización familiar por parte del Poder Judicial que se distancia de la familia eudemonista propuesta de la metodología civil-constitucional, porque existe un juicio evidente de desaprobación sobre el "triángulo amoroso", considerado un instrumento que hizo que los niños (as) perdieran la "percepción familiar". Este razonamiento apoya implícitamente un modelo de familia elegido por el Estado, al que la familia examinada no se adaptaría.

Ahora bien, ¿no protegería el "nuevo" derecho familiar —marcado por el afecto y el respeto a la autonomía inherente a la dignidad de la persona humana— las diversas formas de organización familiar? Para los desposeídos, prevalece un derecho familiar paralelo, cuyo marco normativo es el de la Justicia de Infancia, y cuyo *dispositivo es la señalización y dilución de la pena*.

A partir de esta lectura interpretativa es posible contextualizar los juicios dictados por la sentencia de primer grado contra F, una madre pobre. Sólo el derecho familiar paralelo, dedicado a la producción y el control de la subjetividad de la familia pobre, está autorizado a este tipo de juicio sobre el estilo de vida que—es importante destacar— se reproduce, sin ninguna desaprobación, por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia:

En el seguimiento realizado por la institución de acogida destinada a la reintegración familiar, en marzo de 2015 se informó que:
"Se le preguntó a la Sra. F. sobre el empleo que había declarado en

la visita anterior, ya que había sido orientada sobre la necesidad de obtener estabilidad profesional y financiera. Informó que había regresado a trabajar con la Dra. Sandra como asalariada (no conocía la localización de su trabajo ni la especialidad bajo la cual practicaba la Dra.). El equipo le pidió que solicitara una constancia de empleo, ya que no tenía antecedentes en CLT (Consolidación de las Leyes del Trabajo). La madre dijo que traería dicha constancia en su siguiente visita institucional, pero en esa ocasión anunció que había sido despedida nuevamente (sic)" (h. 302). Por tanto, resulta que F le informó a la institución de acogida que trabajaba como asalariada para un médico, sin proporcionar ninguna información adicional (ni siquiera conocía la dirección), concatenado [sic] a la declaración (h. 234) para demostrar que trabaja para una empresa (sin nombre), debiéndose concluir que, como dijo la testigo en la audiencia, no tiene cualquier estabilidad financiera que le permita mantener a sus hijos e hijas".⁵⁴

Aunque la sentencia del Tribunal Superior de Justicia subraya que "la situación de pobreza no sirvió de fundamento para la pérdida del poder familiar, sino más bien el contexto familiar conflictivo, que implica agresión física y promiscuidad sexual, además del descuido de los niños y las niñas",⁵⁵ el extracto de la sentencia transcrito demuestra cualitativamente lo que el estudio IPEA reveló cuantitativamente sobre los niños y niñas acogidos, y que también se observó en la investigación sobre las 49 familias de acogidas en Sao Paulo en los años 2007 y 2008: la pobreza es una causa informal de señalización y pérdida del poder familiar, aunque esta práctica sea vetada por la Ley del Niño y el Adolescente. Esta distancia entre el veto legal y la aplicación de la ley indica que la práctica institucional de la Justicia de Infancia en Brasil está marcada por una predilección por los pobres, lo que resulta en un mayor control conductual sobre ellos.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 10-11.

El juicio sobre el estilo de vida de F. no se limita a su supuesta incapacidad para obtener trabajo e ingresos para mantener a sus hijos e hijas, sino que se extiende a la supuesta incapacidad de ella para reorganizar su vida de una manera socialmente aceptable, como lo subrayó la sentencia reproducida por el Tribunal Superior de Justicia, de nuevo sin ningún reparo:

Tiene fundamento el argumento de F. de que fue víctima de M. y E. De hecho, ella tuvo su primera hija con él a la edad de quince (15) años cuando todavía era una adolescente, demostrando que además de haber sido explotada en el trabajo doméstico por la pareja, lo cual está prohibido para los menores de 18 años, estuvo sexualmente involucrada con el acusado M. Después de la acogida institucional de los niños(as) F. [sic] hizo un movimiento prometedor en busca de autonomía e independencia y este tribunal tenía la expectativa de que ella, a pesar de la historia de una vida adversa, se reorganizaría para recuperar a sus hijos. Lo que sucedió, sin embargo, fue que ella, ahora una mujer adulta y dueña de su destino, no fue capaz de establecerse sola y encontró una nueva pareja, cuyo perfil de agresividad no lo diferencia del acusado. Cleiton Carvalho, con quien empezó a cohabitar y quien fue condenado a 22 años de prisión, habiendo él y su primo secuestrado a una familia para cometer robo, y en sus propias palabras, apuntado con un arma a la cabeza de un niño. Además, también admitió el uso de marihuana (h. 304). Ciertamente, el entorno que ofrece la nueva pareja no garantiza todas las oportunidades e instalaciones, para proporcionarles a los niños un desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad recomendadas por el art. 3 del TCE. [BRASIL, 2017, pp. 7-8]

La madre pobre F., quien tuvo su primera hija a los 15 años y fue explotada para la práctica de las tareas domésticas, cuando "adulta y dueña de su destino, no fue capaz, sola" de obtener estabilidad económica para mantener a sus hijos e hijas y ofrecerles condiciones de libertad y dignidad. En este discurso contenido en la sentencia y refrendado por el Tribunal

Superior de Justicia, percibimos el juicio moral sobre la pobreza y sus efectos, culpando a la madre pobre por circunstancias de las que es víctima y responsabilizándola individualmente de su superación. La responsabilidad individual, inherente a la gestión liberal de la pobreza, integra el *dispositivo de señalización y dilución de la pena*, porque, en lugar de ofrecer la asistencia material directa mediante la acción del Estado, autoriza las intervenciones de la red de protección para "ofrecer un buen asesoramiento" a los pobres y reprender a los padres y madres pobres que no los acogen, imponiéndoles la pérdida del poder familiar. Así, ejemplifica la sentencia, transcrita por el Tribunal Superior:

Por último, el equipo técnico concluyó que "se percibe que los padres de los niños siguen presentando la necesidad de estabilidad financiera, emocional y dinámicas familiares estructuradas para asumir la custodia de los hijos" (h. 306). Los acusados M. y E., a su vez, nunca criarán a los hijos adecuadamente, dejaron de seguir las directrices y recomendaciones hechas por el equipo técnico del SAS y la institución de acogida por más de cuatro años. [...] Además, lo que se ve es que los acusados estuvieron acompañados por el equipo técnico del SAS y de la institución de acogida, y, después de más de un año de resguardo institucional de los niños, todavía no demuestran la capacidad de protegerlos. [...] Conceder más tiempo para que los acusados demuestren aptitud para ejercer el poder familiar significa condenar a los niños a crecer sin un derecho fundamental que es el de la vida familiar. Por cada día institucionalizados, viendo frustradas sus esperanzas de volver al cuidado de los padres, los hijos de los acusados están siendo privados del medio natural para el crecimiento y el bienestar y sufriendo daños emocionales irreparables.⁵⁶

El padre M. y la madre E., igual que la madre F, dejaron de seguir las directrices del equipo técnico y de la institución de resguardo durante cuatro años. ¿La sanción por tanta desobediencia? La pérdida del poder

⁵⁶ *Ibid.*, 8-9.

familiar, por el bien de los niños y las niñas. En el derecho de la familia paralelo, el interés de la niña y el niño autoriza la entrada al entorno familiar privado y el "asesoramiento" de los buenos hábitos (higiene, organización económica, prácticas sexuales y relaciones afectivas socialmente aceptables, etc.) **durante años**, como si se tratara de una sanción penal cumplida en régimen abierto, con la diferencia de que dicho control de comportamiento no tiene ninguna regulación legal en cuanto a su alcance sobre la libertad individual y su extensión temporal, como ocurre en las sanciones penales. Simplemente, se diluye.

En su argumentación del voto, el Ministro Marco Buzzi sigue la opinión del ministro-relator, para denegar el recurso de amparo y confirmar la sentencia recurrida y la sentencia de primer grado. Como fundamento, el Ministro Marco Buzzi señala que las conclusiones de la sentencia de primer grado "se basaron en informes preparados durante el seguimiento de la familia (2011 a 2014) —determinado como medida de protección— en comunicaciones del Consejo de Tutelas, en laudos psicosociales y en las declaraciones de testigos".⁵⁷ Concluye que debe confirmarse la sentencia recurrida del Tribunal de Justicia de Mato Grosso do Sul, "a la luz del interés superior de los niños y las niñas",⁵⁸ porque la supresión del poder familiar se basaba en prueba de que la madre recurrente no puede cuidar de sus hijos e hijas.

El análisis discursivo de esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia permite percibir la dinámica del *dispositivo de señalización y dilución de la pena* a partir de las interacciones sociales de las instituciones de control (Estatuto de la Infancia, Ministerio Público, Consejo de Tutelas, Centro de Asistencia Social, etc.) y las familias pobres. Del mismo modo, permite afirmar, cualitativamente, cómo el derecho de la infancia brasileño se constituye como un derecho familiar paralelo, centrado en el control conductual de estas familias.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 20.

6. Conclusión

La metodología civil-constitucional y la Doctrina de la Protección Integral pretenden romper con los aspectos discriminatorios del derecho familiar y el derecho de los menores en Brasil, legados del Código Civil de 1916 y los Códigos de Menores de 1927 y 1979. Sin embargo, a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, la nueva Justicia de Infancia sigue siendo un derecho familiar paralelo, justificado en el interés del niño o la niña para la irrupción en los hogares pobres. Por medio de consejos e instrumentos coercitivos sobre el ejercicio del poder familiar, como la acogida institucional y la pérdida del poder familiar, este derecho familiar paralelo ejerce el control conductual, preferentemente sobre las familias pobres y negras.

El *dispositivo de señalización y dilución de la pena* no tiene la misma incidencia para las familias que poseen activos y patrimonio, como lo revelan los datos cuantitativos de recepción institucional en Brasil, que demuestran que este dispositivo afecta poco a las familias respaldadas por la seguridad y la comodidad patrimonial. Para ellos, el ejercicio del poder familiar tiene otra connotación, paralela al *dispositivo de señalización y dilución de la pena* y fundada en la metodología civil-constitucional y su retórica del afecto. El control conductual sobre estas familias, sin embargo, sigue siendo desempeñado por el *dispositivo de alianza*, guiado por la administración y sucesión de los nombres de familia y el patrimonio, caracterizando la concomitancia de dos contornos normativos del derecho familiar en Brasil: uno para los provistos de patrimonio y otro para los pobres y negros.

Referencias

Almeida, Luciano M. de. en Cury, Munir *et al.* (2010), *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*, pp. 19-20, 10. ed, São Paulo, Malheiros.

- Amin, Andréa R. (2013), "Doutrina da proteção integral", en Maciel, K. R. F. L. A. (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, pp. 52-58, São Paulo, Saraiva.
- Baptista, Myrian Veras *et al*, "Introdução: a necessidade de conhecer as famílias e os caminhos percorridos", en Fávero, Eunice T.; Vitale, Mariana A. Faver; Baptista, Myrian Veras (org.), 2008, *Famílias de crianças e adolescentes abrigados: quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam. quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam*, 13-24. São Paulo: Paulus.
- Baratta, Alessandro (2002), *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*, Rio de Janeiro, Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia.
- Becker, Howard (1963), *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, Nueva York, The Free Press.
- Bevilaqua, Clovis (2018), *Em defesa do projecto de Código civil brasileiro*. Rio de Janeiro, Liv. Francisco Alves, 1906. Disponible en: «<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/224223>» (Consultado 20 de julio de 2018)
- Bodin de Moraes, María Celina (1999), "O Direito Civil Constitucional", en Camargo, Margarida María Lacombe (org.). *1988-1998: uma década de Constituição*, pp. 115-127. Rio de Janeiro, Renovar.
- Calderón, R. (2017), *Princípio da afetividade no direito de família*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense.
- Carvalho, O. de. (1981), *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites*, 2a. ed. Coimbra: Centelha.
- Cavichioli, Rafael de Sampaio y Gediél, José Antonio P. (2018), "Direito de família e fluidez normativa no Supremo Tribunal Federal",

Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, 63, núm. 3, pp. 233-259.

Cavichioli, Rafael de Sampaio (2019), "Dos familias, dos leyes", 258 f. Tesis (Doctorado). Curso de Derecho, Programa de Posgrado en Derecho, Curitiba Universidad Federal de Paraná.

DIAS, M. B. (2011), *Manual de direito das famílias*, 8a. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

Dolinger, Jacob (2003), *Direito civil internacional* (1); *A família no direito internacional privado* (2); *A criança no direito internacional*, 79-155, Río de Janeiro, Renovar.

Donzelot, Jacques (1986), *A policia das famílias*, 2a. ed., Río de Janeiro: Edições Graal.

Foucault, Michel (2014), *História da sexualidade 1: A vontade de saber*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque São Paulo: Paz e Terra.

Gasparini, Éric (2002), "Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire: la quête du juste milie", *Annales Historiques de La Révolution Française*, 328, núm. 1.

Gediél, José Antonio P. y Cavichioli, Rafael de Sampaio (2018), "Humanismo e abstração no direito de familia", *Civilistica.com*. Río de Janeiro, a. 7, núm 2.

Lôbo, Paulo Luis Netto (1989), "A repersonalização das relações de família", en Carlos Alberto Bittar (coord.), *O Direito de família e a Constituição de 1988*: 53-81, São Paulo, Saraiva.

_____ (1999), "Constitucionalização do direito civil", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, núm. 141, pp. 99-109.

_____ (2002), *Entidades Familiares Constitucionalizadas: Para Além do Numerus Clausus*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo, n. 12, jan./fev./mar., pp.40-55.

Lôbo, Paulo (2011), *Direito civil: famílias*, 4a. ed., São Paulo, Saraiva.

Marcilio, Maria Luiza (2011), "A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil, 1726-1950", en Freitas, Marcos Cezar de (org.), *História social da infância no Brasil*, São Paulo, Cortez, pp. 51-79.

Mello Mattos, J. C. de A. (1929), "Patrio poder; perda", *Revista Forense*, Belo Horizonte, núms. 307 a 312, pp. 120-120.

Mineiro, Beatriz Sofia (1929), *Código dos menores dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional.

Moraes, Evaristo de (1927), *Criminalidade da infancia e da adolescencia*, 2a. ed., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.

Oliveira, José Lamartine C. de y Muniz, Francisco Ferreira (1980), "O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade"; *Revista dos Tribunais*. São Paulo, núm. 532, pp. 11-23.

Pereira, Lafayette Rodrigues (1889), *Direitos de família*. Rio de Janeiro, Typ. da Tribunal Liberal.

Perlingieri, Pietro (1997), *Perfis do direito civil*, Trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar.

Pontes De Miranda, F. C. (1947), *Tratado de direito de família: volume III: Parentesco*. 3, ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, pp. 21-29; 36-43; 75-86; 100-101; 109-122.

Portalis, Jean-Étienne-Marie (1844), "Discours préliminaire sur le projet de code civil: présenté le 1er pluviôse an. IX par la Commission nommée par le Gouvernement Consulaire", en Portalis, F. (ed.). *Discours, rapports et travaux sur le Code Civil, par Jean-Étienne-Marie Portalis, publiés par le Vicomte Frédéric Portalis*, pp. 1-62. París, Joubert, Libraire de La Cour de Cassation.

Ramos, Carmen Lúcia (1996), "Algumas reflexões acerca da Constituição como lei fundamental do direito civil", *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 29, núm. 29, pp. 147-172.

Santana, Adriana B. et al. (2008), "Famílias de crianças e adolescentes abrigados em São Paulo. Uma aproximação a quem são, como vivem, o que pensam e o que desejam", en Fávero, Eunice T.; Vitale, Mariana A. Faver; Baptista, Myrian Veras (org.). *Famílias de crianças e adolescentes abrigados: quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam. quem são, como vivem, o que pensam, o que desejam*, São Paulo, Paulus, pp. 25-111.

Schnapper, Bernard (1980), "La correction paternelle et le mouvement des idées au dix-neuvième siècle (1789-1935)", *Revue Historique*, París, 263, núm. 2, pp. 319-349.

Silva, Enid Rocha Andrade da (2004), "O perfil da criança e do adolescente nos abrigos pesquisados", en Silva, Enid Rocha Andrade da (coord.), *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*, Brasília, IPEA/CONANDA, pp. 41-70.

_____ (1997), *Da Codificação: crônica de um conceito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Sposato, Karyna B. (2013), *Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantista*, São Paulo, Saraiva.

Tepedino, Gustavo (1999), "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", en Tepedino, Gustavo, *Temas de direito civil*, pp. 1-22., Río de Janeiro, Renovar.

_____ (1999), "A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro", en Tepedino, Gustavo, *Temas de direito civil*, pp. 23-54, Río de Janeiro, Renovar.

_____ (1999), "A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares", en Tepedino, Gustavo, *Temas de direito civil*, pp. 347-366, Río de Janeiro, Renovar.

Van Bueren, Geraldine (1998), *The International Law on The Rights of the Child*, The Hague, Kluwer Law International.

Periódicos

Mello Mattos, J.C. de A., *La obra de menores de 18 años: Disposición para la ejecución del Código de Menores emitido por el Juez Mello Mattos*. El PAPEL. Domingo, 30 de diciembre de 1928, Río de Janeiro, pp. 5-7.

Legislación

Decreto No. 847 de 11 de octubre de 1890, Promulga el Código Penal, Portal de Derecho.

Ley No. 3.071 de 1 de enero de 1916, Código Civil de los Estados Unidos de Brasil, Portal de Derecho.

Ley No. 4.242 de 6 de enero de 1921, Establece el gasto general de la República de los Estados Unidos del Brasil para el año 1921., CIESPI/Centro Internacional de Estudios e Investigación infantil.

Decreto No. 16.272 de 20 de diciembre de 1923, Prevé la regulación de la asistencia y la protección de los menores abandonados y delincuentes, Portal de la Cámara de Representantes.

Decreto No. 17.943-A de 12 de julio de 1927, Consolida las leyes de asistencia y protección de menores, Portal de Derecho.

Ley No. 4.121 de 27 de agosto de 1962, Tiene la condición legal de la mujer casada, Portal de Derecho.

Ley No. 6.697 de 10 de octubre de 1979, Establece el Código de Menores, Portal de Derecho.

Constitución (1988), Constitución de la República Federativa del Brasil, de 5 de octubre de 1988, Portal de Derecho.

Ley No. 8.069 de 13 de julio de 1990, Prevé el Estatuto del Niño y del Adolescente y establece otras medidas, Portal de Derecho.

Decreto Legislativo No. 28 de 14 de septiembre de 1990, Aprueba el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y firmada por el Gobierno brasileño el 26 de enero de 1990, Portal de la Cámara de Representantes.

Ley Federal No. 10.406 de 10 de enero de 2002.

Jurisprudencia

Brasil. Corte Suprema, Plenaria, *ADI n. 4277/DF*, Rel. Min. Ayres Britto, j. en 05.05.2011.

Brasil. Tribunal Superior de Justicia. *Característica especial No. 1,631, 840 /MS*. Solicitante: F T A. Demandado: Fiscalía del Estado de

Mato Grosso do Sul. Interesado: M S A y E F V. Relator: Ministro Raúl Araújo. Brasília, DF, 14 de marzo de 2017, *Diario de Justicia Electrónica*. Brasília, DF

CAPÍTULO XV

Estrategias que promueven la responsabilidad parental de padres y madres privados de libertad

Alejandra Cortázar*

Joseph Strauss**

Karla Rost***

* Psicóloga, doctora en Educación. Fundadora e investigadora del Centro de Estudios Primera Infancia (CEPI).

** Trabajador social, estudiante de Magister en trabajo social de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

*** Trabajadora social, correo electrónico «karost@uc.cl»

Resumen

Cuando un padre o una madre es privado de su libertad se afecta el derecho de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) a vivir en familia y se dificulta que los progenitores sigan ejerciendo plenamente su responsabilidad parental. El presente capítulo revisa las respuestas de los Estados para el reconocimiento y ejercicio de la responsabilidad parental en contextos de privación de libertad. Se identifican leyes, como aquellas que facilitan la convivencia de niños y niñas con madres y padres privados de libertad, penas alternativas y aplazamiento de la ejecución de la condena, así como programas de apoyo a la parentalidad. El análisis de estos antecedentes permite observar brechas entre las prácticas existentes y la plena satisfacción del interés superior de los niños y las niñas, así como del ejercicio de la responsabilidad parental. Los hallazgos permiten advertir que la mayoría de los países consideran un trato diferenciado entre madres y padres, a la hora de considerar la protección del vínculo entre progenitor e hijo e hija. A lo anterior, se suma cierta falta de claridad respecto de las expectativas de responsabilidad en el pleno desarrollo de

los niños y las niñas hijos de progenitores privados de libertad. Existe una necesidad imperiosa de incorporar y fortalecer el interés superior del niño y la niña en la agenda de políticas públicas y la legislación en el campo del ejercicio de la responsabilidad parental de progenitores privados de libertad.

