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.

CAPÍTULO VIII
Derechos, responsabilidades parentales y la Constitución de Sudáfrica*

Julia Sloth-Nielsen**
Rachel Sloth-Nielsen***

* Artículo original "Parental Rights and Responsibilities and the Constitution of South Africa", traducido al español con autorización de sus autores por el Centro de Lenguas Extranjeras y Traducción. S.C.

** Es profesora de Derecho Público y Jurisprudencia en la Universidad de Western Cape, Sudáfrica, y profesor de Derechos del Niño en el Mundo en Desarrollo, Universidad de Leiden. Se desempeñó durante un período de cinco años como miembro del Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño y ocupa varios cargos como miembro de los consejos editoriales de revistas académicas.

*** Investigadora en el campo del derecho, con foco en derechos de la población LGBTI y el derecho de familia. BA LLB (Stel) y LLM (Cape Town). Estudiante de Doctorado, Universidad de Oxford.

Resumen

Este capítulo comienza con una descripción general del estado del matrimonio y el divorcio en Sudáfrica, señalando que la Constitución permite el reconocimiento de las formas de matrimonio civiles, religiosas y consuetudinarias. A continuación, se examina el impacto de varios derechos constitucionales en las responsabilidades y derechos de los padres, en particular la cláusula de igualdad (artículo 9), el derecho a la dignidad (artículo 10) y la cláusula de derechos del niño y la niña en el artículo 28. El impacto del constitucionalismo en la adquisición de los derechos y responsabilidades de los padres es el punto de partida de la discusión sustantiva. Se revisa la posición de las madres, los padres, los padres adoptivos, los padrastros y los involucrados en la inseminación artificial. A continuación, se discuten los cambios constitucionales relacionados con el ejercicio de las responsabilidades y derechos de los padres, en particular en la sentencia reciente sobre la constitucionalidad de la defensa de castigo razonable previamente disponible para los padres al disciplinar a sus

hijos. También, se discute la jurisprudencia reciente sobre el registro de nacimientos (qué padre puede registrar esto bajo qué circunstancias), aunque la trayectoria de este litigio aún no se ha completado en la Corte Constitucional. Del mismo modo, se alude a los recientes litigios sobre la obligación de los padres de respetar la privacidad de sus hijos. Por último, se hacen algunos comentarios sobre el papel del interés superior del niño y la niña, así como la situación en la que éstos entran en conflicto con los deseos de sus padres.

Palabras clave: Matrimonio; responsabilidades y derechos parentales; constitucionalismo; interés superior del niño y la niña; conflictos entre derechos.

1. Introducción

Sudáfrica se caracterizó por un *apartheid* formal (separación de razas), vigente hasta 1994. Esto ha afectado profundamente varios aspectos que aún se asocian con el sistema de derecho familiar, incluyendo el sistema judicial, las leyes que regulan el matrimonio y el divorcio, y la organización social de la vida familiar. Las líneas divisorias del pasado se reproducen en muchos aspectos hoy en día, 25 años después del término formal de la segregación racial institucionalizada.

Con una población de 58 millones de personas (y un número desconocido de inmigrantes indocumentados), apenas recientemente se dispone de información detallada sobre la estructura de la familia y la incidencia de divorcios en Sudáfrica. Los datos de matrimonios registrados se encuentran en el Departamento del Interior. Los matrimonios registrados incluyen tanto matrimonios civiles[1] como matrimonios tradicionales[2] y

[1] Establecido de conformidad con la Ley de Matrimonio de 1961. El registro es obligatorio.

[2] Concluido de conformidad con los requisitos de la Ley de reconocimiento de los matrimonios consuetudinarios de 1998. El registro no es obligatorio y la no inscripción no afecta a la validez del matrimonio consuetudinario. De hecho, son muy pocos los matrimonios consuetudinarios que se registran.

uniones civiles.[3] Según un informe publicado en febrero de 2019, en 2017 se registraron un total de 135,458 matrimonios civiles, 2,588 matrimonios tradicionales y 1,357 uniones civiles.[4] Con respecto a los datos de 2016, el registro de matrimonios civiles y matrimonios tradicionales se redujo en 2.9% y 34.9% respectivamente, mientras que el de las uniones civiles aumentó en 0.3%.

