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.

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 vinculo 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»
[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 Igualdad[11] 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 conexos, 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 AG[23] 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 1987[41] 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 momento[45] 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 niña 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 Familiares[53] 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 período.

[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 31[62] 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 redunda 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 redunda 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 or 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, TREOIR, 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 Pubishing, Great Britain.

Debates del Comité Gubernamental

Tithe an Oireachtais 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)]

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.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

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 recomprensión 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 imprescindible para comprender la noción misma de parentalidad y su relación con los derechos fundamentales, en un sistema constitucional y democrático de derecho.

Suprema Corte
de Justicia de la Nación