Palabras clave: padres y madres privados de libertad, responsabilidad parental, interés superior del niño y la niña.

1. Introducción

Entendemos la responsabilidad parental como una expresión social, cultural, moral y también legal, que les confiere a los progenitores derechos y deberes en relación con sus hijos(as), en cuanto al cuidado, decisiones de su crianza, acceso a la educación, salud y promoción de bienestar físico y emocional, entre otros.¹

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) reconoce a la familia como el medio natural para el desarrollo y bienestar de los niños, niñas y adolescentes, en el cual los progenitores tienen la responsabilidad primaria del cuidado y crianza de éstos. En el artículo 18 la CDN obliga a los estados a apoyar a los padres para que puedan cumplir con esta responsabilidad.²

Cuando un padre o una madre es privado de libertad se interfiere el derecho de los niños, niñas y adolescentes (NNA) a vivir en familia, así como se dificulta el que los progenitores sigan ejerciendo plenamente su responsabilidad parental. Esto dados la distancia física, las dificultades para proveer económicamente y el término del contacto diario e involucramiento en la cotidianidad de estos NNA. Es importante mencionar que la privación de la libertad de un padre/madre no termina legalmente con su responsabilidad parental; sin embargo, tensiona este principio

¹ Espejo, N., 2020.

² *Idem.*

y es el Estado el encargado de facilitar que esta responsabilidad se pueda seguir ejerciendo.

El presente capítulo revisa cómo los Estados han respondido en diferente medida, a veces en forma incipiente o incompleta, a esta problemática, al facilitar que los progenitores puedan ejercer su parentalidad y responsabilidad para con sus hijos e hijas. A partir de la revisión de acciones de diferentes países se podrán observar también las brechas entre las prácticas existentes y el ideal de que los niños, niñas y adolescentes vivan con sus padres, quienes son responsables de su cuidado y desarrollo.

2. Responsabilidad parental y privación de libertad

2.1. Importancia y rol del contacto directo como marco para comprender la regulación del ejercicio de la responsabilidad parental en contextos de privación de libertad

En el marco del estudio de la responsabilidad parental en contextos de privación de libertad, resulta fundamental comprender la importancia del contacto directo entre padres/madres y sus hijos/as. Tanto la teoría como la práctica respaldan la idea cada vez más generalizada de que es esencial que padres/madres se mantengan presentes en las vidas de sus hijos/as. Si bien la sola presencia no asegura un desarrollo adecuado, pues se requieren interacciones de calidad, ésta sigue siendo un componente crítico en el desarrollo de las personas.

Uno de los constructos que permite comprender cuán relevantes son las interacciones entre padre/madre y sus hijos/as es el *apego*. La teoría del apego releva el papel determinante de las relaciones tempranas en las expectativas que el niño o la niña tendrán de sí mismos y de los demás, así como las expectativas de cuidado de los otros significativos.³ El apego

³ Fraley, 2002.

es el núcleo organizador del desarrollo y, por tanto, se relaciona con funciones importantes del desarrollo. En esta línea, el apego infantil predice de manera parcial la capacidad de regular las emociones, el sentido de autosuficiencia, las competencias sociales, la motivación y el desempeño académico, entre otros.⁴

Así, se ha visto que las personas relativamente estables y con confianza en sí mismas se caracterizan por el infalible apoyo que les brindan sus progenitores cuando es necesario y por animarles a adquirir progresivamente autonomía.⁵ De esta manera, el apego se configura como un elemento crucial en la formación de las personas.⁶ En este sentido, si se considera que el apego se construye a partir de las experiencias con los padres y madres, cobra especial importancia la presencia y el involucramiento de éstos en los primeros años de vida de sus hijos e hijas.

A su vez, el involucramiento de los progenitores en la vida escolar tiene efectos positivos en los resultados académicos y en la motivación por el trabajo escolar.⁷ Además, se ha visto que el apego de los padres y las madres también se vincula con una serie de resultados de ajuste universitario, pues la seguridad del apego en la adolescencia predice una mayor autoestima, sentido de competencia académica y un mejor ajuste en las relaciones con los demás.⁸

2.2. Interrupción del cuidado parental durante la privación de libertad de los adultos

La privación de la libertad no debería significar la pérdida de la responsabilidad parental, sin embargo, muchas veces esto sí ocurre en la práctica. Debido al formato del encarcelamiento muchos padres y madres se

⁴ Soufre, 2005; Sroufe, Egeland, Carlson y Collins, 2005.

⁵ Bowlby, 1998.

⁶ Soufre, 2005.

⁷ Walker, Wilkins, Dallaire, Sandler & Hoover-Dempsey, 2005.

⁸ Mattanah, Lopez y Govern, 2011.

mantienen alejados de sus hijos y de la posibilidad de participar en sus vidas y decisiones. Es posible que muchos padres y madres no manejen la información necesaria sobre sus derechos para mantener un ejercicio adecuado de su responsabilidad parental y que esto también influya en la falta de garantías para el cumplimiento de esta obligación.

Situaciones como la anterior dejan abierta la pregunta de cómo exigir al Estado los mecanismos para el ejercicio de la responsabilidad parental mientras se está privado de la libertad. La pregunta adquiere especial importancia al considerar los efectos que conlleva el encarcelamiento paterno en niños y niñas, y la magnitud del problema. Según Church World Service⁹ en América Latina y el Caribe existen entre 1,710,980 y 2,307,048 niños, niñas y adolescentes (NNA) con al menos uno de sus padres privado de la libertad. En Australia, aproximadamente 145,000 NNA menores de 16 habían tenido al padre o a la madre encarcelados;¹⁰ mientras que en Estados Unidos, con base en un estudio realizado por el Departamento de Justicia, se calculó que en 1999 alrededor de 1,498,800 NNA tenían a uno de los progenitores privado de libertad.¹¹ Si bien es un área poco estudiada y no hay cifras claras, la evidencia muestra que en el plano internacional son millones los NNA alrededor del mundo que, al tener un progenitor privado de libertad, sufren de una reducción en la relación y el vínculo con éstos, dada la separación.

2.3 Efectos del encarcelamiento paterno en los niños, niñas y adolescentes

Cuando un padre o una madre son privados de la libertad, la relación y el vínculo con los niños, niñas y adolescentes cambia radicalmente, al no poder estar presente en la cotidianidad y la baja posibilidad de involucramiento en la crianza, en las decisiones y otras áreas de la respon-

⁹ CWS, 2019.

¹⁰ Robertson, 2007.

¹¹ Mumola, 2000.

sabilidad parental. Asimismo, el limitado o inadecuado contacto, la estigmatización y vergüenza asociados a la privación de la libertad, hacen que preservar la relación con el progenitor sea especialmente difícil. El encarcelamiento de los progenitores genera una separación inesperada y muchas veces inexplicable para los niños, niñas y adolescentes,¹² que puede tener efectos negativos a corto y mediano plazo.¹³

Es así como el encarcelamiento de los progenitores repercute en lo que se refiere a la cotidianidad, desarrollo e interacción de los NNA con su ambiente. Este impacto es aún mayor si se consideran los casos de hijos/as de madres encarceladas, quienes están en mayor riesgo de tener que cambiarse de casa, colegio y vivir en familias de acogidas o ser institucionalizados.¹⁴ En el ámbito individual, la pérdida relacional con el padre o la madre puede causar desregulación conductual, sentimientos de tristeza y ansiedad, así como inestabilidad familiar y cambios en los ámbitos doméstico y económico.¹⁵ Asimismo, los hijos e hijas de padres o madres privados de libertad presentan mayores posibilidades de deserción escolar, bajo rendimiento, participación en actividades ilícitas,¹⁶ reducción de redes y asociación a grupos de pares asociados al estigma social.¹⁷

Los efectos de tener al progenitor privado de libertad difieren dependiendo del grupo etario de los NNA. Durante la primera infancia, los niños y las niñas son especialmente vulnerables a la separación, dada la dependencia física y el estar en proceso de desarrollo y consolidación del vínculo. La separación puede traer como consecuencia altos niveles de ansiedad y trastornos vinculares.¹⁸ Por su parte, en lo que refiere al rango

¹² Valenzuela *et al.*, 2012.

¹³ Causadías y Sroufe, 2012.

¹⁴ Cunningham, 2013.

¹⁵ CWS, 2019.

¹⁶ Kjellstrand y Eddy, 2011; Tasca, Rodríguez y Zatas, 2011.

¹⁷ King, Barr & Woolard, 2015.

¹⁸ Margotta, Rivera, Roa, 2018, Causadías y Sroufe, 2012.

etario entre 7 y 14 años, los efectos se evidencian principalmente en el ámbito educacional, asociándose a bajo rendimiento y altos niveles de ausentismo escolar. Esto se incrementa en la etapa de la adolescencia, sumándose además conductas disruptivas y/o transgresoras (infracciones a la ley, consumo problemático de drogas y alcohol), que aparecen cuando están inmersos en contextos desfavorables.¹⁹

Por otra parte, se observan consecuencias asociadas al género de los progenitores. Cuando el padre es encarcelado, los NNA tienen mayores probabilidades de quedar bajo los cuidados de la madre, la cual se configura como la principal responsable de la satisfacción de las necesidades básicas materiales y emocionales de sus hijos e hijas. Sin embargo, esto no supone una reducción de los impactos del encarcelamiento, puesto que podrían aumentar las adversidades económicas, así como los sentimientos de abandono asociados al progenitor.²⁰ Mientras que, cuando es la madre quien está encarcelada, aumentan las probabilidades de la separación de los hermanos —ya sea entre distintos núcleos familiares o de conocidos o bien, en un contexto de institucionalización— así como impacto económico y de cuidados, ya que la evidencia muestra que los padres se hacen cargo en menor medida de los NNA que las madres, si es que éstas no se encuentran ausentes desde antes de la privación de la libertad.²¹

En cuanto a lo manifestado por niños y niñas con padres o madres privados de libertad, diferentes estudios grafican cómo estas medidas afectan también su bienestar. Las niñas y los niños identifican afectación en la configuración del grupo familiar, así como de las dinámicas propias de éstas; efectos que, de no ser acompañados y abordados oportunamente, podrían influir en la repetición de patrones que perpetúen vulneraciones de derechos, tales como el trabajo infantil para sustentar el grupo

¹⁹ Margotta, Rivera, Roa, 2018; Dirección de Presupuestos, 2011; Murray, 2005.

²⁰ Jones y Woźna, 2012.

²¹ CWS, 2019.

familiar, asignación de tareas no correspondientes a la edad, violencia intrafamiliar, etcétera.²²

La ausencia repentina de un adulto significativo en la dinámica familiar remite a la adopción del rol por parte del adulto presente, o la carencia de éste, y en el enfrentamiento a una nueva dinámica que repercute en cómo el niño o la niña se adapta a las nuevas normas y límites del hogar. Según CSW²³ esto también pondría en evidencia los roles de género asociados a madres y padres, indicando que la ausencia del padre con motivo de privación de libertad se traduce en la falta de autoridad en la relación, así como la carencia de límites. En tanto, frente a la ausencia de la madre, las decisiones referentes al desarrollo educacional o de salud suelen recaer sobre la figura de la abuela, así como una mayor penalización a la progenitora por su ausencia, cosa que no ocurriría de igual manera tratándose del padre.

Por otra parte, los niños y las niñas manifiestan cómo su entorno los discrimina al ser reconocidos y rotulados como "hijos o hijas de", lo cual también influye en su autoconcepto y autoestima. A su vez, podría generar aislamiento de pares y deserción escolar, mermando el desarrollo de los NNA y privándoles de relaciones con entornos positivos para su bienestar.

En cuanto a las visitas, los niños y las niñas entrevistados manifiestan rechazo hacia el desarrollo de las mismas, señalando como motivo de su resistencia el trato recibido por los guardias penitenciarios, así como incomodidad de las revisiones de que son objeto antes de su ingreso, lo cual se configura como una vulneración de derechos en sí y acentúa negativamente la experiencia de relacionarse con el padre o madre privado de libertad.²⁴

²² Naciones Unidas, 2019; Roa, 2018; CSW, 2013.

²³ CSW, 2013.

²⁴ Naciones Unidas, 2019.

3. Respuestas de los Estados para el reconocimiento y ejercicio de la responsabilidad parental en contextos de privación de libertad

Los Estados han desarrollado distintas respuestas para promover o facilitar que los progenitores continúen ejerciendo su responsabilidad parental e intentar disminuir los efectos negativos que puede traer la separación en los niños y las niñas. Estas acciones de los Estados son apoyadas o complementadas por acciones de la sociedad civil o localidades específicas. En esta sección revisaremos las respuestas que dan los Estados en materia legislativa (1) así como las acciones de apoyo por parte de gobiernos regionales, locales u organizaciones de la sociedad civil (2).

3.1 Legislación

Para el presente apartado se seleccionó una muestra de 24 países de acuerdo con una revisión legal individual y actualizada de cada uno, primordialmente de aquellos que han promulgado medidas innovadoras respecto a la responsabilidad parental en contextos de privación de libertad. Las acciones legales fueron divididas según aquellas leyes que promueven o facilitan la convivencia de niños y niñas con sus progenitores privados de libertad; leyes que permiten el aplazamiento de las condenas, y leyes que regulan el uso de penas alternativas.

3.1.1 Convivencia de niños y niñas con padres o madres privados de libertad

En la muestra de legislaciones nacionales existe variedad en cuanto al rango etario en el que los niños y las niñas pueden convivir con su padre o madre dentro de prisión. Éste oscila entre uno y seis años de edad (véase tabla 1), encontrando un promedio de tres años (no se consideró

la prohibición de dicha medida en China²⁵ y Noruega)²⁶. Destaca la falta de uniformidad en la muestra respecto del periodo en que niños o niñas puedan permanecer en prisión, considerando también que distintos países han aumentado el tiempo de permanencia de los hijos e hijas, como es el caso de Italia, que en 2011 pasó de tres a seis años, o México, que en 2016 disminuyó²⁷ de seis a tres años. Sin embargo, también es necesario tener en cuenta las condiciones carcelarias de cada país, las cuales podrían aportar al entendimiento de dichos cambios. Por ejemplo, Italia cuenta con una tasa de encarcelamiento de 86 personas privadas de libertad por cada 100,000 habitantes y 195 establecimientos penitenciarios; frente a México, donde dicha tasa es de 204 por cada 100,000 habitantes y 389 establecimientos. De igual modo, Italia contaría con 0.8% de menores de 18 años privados de libertad, en contraposición a México, donde este número asciende a 4.3%.²⁸

Si bien dentro de la muestra sólo China y Noruega no permiten que los niños o las niñas convivan con sus progenitores en recintos penitenciarios, existen países que pese a contar con la posibilidad de cohabitación, recalcan la no inmediatez de dicho proceso, y exponen la necesidad de efectuar una evaluación previa al ingreso en virtud del interés superior del niño o la niña. Ello parece coherente con lo dispuesto por la regla 49 de las Reglas de Bangkok (2011), la cual señala que "toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño".²⁹

Un ejemplo interesante en esta materia es el de Dinamarca.³⁰ De acuerdo con su legislación, un progenitor privado de libertad puede cohabitar con su hijo o hija si está en condiciones de cuidarlo, o bien, si las circunstan-

²⁵ China, 2018.

²⁶ Noruega, 2019.

²⁷ México, 2016, p. 23.

²⁸ Prison Insider, 2020.

²⁹ ONU, 2011, p.16.

³⁰ Dinamarca, 2019.

cias de la institución son compatibles con su interés superior. En este mismo sentido, países como Finlandia,³¹ Suecia³² o Perú³³ especifican que la decisión sobre el ingreso —o no— de un niño(a) a prisión, será ejercida por el/la trabajador/a o comité social designado en virtud de los antecedentes y el interés superior del niño o la niña.

Por otra parte, si bien Inglaterra³⁴ cuenta con unidades madre-bebé para madres privadas de libertad y sus hijos e hijas, el ingreso de los segundos tampoco es automático. La regulación de dichas unidades señala que la junta de admisión es la que —tras un informe de la autoridad local del servicio de niños— evalúa la situación, la seguridad y bienestar de las madres, y el interés superior del niño o la niña.

Tabla 1. Tiempo de convivencia de niños y niñas con madres privadas de libertad

PAÍS	TIEMPO	LEY
Argelia	3 años	Arts. 16 y 17 Ley No. 04-05 de 2005
Argentina	4 años	Art. 195, Ley Nacional 24.660
Bélgica	3 años	Art. 15, Ley de Principios sobre la Administración Penitenciaria y el Estatuto Legal de los Reclusos
Bolivia	6 años	Art. 26 Ley 2298 de Ejecución Penal y Supervisión y art. 106, Ley 548
Canadá	4 años	Art. 16, Directiva del Comisionado 768 Programa Institucional Madre-Niño
Chile	2 años	Art. 19, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios
China	No aceptan niños	Art. 265, Ley de Procedimiento Penal 2018
Dinamarca	1 año	Art. 54, Ley Ejecutiva sobre la Ejecución del Castigo

³¹ Finlandia, 2007, p. 5.

³² Suecia, 2010.

³³ Perú, 2017, p. 3

³⁴ Mother & Baby Units, PSI 49, 2014, p. 6.

El Salvador	5 años	Art. 70, Ley Penitenciaria
España	3 años	Art. 38, de la Ley Orgánica 1/1979 (act. en 1995)
Finlandia	3 años	Ley de Encarcelamiento (767/2005; enmiendas hasta 819/2019 incluidas)
Inglaterra	18 meses	PSI 49/2014 (<i>Prison Service Instruction</i>)
Islandia	18 meses	Ley de Ejecución de Sentencias N ° 15/2016
Israel	2 años	Art. A2 Ordenanza de prisiones
Italia	6 años	Ley 8 de marzo de 2001 n.40, y la Ley 21 de abril de 2011 n.62
Kasajistán	3 años	Art. 74, Código Penal de la República de Kasajistán
México	3 años	Ley Nacional de Ejecución Penal artículos 10 y 36
Noruega	No aceptan niños	Art.6, Reglamento sobre Citaciones y Aplazamientos de Ejecución de Sentencias
Perú	3 años	Art. 103, Código de Ejecución Penal Art. 12 Reglamento del código de ejecución penal
Rusia	3 años	Art. 100, Código Penal de la Federación Rusa
Sudáfrica	2 años	Ley de Enmienda de Servicios Correccionales No. 25 de 2008
Suecia	2 años	Sección 5, Ley de Prisiones 2010: 610
Turquía	6 años	Ley 5275 de Ejecución de Sanciones y Medidas de Seguridad
Venezuela	3 años	Art. 15, Código Orgánico Penitenciario

Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, muchos países permiten la convivencia de madres e hijos dentro de las cárceles. Ante esto, la regla 51 de las Reglas de Bangkok agrega que "En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios".³⁵ Son muchos los países que toman medidas para ajustar el entorno de privación de libertad

³⁵ ONU, 2011, p. 17.

para los niños y las niñas, con el fin de que sea pertinente para su edad de desarrollo y los procesos de crianza.

Si bien la legislación en Noruega no permite que las mujeres cumplan penas con sus hijos al interior de una prisión, existen casas de maternidad (*mødrehjem*),³⁶ que son lugares especiales donde ellas pueden permanecer hasta por nueve meses junto a su hijo(a), siendo posible que, las condenas cortas sean en su totalidad cumplidas en dichas instituciones. En los casos de condenas más largas, el niño o la niña es entregado a la familia o puesto en hogares de acogida para sus cuidados. Cabe destacar que existen viviendas transitorias a las que las personas privadas de libertad prontas a terminar su condena pueden ser trasladadas, siendo estas lugares donde tienen mayor autonomía, menores restricciones y pueden retomar paulatinamente el contacto con el exterior y sus familias.

En Canadá³⁷ los niños y las niñas pueden vivir a tiempo completo con sus madres en casas de apoyo mejoradas, dentro de una prisión de baja seguridad, hasta la edad de cuatro años y luego, a tiempo parcial hasta los seis. Lo anterior, bajo el alero del programa "madre-hijo", el cual consta de servicios y apoyos para fomentar relaciones positivas entre madres privadas de libertad y sus hijos e hijas, tomando cursos de parentalidad y primeros auxilios. Lo interesante de dicho programa es que incluye a otras mujeres bajo la figura de quienes, con el acuerdo de la madre y habiendo sido aprobadas por la institución, participan del componente residencial del "programa madre-hijo", apoyando en sus cuidados.

Un ejemplo diferente de espacios de cuidado se da en Kazajistán,³⁸ donde las madres privadas de libertad conviven con sus hijos e hijas menores de tres años en la única "colonia" adaptada para este fin, ubicada en

³⁶ Folketinget, 2018, p. 3.

³⁷ Canadá, 2020.

³⁸ Центр -1, 2017.

Zhaugashty. Dentro de la colonia existen hogares infantiles, permitiendo a las progenitoras visitar a sus hijos e hijas sin restricciones y fuera de las horas de trabajo en prisión, para pasar parte del día con ellos. Una vez que los niños cumplen tres años, o a petición de la madre, son trasladados con familiares o a una institución.

Finalmente, existen otros países en los que está permitida la convivencia dentro de los niños y las niñas "dentro de las celdas", y no en espacios aparte. Un ejemplo de esta práctica es el de Bélgica,³⁹ donde las madres residen con sus hijos e hijas en celdas más grandes que las del resto de la población penitenciaria. Tales celdas, a su vez, son adaptadas a las necesidades de los niños y las niñas, con salas de juego y espacios de tranquilidad para fomentar el vínculo materno-filial.

3.1.2 Aplazamiento de la ejecución de la condena

Dentro de las consideraciones particulares hacia los padres y las madres privadas de la libertad, es posible encontrar ejemplos de legislaciones que reconocen aplazamientos de la etapa de ejecución de la pena a fin de promover el vínculo materno-paterno filial, favoreciendo el ejercicio de la responsabilidad parental y el interés superior de la niñez. Al respecto, las Reglas de Bangkok⁴⁰ señalan que "antes de su ingreso o en el momento de producirse, se deberá permitir a las mujeres con niños a cargo adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de suspender la reclusión por un periodo razonable, en función del interés superior de los niños".⁴¹

No todos los países cuentan con medidas excepcionales sobre el aplazamiento de ejecución de la pena y la convivencia con NNA. Entre los que si lo hacen, sólo se identificaron once ejemplos de legislaciones que

³⁹ Bélgica, 2005.

⁴⁰ Bangkok, 2011.

⁴¹ *Ibidem*, p. 8.

regulan esta materia. Estos países explicitan condicionantes para acceder al beneficio de aplazamiento de condena, siendo una generalidad que se anule el aplazamiento si se comete otro delito en vigencia de dicha medida. Del mismo modo, estas legislaciones recalcan que el delito cometido no deberá ser catalogado como "grave" y que deberá corresponder a una pena menor. Así, por ejemplo, Turquía⁴² se posiciona dentro de la muestra como el país con la condicionante de años más extensa, es decir, sólo quienes hayan sido condenados a penas inferiores a seis años pueden acceder al aplazamiento.

Con base en la tabla 2, se puede advertir que Rusia⁴³ y Kazajistán⁴⁴ comparten su marco legislativo, y destacan el hecho de que el aplazamiento es aplicable a las madres con un(a) niño(a) menor de catorce años, o bien a padres con un(a) niño(a) menor de catorce sin apoyo materno, siendo esta condicionante la que considera el periodo de aplazamiento más amplio. De igual modo, es relevante señalar que ambos países indican que una vez cumplido dicho periodo, se aplicaría un castigo más ligero o indulgente. Es decir, el aplazamiento en virtud del rol parental también conllevaría a la reducción de la pena, lo cual podría interpretarse de igual manera como beneficioso para el bienestar de los niños y las niñas. Por su parte, la legislación de Argelia⁴⁵ también incluye al progenitor en la posibilidad de aplazamiento ante la ausencia materna, sin embargo, el periodo de duración del aplazamiento es de solo seis meses.

En la misma línea, la legislación Sueca⁴⁶ señala que puede otorgarse el aplazamiento de la ejecución de la sanción a una mujer embarazada o amamantando por un periodo de tiempo que "se considere razonable", dejando la determinación al juez competente. De igual forma, es necesario tener en cuenta que la misma legislación establece que para otro

⁴² Turquía, 2004.

⁴³ Rusia, 1996, p. 29.

⁴⁴ Kazajistán, 2014, p. 48.

⁴⁵ Argelia, 2005, pp. 10-11.

⁴⁶ Suecia, 2018.

tipo de condiciones especiales, el máximo periodo de aplazamiento es de seis meses.

En cuanto a Dinamarca,⁴⁷ Islandia⁴⁸ y Finlandia,⁴⁹ sólo en este último se hace referencia al aplazamiento para mujeres embarazadas. Sin embargo, en los tres sistemas legales existe la posibilidad de postergación de ejecución de condena para cualquier ciudadano, tras la evaluación del motivo de la solicitud, entorno, condiciones, etcétera.

Tabla 2. Aplazamiento de ejecución de condena

PAÍS	LEY	DESTINATARIO	CONDICIONANTE	PERIODO DE APLAZAMIENTO
Argelia	Arts. 16 y 17 de la ley No. 04-05 de 2005	A. Mujeres embarazadas y madres de niños menores de 24 meses. B. Personas cuyo conyugue se encuentra privado de libertad y su ausencia pudiera generar un daño irreparable a niños menores o cualquier otro familiar enfermo o indefenso	Condena inferior a 6 meses son entregadas por el fiscal general correspondiente. Condena mayor a 6 meses, pero inferior a 24 meses, debe ser otorgada por el ministro de justicia directamente.	A. 24 meses si el hijo nace vivo y 2 meses en caso contrario B. Hasta 6 meses
China	Arts. 262 de la Ley de Procedimiento Penal	Mujeres embarazadas	No señala	No señala
Dinamarca	Arts. 10 y 11 de la Ley Ejecutiva sobre la Ejecución del Castigo	Cualquier persona	Razones educativas, familiares, de salud o condiciones laborales a evaluarse por el ministro de justicia o la persona autorizada.	En virtud de las razones se establecen condiciones del aplazamiento

⁴⁷ Dinamarca, 2019.

⁴⁸ Islandia, 2016, p. 6.

⁴⁹ Finlandia, 2005, p. 8.

Finlandia	Cap. 2, sección 3, de la Ley de encarcelamiento	A. Mujeres embarazadas B. Cualquier persona si se considera que su privación de libertad significaría la afectación de un cercano o empleador	No señala	A. Hasta que se haya recuperado del parto B. 6 meses
Islandia	Ley de Ejecución de Sentencias N°15 de 2016	Cualquier persona	Razones especiales a evaluarse por la administración de prisiones y libertad condicional, considerando la gravedad del delito y circunstancias personales entre otros factores.	3 meses
Italia	Art. 146 del Código Penal	Obligatorio para mujeres embarazadas o madres de un niño/a menor de un año. Opcional para madres de niños/as menores de 3 años	Condena inferior a 5 años	No señala
Kasajistán	Art. 74 del Código Penal de la República	Mujeres embarazadas, madres de un niño/a menor de catorce años, y padres de un niño/a menor de catorce sin apoyo marental	Condena inferior a 5 años	Hasta que su hijo/a cumpla los 14 años
Noruega	Art. 6 del Reglamento de Ejecución de Sentencias	Mujeres embarazadas cuyo parto se espere antes de que esta pudiera terminar de cumplir la sentencia, y mujeres que han dado a luz hace menos de 9 meses	No señala	6 Meses
Rusia	Art. 82 del Código Criminal	Mujeres embarazadas, madres de un niño/a menor de catorce años, y padres de un niño/a menor de catorce sin apoyo marental	Condena inferior a 5 años	Hasta que su hijo/a cumpla los 14 años

Suecia	Sección 14 de la Ley 1251 de 2018	Mujeres embarazadas o amamantando	Tener solo 1 acusación	Tiempo considerado razonable
Turquía	Art. 16 de la Ley 5275 de Ejecución de sanciones y Medidas de Seguridad	Mujeres embarazadas y mujeres que dieron a luz hace menos de seis meses	Condena inferior a 6 años	Hasta que su hijo/a cumpla los 6 meses. 2 meses si nace muerto o es entregado a otro cuidador/a.

Fuente: Elaboración propia.

De la muestra de países, llama la atención que, si bien la legislación de Italia⁵⁰ considera al progenitor en los casos de medidas alternativas a la privación de libertad, así como en la promoción de la convivencia con los hijos e hijas dentro de prisión, ella no regula el aplazamiento de la ejecución de sentencia. Dentro de la muestra seleccionada, no se encontró información legislativa asociada a aplazamientos de ejecución de condena para el ejercicio de la responsabilidad en Sudamérica.

3.1.3 Regulación de penas alternativas a la privación de libertad

Las reglas de Bangkok⁵¹ también hacen referencia a medidas alternativas a la privación de libertad en prisión, señalando que "cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como las medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena".⁵² Esta investigación permitió identificar ocho países que vinculan el otorgamiento de medidas alternativas a la privación de libertad, al ejercicio de la responsabilidad parental.

⁵⁰ Italia, 2011.

⁵¹ Bangkok, 2011.

⁵² ONU, 2011, p. 18.

Como indica la tabla 3, en las legislaciones de países como Italia,⁵³ Perú,⁵⁴ Bolivia⁵⁵ y México⁵⁶ se señala que no está permitido que las mujeres embarazadas cumplan detención preventiva en prisión, sino en el domicilio de la imputada o en otro lugar designado por el juez. De igual forma, México, Bolivia e Italia incluyen en este grupo a madres en periodo de lactancia, con hijos o hijas menores de un año y con hijos e hijas menores de seis años respectivamente. Por su parte, Italia extiende lo anterior a los progenitores de niños y niñas menores de seis años en caso de que la madre haya fallecido o ésta sea incapaz de cuidar a los niños.

En cuanto a la detención domiciliaria, en Sudamérica destaca el caso de Argentina que, en 2008, modificó la redacción de la Ley 24.660⁵⁷ para establecer la posibilidad de que un juez pueda ordenar el cumplimiento de una condena en detención domiciliaria para mujeres embarazadas y madres de un niño o niña menor de cinco años. Según la Procuración Penitenciaria de la Nación,⁵⁸ dichas modificaciones surgieron como una respuesta a la única medida previa existente relacionada a la convivencia de los niños y las niñas menores de cuatro años junto a sus madres en prisión, buscando así, reducir los efectos negativos que la encarcelación pudiera tener en los primeros.

Del mismo modo, la legislación de Italia permite la ejecución de la condena en arresto domiciliario para condenas inferiores a cuatro años, incluso si se trata de la parte residual de una pena ya iniciada, aplicándola a las madres de niños y niñas menores de diez años. A su vez, esta legislación extiende la medida al padre con las mismas condiciones antes señaladas. Mientras que en el caso de China,⁵⁹ una mujer embarazada

⁵³ Italia, 2011.

⁵⁴ Perú, 2016, p. 181.

⁵⁵ Bolivia, 1999, p. 107.

⁵⁶ México, 2014, p. 50.

⁵⁷ Ley 24.660, 1998.

⁵⁸ Procuración Penitenciaria de la Nación, 2008.

⁵⁹ China, 2018.

o en periodo de lactancia puede cumplir temporalmente su condena fuera de prisión, estando sujetas tanto la temporalidad y la aprobación de esta medida, a la opinión del órgano municipal de seguridad pública correspondiente.

Dentro de la muestra, sólo la legislación de Turquía⁶⁰ indica que pueden ser puestas en libertad condicional aquellas mujeres que tengan hijos o hijas menores de seis años, siempre y cuando resten dos años o menos de ejecución de la sentencia.

En todos los casos antes descritos, dentro de las legislaciones correspondientes, los países indican que estos beneficios pueden ser revocados si el comportamiento del sujeto es contrario a la ley o los requisitos dictados por el tribunal o la autoridad competente, según sea el caso.

En cuanto a otros países, si bien en la legislación venezolana no se encontró referencia a medidas alternativas en beneficio de la maternidad, la ONG venezolana "Una ventana a la libertad"⁶¹ señala que "las reclusas que han recibido más beneficios después de dar a luz, han tenido un año de casa por cárcel para amamantar a sus bebés, pero al cumplirse los 12 meses son trasladadas de nuevo a los calabozos".⁶² Esto podría estar amparado por criterios judiciales específicos, dictados por los tribunales locales.

Los ejemplos legislativos revisados condicionan la continuidad de las medidas antes expuestas a la no comisión de otros delitos y la mantención de la situación que motiva el beneficio. Por tanto, de manera tácita, en los casos en los que el padre o la madre que se asocia al cuidado personal de un hijo cambia, el beneficio quedaría sin efecto. Dos ejemplos explícitos de esto son Rusia⁶³ y Kazajistán,⁶⁴ cuya legislación indica

⁶⁰ Turquía, 2004.

⁶¹ Una ventana a la libertad, 2017.

⁶² Una ventana a la libertad, 2017, p. 7.

⁶³ Rusia, 1996.

⁶⁴ Kazajistán, 2014, p. 48.

que si los beneficiarios ya individualizados no cumplen con la responsabilidad de crianza de los niños o las niñas tras una primera advertencia o si cometen un nuevo delito, se deberá dar paso al cumplimiento de la condena. Es posible interpretar dichas medidas y sus condicionantes como un incentivo a no cometer nuevos delitos, pero también puede leerse esta regla como operando en beneficio del interés superior del niño o la niña, fomentando el vínculo y bienestar durante sus primeros años de vida.

Tabla 3. Medidas alternativas

PAÍS	LEY	DESTINATARIO	MEDIDA	CONDICIONANTE
Italia	Art. 275 del Código Penal	Embarazadas y madres de niños menores de 6 años o padres de niños menores de 6 años si la madre falleció o no está en condiciones de cuidarlos	Cumplimiento de detención preventiva en domicilio.	A evaluación del juez competente
Perú	Art. 290 del Código Procesal Penal	Embarazadas	Cumplimiento de detención preventiva en domicilio.	A evaluación del juez competente
Bolivia	Art. 232 del Código Procesal	Embarazadas y madres de niños menores de 1 año	Cumplimiento de detención preventiva en domicilio.	A evaluación del juez competente
México	Art. 166 Código de Procedimientos Penales	Embarazadas y madres durante la lactancia	Cumplimiento de detención preventiva en domicilio.	A evaluación del juez competente
Italia	Ley 62/2011	Madres de niños menores de 10 años y Padres de niños menores de 10 años, si la madre falleció o no está en condiciones de cuidarlos	Detención domiciliaria	Condena Inferior a 4 años o residual de condena inferior a 4 años

Argentina	Ley 24.600	Embarazadas y madres de niños menores de 5 años	Detención domiciliaria	A evaluación del juez competente
China	Art.265 Ley de Procedimiento Penal	Embarazadas y madres durante la lactancia	Detención domiciliaria	A evaluación del juez competente
Turquía	Art. 105/A la Ley 5275	Madres de niños menores de 6 años	Libertad condicional	Residual de condena inferior a 2 años

Fuente: Elaboración propia.

3.2 Políticas y programas de apoyo al ejercicio de la responsabilidad parental en contextos de privación de libertad

Junto a los ejemplos legislativos en este campo, es posible advertir iniciativas y ejemplos basados en políticas y programas orientados a que los progenitores privados de libertad no pierdan el contacto, ni sus derechos ni deberes para con sus hijos e hijas.

Como insumo para esta sección se utilizó una revisión sistemática realizada por Cortázar y colegas en el año 2014, para UNICEF-Chile. Esa base de datos se complementó con programas que se hubiesen desarrollado en los últimos años en otros países latinoamericanos. Las acciones de apoyo o intervenciones fueron divididas en aquellas referentes a la psicoeducación que definen programas educativos y las que buscan promover el vínculo paterno-filial.

3.2.1 Los programas educativos y el desarrollo de habilidades

Dentro de las iniciativas más comunes, encontramos tanto la implementación de "clases o talleres para padres" mediante programas educativos que abordan diferentes tópicos asociados a la crianza —siendo los más comunes el desarrollo y cuidado infantil—, así como el fomento de di-

námicas relacionales positivas en la díada materno/paterno-filial. Las temáticas de estos programas que tienen como objetivo entregar conocimiento a los padres y madres se exponen mediante sesiones grupales generalmente semanales, fluctuando de 10 a 15 sesiones en total, donde profesionales externos o de los mismos centros penitenciarios exponen "teóricamente" la parentalidad y responsabilidad parental, generando espacios de discusión entre los usuarios.

De estas metodologías podemos observar dos variantes: las que para implementar los conocimientos adquiridos en las clases teóricas involucran a los niños y las niñas y las que no. Estas últimas imperan en los programas educativos parentales.⁶⁵ El programa *Inside Out Dad*, en Pensilvania, es el ejemplo modelo de este tipo de intervenciones. A partir de una metodología grupal educativa y un manual de apoyo, este programa pretende mejorar las relaciones entre progenitores e hijos(as) en 12 sesiones en grupos de 10 a 25 participantes liderados por facilitadores que dirigen discusiones en torno al material y experiencias personales de los usuarios. El programa recurre como eje central a temáticas asociadas al manejo y expresión de emociones, las relaciones con terceros, la paternidad, desarrollo infantil, crianza y el rol parental desde el recinto penitenciario.

De este tipo de intervenciones reconocemos que los principales resultados se dan en función de cambios en el conocimiento de los participantes⁶⁶ y sus actitudes.⁶⁷ Esto da cuenta de resultados no significativos en función de los objetivos de los programas, los cuales se enfocan principalmente a "mejorar, potenciar, fortalecer" la relación en la díada paterno/materno-filial.⁶⁸ Asimismo, se advierte que este tipo de programas no cuenta con requisitos temporales, como que los usuarios estén a punto

⁶⁵ Hoffmann et al., 2010; Cortázar, et al., 2014.

⁶⁶ Hobler, 2001; Wilczak y Markstrom, 1999; Wilson et al., 2010; Block, et.al, 2014.

⁶⁷ Bushfield, 2004; Harrison, 1997; Wilson et al., 2010.

⁶⁸ Cortázar, et al, 2014.

de egresar, por lo que los conocimientos adquiridos difícilmente serán puestos en práctica a corto plazo. Por otra parte, los contenidos presentados en las estrategias socioeducativas tienden a enfocarse solo en aspectos de la primera infancia, no considerando tópicos dirigidos a niños, niñas y adolescentes.

En las últimas décadas se han desarrollado nuevas propuestas que buscan la incorporación de los niños y las niñas en las metodologías educativas en el contexto de las visitas, donde los progenitores ponen en práctica los conocimientos adquiridos en las clases teóricas. Innovaciones como "*Baby Elmo*"⁶⁹ trabajan con padres y madres adolescentes con base en un manual de intervención sistematizado y emparejado con segmentos de los videos de *Sesame Street Beginnings*. Estos manuales proporcionan modelos de interacciones positivas, los cuales posteriormente son desplegados en espacios diferenciados de visitas en los recintos penitenciarios, que consisten en habitaciones intervenidas con material didáctico y juguetes, así como espacios de estar (sillones y alfombra acolchadas), con el objetivo de proporcionar una experiencia positiva para los niños y las niñas.

Los programas en Estados Unidos como *Fathers and Children Together* (FACT) en Lexington, Kentucky, "Padres de Adentro hacia Afuera" (*Parenting Inside Out-PIO*) en Oregón, y "Trabajos Familiares" (*Family Works*) en Nueva York, trabajan en la misma línea, mediante clases teóricas y visitas con progenitores adultos. No obstante, *Family Works* cuenta con un recurso adicional: un "Centro de Recursos Familiares", que proporciona información y servicios sociales a las familias de los internos, así como apoyo de empleo para los graduados del programa tras la puesta en libertad.⁷⁰

Estas variaciones de la metodología socioeducativa aparecen como una respuesta renovada de la perspectiva educacional. En primer lugar, porque consideran el mejoramiento de los espacios de visita, contribuyendo

⁶⁹ King, Barr y Woolard, 2015.

⁷⁰ Jeffries. Menghraj y Hairston, 2000.

a una mejora en las experiencias de los niños y niñas en un contexto adverso como puede ser el carcelario. En segundo lugar, porque al facilitar el encuentro y vínculos materno/paterno-filiales benefician a los niños y niñas y se ha visto una mayor motivación en los progenitores que participan de ellos.

Si bien otras estrategias también mantienen el objetivo del trabajo con habilidades parentales, lo hacen desde enfoques específicos, promoviendo ciertos aspectos de la responsabilidad parental, como es la estimulación del aprendizaje e integración con el sistema educativo. Por ejemplo, iniciativas como "Ayuda con las tareas" (*Aide Aux Devoir*) en Francia y "Deberes" (*Homework*) en Inglaterra de la mano de la ONG POPS, tienen como objetivo incentivar el rol de los progenitores en la educación de sus hijos e hijas mediante su involucramiento en las tareas escolares. Tanto el proyecto "Muros Invisibles" (*Invisible Walls*) en Gales como el permiso de liberación temporal en Malta, buscan involucrar a los progenitores en las reuniones de padres/maestros, dejándolos asistir a estas instancias en las instituciones educativas.

Dichas iniciativas, se visualizan como vanguardistas en lo que a promover la responsabilidad parental se refiere, dado que en la mayoría de los programas para progenitores no se considera el involucramiento de los mismos en el ámbito educativo. No obstante, este aparece como primordial, dado que el desenvolvimiento de los niños y las niñas en la escuela (rendimiento académico y comportamiento) parece estar relacionado con la percepción del nivel de aceptación y aliento de sus padres y madres, así como del nivel de involucramiento de los mismos.⁷¹

3.2.2 Promoción del vínculo paterno-materno filial

En general, los espacios de interacción en las prisiones entre padres/madres privados de libertad y sus niños/as son escasos. Éstos habitual-

⁷¹ Melton, 2000; Doctoroff, 2005; Lakshmi y Arora, 2006; Bates, 2009.

mente se limitan a los horarios de visita semanales o mensuales, y muchas veces se hacen inviables dada la distancia geográfica y los gastos asociados al traslado. Otro modo de contacto es vía telefónica, el cual por lo general es limitado dada las restricciones de uso que imponen las instituciones penitenciarias.

Como respuesta a estas dificultades estructurales se han desarrollado diversas iniciativas para promover el vínculo paterno/materno-filial. Las primeras intervenciones se dieron en el año 2000, de la mano de "Leyendo los lazos familiares: Cara a Cara" (*Reading Family Ties: Face to Face*). Este programa permitía a madres encarceladas de las zonas rurales de Florida, Estados Unidos, mantener reuniones familiares semanales a través de videoconferencia, en las que éstas leían cuentos a sus hijos e hijas. Replificado desde el año 2002, el programa "Conexiones Familiares" (*Family Connections*) en el Condado de San Diego, California, opera en 15 cárceles y tiene como objetivo utilizar la lectura compartida como medio para fortalecer las relaciones entre los niños y niñas con sus seres queridos privados de libertad. En 2018, 4,763 beneficiarios habrían participado en el programa. Dentro de los resultados del programa se obtuvo que 96% de los progenitores privados de libertad habrían reportado sentirse más conectados con sus hijos/as y 70% de los niños y las niñas habría informado una mejor relación con el familiar encarcelado.⁷²

También es posible identificar programas en diversos lugares como Tasmania, Australia con el programa "Leyendo Juntos" (*Reading Together*); "Juntos en un mundo de Cuentos" en Croacia; y la asociación *Storybook Dads* en Inglaterra, los cuales permiten a los padres y madres desarrollar audiolibros mediante discos compactos (CD) o aplicaciones como whatsapp, con el objetivo de potenciar el vínculo con sus hijos, gracias a esta instancia no presencial, donde el niño/a se conecta con su progenitor/a.

⁷² Reading Legacies, 2018.

Ahora bien, proyectos como "Las estancias de 24 Horas" en Canadá y las "Unidades de Visitas Familiares" (*Unités de Visite Familiales*)-UVF) en Francia, avanzan más allá en torno a contribuir al aumento de los espacios de interacción entre padres/madres e hijos. Las estancias de 24 horas permiten que las mujeres que son candidatas —principalmente por conducta— puedan pasar 24 horas consecutivas con sus hijos e hijas, con la supervisión constante, pero discreta por parte de profesionales. Mientras que las Unidades de Visitas Familiares otorgan visitas extensas (entre 6 y 72 horas) permitiendo a varios miembros de la familia pasar tiempo juntos con la persona privada de libertad. Para ello, los recintos penitenciarios cuentan con UVF amuebladas y equipadas con habitaciones, cocina y baño, y se ubican fuera del espacio de detención, donde los internos y sus familias puedan realizar diversas actividades al interior de la misma, así como en el patio común. Hasta el año 2015, de 187 establecimientos penitenciarios en Francia, 26 contaban con una UVE, habiendo un total de 83 de las mismas.

Lo anterior puede considerarse como una nueva respuesta de intervención que contribuye a la diada materno/paterno filial, mediante instancias de pernoctación y uso de la tecnología que son particularmente significativas para progenitores privados de libertad que se encuentran lejos de sus familias y extranjeros. No obstante, estos proyectos parecen ser esfuerzos mínimos, y comúnmente vistos como experimentales en lo que a programas parentales se refiere.

Por otra parte, el uso de audiolibros contribuye al ámbito emocional de los niños y las niñas al propiciar momentos significativos con sus progenitores, pese a la distancia física. Sin embargo, el rango etario aparece como una limitante para el desarrollo de estas intervenciones que tienen como población objetivo a niños y niñas pequeños; lo cual invisibiliza oportunidades de vinculación con hijos e hijas adolescentes, quienes se encuentran más propensos a factores de riesgo para delinquir y a presentar conductas disruptivas. En suma, los y las adolescentes presentan mayores dificultades en la revinculación con sus progenitores, dados los intereses propios de su edad y el ciclo vital en el que se encuentran.

En general, es posible advertir evidencia de variadas intervenciones (programas) cuyo objetivo transversal es fortalecer y apoyar el lazo filial de padres/madres en prisión. Sin embargo, parece predominar el uso de clases de crianza como la respuesta más utilizada por los Estados y organizaciones en lo que a mantener el rol paterno se refiere. Se reconoce ampliamente por la literatura que mantener y potenciar dicho vínculo contribuye a una reinserción social exitosa y positiva a nivel familiar, así como a disminuir las probabilidades de quebrantamiento de los padres/madres y mitigar los posibles efectos adversos y factores de riesgo producto de la prisión parental en niños, niñas y adolescentes.⁷³

Finalmente, cabe señalar que la mayoría de los programas que buscan mejorar las relaciones en la diáda tiende a visualizar a los niños y las niñas como beneficiarios secundarios mas no directos de las intervenciones.

Como se ha afirmado, el ejercicio de la responsabilidad parental en contextos de privación de libertad trae consigo una serie de complejidades derivadas de las posibilidades de mantener el vínculo afectivo, la protección y satisfacción de las necesidades básicas de los niños y las niñas, el involucramiento escolar y en la cotidianeidad, entre otros.

En este sentido, se puede constatar que las diferentes estrategias desplegadas tanto por los Estados como por las organizaciones de la sociedad civil se centran principalmente en "potenciar, fomentar, aumentar" competencias parentales, a través de metodologías socioeducativas o "clases de crianza", siendo, por lo demás, posible implementar dichos aprendizajes sólo en casos específicos.

En efecto, las estrategias mencionadas lejos de contribuir al ejercicio de la responsabilidad parental suelen reducirla a una "check list" de mínimos

⁷³ Berg y Huebner 2011; Mills y Codd 2008; Sapouna et al. 2011. Citado en Troy, McPherson, Emslie y Gilchrist, 2018.

que deben saber los progenitores, a fin de mantener un óptimo rol parental que será automáticamente desplegado, una vez que egresen de dichos recintos penitenciarios. Pero, entonces ¿qué sucede con otros aspectos de la responsabilidad parental como mantener una relación estrecha y cercana?

En algunos Estados se han comenzado a implementar programas innovadores para fomentar la relación y el vínculo marento/parento-filial mediante el rediseño de espacios para las visitas de padres/madres con sus hijos e hijas o estancias dentro de los recintos penitenciarios, en los que los familiares junto a la persona privada de libertad puedan convivir durante tiempos extendidos, incluso pernoctar en el lugar.

En efecto, dichas iniciativas parecen estar más alineadas a la connotación real de la responsabilidad parental, la cual lejos de ser reducida, debe ser garantizada desde todas sus aristas, aun cuando los progenitores se encuentren lejos de sus hijos e hijas. Tiempos prolongados de visita y mayor libertad de interacción propician que los niños y las niñas, además de mantener una percepción positiva del encuentro y del entorno carcelario en sí, puedan hacer efectivo su derecho a relacionarse con sus padres y madres. En este sentido, es necesario repensar los contextos de visitas, así como el acompañamiento a los niños y niñas luego de que sus progenitores son privados de libertad, a fin de velar por el bienestar familiar e incidir de manera positiva en el desarrollo personal. De igual manera, es imperativo hacer de la visita un espacio grato que nutra el vínculo entre progenitores e hijos e hijas, fomentando el derecho de los niños a relacionarse con sus padres.

4. Reflexiones y desafíos para el ejercicio de la responsabilidad parental en contextos de privación de libertad

El siguiente apartado presenta nuestras reflexiones sobre los principales desafíos que enfrenta la responsabilidad parental en los casos en que

los padres o madres están privados de libertad, en dos temas en específicos: la invisibilización de niños y niñas y la promoción y garantía de la corresponsabilidad parental.

4.1 La invisibilización de niños y niñas

A pesar del fuerte impacto que la privación de libertad de los progenitores genera en la vida de niños y niñas, los sistemas penales y penitenciarios actúan, en general, con total independencia de los intereses de la niñez. A su vez, los programas sociales tienden a operar con un foco en la familia, sin considerar a niños y niñas de manera independiente. Cuando alguno de los progenitores se encuentra privado de la libertad, también se conculcan sus derecho de acceso a los beneficios sociales y de protección para sus hijos e hijas. Esto es cierto tanto para niños y niñas que viven con sus progenitores en las cárceles, centro o residencias especializadas, como para los que cumplen penas alternativas o los que se encuentran separados de ellos. Todos estos niños y niñas tienen necesidades de apoyo específicas al estar muchas veces expuestos a situaciones de vulnerabilidad, pobreza y violencia. Sin embargo, de la revisión hecha a la legislación comparada, no queda claro quién y cómo se hace cargo de garantizar el desarrollo de estos niños y niñas, en igualdad de condiciones respecto a la población infantil en general.

A veces, la falta de condiciones o recursos en los programas materno-filial en las cárceles ha sido la razón para que se niegue los niños y niñas el ingreso a la cárcel con sus madres o que se disminuya la edad de permanencia en ellas, como es el caso de México. Es el caso, también, de la sentencia recaída en habeas corpus colectivo a favor de las mujeres madres con niños y mujeres embarazadas alojadas en la unidad No. 33 de Los Hornos, Argentina, y que ilustra esta problemática.⁷⁴ El juez señaló

⁷⁴ Juzgado de Ejecución Penal N° 1 de San Isidro, Expte. No. HC-12389, 25 de noviembre de 2015.

haberse presentado en dicha unidad donde se encontraban 54 niños y niñas cuyas edades oscilaban entre los cero y cuatro años de edad alojados con sus madres, además de 22 mujeres embarazadas. En el lugar el juez constató falta de higiene, presencia de ratas, focos infecciosos en las celdas y condiciones que propician enfermedades en los niños y niñas, acompañada de atención de salud deficiente, que ponían en riesgo la integridad y bienestar de éstos. Respecto de la legislación nacional, como se indica en la tabla 2, en Argentina, la Ley 24.600 indica que las embarazadas y madres de niños o niñas menores de cinco años pueden optar por detención domiciliaria bajo evaluación judicial. Al aplicar lo antes señalado, el juez determinó disponer como medida cautelar el arresto domiciliario de las madres que se encontraban privadas de libertad junto a sus hijos e hijas y de aquellas internas embarazadas. Todo, en un plazo de 24hrs. A su vez, entre otras medidas, el juez solicitó el despeje del grupo familiar conviviente, y todo antecedente relevante para que, de forma individual, el magistrado correspondiente pudiera resolver en definitiva, el mantenimiento o no de la medida cautelar.

Lo que ilustra en este caso, al igual que en otros países, es que no existe claridad respecto de qué institución o entidad —y con qué recursos y competencias— puede garantizar la calidad de las condiciones en las que niños y niñas puedan desarrollarse de manera adecuada. Es crítico visibilizar a este grupo de niños y niñas en este campo y apoyarlos para disminuir los potenciales efectos negativos que la privación de libertad, separación de sus padres y exposición a contextos de violencia, puede tener para ellos en su desarrollo.

4.2. Corresponsabilidad parental

Es importante señalar que solo siete de los 14 países revisados incluyen a los padres (hombres) en las medidas relacionadas a responsabilidad parental y privación de libertad. Las legislaciones de Finlandia,⁷⁵ Dina-

⁷⁵ Finlandia, 2005.

marca⁷⁶ y Suecia⁷⁷ parecen neutrales respecto al género de los y las beneficiarias con sus modelos de permanencia de niños y niñas en cárceles, permitiendo que el padre también conviva con sus hijos e hijas dentro de los establecimientos penitenciarios. Por su parte, Italia extendió en 2011 las medidas que promueven la responsabilidad parental en contextos de privación de libertad a los padres, mismas que desde 1975 eran exclusivas para las madres, permitiendo también la cohabitación en prisión. Mientras que la legislación de Bolivia⁷⁸ permite que los hijos e hijas permanezcan con su padre en establecimientos penitenciarios siempre que éste tenga la tutela. Si bien Rusia⁷⁹ y Kazajistán⁸⁰ no extienden la convivencia en prisión, consideran el papel del padre al momento de aplicar aplazamientos de la ejecución de la pena para progenitores que no cuenten con apoyo en los cuidados y crianza de sus hijos e hijas.

La existencia de esta brecha entre beneficios y condiciones aplicables para madres, excluyendo a los padres, responde también a que tradicionalmente la responsabilidad de los hombres frente a su familia ha sido la de proveedor en un sentido económico y no, en cambio, su involucramiento en la crianza y cuidado de las hijas y los hijos.⁸¹ Por otra parte, cambios como los realizados en la legislación de Italia, muestran un avance en dicha concepción. Sin embargo, tales extensiones en los beneficios penitenciarios suponen la ausencia de la madre.

Lo anterior también se repite en las acciones de apoyo (programas) donde solo en una minoría de las intervenciones estudiadas, el foco está puesto en ambos padres⁸² y/o en los progenitores hombres. Ello da cuenta de una visión tradicional sobre el rol de hombres y mujeres en el cuidado de los niños y niñas y podría perpetuar sesgos de género en la crianza.

⁷⁶ Dinamarca, 2019.

⁷⁷ Suecia, 2010.

⁷⁸ Bolivia, 2014, p. 47; Bolivia, 2001, p. 4.

⁷⁹ Rusia, 1996.

⁸⁰ Kazajistán, 2014, p. 48.

⁸¹ Ortega, 2002.

⁸² Cortázar et.al, 2014.

Las respuestas de la mayoría de los Estados y organizaciones de la sociedad civil aparecen como insuficientes y no se condicen con la Convención de los Derechos del Niño, la que no hace distinción entre madre y padre en cuanto a su responsabilidad parental. El artículo 18 (1, 2) de la Convención refiere al rol del Estado de garantizar que *ambos padres* puedan ejercer su responsabilidad de crianza y en el desarrollo del niño, así como crear apoyos para que puedan desempeñar estas funciones. Es crítico que tanto padres como madres tengan la misma posibilidad y las condiciones para ejercer la responsabilidad parental con sus hijos e hijas, considerando lo importante que es la vinculación con ambos progenitores. Asimismo, al generar respuestas con enfoque de género se entrega un mensaje a la sociedad y a los mismos niños y niñas de que tanto hombres como mujeres, son igualmente responsables de sus hijos e hijas.

4.3 Palabras finales

La complejidad de esta temática radica en la multiplicidad de actores y factores involucrados. Por una parte está el sistema judicial que busca castigar a quienes han cometido un delito, por otra, está la responsabilidad parental, derecho y deber que no se anula por el hecho de encontrarse privado de la libertad personal. A esto se suma el derecho de los niños y niñas a que sus derechos e intereses sean la consideración primordial de toda política, programa o servicio. Los niños y las niñas cuyos padres se encuentran privados de libertad deben acceder a condiciones de cuidado adecuadas, que fortalezcan y aseguren su derecho a ser sujeto del ejercicio activo de las responsabilidades de sus padres. La responsabilidad por tales cuidados no se ejerce de manera excluyente por los progenitores, sino que debe ser garantizada también por la familia ampliada, la judicatura y el gobierno.

Este capítulo no busca cerrar este debate, sino visibilizar la situación de especial vulnerabilidad que enfrentan las familias como consecuencia del encarcelamiento de los progenitores y la necesidad de poner al interés superior de la niñez, al centro de esta problema social.

Bibliografía

- Asamblea General de las Naciones Unidas, (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/crc_SP.pdf
- Bates, L. A. (2009), *Racial and ethnic differences in educational trajectories: The role of parental involvement, families and schools*, Arizona: Arizona State University.
- Block, S., Brown, CA, Barretti, L., Walker, E. Yudt, M. y Fretz R. (2014), "Un método mixto de evaluación a un programa de crianza para padres encarcelados", *Diario de correccionales Educación*, 65, pp. 50-67.
- Blumberg, D.M y Griffin, D.A. (2013), "Family Connections: The Importance of Prison Reading Programs for Incarcerated Parents and Their Children", *Journal of Offender Rehabilitation*, 52, pp. 254-269.
- Bronfenbrenner, U. (1979), *The ecology of human development*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Cadoni, L., Rival, J.M., y Tuñón, I., 2019. *Infancias y encarcelamiento. Condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes cuyos padres o familiares están privados de la libertad en la Argentina*, Buenos Aires: Educa, Documento de trabajo.
- Christopher J. Mumola (2000), "Incarcerated Parents and Their Children", Departamento de Justicia de EEUU, (agosto).
- Church World Service (2019), *Niñez que cuenta: el impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires: Church World

Service América Latina y el Caribe, International Drug Policy Consortium.

_____ (2013), *Invisibles: ¿hasta cuándo? Una primera aproximación a la vida y derechos de niños, niñas y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y El Caribe*, Argentina: Church World Service América Latina y el Caribe.

Cortázar, A., Fernández, P., Léniz, I., Quesille, A., Villalobos, C., y Vielma, C. (2015), "¿Qué pasa con los hijos de madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad", Instituto de Políticas Públicas UDP, (enero).

Cortazar, A., Fernandez.P, Leniz.I., Vielma,C., Villalobos, C. 2014, *Revisión Sistemática de Intervenciones Psicosociales para NNA con Padres/Madres Privados de Libertad*, UNICEF, Serie Reflexiones: Infancia y Adolescencia.

Dirección de Presupuestos (2011), Programa Abriendo Caminos. Informe final de evaluación.

Doctoroff, G. L. (2005), "How parents and children do homework together: The relation between observed parenting, behavior problems, and academic development in elementary school children", *Journal of Applied Developmental Psychology*, (48), pp. 103-113.

Espejo Yaksic, Nicolás (2020), "Los derechos de las niñas, niños y adolescentes", en Pablo Contreras, Constanza Salgado, (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Santiago de Chile: Tirant lo Blanch.

Folketinget (2018), "Hermed sendes endelig besvarelse af spørgsmål nr. 143 (Alm. del)" 8. februar 2018. Disponible en: «<https://www.ft.dk/samling/20171/almDEL/sou/spm/143/svar/1464632/1854803.pdf>»

- Hoffmann, H. C., Byrd, A. L., y Kightlinger, A. M. (2010), "Prison programs and services for incarcerated parents and their underage children: Results from a national survey of correctional facilities", *The Prison Journal*, 90(4), 397-416
- Jones, A. D. y Wainania Woźna, A. (2012), *Children of Prisoners. Interventions and Mitigations to Strengthen Mental Health*, United Kingdom: University of Huddersfield.
- Juanatey Dorado, Carmen. (2012), "Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Universidad de Alicante, 65, pp. 127-153.
- King, S., Barr, R., Woolard, J. (2015), "Reforma rentable de justicia juvenil: Lecciones desde el principio del programa para padres adolescentes baby elmo", *Ley de Carolina del Norte Review*, 93(5), pp. 1381-1418.
- Kjwllstrand, JM y Eddy, J. (2011), "Mediadores del efecto del encarcelamiento de los padres sobre comportamientos de externalización adolescente", *Revista de psicología comunitaria*, 39, pp. 551-565.
- Lakshmi, A. R., y Arora, M. (2006), "Perceived parental behaviour as related to student's academic school success and competence", *Journal of the Indian Academy of Applied Psychology*, 32, pp. 47-52.
- Margotta, P., Rivera, L., Roa, J. (2018), "Informe final de Investigación: Chile - Niños y niñas con madres y padres encarcelados por delitos de drogas menores no violentos", en CWS, Como parte del proyecto *Niñez que cuenta: El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*.
- Mattanah, J. F., Lopez, F. G. y Govern, J. M. (2011), "The contributions of parental attachment bonds to college student development and

adjustment: a meta-analytic review", *Journal of Counseling Psychology*, 58(4), p. 565.

Melton, S. K. (2000), "Relationships between sixth graders' perceptions of parental acceptance-rejection and their performance at school", Tesis doctoral sin publicar, Universidad de Tennessee.

Mercè Sales Jardí. (2015), "La Vida Familiar de los Detenidos y los Reclusos en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", ReDCE, (24, julio-diciembre).

Murray, J. (2005), *The Effects of Imprisonment on Families and Children of Prisoners*. Inglaterra: Cullompton.

Organización de las Naciones Unidas (2019), *Los niños hablan sobre los efectos de la privación de libertad: el caso de América Latina*, Oficina del Representante Especial del Secretario General (RESG) sobre la Violencia contra los Niños.

_____ (2011), Asamblea General, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok): 16 de marzo de 2011, A/RES/65/229 «https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf»

Ortega, H. M., Centeno, O. R., Castillo, V. M. (2002), *Masculinidad y factores socioculturales asociados al comportamiento de los hombres: estudio en cuatro países de Centroamérica*, UNFPA, CEPAL.

Prison Insider. (2020), "Italia: El estado de las cárceles en 2016", *Prison Insider*, Sitio web: «<https://www.prison-insider.com/fichapais/prisionesitalia>»

_____ (2020), "México: las prisiones en 2020", *Prison Insider*, Sitio web: «<https://www.prison-insider.com/es/fichapais/mexique-2020>»

Rachel Gottlieb (2006), "The Kids Do Time, Too", The Hartford Courant.

Reading Legacies (2018), "Reading Legacies Reporte Anual", Recuperado en: «<https://www.readinglegacies.org/family-connections.shtml>»

Roa, Javiera. (2018); *Chile: Niños y niñas con madres y padres encarcelados por delitos de drogas menores no violentos*, Chile: CWS, informe final de investigación.

Robertson, O. (2007), *El Impacto que el encarcelamiento de un(a) progenitor(a) tiene sobre sus hijos*. Quaker United Nations Office, Serie: Mujeres en la cárcel e hijos de madres encarceladas.

Tasca, M., Rodriguez, N., Zatz, M. (2011), "Inestabilidad familiar y residencial en el contexto de encarcelamiento parental y materno", *Justicia penal y comportamiento*.

Toth, K y Kazura, K. (2010), Construyendo alianzas para fortalecer a las familias: Programas de intervención y recomendaciones, en YR Harris, JA Graham, y GJO Carpenter (eds.), *Hijos de padres encarcelados* (pp. 161-186), Nueva York, Nueva York: Springe.

Troy, V., McPherson, K.E., Emslie, C., Gilchrist, E. (2018), "The Feasibility, Appropriateness, Meaningfulness, and Effectiveness of Parenting and Family Support Programs Delivered in the Criminal Justice System Review", *Journal of Child and Family Studies*, 27, pp. 1732-1747.

Una ventana a la Libertad (2017), "Derechos vulnerados a mujeres privadas de libertad en centros de detención preventiva" en «<https://www.civilisac.org/civilis/wp-content/uploads/Informe-sobre-mujeres-privadas-de-libertad.pdf>».

Valenzuela, E., Marcazzolo, X., Stiven, A., Larroulet, P., Simonetti, E. (2012), *Impacto social de la prisión femenina en Chile. Propuestas*

para Chile, Chile: Concurso Políticas Públicas 2012, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Vargas-Rubilar, J. y Arán-Filippetti, V. (2014), "Importancia de la Parentalidad para el Desarrollo Cognitivo Infantil: una Revisión Teórica", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 12(1), pp. 171-186.

World Prison Brief. (2020), "Highest to Lowest - Prison Population Total", en: WPB, Sitio web: «https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All.»

Центр -1 (2017), "День защиты детей и крошки в тюрьмах Казахстана", 01.06.17, «<https://centre1.com/kazakhstan/den-zashhity-detej-i-kroshki-v-tyurmah-kazahstana/>».

Leyes y decisiones judiciales

Argelia (2005), "Code de l'organisation pénitentiaire et de la réinsertion sociale des détenus, Loi n° 05-04", *Journal Officiel De La République Algérienne*, N° 12, 6 février 2005, «<http://ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/70022/120002/F-1645055189/DZA-70022.pdf>».

Argentina (1996), "Ley de Ejecución de Pena Privativa de la Libertad, Ley 24.660", *Boletín Oficial de la República de Argentina*, 8 de Julio de 1996.

Bélgica (2005), "Loi de principes concernant l'administration des établissements pénitentiaires ainsi que le statut juridique des détenus", *Moniteur belge*, 12 janvier 2005.

Bolivia (1999), "Código De Procedimiento Penal, Ley 1970", publicado por la *Gaceta Oficial* el 25 de marzo de 1999.

- Bolivia (2014), "Código Niña, Niño Y Adolescente, Ley 548", publicado por la *Gaceta Oficial* el 23 de julio de 2014, núm. 0664, 140 págs.
- Bolivia (2001), "Ley de Ejecución Penal y Supervisión, Ley 2298", Congreso Nacional de Bolivia, 20 de diciembre de 2001.
- Canadá (2020), "Commissioner's Directive 768 Institutional Mother-Child Program" Government of Canada January 24, 2020.
- Chile (2016), "Reglamento De Establecimientos Penitenciarios, Decreto 518", Ministerio de Justicia de Chile, 22 de febrero de 2016.
- China (2018), "Criminal Procedure Law of the People's Republic of China", National People's Congress, October 30, 2018.
- Dinamarca (2019), "Bekendtgørelse af lov om fuldbyrdelse af straf m.v. LBK nr 1333 af", Justitsministeriet, 12 september 2019.
- El Salvador (1997), "Ley Penitenciaria, Decreto No. 1027 Ley Penitenciaria", publicada en el *Diario Oficial No. 85*, Tomo No. 335, del 13 de mayo de 1997.
- España (1979), "Ley Orgánica 1/1979 General Penitenciaria", publicada en *BOE* núm. 239, de 5 de octubre de 1979.
- Finlandia (2005), "Imprisonment Act (767/2005; amendments up to 819/2019 included)" Ministry of Justice, Finland, 23. syyskuuta 2005.
- Finlandia (2007), "Child Welfare Act (No. 417/2007; amendments up to 1292/2013 included)", Ministry of Social Affairs and Health.
- Finlandia (1889), "Strafflag", Oikeusministeriö, 19.12.1889.
- Inglaterra (2014), "Mother & Baby Units, PSI 49/2014", *National Offender Management Service*, England, 23 December 2014.

- Islandia (2016), "Execution of Sentences Act No. 15/2016", Prison and Probation Administration, Iceland, 23 March 2016.
- Israel (1971), "Prisons Ordinance (New Version)", Israel Ministry Of Justice, 1971.
- Italia (2001), "Legge 8 marzo 2001, n. 40, Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori", Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica, 8 marzo 2001.
- Italia (2011), "Legge 21 aprile 2011, n. 62, Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori", Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica, 21 aprile 2011.
- Italia (2019), "Codice di Procedura Penale 2020, n. 161", *Aggiornato al D.L. 30 dicembre 2019*, n. 161.
- Juzgado de Ejecución no. 1 de San Isidro, 2015. Habeas Corpus Colectivo a favor de las mujeres madres con niños y mujeres embarazadas alojadas en la Unidad N°33 de Los Hornos. HC-12389.
- Kazajistán (2014), "Penal Code of the Republic of Kazakhstan, No. 226-V", *of the Law of the Republic of Kazakhstan*, 3 July 2014.
- México (2014), "Código Nacional De Procedimientos Penales", publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014.
- México (2016) "Ley Nacional De Ejecución Penal", publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de junio de 2016.
- Noruega (2019), "Forskrift om innkalling og utsettelse ved fullbyrding av straff, FOR-2010-03-19-408", *Norge*, 01.04.2010.
- Perú (1991), "Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo No. 654", publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 2 de agosto del 1991.

Perú (2016), "Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo No. 957", Lima, 25 de Mayo de 2016.

Perú (2017), "Reglamento del Código de Ejecución Penal Decreto Supremo N° 015-2003-JUS" 23 de diciembre de 2017.

Rusia (1996), "The Criminal Code Of The Russian Federation No. 63-Fz", Of June 13, 1996.

Rusia (1996), "оловно-исполнительный кодекс Российской Федерации" от 08.01.1997 N 1-ФЗ (ред. от 27.12.2019)

Sudáfrica (2008), "Correctional Services Amendment Act, 2008", *Government Gazette*, Republic Of South Africa No. 25 of 2008, 11 November 2008.

Suecia (2010), "Fängelselag (2010:610)", *Justitiedepartementet*, 2010-06-10.

Suecia (2018), "Straftidslag (2018:1251)", *Justitiedepartementet L5*, 2018-06-20.

Suprema Corte de México (2016), Amparo en revisión 1219/2016.

Turquía (2004), "Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazi", *Yayımlandığı Resmî Gazete*: Tarih: 29/12/2004. Sayı: 25685.

Venezuela (2015), "Código Orgánico Penitenciario", Publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* No. 6.207 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2015.

CAPÍTULO XVI

Corresponsabilidad parental post-separación en Chile

Fabiola Lathrop Gómez*

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca y Profesora Titular de la carrera ordinaria del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Resumen

Este trabajo evalúa la ley que en el año 2013 reformó el Código Civil chileno buscando proteger la integridad de los hijos en contextos de separación y divorcio de sus progenitores. Analizando el desarrollo jurisprudencial producido desde entonces y algunos estudios incipientes que evalúan tal reforma, se concluye que ésta repercutió positivamente en la utilización de criterios para la adjudicación y regulación del cuidado personal y de la relación directa y regular con los hijos. Por su parte, se comentan las dificultades surgidas en la implementación de aquel modelo de cuidado compartido que se esperaba impactara de manera más sustantiva la organización familiar post-separación. Asimismo, se presentan ciertas repercusiones de la mencionada reforma en relación con el principio de corresponsabilidad parental que introdujo; las que se observan en el ámbito judicial y administrativo, pero que son difíciles de medir en órdenes sociológicos y culturales. Finalmente, se concluye que el Estado debe promover la coparentalidad a través de mecanismos centrados en la información y asistencia a las perso-

nas en el desarrollo de sus relaciones familiares, así como en la difusión de métodos colaborativos y participativos, sea que la responsabilidad parental se ejerza por personas que viven o no unidas en pareja.

Palabras clave

Responsabilidad parental; cuidado personal de los hijos; cuidado personal compartido; régimen comunicacional.

1. Introducción

Como se ha observado en Europa desde hace un par de décadas, las relaciones parentales parecen cada vez menos determinadas por las expectativas de roles convencionales y más por sentimientos personales en contextos de quiebre familiar.¹

Este fenómeno se ha verificado también en América Latina, pero de manera menos intensa. En nuestro continente, los cambios operados en el campo del divorcio obedecen, en gran medida, a su aceptación social. El divorcio forma parte de las decisiones dolorosas que se toman en la vida, pero no necesariamente traumáticas; ello contribuye a separar la relación entre adultos que ha dejado de funcionar y el vínculo entre progenitores e hijos que perdura en un contexto pacífico y de no confrontación.²

El derecho de familia latinoamericano está en proceso de distinguir entre los efectos de la separación y del divorcio respecto de la pareja, por una parte, y de los hijos, por otra. De esta manera, las legislaciones son proclives a aceptar una mayor autonomía de los progenitores en materias que podrían impactar la vida de los hijos después de la ruptura; pero cuando no llegan a acuerdos, la intervención judicial y de equipos interdis-

¹ Maclean, 2007, pp. 1-7; Roberts, *et al.*, 2011, p. 1.

² Herrera y Lathrop, 2017, pp. 164-165.

ciplinarlos se torna imperiosa.³ Esta creciente preocupación por el interés del hijo en casos de divorcio se manifestaría, al menos, en dos aspectos concretos. En primer lugar, la obligación legal impuesta a la pareja de presentar al tribunal un acuerdo que regule el futuro económico y la vida personal de sus hijos, el cual deberá ser revisado por dicha autoridad.⁴ Por otra parte, la centralidad de los hijos, es decir, que sean los menos perjudicados por la ruptura de la pareja; lo cual se manifiesta en el progresivo reconocimiento y regulación de la corresponsabilidad parental, permitiéndose regímenes de comunicación y contacto más flexibles, como asimismo, la posibilidad de desarrollar el cuidado del hijo y vivir con él de forma compartida.⁵

Este trabajo busca evaluar la reforma chilena de 2013 al Código Civil en dos aspectos centrales: el principio de corresponsabilidad parental y la aplicación del cuidado personal compartido de niño, niña o adolescente (NNA). Creo que ello puede generar información y conclusiones que colaboren a la implementación de políticas públicas y, eventualmente legislativas, que permitan alcanzar un mayor bienestar familiar y social en contextos de separación de progenitores.

Para iniciar, quisiera comentar algunos rasgos de la familia chilena y la conformación de sus hogares antes y después de 2013.

Entre 2010 y 2013 dirigí un estudio exploratorio en Tribunales de Familia de la Región Metropolitana de Chile, sobre cuidado personal de NNA y la relación directa y regular que el progenitor no custodio mantiene

³ Esta libertad en la regulación de las consecuencias económicas que conlleva la ruptura para la pareja, en específico para los ex-cónyuges, es limitada en algunos países por el principio de protección al cónyuge más débil (usualmente la mujer). Así sucede en el artículo 3 inciso primero de la Ley de Matrimonio Civil chilena. Véase Espejo, N. y Lathrop, F., 2014, p.137.

⁴ Véase los artículos 21, 27 y 55 de la Ley de Matrimonio Civil chilena. Este acuerdo debe ser aprobado por un juez que resuelve conforme a un procedimiento de familia contencioso, oral y, en mayor o menor medida, con caracteres de especialización e interdisciplina.

⁵ Kemelmajer de Carlucci, 2012.

con su hijo.⁶ La investigación tenía por objetivo principal evaluar la aplicación de la normativa civil vigente por parte de tribunales inferiores y superiores de justicia; consejo técnico de los tribunales de familia; mediadores; y abogados y abogadas.

Para el desarrollo de tal estudio se analizó la Encuesta Nacional de Caracterización Socioeconómica (CASEN) de 2009, la cual arrojaba que en los hogares en que la jefatura estaba ligada a una persona cuya relación de pareja había concluido mediante separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges, en el 50.6% de los casos dicha jefatura correspondía a una mujer. En estos mismos casos, el hombre sólo alcanzaba un 7.6%. Este hecho hacía vislumbrar que cuando un matrimonio con hijos dependientes a su cargo se separaba o disolvía, con una mayor probabilidad, era la madre a quien se le confiaba su cuidado. Un hallazgo similar, pero para el caso de la ruptura de parejas no casadas con hijos dependientes a su cargo, era posible extraer del hecho de que en aquellos hogares en los cuales la jefatura se atribuía a una persona soltera, en el 66% de los casos, ella era una mujer.

La CASEN de 2017, en cambio, arroja que en aquellos hogares en que la jefatura está ligada a una persona cuya relación de pareja ha concluido (mediante separación, divorcio, nulidad y viudez) en el 18.2% de los casos dicha jefatura corresponde a una mujer, y en un 5.8% a los hombres; con lo cual el descenso en comparación con 2009 es notorio. La misma tendencia se observa para el caso de la ruptura de parejas no casadas con hijos dependientes a su cargo, en aquellos hogares en los cuales la jefatura se atribuye a una persona soltera: en el 13% de los casos ésta es una mujer y en un 7% son hombres.

Es posible que estas cifras se hayan visto modificadas, entre otros varios factores, por la reforma al Código Civil de 2013, que derogó la regla de

⁶ Este estudio fue publicado como libro: Lathrop, F., 2013.

atribución preferente a la madre para el otorgamiento del cuidado personal de los hijos en caso de que los progenitores vivan separados.

2. Cuidado personal al momento de la separación de los progenitores: de la regla de orden natural a la de convivencia de hecho

En el estudio aludido anteriormente, realizado en Chile entre 2010 y 2013, analizamos 60 casos sobre cuidado personal y/o relación directa y regular con sentencia de término de nuestra Corte Suprema entre de los años 2007 y 2010, provenientes de Tribunales de la Región Metropolitana. De su examen se pudo concluir que el antiguo inciso primero del artículo 225 del Código Civil —que contenía la regla supletoria de atribución materna del cuidado personal del NNA— tenía fundamental importancia en la adjudicación de derechos en este tipo de causas. Juezas y jueces de familia se sentían "atados y atadas" a aplicar esta norma: la alteración de esta atribución preferente era sumamente difícil, pues debía probarse una efectiva inhabilidad en la madre. ¿Qué ha sucedido desde entonces con esta atribución preferente?

El artículo 225 del Código Civil admitía una interpretación muy restringida, principalmente su inciso tercero, que permitía alterar la atribución legal si el interés superior del NNA en cuestión lo hacía indispensable, fuera por maltrato, descuido u otra causa calificada. En efecto, si los tribunales hubiesen interpretado este inciso en forma más amplia, especialmente la "causa calificada", podrían haber modificado la titularidad del cuidado personal, entregándola al progenitor con mayores habilidades parentales en virtud de los principios de interés superior, de igualdad parental, de coparentalidad y de corresponsabilidad; bastando para ello la construcción de un razonamiento jurídico basado en estándares internacionales. Sin embargo, las sentencias carecían de este tipo de argumentos, con lo cual pudo concluirse que en un gran porcentaje de los fallos analizados no se mencionaban ni aplicaban los principios que la doctrina

tanto internacional como doméstica había desarrollado en materias de familia e infancia.⁷

De los 34 casos examinados que versaban sobre cuidado personal, en sólo el 20.58% se había logrado modificar la atribución legal supletoria: no se alteraba en el 65% de los casos y en el 15% una persona distinta a la madre tenía, de antemano, el cuidado personal.⁸ Los argumentos utilizados por el tribunal de primera instancia para modificar esta atribución legal eran: la vulneración de sus derechos y falta de protección por parte del progenitor en el 60% de los casos; las mayores habilidades parentales del progenitor no custodio en el 20% de los casos, y el interés superior del niño en apenas el 20% de los casos.

La decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de abril de 2009 explicaba por qué se estimaba que el artículo 225, inciso primero, del Código Civil era una regla de orden natural, señalando que "[...] la norma del mencionado artículo 225 trasunta congruencia con el generalizado sentido común, cuya fuente se encuentra, en último término, en la naturaleza de las cosas. Dotada ha sido la mujer de las condiciones primarias para relacionarse de la manera que puede considerarse más próxima a lo debido, con sus hijos menores [...]"⁹

Este tipo de consideraciones judiciales no estaban fundadas en el interés superior del NNA sino en estereotipos de género y prejuicios sociales. Este principio exige que el titular o los titulares de su cuidado sean la o las personas más hábiles para ello en atención a una serie de circunstancias encaminadas a asegurar su bienestar, las que deben ser ponderadas en el caso en concreto y no estar *a priori* relacionadas con el sexo de sus progenitores ni con la edad y sexo de los hijos.¹⁰

⁷ Lathrop, 2013, p. 94.

⁸ Lathrop, 2013, p. 95.

⁹ Corte Suprema de Chile, Rol 510-2009.

¹⁰ El párrafo 67 de la Observación General núm.14 del Comité de Derechos del Niño, de 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14), sobre "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración

La reforma efectuada por la Ley 20.680, de 21 de junio de 2013, "que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados", corrigió esta regla. Esta ley reemplazó la norma supletoria de atribución preferente materna por una que considera la situación de hecho en la que se encuentra el NNA, es decir, con cuál de los progenitores convive al momento de la separación de los mismos. Así, deben distinguirse tres tipos de atribución cuando los progenitores viven separados: legal, convencional y judicial.

La regla de *atribución legal* está contenida en el artículo 225, inciso 3o., del Código Civil: si los progenitores viven separados, el cuidado personal lo tiene el progenitor que conviva con el hijo.

La regla de *atribución convencional* está contenida en el artículo 225 incisos 1o. y 2o., del Código Civil. El acuerdo de los progenitores se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento.¹¹ Es importante tener en cuenta que este acuerdo debe establecer la frecuencia y libertad con que el progenitor que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y regular con los hijos, y podrá revocarse o modificarse cumpliendo las mismas solemnidades.

primordial (artículo 3, párrafo 1)" establece: "El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, **el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos.** Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso." Énfasis añadido.

¹¹ Conforme a un estudio de evaluación de la aplicación de la Ley 20.680, las actas aprobadas por el Oficial del Registro Civil referidas a acuerdos de cuidado personal pasaron de 218 en 2014 a 669 en 2018. Sin embargo, el estudio afirma que aquella cifra continúa siendo baja si se compara con la cantidad de hogares monoparentales registrados en el Censo 2017 (para el año 2017 existían 717 732 hogares de este tipo). En cuanto a las escrituras públicas, las notarías no llevan registros especiales sobre ello, y no existen estadísticas al respecto. *Cfr.* Cámara de Diputados de Chile, 2019, p. 21.

Además, a partir de 2013, los progenitores pueden acordar el cuidado personal compartido, es decir, que el hijo viva tiempos similares bajo cuidados cotidianos de ambos progenitores. Conforme al artículo 225, inciso 2o. del Código Civil, el cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad. El tenor de la ley parece restringir esta modalidad sólo a la convención, descartando la atribución judicial de la misma.¹² Más adelante volveré sobre esto.

A las normas del Código Civil que regulan el acuerdo de los progenitores sobre el cuidado personal se debe agregar la establecida en los artículos 21, 27 y 55 de la Ley de Matrimonio Civil 19.947 de 2004, que permite pactar el cuidado personal compartido en el acuerdo que debe acompañarse a la solicitud de divorcio o de separación de mutuo acuerdo.

A este respecto cabe agregar que existe una práctica judicial del todo cuestionable; se trata de una tendencia que no aprueba cierto tipo de acuerdos referidos a cuidados personales. Así, respecto a la procedencia de la intervención del juez durante el proceso en que se esté buscando llegar a un acuerdo entre los progenitores, y considerando que la ley ya

¹² El Tribunal Constitucional chileno conoció de un recurso de inaplicabilidad de esta regla en fallo Rol No. 2.699-14, de 17 de junio de 2015. Al requirente le había sido denegada, *ad limine*, su solicitud de cuidado personal compartido ante el Tercer Juzgado de Familia de Santiago, debido a que esta figura sólo procedía ante el acuerdo de los progenitores. Ante ello, el requirente sostuvo que dicha decisión respondía a una errada interpretación y que implicaba una infracción a diversas disposiciones constitucionales y a lo dispuesto en el artículo 224 del Código Civil, en virtud del cual los padres tienen derecho a ejercer el cuidado personal de los hijos, aun cuando vivan separados. El Tribunal Constitucional sostuvo que "la atribución del cuidado personal del niño al progenitor con el que convive, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. Y, por lo demás, en el contexto fáctico en que la regla está llamada a operar —vida separada de los padres— no resulta irracional ni desproporcionado que el padre que viva con el hijo sea aquel al que la ley le atribuya su cuidado personal, sin dejar la cuestión en indeterminación, mientras los padres, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que en estas materias sensibles se les reconoce y cuyo ejercicio promueve el legislador, arriban a la formalización de algún acuerdo o, bien, recurren al tribunal competente para que zanje quién debe detentar dicho cuidado [...]" (considerando decimosexto).

establece la escritura pública y el acta otorgada por el Registro Civil para regular el cuidado personal compartido, se ha señalado que "hay quienes están en la postura de que al juez no le corresponde [aprobar los acuerdos establecidos en actas y escrituras públicas], ¿por qué no le corresponde? porque bueno, si es un equivalente a dos figuras que establece la ley para qué el juez va a tener que aprobarla si forma parte de la libertad de las partes para tomar esa decisión".¹³ Es cuestionable esta práctica porque una sospecha de validez o de innecesariedad debe ceder ante la promoción y protección de los acuerdos alcanzados.

Además, a partir de 2013, los progenitores pueden acordar el cuidado personal compartido, es decir, que el hijo viva tiempos similares bajo cuidados cotidianos de ambos progenitores. Conforme al artículo 225, inciso 2o. del Código Civil, el cuidado personal compartido es un régimen de vida que procura estimular la corresponsabilidad de ambos padres que viven separados, en la crianza y educación de los hijos comunes, mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad.

3. Concreción de criterios de atribución del cuidado personal

La Ley 20.680 introdujo una importante modificación a las reglas sobre atribución del cuidado personal de NNA. El artículo 225-2 del Código Civil vigente señala los criterios y circunstancias no taxativas a considerar en el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal en los juicios seguidos entre progenitores. Estos criterios deben ponderarse conjuntamente:

- a) La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.

¹³ Cámara de Diputados de Chile, 2019, pp. 56-57.

- b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.
- c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.
- d) La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso 5o. del artículo 229 del Código Civil.
- e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.
- f) La opinión expresada por el hijo.
- g) El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.
- h) Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.
- i) El domicilio de los padres.
- j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.

La incorporación de estos criterios ha sido, a mi juicio, la modificación más relevante de la Ley 20.680. El espíritu de esta reforma era, como lo señala su título, proteger la integridad del NNA ante la separación de sus progenitores. El propósito inicial del proyecto de ley era introducir el cuidado personal compartido como sistema de organización del cuidado supletorio o al menos proritario. Durante la discusión del proyecto, este propósito se fue ampliando hasta reformar estructuralmente las reglas del cuidado personal en general, dejando de centrarse en su modalidad compartida. Es por ello que esta ley, equívocamente conocida como de cuidado personal compartido en la jerga común, terminó siendo más bien un cuerpo normativo sobre cuidado personal y relación directa y regular.¹⁴

¹⁴ El Boletín No. 5.917-18 contenía una de las dos mociones parlamentarias que originaron la Ley 20.680. Esta moción proponía modificar el inciso primero del artículo 225 del Código Civil en el siguiente sentido: "Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en

Al incorporar estos criterios, el legislador chileno contribuyó positivamente a la determinación del interés superior del NNA en materias de cuidado personal y relación directa y regular, toda vez que ellos colaboran a su concreción ordenando pautas de análisis al juez o jueza. Con esto se siguió la tendencia proveniente del derecho anglosajón y del derecho catalán, entre otros países, y que sería recomendada por el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General núm. 14 de 2013.¹⁵

La Corte Suprema de Chile ha relevado la existencia de estos criterios y aclarado su consideración holística. En sentencia de 19 de febrero de 2020 resolvió el caso de un padre que presenta demanda de cuidado personal y de alimentos respecto de su hija, cuestión que es aceptada por el tribunal de primera instancia. Luego, el tribunal de segunda instancia (Corte de Apelaciones de San Miguel) revoca la sentencia en todas sus partes, al considerar que el padre no se encarga directamente de la hija,

principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y surgiere disputa sobre cuál padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos". Énfasis añadido.

¹⁵ Los párrafos 50 y 51 establecen: "50. El Comité considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustiva ni jerárquica que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño que lleve a cabo cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido. El carácter no exhaustivo de los elementos de la lista significa que es posible no limitarse a ellos y tomar en consideración otros factores pertinentes en las circunstancias específicas de cada niño o grupo de niños concreto. Todos los elementos de la lista deben ser tenidos en cuenta y ponderados con arreglo a cada situación. La lista debe ofrecer orientaciones concretas y, al mismo tiempo, ser flexible.

51. La elaboración de esa lista de elementos proporcionaría orientación a los Estados o los responsables de la toma de decisiones cuando tuviesen que regular esferas específicas que afectan a los niños, como la legislación en materia de familia, adopción y justicia juvenil, y, en caso necesario, se podrían añadir otros elementos que se considerasen apropiados de acuerdo con su propia tradición jurídica. El Comité desea señalar que, al añadir elementos a la lista, el fin último del interés superior del niño debería ser garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico. Por consiguiente, los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños." Énfasis añadido.

Cabe recordar que el Estado chileno había sido condenado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el Caso Atala e Hijas vs. Chile, en 2012, señalando que: "[...] la determinación del interés superior del niño [...] se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, en daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas [...]" (párrafo 109).

sino que lo hace su conviviente. Lo anterior lleva al demandante a presentar un recurso de casación en el fondo (es decir, anular la sentencia), dando cuenta de que, al establecer una preferencia injustificada en favor de la madre se ha infringido el principio de corresponsabilidad parental y la ponderación de los criterios legales existentes para su determinación, más allá de que los haya enunciado.

Conociendo de este recurso, la Corte Suprema declaró que la sentencia recurrida no había realizado un análisis acabado de todos los criterios del artículo 225-2 del Código Civil a la luz del interés superior de la niña, pues se había considerado únicamente que el padre no ejercía su cuidado diario, dejándola con su conviviente o familiares cercanos, a fin de contribuir económicamente a la familia. Además, la Corte aclaró que la madre cursaba estudios técnicos, lo que supondría encomendar, al igual que el padre, el cuidado de su hija a otras personas.

Finalmente, la Corte afirma que:

En efecto, el análisis conjunto de los elementos establecidos en el artículo 225 2 del Código Civil, sobre la base de los hechos que se dieron por acreditados en la sentencia impugnada, permite concluir que si bien ambos padres son aptos para la crianza de su hija y cuentan con habilidades parentales similares, sin que la niña manifieste una opción muy clara por mantenerse con uno u otro, deseando compartir con ambos en términos similares, lo cierto es que existen circunstancias que permiten concluir que el padre puede ofrecer condiciones más favorables al óptimo desarrollo de la niña, en particular, en lo relativo a la estabilidad y estructura que requiere en esta etapa de su ciclo vital, dado que la madre ha alterado su domicilio y núcleo familiar en dos oportunidades, al dejarla al cuidado del padre y, luego de unos meses, regresarla a su hogar, que comparte con diversos miembros de su familia de origen, entre ellos, un hermano a quien se vinculó con la situación de abuso en la esfera de la sexualidad vivida por M.; mientras que el padre, quien ha estado siempre presente en su

crianza y educación, la incorporó a una familia compuesta por su pareja, la hija de ésta, de edad similar a la niña, y el hijo nacido de la relación, donde, según se desprende de los antecedentes incorporados y de los dichos de la niña, ha recibido tanto cariño como reglas y disciplina, además de mantener un contacto fluido y regular con la progenitora, y con sus abuelos y otros miembros familiares por línea paterna y materna.¹⁶

Asimismo, el 23 de mayo de 2017, la Corte Suprema se refirió al impacto de la reforma de 2013 en los siguiente términos:

en tal circunstancia, los jueces del fondo cometen un error de derecho al interpretar la norma [inciso tercero artículo 225] en la forma en que lo han hecho, lo que ha tenido evidente influencia en lo dispositivo del fallo, desde que es posible observar que todo el razonamiento está orientado a ajustarse a tal predicamento, en el sentido de apreciar los distintos elementos probatorios bajo la mirada de si son suficientes para derrotar el criterio legal preferido, o alterar el estándar legislativo priorizado, en circunstancias que, como se ha dicho, no existe tal priorización o preferencia legal, en la medida que lo único que interesa es desentrañar con quién los niños habrán de estar mejor, es decir, cuál de los padres está en condiciones de proveer mejor a su interés superior, que no es otro que el que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad, concepto en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso.¹⁷

Este fallo sentó jurisprudencia al determinar que no existe una regla supletoria que haya venido a reemplazar la atribución preferente a la madre,

¹⁶ Corte Suprema de Chile, Rol 26.257-2018, considerando cuarto.

¹⁷ Corte Suprema de Chile, Rol 99.861-16, considerando quinto.

sino que el principio del interés superior del NNA es el que orienta la decisión judicial en este tipo de conflictos entre progenitores.¹⁸

4. Efectos del reconocimiento legal del principio de corresponsabilidad parental

La Ley 20.680 reconoció expresamente un principio del derecho de familia: el de corresponsabilidad parental.¹⁹ En el artículo 224, inciso 1o., del Código Civil se indica que: "Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos. Éste se basará en el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos".

Este principio ha importado una redefinición de la parentalidad ejercida tanto durante la vida en pareja de los progenitores como cuando se encuentran separados, constituyendo una orientación transversal para el desarrollo de las funciones paternas y maternas, cualquiera que sea el régimen que organiza el cuidado de los hijos. A mayor abundamiento, ha importado un cambio de paradigma cuando este derecho y deber está radicado solo en uno de los progenitores, pues enfatiza que no obstante esta unilateralidad, quien no es su titular debe ejercer activa, equitativa y permanentemente roles de crianza y educación.

La Corte Suprema de Chile, en sentencia de 18 abril de 2018, ha señalado que la finalidad última de este principio consiste en que el niño disfrute a ambos padres de la manera más natural, formadora, sana y afectiva posible, garantizando la mayor cercanía al criterio y expectativa de lo óptimo; considerando siempre su interés superior como objetivo fundamental, en lo que los padres deben cooperar y deponer sus propios beneficios.²⁰

¹⁸ Lathrop, 2017, pp. 323-336.

¹⁹ Lathrop, 2009, pp. 209-213.

²⁰ Corte Suprema de Chile, Rol 42.651-2017, considerando tercero de la sentencia de reemplazo.

Adicionalmente, ha señalado, en sentencia de 11 de marzo de 2020:

Con todo, conforme el tenor del inciso 1o. del artículo 224 del Código Civil, es el principio de la corresponsabilidad el que prima en el tema de que se trata, que apunta a la distribución de responsabilidades o al ejercicio mancomunado del cuidado personal, crianza y educación de los hijos, esto es, que insta a que ambos padres se comprometan y participen en forma activa, equitativa y permanente en dichas actividades aunque no haya vida en común, para procurar su mayor realización espiritual y material posible, por ende, tiene el carácter de principio informador en lo tocante a la crianza de la prole; surgiendo, como contrapartida, el derecho correlativo de los hijos a que sus progenitores velen por ellos.²¹

En suma, la reforma de 2013 repercutió estructuralmente en la concepción de las relaciones entre progenitores e hijos, entre progenitores propiamente, y entre éstos y sus familias más extensas; pero también en contextos extrafamiliares del NNA. Con ello, puede observarse un cambio en el razonamiento judicial, en la adopción de acuerdos parentales en contextos de separación, y en los términos de las conciliaciones y mediaciones; y, asimismo, en ciertas actuaciones administrativas que van direccionando en el ámbito educacional el ejercicio de la corresponsabilidad.

En cuanto a las *repercusiones judiciales*, un análisis realizado por la Corte Suprema de Chile da cuenta de la aplicación de la Ley 20.680.²² Entre las cifras que el estudio comenta se señala que la persona a quien se le entregó el cuidado personal del NNA en actas de mediación²³ aprobadas por Tribunales de Familia el año 2018, fue:

²¹ Corte Suprema de Chile, Rol 4.528-2019, considerando cuarto.

²² Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile, 2019.

²³ La mediación familiar fue introducida en Chile en el año 2005, asociada a los Tribunales de Familia que ese año se crearon en el país. Es obligatorio acudir previamente a esta instancia autocompositiva en materias de cuidado personal, relación directa y regular, y alimentos. Las demandas que versan sobre estas cuestiones deben acompañarse de un certificado que acredite haber realizado la mencionada mediación.

- A la madre en el 55%; al padre en el 25.4%; a la abuela en el 8.3%; al padre y madre, distribuyendo a sus dos hijos, en el 3.6%; a la familia extensa (no abuelo ni hermano) en un 2.6%; compartido en un 1.6%; a los abuelos maternos en un 1%; y a un hermano en un 0.5%.

Como puede apreciarse, la mayoría de los acuerdos adoptados por los progenitores en mediación otorgan el cuidado personal del hijo a la madre.

Por otro lado, del análisis de las 245 causas seleccionadas cuyo término correspondió a conciliación, se observa que se acordó entregar el cuidado personal:

- Al padre (32.6%), a la madre (29.3%), a la abuela materna o paterna indistintamente (17.4%), a la familia extensa (10.3%); en menor medida, se acordó el cuidado personal compartido del o los hijos o hijas (4.5%), o se entregó el cuidado personal al abuelo materno o paterno indistintamente (1.2%), al hermano (0.8%) o a la hermana (0.4%).

Es decir, en la mayoría de las conciliaciones se otorga el cuidado personal al padre varón.

Asimismo, la persona a quien se entregó el cuidado personal del NNA por sentencia definitiva el año 2018 es:

- El padre (21.9%), la madre (27.2%), la abuela materna o paterna indistintamente (26%), la familia extensa (7.7%), ambos progenitores en virtud del cuidado personal compartido del o los hijos o hijas (1.2%), el abuelo materno o paterno indistintamente (1.2%), y el hermano (1.2%).

Estos últimos datos son significativos pues evidencian que los tribunales que han dictado sentencia definitiva, si bien continúan atribuyendo en

mayor medida el cuidado personal a la madre, comparativamente, sólo lo es en cinco puntos porcentuales más que la atribución paterna. Esto da cuenta del impacto de la Ley 20.680 en el razonamiento judicial, en cuanto actualmente la norma a aplicar es neutra en términos de género de los progenitores. Asimismo, destaca el hecho de que el porcentaje de atribución materna sea sólo un punto porcentual más alto que el de la atribución a la familia extensa del NNA.

En todo caso, un estudio jurisprudencial arrojó que los tribunales de familia aún no llenan de contenido las cláusulas generales contenidas en los artículos 224 y 229, incisos tercero y cuarto, del Código Civil, por cuanto no establecen —dado el caso concreto que tienen que resolver— en qué forma el progenitor no custodio participa en la crianza y educación de sus hijos. En este sentido, los fallos estudiados establecerían una extensión temporal de la relación directa y regular de no más que cuatro o cinco días al mes, sin señalar la forma en que el progenitor no custodio participa en la crianza y educación de los hijos. La ley de 2013 estaría siendo aplicada de manera de establecer facultades y derechos prácticamente desnudos para tal padre o madre.²⁴

No puede dejar de mencionarse que los criterios judiciales han llegado a flexibilizarse de notable manera en cuanto a los titulares del cuidado personal, llegando a reconocer la función que ejerce la pareja de los mismos. En este sentido, cabe destacar el fallo en el cual se otorgó tal cuidado al padre para ser ejercido en conjunto con su pareja; el tribunal dispuso: "II.- Que, en consecuencia, se confiere el cuidado personal definitivo de la niña [...], [a] su padre [...], que en los hechos será ejercido en coparentalidad con doña E.C.A." (E.C.A. su pareja).²⁵

En cuanto a las *repercusiones extrajudiciales* de la reforma de 2013, en el plano administrativo se produjeron consecuencias positivas. Así, la

²⁴ Barcia, 2018, p. 505.

²⁵ Tribunal de Familia de Valparaíso, 24 de mayo de 2018. Se omiten mayores antecedentes de la causa para protección de la identidad e intimidad de las personas involucradas.

Superintendencia de Educación de Chile dictó una resolución que "Fija sentido y alcance de las disposiciones sobre derechos de padres, madres y apoderados en el ámbito de la educación", de 11 de enero de 2016. Al referirse al derecho a ser informado, a ser escuchado y a participar y asociarse, esta resolución señala:

Los padres y madres, o quienes gocen de la tuición o tengan la representación legal del alumno o alumna, de preferencia deben designar a una persona para que ejerza este derecho en las instancias establecidas, de conformidad a las disposiciones que la institución contemple en su reglamento interno, sin perjuicio de que, en aquellos casos en que no se formalice esta designación, ambos puedan ejercerlo indistintamente.

Al abordar la regulación y restricciones al ejercicio de estos derechos, establece que

[...] las resoluciones que se pronuncian sobre la relación directa y regular y de los padres y madres no custodios respecto de sus hijos e hijas en tanto no hagan referencia a situaciones de contexto escolar, no obligan a la institución en ningún caso, y no pueden ser invocadas por los interesados para hacer efectivo el cumplimiento de dicha resolución judicial, es decir, el padre o madre no podrá solicitar al establecimiento educacional consideraciones especiales para el cumplimiento del régimen de visitas en tanto no estén expresadas en la respectiva resolución judicial.²⁶

Antes de dictarse esta resolución, constituía una práctica el que la persona que tenía el cuidado personal del hijo —que pasaba a ser el único

²⁶ Superintendencia de Educación de Chile, Ordinario Circular 8CRD No.27, 11 de enero de 2016. Respecto de los derechos de padres o madres que no tienen la tuición de sus hijos, señala que: "[...] aunque no sean apoderados y no tengan el cuidado personal de sus hijos, están obligados a garantizar y respetar: a. su derecho a asociarse y a participar en las organizaciones de padres y apoderados. B. su derecho a participar en reuniones de apoderados. C. su derecho a tener acceso a los informes educativos del alumno de la misma forma que el padre o madre que está registrada como apoderado ante el establecimiento. D. su derecho a participar en actividades extraescolares, fiestas de fin de curso, paseos, primeras comuniones, día del padre y/o madre".

apoderado frente al establecimiento— excluyera al otro progenitor de las decisiones educacionales. La lógica exclusivamente unilateral del cuidado después de la separación confirmaba al padre varón en su función meramente proveedora, sin incidencia en la vida educativa, religiosa, sanitaria y cotidiana —salvo cuando se desarrollaban las "visitas"—.

Desde un punto de vista *sociológico*, al comparar ciertos datos estadísticos anteriores y posteriores a 2013, no es posible advertir transformaciones claras en las funciones familiares postseparación o postdivorcio.

En un plano general, en Chile, conforme a la Encuesta Nacional Bicentenario de 2007, un 64% de las personas estimaba que la familia se descuidaba si la mujer trabajaba a jornada completa. La misma encuesta, en el año 2019, indica que este porcentaje había disminuido a un 56% frente a la misma pregunta.²⁷ No obstante, según la Encuesta Nacional de Uso del Tiempo de 2015, mientras las mujeres cargan con el 42% de las horas destinadas como pareja al trabajo remunerado, asumen el 68% de las dedicadas al trabajo no remunerado. Es decir, las mujeres tienen jornadas más cortas en el mercado laboral que sus parejas; y aunque 9 de cada 10 hombres dedica algún momento del día a labores no remuneradas, no alcanzan a compensar la mayor carga que las mujeres asumen en el hogar.²⁸

Este mismo instrumento de medición arroja que las horas promedio dedicadas en un día al trabajo no remunerado en parejas heterosexuales adultas (24 a 59 años) que cohabitan y en que ambos están ocupados, es de 6.6 para la mujer y 3.2 para los hombres. En lo que se refiere estrictamente al trabajo doméstico, las mujeres aportan con el 70% de las horas destinadas como pareja, dedicándole 4.2 horas en un día tipo versus las 1.8 que aportan los hombres.²⁹

²⁷ Encuesta Nacional Bicentenario. Disponible en: «<https://encuestabicentenario.uc.cl/resultados/?slug=sociedad>» (Consultada el 20 de junio de 2020).

²⁸ Comunidad Mujer, 2017, p. 4.

²⁹ *Idem*.

La tasa de participación y horas promedio dedicadas a actividades de cuidado no remunerado del hogar, en parejas heterosexuales adultas (24 a 59 años) que cohabitan y ambos están ocupados, según sexo y perfil del sujeto de cuidado, es la siguiente: integrantes de 0 a 4 años, 4 horas en el caso de las mujeres y 1.9 en el del varón.³⁰

Estos estudios evidencian que las funciones familiares permanecen aún estereotipadas en el contexto social chileno. Es importante tener en cuenta este dato al analizar las razones por las cuales una figura más asociativa del cuidado de los hijos postseparación —el cuidado compartido— no ha permeado social ni jurídicamente como se esperaba. Finalmente, es relevante considerar esta falta de asociatividad, pues, como se ha señalado, los avances en materia de habilidades parentales sugieren que la corresponsabilidad familiar es un elemento clave para la adquisición de mayores grados de autonomía y sentido de eficacia de los progenitores (autoeficacia parental). Por lo anterior, la corresponsabilidad familiar es un factor de importancia para la mejora de las relaciones entre los progenitores y entre éstos y sus hijos. Al mismo tiempo, las interacciones en el medio familiar (incluida la distribución de responsabilidades en casa) producen el proceso en el cual se adquieren los principios básicos de convivencia social, el cual tiene repercusiones considerables en el mundo social-laboral de la persona y de la futura familia.³¹

5. La facilitación de la relación directa y regular como expresión de la corresponsabilidad parental

La ley chilena no reconoce derechos adicionales al de un régimen comunicacional en favor del progenitor que no ejerce el cuidado personal,³²

³⁰ *Idem.*

³¹ Gómez y Jiménez, 2015, p. 391.

³² Barcia, 2017, pp. 219-254; Barcia, 2018, pp. 469-512.

por lo cual, tal régimen constituye, en la mayoría de los casos, el único medio formalmente regulado que permite ejercer la corresponsabilidad parental. En familias con alta conflictividad, la relación directa y regular suele incumplirse cuantitativamente y/o cualitativamente, sea por el progenitor no custodio o por el progenitor custodio, verificándose en este último caso, lo que se denomina "obstaculización de la relación directa y regular".

A consecuencia de estos niveles de conflictividad, también se observa un aumento sostenido en la iniciación de causas por sustracción y consecuente restitución internacional de niños. La práctica indica que buena parte de hechos constitutivos de estos ilícitos se encuentran asociados a situaciones de incumplimiento de regímenes de cuidado personal y de comunicación.³³

Estos elementos demuestran la débil virtualidad práctica de los mecanismos de protección del régimen comunicacional y el escaso impacto disuasivo que presentan en contextos complejos de incumplimiento. En América Latina no existe intervención sistematizada sobre este tipo de conflictos, más allá de lo que dispone la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, debido a las dificultades en la comunicación y procedimientos que lleva adelante cada Autoridad de Aplicación nacional. Se pretendió llevar adelante un "Ley Modelo" para unificar criterios en los procesos de restitución, pero hasta la fecha no se han implementado este tipo de medidas.³⁴

³³ Según cifras proporcionadas por la profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Javiera Verdugo, abogada de la Oficina Internacional de la Corporación de Asistencia Judicial de Chile, las solicitudes de restitución, tanto entrantes como salientes, han aumentado de 39 en 2016 a 86 en 2019. Del 2016 al 2018, 59 de las demandas de sustracción que conoció la mencionada oficina fueron salientes, es decir, en que el niño o la niña debía volver a Chile. Según su experiencia, las solicitudes de restitución van en aumento año con año, cuestión que se explica por la alta conflictividad familiar presente, así como por el incremento de los procesos migratorios y de las familias transnacionales. Véase «<http://www.cajmetro.cl/cuenta-publica-de-la-corporacion-de-asistencia-judicial-de-la-region-metropolitana/>» (Consultada el 30 de junio de 2020).

³⁴ Disponible en: «<http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf>» (Consultada el 30 de junio de 2020).

En Chile, la Ley 20.680 de 2013 introdujo modificaciones en orden a fortalecer la protección del régimen comunicacional. Así, el artículo 229, inciso quinto, del Código Civil aspira a ello al establecer que "El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo preceptuado en este artículo". En este mismo sentido, la nueva redacción que la Ley 20.680 dio al artículo 225-2 d) del Código Civil ordena al juez, al momento de decidir sobre el cuidado personal del hijo, entre otros criterios y circunstancias: "La actitud de cada uno de los padres (progenitores) para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular; para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el artículo 229 inciso quinto."

La reforma de 2013 quiso promover el ejercicio de la responsabilidad parental favoreciendo al "progenitor amigable",³⁵ es decir, permitiendo al juez considerar que es más apto para ejercer el cuidado personal del hijo el progenitor que no obstaculiza la relación de los hijos con la persona que no convive con ellos. La obstaculización de la relación directa y regular entre el NNA y su progenitor no custodia atenta contra el principio del interés superior y el principio de corresponsabilidad parental.

En Chile, doctrinal y jurisprudencialmente se acepta como causa suficiente para atribuir el cuidado personal del NNA al progenitor que favorece más la coparentalidad, cooperando y garantizando el contacto con el padre o la madre no custodia.³⁶ Acuña ha desarrollado esta obstaculización como un ejercicio abusivo del cuidado personal.³⁷ Al referirse a la

³⁵ Este criterio es el denominado "friendly parent" por la doctrina anglosajona. Así, por ejemplo, en Estados Unidos, varios Estados consideran como factor para atribuir el cuidado personal, qué padre o madre está más dispuesto a permitir contacto frecuente con el otro progenitor. Por ejemplo, en Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375.(2)(6), de 28 de agosto de 2001 (actualizados por el Estado en 2013).

³⁶ Además, la legislación chilena establece la recuperación del tiempo perdido cuando ha mediado obstaculización, y la dictación de órdenes de arrestos o de multas proporcionales en el artículo 48 de la Ley de Menores 16.618, de 1967.

³⁷ Acuña, 2018, pp. 271-287.

buena fe que debe guiar el actuar de los progenitores, señala que este principio entraña la colaboración entre ambos al momento de ejercerse el derecho y deber de relación directa y regular con los hijos; ello atañe tanto a su titular formal como al que ejerce el cuidado personal. La colaboración implica que en el desarrollo del régimen comunicacional el progenitor no custodio deberá cuidar de no afectar la custodia del otro; su ejercicio no puede ser intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso. Por su parte, el progenitor cuidador debe respetar el derecho de relación, facilitando los contactos, posibilitando el ejercicio del derecho y abstenerse de conductas obstruccionistas.³⁸

Cuando se obstruye o limita este régimen se infringen los artículos 9 y 18 de la CDN, causando perjuicio a la formación integral del NNA, al privarle de una vivencia, contacto y referente relevante en su desarrollo. Desde las ciencias sociales se alude a la desparentalización como un proceso psicosocial impuesto, y asumido, que limita o inhibe, parcial o totalmente el derecho a ejercer la parentalidad, sin existir un justificante o un motivo.³⁹

³⁸ Estas últimas conductas pueden constituir incumplimiento total cuando impiden a todo punto el ejercicio del régimen de relación, por ejemplo, no entregando al NNA; o bien, cumplimiento imperfecto o defectuoso, en dos supuestos: al impedir que el ejercicio se efectúe adecuadamente del modo previsto (por ejemplo, retrasa la entrega, altera los días, no informa de situaciones imprevistas relativas al hijo); y cuando imposibilita que el ejercicio del derecho cumpla los fines a que está destinado, lo que materialmente no impide la relación pero la envenena (por ejemplo, no respeta la intimidad que supone la vinculación padre/hijo, crea un clima adverso, desvirtúa la imagen del padre). Cfr. Acuña, M., 2017, pp. 415 y 418.

³⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 421. El Comité de los Derechos del Niño, el 12 de marzo de 2020, emitió un dictamen refiriéndose a la obstaculización reiterada por parte de una madre custodia del contacto entre un padre varón y su hija. El dictamen recomienda: "a) Adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución inmediata y efectiva de las decisiones judiciales de manera amigable para los niños, con el fin de restablecer y mantener el contacto entre el niño o niña y sus padres; b) Capacitar a los jueces, los miembros de la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia y otros profesionales competentes sobre el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular y, en particular, sobre la observación general núm. 14 del Comité." En el párrafo 8.4 del examen de fondo estableció que: "La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio. Esas relaciones [...] son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes". En el párrafo 8.8 añadió: "Habida cuenta de lo anterior, el Comité considera que la falta de medidas efectivas adoptadas por el Estado parte para garantizar el derecho de la hija del autor a mantener relaciones personales y contacto directo con su padre de manera regular, privó a la niña

La Corte Suprema chilena, en sentencia de 30 de marzo de 2020, señaló a este respecto: "[...] Que la institución de derecho de familia que regula el artículo 229 del Código Civil está consagrada como un "derecho deber" [...] como a la progenitora que carece de su cuidado personal para relacionarse con ella y, con ello, ejercitar la corresponsabilidad; por lo tanto, la relación directa y regular tiene por objeto propender a la mantención periódica y estable del lazo familiar entre el hijo y su padre o madre que no ejerce su cuidado personal, que permita fomentar una relación cercana entre ellos, que está fundamentada en el vínculo de filiación que los une, razón por la que, la norma legal citada velando por el interés superior de la hija mandata que no debe ser obstaculizado por quien lo tiene a su cuidado, limitando su suspensión o restricción sólo en el evento que perjudique su bienestar, esto es, de manera excepcional, para cuyo efecto la decisión debe ser debidamente fundada".⁴⁰

Anteriormente, en sentencia de 5 de junio de 2018, resolvió que: el padre, que en la actualidad tiene su cuidado personal, no ha demostrado una actitud de cooperación con la madre, sino que, por el contrario, ha puesto obstáculos para que mantenga una relación directa y regular con el niño, sin que existan razones justificadas para ello. Lo anterior, es de suma importancia, porque al no garantizar una relación directa y regular entre ellos, perturba la estabilidad emocional del niño, quien para su pleno desarrollo requiere mantener una vinculación afectiva, cultivada a partir de una relación sana y cercana, con ambos padres.⁴¹

En fallo de 14 de febrero de 2019, la misma Corte señaló: "Que, en concepto de este tribunal, no resulta discutible la intensa conexión que existe

del disfrute de sus derechos en virtud de la Convención"; y que "las autoridades no cumplieron las órdenes del tribunal de manera oportuna y eficaz, y que no tomaron las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de esas órdenes para asegurar el contacto del autor con su hija". Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 30/2017 (Estado Parte: Paraguay). Énfasis añadido.

⁴⁰ Corte Suprema de Chile, Rol 4.963-2019, considerando quinto.

⁴¹ Corte Suprema de Chile, Rol 43.557-2017, considerando primero.

entre el interés superior del niño y la relación directa y regular tanto con el padre como con la madre y que, según lo que se tuvo por acreditado, es precisamente esa relación la que la madre obstaculizó mientras tenía a los niños bajo su cuidado, no así el padre". Aquí no se cuestiona el profundo amor que pueda sentir la madre por sus hijos; el problema es que, a pesar de ese sentimiento, mientras tenía la custodia, dados los hechos que se tuvieron por acreditados, se puede inferir que influyó para que tuvieran una percepción negativa del padre y obstaculizó de manera permanente y consistente el régimen comunicacional con él.

De esta manera, aun cuando fuera efectivo lo que se afirma en el considerando quinto de la sentencia de alzada, según el cual, ninguno de los dos —el padre y la madre— tiene ventajas evidentes y marcadas que lleven a preferirlo para otorgarle el cuidado personal, lo cierto es que resulta menester recordar la letra d) del artículo 225 2 del Código Civil; su tenor es el siguiente: «La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229».⁴²

En todo caso, cabe tener en cuenta que en situaciones complejas los tribunales chilenos se inclinan por establecer un funcionamiento detallado del régimen de contacto, con el fin de evitar conflictos futuros entre las partes. Asimismo, con tal fin se ordenan regímenes más rígidos que lo normal. Por su parte, los casos más recurrentes en los que se restringe o suspende este derecho-deber son los referidos a violencia intrafamiliar y los de vulneración grave de derechos de NNA, como cuando hay antecedentes de abuso sexual por parte del progenitor que no ejerce el cuidado personal o por parte de alguna persona con quien éste conviva. En estos casos de grave conflictividad, el régimen de comunicación puede quedar supeditado al cumplimiento de alguna terapia u otra obligación impuesta

⁴² Corte Suprema de Chile, Rol 14.794-2018, considerando sexto.

por el tribunal; o puede ordenarse que para la materialización del régimen se acuda a casas de parientes o de terceros neutrales.⁴³

6. El cuidado personal compartido como expresión de la corresponsabilidad parental

6.1. Chile

La parentalidad corresponde a la capacidad práctica que posee una persona (padre o madre, en principio) para atender las necesidades de sus hijos, asegurar su protección, educarlos y facilitar su proceso de socialización.⁴⁴ Al producirse la separación de los progenitores de un NNA, el modo en que se ejerce esta capacidad varía, pues las circunstancias fácticas cambian: comúnmente deja de compartirse la misma vivienda, con lo que se ven afectadas las rutinas y los espacios de comunicación. La ruptura de la pareja no importa, o más bien no debería importar, una afectación negativa de la responsabilidad parental; de hecho, los vínculos afectivos y los cuidados entre progenitores e hijos podrían fortalecerse.

Como señalé, al impulsarse la reforma chilena de 2013, el proyecto de ley que dio lugar a la Ley 20.680 buscaba que el cuidado personal compartido se transformara en la regla general de organización del sistema de vida cotidiano del NNA cuando sus progenitores viven separados, en el entendido de que ello era lo más aconsejable para su bienestar.⁴⁵

Al interpretarse que este modelo compartido de organización procede sólo previo acuerdo de los progenitores, los tribunales no lo ponderan

⁴³ Lathrop, 2013, pp.129-135.

⁴⁴ Acuña, 2018, p. 11.

⁴⁵ El Boletín No. 5.917-18 contenía una de las dos mociones parlamentarias que originaron la Ley 20.680. Esta moción proponía modificar el inciso primero del artículo 225 del Código Civil en el siguiente sentido: "Si los padres viven separados, el cuidado personal de los hijos corresponderá en principio a ambos padres en forma compartida. Si no hubiere acuerdo en adoptar el cuidado compartido y *surgiere disputa sobre cuál padre tendrá la tuición, el juez decidirá a solicitud de cualquiera de ellos cuál de los padres tendrá a su cargo el cuidado personal de los hijos*". Énfasis añadido.

siquiera como alternativa —a lo más, pueden propender a las partes a llegar a ciertos acuerdos en tal sentido— cuando una de las partes lo solicita fundadamente; por ejemplo, si venía desarrollándose compartidamente el cuidado cotidiando antes de gatillarse el juicio (muchas veces encubierto como un régimen de relación directa y regular amplio).⁴⁶ El progenitor que se resiste a adoptar esta figura tiene un arma potente para sostener su negativa: hasta el momento, ni aun cuando el tribunal lo estima conveniente para el interés superior del hijo en un caso en concreto, puede fijarla como modalidad.⁴⁷

⁴⁶ En el Boletín No. 5.917-18, el cuidado personal compartido operaba como regla de aplicación general, legal y supletoria; el cuidado unilateral se atribuía en caso de disputa a través de sentencia judicial. En el Boletín No. 7.007-18 se permitía pactar la modalidad compartida y, a falta de acuerdo, decidía el juez, es decir, se entendía que podía también establecerla. Luego, en una indicación sustitutiva del Poder Ejecutivo de 30 de marzo de 2011 (oficio 001.359/), se establecía la posibilidad de que el juez atribuyera el cuidado personal compartido como sanción al progenitor que convive con ellos en caso de que obstaculizara la relación directa y regular con el no custodio o cuando realizara falsas denuncias o demandas a fin de perjudicarlo. Sin embargo, esta situación cambió a partir de las indicaciones sustitutivas presentadas por el Poder Ejecutivo el 20 de diciembre de 2011 (oficio 426-359/), que fueron acogidas por unanimidad en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, y cuyas razones fueron resumidas por la señora Diputada Marisol Turres, informante de la Comisión durante la discusión en particular en sala de la Cámara de Diputados: "se elimina la facultad del juez de entregar el cuidado personal de los hijos menores a ambos padres, ante situaciones de obstaculización del régimen de relación directa y regular o ante denuncias falsas de diversa índole. Al respecto se estimó que establecer como sanción el cuidado personal compartido contradice la lógica asociativa, que es sustancial a esta modalidad de cuidado personal. Asimismo, ignora el mínimo reconocimiento de las aptitudes parentales que este régimen requiere para su buen funcionamiento". A partir de ese momento, no se volvió a discutir sobre las facultades del juez para fijar un régimen de cuidado personal compartido; quedando manifestada en forma expresa, durante el trámite en comisión mixta, la idea de que el cuidado personal compartido "sólo puede proceder por acuerdo de los padres, ya que, si ellos no se pueden poner de acuerdo en lo macro, menos podrán hacerlo en cuestiones cotidianas. En caso de desacuerdo, se debe reemplazar la actual regla supletoria a favor de la madre, debiendo establecerse que el juez confíe el cuidado del hijo al padre o la madre. En consecuencia, no es posible obligar los padres a ejercer el cuidado personal de los hijos por disposición legal, así como tampoco por sentencia judicial." (Informe de Comisión Mixta. Senado. 10 de junio de 2013. Cuenta en Sesión 36. Legislatura 361). Un resumen de la historia de la Ley 20.680 en este y otros de sus aspectos puede consultarse en Mesías, J. (2017, pp. 76 y ss).

⁴⁷ En mi opinión, las normas internacionales sobre la materia, contenidas, entre otras, en los artículos 9 y 18 de la CDN permitirían al juez establecer esta figura, al menos, a solicitud de uno de los progenitores. La ponderación judicial dirigida a la satisfacción del interés superior del hijo no puede quedar limitada de forma tan rígida por el legislador. El derecho de familia es, en esencia, un derecho de principios. En la doctrina chilena se han levantado críticas. Así, se señala que la regla operativa del cuidado personal en el Código Civil, al suponer un "previo acuerdo", actúa como "stopper" o bloqueador automático del sistema legal de cuidado personal compartido y con ello viola el sistema constitucional chileno y los Tratados de Derechos Humanos. *Cfr.* (Barcia, R., 2014, p.45). También se

Entre las críticas levantadas desde la doctrina a la forma en que se reguló el cuidado personal compartido y, particularmente, al modo en que tal regulación se aplica, destacan: que el acceso a la figura sea exclusivamente convencional, que no se haya restringido su determinación en casos de violencia intrafamiliar, que nada haya dicho sobre la subsistencia de los alimentos y de la relación directa y regular cuando se opta por este modelo, y la ausencia de mecanismos de control judicial del acuerdo parental (a diferencia de lo que ocurre si hay separación, divorcio y mediación).⁴⁸

Así las cosas, el cuidado personal compartido no tuvo el impacto que se esperaba como mecanismo de distribución de tiempos cotidianos con el hijo pero sí en términos de socialización y difusión del principio de corresponsabilidad parental. Un fallo dictado por la Corte Suprema, de 4 de septiembre de 2014 —a poco tiempo de implementarse la reforma de 2013—, aclaró que no existía un régimen de corresponsabilidad parental, pues ésta era más bien un principio y no un derecho.

La Corte señaló: "La 'corresponsabilidad' a que alude el artículo 229 del Código Civil no es que importe —como se pretende— el establecimiento de un determinado "régimen" de parte del juez familiar, ya que, en realidad, constituye un principio jurídico que propende a la participación de ambos padres en el ejercicio de los derechos y deberes que comprende la autoridad parental, esto es, que ambos padres asuman en común ciertas funciones en relación con los hijos, como las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación".⁴⁹

ha dicho que esta norma priva a los jueces de una poderosa herramienta para estimular los acuerdos entre los padres. *Cfr.* (Tapia, M., 2014, p. 3).

⁴⁸ Illanes, 2016, pp. 139-152.

⁴⁹ Corte Suprema de Chile, Rol 21.334-2014, considerando tercero. En este mismo sentido, se ha señalado: que la corresponsabilidad parental es un principio y no una regla de atribución del cuidado personal: "Cuidado personal compartido y corresponsabilidad tienen una estrecha relación. La tuición compartida es una forma de ejercitar la corresponsabilidad parental después de la separación. Pero ambos conceptos no se identifican. La corresponsabilidad no exige cuidado compartido como único régimen posible de tuición durante la separación. La corresponsabilidad puede ejercitarse de diversas formas. Por ejemplo, mediante tuición exclusiva (del padre o la madre) y patria potestad conjunta. Mediante tuición exclusiva (del padre o la madre), relación directa y regular

Sin duda, en un gran número de casos las esperanzas de los progenitores que dejan la vivienda familiar producto de la separación son dar continuidad a la situación que se desarrollaba previamente, es decir, intentar mantener un contacto personal con el hijo en cuya compañía ya no viven lo más frecuente posible, de la manera más similar a como se venía desarrollando la vida en compañía con el hijo antes del quiebre.

En las últimas décadas se ha comenzado a demandar en América Latina el reconocimiento legal de una serie de cambios producidos en la estructura familiar, como lo es la función del padre varón en el cuidado de los hijos y, por supuesto, el cuidado personal compartido. Pocas legislaciones latinoamericanas han reconocido estas figuras y, en los casos en que lo ha sido, mayoritariamente debe ser acordada sin que pueda ser impuesta por el juez aun a petición de una sola de las partes.⁵⁰

En cuanto a la aplicación de estas nuevas figuras, podemos afirmar que existen inconveniencias al determinar qué ámbitos son los que se comparten: crianza o residencia y, en este último caso, la medida de la alternancia. Ello, a pesar del esfuerzo por adecuar la legislación interna al interés superior y al principio de igualdad y corresponsabilidad parental.

El reconocimiento de esta figura, conocida como "coparentalidad" en varios de estos países, tiene su explicación en que hombre y mujer están compartiendo progresivamente ámbitos que históricamente habían sido espacios exclusivos de uno u otro. La participación laboral femenina ha aumentado en todos los países de la región, cuestión que ha redefinido las funciones que se cumplen en el seno de la familia y conducido hacia la disolución paulatina y progresiva de los "binomios" mujer-hogar y progenitor-proveedor. A su vez, puede observarse una creciente preocupa-

(del hijo con el padre o madre privado del cuidado personal), y patria potestad conjunta o exclusiva." (Rodríguez, M., 2014, p. 80).

⁵⁰ En este sentido, se ha señalado que los países de la región debería transitar hacia la generalización del cuidado personal compartido como régimen primario, no sólo convenido por los progenitores sino también imponible por el juez. Véase Chechile, A. 2007, pp. 293-313.

ción de los padres (varones) por mantener un contacto más fluido con sus hijos.⁵¹ Sin embargo, datos estadísticos —como demandas por cuidado personal, régimen de comunicación y alimentos, y cifras sobre el uso del tiempo libre— demuestran la tensión existente entre ciertas demandas progresivas de algunas organizaciones sociales y la verdadera asunción de roles que se sostiene estar generándose en la familia. Resulta pertinente confrontar la legitimidad de estas reivindicaciones con la efectiva coparticipación en el desarrollo de las funciones parentales: aunque se observa una mayor participación de los varones en las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, los datos siguen siendo elocuentes en cuanto a la fuerte asignación femenina de estas labores.

En este sentido ¿es el cuidado personal compartido el régimen ideal para organizar la vida cotidiana del hijo cuyos progenitores viven separados? Creo que transcurridos siete años desde la reforma chilena es conveniente procurar una respuesta a esta interrogante.

El estudio que evalúa la aplicación de la Ley 20.680 concluye que existe poca claridad y exhaustividad en la redacción de los acuerdos sobre cuidado personal, lo que guarda relación con la ausencia de una planificación detallada sobre las fechas y periodos en que cada padre o madre se ha comprometido a estar con su hijo, lo que generaría conflicto entre los padres, sobre todo al momento de determinar periodos de vacaciones y celebraciones como navidades y cumpleaños.⁵² Asimismo, el estudio señala que existe un escaso conocimiento en materias de cuidado personal compartido, desde lo que significa este tipo de régimen hasta el mecanismo por el que se puede determinar y regular. Por otra parte, al referirse a las instituciones a cargo de establecer este régimen —Servicio de Registro Civil e Identificación y Notarías—, se criticó específicamente que el primero no se encontraría suficientemente capacitado para la ejecución del procedimiento que implica el establecimiento del cuidado

⁵¹ Lathrop, 2009, pp. 209-213.

⁵² Cámara de Diputados de Chile, 2019, p. 100.

personal compartido, en atención a la falta de conocimientos de su personal para extender las actas que lo regulan, mientras que el problema del segundo se presentaría en razón de los costos que implica realizar este tipo de procedimiento en una notaría.⁵³

6.2. Breve mirada comparada

¿Qué ha ocurrido en otros continentes? En Estados Unidos —donde se encuentra el origen del sistema compartido de custodia—, Francia, Alemania, España, Italia, Suecia, Holanda, Australia y Bélgica, entre otros, se han llevado a cabo reformas que introducen este modelo o bien que lo modifican, utilizando distintas fórmulas legales. En algunos países se hace mención expresa a este régimen como una de las posibilidades de organizar la convivencia (legislación nacional en España); en otros existe un llamado legal a la "valoración judicial prioritaria" del mismo (Italia); en algunos mas se utiliza la técnica legislativa de mencionarlo como primera opción (Francia); o bien, es prácticamente un modelo supletorio (gran parte de Estados Unidos y Australia). En ciertos países, como Canadá, Dinamarca, Hong Kong, Portugal, y en ciertos estados de Estados Unidos, se reclama un modelo de parentalidad compartida sobre la base de un "derecho" a la custodia compartida.⁵⁴

Mavis Maclean ha construido una importante tesis sobre este asunto. En primer lugar, ha detectado que en los Estados Unidos (donde se ha realizado la mayor parte de las investigaciones relevantes acerca de esta interrogante), las expresiones "custodia física compartida", "residencia dual", "residencia alternada" y "colocación física compartida" son usadas para describir acuerdos de tiempo compartido. No obstante, estos conceptos rara vez representan acuerdos de tiempo compartido 50/50; en lugar de ello, las investigaciones generalmente han definido el tiempo de parentalidad compartido como un acuerdo en el cual los niños están con

⁵³ Cámara de Diputados de Chile, 2019, p. 98.

⁵⁴ Lathrop, 2008, pp. 287-288.

cada progenitor entre 30% y 50% del tiempo. En este mismo sentido, la mayoría de las investigaciones australianas definen el cuidado compartido como "aquel en que los niños pasan 35-65% de las noches con cada uno de los progenitores".⁵⁵

Entonces, como punto de partida para responder a nuestra pregunta, y para continuar explicando la tesis de Maclean, debemos afirmar que Chile se inscribe también en esta serie de países que conciben el cuidado compartido del NNA de una manera más cercana a la similitud de tiempos.⁵⁶ Cuando se opta por una flexibilidad mayor, se pactan regímenes comunicacionales más amplios, dejando el cuidado personal atribuido unilateralmente a uno de los progenitores.⁵⁷

Al responder la pregunta sobre ¿cuándo les va mejor a los hijos de padres separados? Maclean señala que las investigaciones realizadas sugieren que los intereses de los NNA después de la separación de sus progenitores están fuertemente relacionados con la calidad de la parentalidad que reciben, la calidad de la relación entre ellos, y con recursos prácticos como una vivienda adecuada e ingresos, y no tanto con algún patrón de cuidado o cantidad de tiempo.⁵⁸

En cuanto a si son o no practicables los regímenes de cuidado personal compartido, Maclean señala que las investigaciones, avaladas incluso por las propias opiniones de los NNA, muestran que los acuerdos de tiempo compartido funcionan bien cuando se centran en el NNA y son

⁵⁵ Maclean, 2017, pp. 165-166.

⁵⁶ Así, por ejemplo, el 9 de enero de 2014, el Primer Juzgado de Familia de Santiago aprobó una transacción sobre cuidado personal, patria potestad, alimentos y relación directa y regular, en que tanto la primera como segunda función parental eran ejercidas conjuntamente. Luego, en noviembre de 2016, el tribunal dio lugar al divorcio de común acuerdo solicitado por las partes, aprobándose el acuerdo de relaciones mutuas exigido por la ley; este acuerdo reiteraba la modalidad compartida con alternancia semanal de los cuatro hijos entre las residencias materna y paterna pactado en 2014. Otros acuerdos de cuidado personal compartido siguen otro tipo de distribución de residencias (no se indican las individualizaciones de las causas para resguardar la identidad de las personas involucradas).

⁵⁷ Lathrop, 2013, pp. 125 y ss.

⁵⁸ Maclean, 2017, p. 174.

flexibles y cooperativos, y que casi siempre se realizan mediante acuerdo privado sin la participación de abogados ni tribunales.⁵⁹

Las investigaciones muestran que los factores que hacen que el tiempo de parentalidad compartido sea difícil para los niños están relacionados a altos niveles de conflicto parental permanente, violencia y abuso intra-familiar, y rigidez.⁶⁰

Maclean señala que más que la equidad exacta del tiempo que se comparte con los hijos(as), las investigaciones demuestran consistentemente que el interés superior de los niños está estrechamente relacionado con capacidades y habilidades parentales y con recursos prácticos, tales como vivienda e ingresos adecuados; y que el éxito de las modalidades de cuidado compartido depende de las características de las familias que lo acuerdan más que de exigencias legales; el desafío crucial es, entonces, identificar maneras de asistir a los progenitores separados para que acuerden cuidadosamente el régimen, ubicando las necesidades cambiantes de los hijos(as) por sobre sus propias opiniones.⁶¹

No se han emprendido aún en Chile estudios completos que evalúen el impacto sociojurídico del cuidado personal compartido, por lo que, hasta el momento, no es posible determinar la frecuencia con que se adoptan acuerdos en tal sentido ni los términos en que se organiza este sistema de cuidado. Sí podemos afirmar que un acuerdo completo y suficiente de relaciones mutuas construido colaborativamente por las partes es un buen punto de partida para el ejercicio de la corresponsabilidad parental postseparación. En efecto, en algunas realidades latinoamericanas se han adoptado experiencias comparadas que regulan los denominados planes de parentalidad. Estos planes son, precisamente, expresión de lo que Maclean comenta: la asistencia que los progenitores reciban para llegar a

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 176-177.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 181-182.

⁶¹ Maclean, 2017, pp. 196-198.

los acuerdos sobre parentalidad después de su separación es determinante para el interés del NNA.⁶²

7. Conclusiones

El aspecto más valioso de la reforma de 2013 introducida en el Código Civil chileno ha sido la incorporación de criterios legales que ayudan a objetivizar la decisión del juez tanto en cuestiones de cuidado personal de NNA como de relación directa y regular. Estos criterios han servido también para orientar la adopción de acuerdos entre progenitores, buscando soluciones colaborativas y pertinentes a la realidad familiar. Asimismo, es posible determinar que la consagración del principio de corresponsabilidad parental colabora en la argumentación y decisión de casos en que los progenitores buscan un mayor involucramiento y participación en la vida del NNA; de manera que la atribución preferente y supletoria a la madre, derogada en 2013, ha sido reemplazada por una lógica de adjudicación centrada en los intereses del NNA y su derecho a ser oído.

No obstante, la reforma emprendida ha presentado falencias con el paso de los años, fundamentalmente, por la ausencia de reglas claras sobre el cuidado personal compartido, por una interpretación literal que impide que el juez lo regule a petición de una de las partes y, particularmente, por la debilidad de los mecanismos de control y cumplimiento de los regímenes de cuidado y de comunicación. Por su parte, existen aún derechos y deberes que reconocer positivamente al progenitor no custodio, tales como el de obtener información y ofrecer colaboración al que ejerce la custodia. Un buen instrumento para alcanzar acuerdos sostenibles en el tiempo y beneficiosos para el NNA son los planes de parentalidad, regulados en otros continentes y de poca difusión en América Latina todavía.

En todo caso, es posible concluir que no existe un modelo único exitoso de organización del cuidado de los hijos post-separación, más bien el modo

⁶² Acuña, 2018, p. 123.

en que se regula esa organización, la forma en que se articulan las soluciones y el protagonismo que el interés del NNA tiene en ello, son esenciales para alcanzar un bienestar familiar aceptable. A su vez, las mejoras no pasan sólo por modificar las leyes, pues se requiere que el Estado impulse políticas de coparentalidad centradas en la asistencia e información a los progenitores que se encuentran en conflicto. Equipos y herramientas colaborativas con enfoques interdisciplinarios, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial, son claves para alcanzar un mayor y mejor compromiso parental. Paralelamente, la promoción de asignaciones de funciones de cuidado y crianza libres de estereotipos de género y de otra índole pavimentará el camino hacia lógicas parentales más asociativas.

Bibliografía

Acuña San Martín, M. (2018), *El cuidado personal de los hijos*, Santiago de Chile: Thomson Reuters.

_____ (2017), "Modificación del cuidado personal de los hijos por obstaculizar el ejercicio del derecho de relación directa y regular", en Guzmán Brito, A., (ed.), *Aportaciones adicionales a los nuevos horizontes en el derecho privado*, Santiago de Chile: Universidad Católica del Norte, pp. 411-432.

Barcia Lehmann, R. (2018), "La evolución de la custodia unilateral conforme a los principios de interés superior del niño y corresponsabilidad de los padres", *Ius et Praxis*, 24(2), pp. 469-512.

_____ (2017), "Hacia una mirada integral del derecho de la infancia: deberes y facultades del padre no custodio en el derecho chileno", *Revista de Derecho Privado*, (32, enero-junio), pp. 219-254.

_____ (2014), *Informe en Derecho sobre inconstitucionalidad de la asignación del cuidado personal*, presentado en Tribunal Constitucional en causa Rol 2.699.

- Chechile, A. M. (2007), "Derecho del hijo a la responsabilidad de ambos padres en su crianza y educación", en Grosman, C., (dir.), y Herrera, M. (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Buenos Aires, Lexis Nexis, pp. 293-313.
- Comunidad Mujer (2017), *Mujer y trabajo: Uso del tiempo y la urgencia por compartir las tareas domésticas y de cuidado*, (38, marzo), pp. 469-512.
- Espejo, N. y Lathrop, F. (2014), "Relaxation and dissolution of marriage in Latin America: Trends and challenges", en Eekelaar, J., (ed.), *Routledge Handbook of Family Law and Policy*, Oxford, Routledge, pp. 133-137.
- Gómez Urrutia, V. y Jiménez Figueroa, A. (2015), "Corresponsabilidad familiar y el equilibrio trabajo-familia: medios para mejorar la equidad de género", *Polis, Revista Latinoamericana*, 14(40), pp. 377-396.
- Herrera, M. y Lathrop, F. (2017), "Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana", *Revista de Derecho Privado*, (32, enero-junio), pp. 143-173.
- Illanes Valdés, A. (2016), "Incoherencias del régimen de custodia compartida introducido por la Ley 20.680 con los principios orientadores de la reforma", en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción, (ed.), *Estudios de Derecho Civil XI*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 139-152.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2012), "La guarda compartida. Una visión comparativa", *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, (edn. Especial).
- Lathrop Gómez, F. (2017), "Cuidado Personal y Copaternidad: Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 23 de mayo

de 2017 (Rol No. 99.861-16)", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 24(2), pp. 323-336.

_____ (2015), "Protección interdisciplinaria de los regímenes de relación directa y regular: los puntos de encuentro familiar", en Fernández, S., (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, niñas y Adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 797-810.

_____ (2013), *Cuidado Personal y la Relación Directa y Regular. Estudio exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot/Thomson Reuters.

_____ (2009) "La corresponsabilidad parental", en Varios Autores, *Estudios de Derecho Civil IV. Sextas Jornadas de Derecho Civil. Olmué, Santiago de Chile*, Santiago de Chile: Legal Publishing, pp. 209-213.

_____ (2008) *Custodia compartida de los hijos*, Madrid: La Ley.

Maclean, M. (2017), "El cuidado de los niños después de la separación de sus padres: ¿Ayuda a los niños la legislación sobre tiempo de parentalidad compartida?", en Espejo, N., y Lathrop, F., (coords.) *Responsabilidad Parental*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 165-166.

_____ (2007), "Introduction: Conflicted Contact between Parents and Children after Separation", en Maclean, M., (ed.), *Parenting after Partnering: Containing Conflict after Separation*, Oxford y Portland, Hart Publishing, pp. 1-7.

Mesías Toro, J. (2017), *Análisis crítico del cuidado personal compartido conforme a la Ley No. 20.680: ¿interés del hijo o de los progenitores?*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

y Sociales, Universidad de Chile. Profesora Guía: Dra. Fabiola Lathrop Gómez.

Roberts, C., Fehlberg, B., Maclean, M., Smyth, B. (2011), "Caring for children after parental separation: would legislation for shared parenting time help children?", University of Oxford-Department of Social Policy and Intervention, (Family Policy Briefing 7, May), pp. 1-16.

Rodríguez Pinto, M. S. (2014), "Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley No. 20.680 de 2013", *Revista de Derecho de Familia*, 1(1), pp. 75-101.

Tapia Rodríguez, M. (2014), "Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos", *Revista de Derecho de Familia*, pp. 477-491.

Fallos, leyes, y otros

Cámara de Diputados de Chile (2020), *Evaluación de la Ley 20.680*, enero.

Comité de los Derechos del Niño (2020), Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación núm. 30/2017.

Corte Suprema de Chile

- Rol 510-2009.
- Rol 2.699-14.
- Rol 21.334-2014.
- Rol 99.861-16.

- Rol 42.651-2017.
- Rol 43.557-2017.
- Rol 14.794-2018.
- Rol 26.257-2018.
- Rol 4.528-2019.
- Rol 4.963-2019.

Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile (2019), *Descripción de casos de Cuidado personal terminados por mediación, conciliación y sentencia*. Disponible en: «<http://decs.pjud.cl/articulo-descripcion-de-casos-de-cuidado-personal-terminados-por-mediacion-conciliacion-y-sentencia/>» (Consultada el 30 de junio de 2020).

Encuesta Nacional Bicentenario. Disponible en: «<https://encuesta.bicentenario.uc.cl/resultados/?slug=sociedad>» (Consultada el 20 de junio de 2020).

Informe de Comisión Mixta. Senado, 10 de junio de 2013, Cuenta en Sesión 36. Legislatura 361.

Ley de Matrimonio Civil, Chile.

Ley de Menores 16.618, 1967. Chile.

Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños. Disponible en: «<http://by.com.uy/oea.org/wp-content/uploads/2011/12/ley-modelo.pdf>» (Consultada el 30 de junio de 2020).

Missouri Revised Statutes, chapter 452, Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, Section 452.375. (2)(6), de 28 de agosto de 2001 (actualizados por el Estado en 2013).

Observación General núm. 14 del Comité de Derechos del Niño, de 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14).

Superintendencia de Educación de Chile, Ordinario Circular 8CRD No. 27, 11 de enero de 2016.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Agosto de 2021.

Este libro es resultado de la continuidad al trabajo de investigación comparada sobre derecho constitucional familiar impulsado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México. Desde el año 2019, el Centro ha venido impulsando una reflexión teórica y crítica sobre las prácticas jurisdiccionales en materias normadas por el sistema constitucional y el derecho familiar. Si en la publicación *La Constitucionalización del Derecho de Familia* se buscaba dar cuenta de las diversas formas en que las relaciones familiares han pasado a ser una materia de especial preocupación constitucional, la presente obra entra en un campo de especial interés para este debate: las relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos e hijas.

Los trabajos aquí contenidos dan cuenta de una suerte de desplazamiento progresivo del eje de las relaciones parento-filiales: desde la potestad o poder paterno, hacia el ejercicio equitativo y permanente —entre padres y madres— de una responsabilidad específica por el cuidado y bienestar integral de sus hijos e hijas. Este desplazamiento consolida una tendencia, ya de larga data, respecto a la disminución y recomposición de los antiguos poderes omnimodos concedidos históricamente al padre sobre sus hijos. En su concepción moderna, representada en varios ejemplos del derecho comparado que se revisan en esta obra, las facultades, autoridades o derechos parentales no desaparecen, pero se justifican y ejercen en función de la protección de los derechos de los niños y las niñas y su desarrollo holístico. Esto resulta imprescindible para comprender la noción misma de parentalidad y su relación con los derechos fundamentales, en un sistema constitucional y democrático de derecho.