Para 2017, del total de divorcios en el país, 14,121 (55.6%) de ellos correspondía a matrimonios con hijos menores de 18 —44.5% de los divorcios procedían la población africana, 23.6% de la población blanca, 17.5% de la población de color (mestiza) y el 5.51% de la población asiática—. Hasta en un 80% de todas las controversias de derecho familiar, una o más partes no están representadas, y sólo un 6% de los casos llega a juicio.[5] La mayoría de los divorcios (55.6%) afecta a menores de 18 años.[6]

Parte del legado del *apartheid* incluye un número extremadamente alto de niños nacidos fuera del matrimonio, que representa aproximadamente el 58% de todos los nacimientos del país. Asimismo, como reflejo parcial del legado del sistema de trabajo migratorio del *apartheid*, en 2017 sólo el 34.9% de los niños residía con ambos padres biológicos (el 21% no vivía con ninguno de los dos, pero a menudo crecía en lo que se denominan familias con "saltos generacionales", en las que los abuelos criaban a los niños, ya fuera como consecuencia de la migración laboral de los padres trabajadores o porque el cuidador previo había fallecido, a menudo a causa del VIH/SIDA).

[3] Se celebran en virtud de la Ley de Unión Civil de 2006, entre parejas del mismo sexo o heterosexuales, y están sujetos a registro obligatorio.
[4] Estadísticas de Sudáfrica Matrimonios y Divorcios P0307 de 28 de febrero de 2019.
[5] Comisión de Reforma Legislativa de Sudáfrica, Documento de debate 148 (Resolución alternativa de controversias en asuntos de familia (2019) (en adelante, Documento de debate de la SALRC), párr. 2.1.2.
[6] *Idem*.

Sudáfrica tiene un sistema judicial escalonado y bastante complicado, cuya competencia en diversos asuntos de derecho familiar se reparte entre diferentes tribunales. Los tres niveles de juzgados son los tribunales de distrito o magistrados, los Tribunales Regionales y los Tribunales Superiores, los cuales tienen la mayor cobertura geográfica y jurisdicción para juzgar las causas penales más graves y las causas civiles con reclamaciones monetarias más elevadas en juego. Hasta 2008, los Tribunales Superiores tenían competencia exclusiva para juzgar asuntos de divorcio, incluso cuando los intereses de los niños pudieran estar en juego ante la necesidad de asignar responsabilidades y derechos parentales después del divorcio. Hoy en día, los Tribunales Regionales de nivel medio también tienen jurisdicción en materia de divorcio.[7] Sin embargo, los Tribunales Superiores tienen jurisdicción exclusiva sobre cualquier asunto relacionado con la tutela del niño o niña, por ejemplo, el cese de la tutela o el consentimiento para gravar sus bienes inmuebles. La definición de la tutela y las especificidades que conlleva, se establecen ahora en el artículo 18(3) de la Children's Act Núm. 38 de 2007 (*Children's Act 38 of 2007*).[8]

El divorcio está regulado por la Ley 70 de Divorcio de 1979. Esta ley introdujo el divorcio "sin culpa" y preparó el camino para la posibilidad de que los divorcios se completaran sólo con los documentos judiciales presentados, sin necesidad de presentar pruebas. A raíz de una comisión

[7] Los sistemas de justicia existentes, divididos en función de los distintos grupos de población, no podían sobrevivir a una democracia constitucional basada en libertad e igualdad. Por ello, en 2008, la Ley de jurisdicción de tribunales regionales, Núm. 31 de 2008, otorgó jurisdicción civil a los tribunales que hasta entonces sólo tenían jurisdicción penal, con lo que los anteriores "tribunales negros de divorcio" se derrumbaron dentro de la estructura de los Tribunales Regionales existentes. Ahora tienen competencia en todas las formas de divorcio y se han convertido en una opción menos costosa y más accesible para los ciudadanos comunes que los procesos ante el Tribunal Superior; de ahí que se ocupen de un gran número de divorcios y, como tales, intervengan en cualquier aspecto de participación de los niños o niñas en litigios de derecho familiar. Aún no se realizan estudios sobre el funcionamiento del enfoque de los Tribunales Regionales en procedimientos de derecho familiar.

[8] En julio de 2020 se publicó en el *Diario Oficial* la enmienda de la legislación que modificaría esta situación y conferiría también a los tribunales inferiores la facultad de ocuparse de las cuestiones relativas a la tutela, que actualmente se está debatiendo en el Parlamento.

de investigación sobre el funcionamiento de los tribunales en el decenio de 1980, la legislatura introdujo el Acta 24 de 1987 sobre Mediación en Ciertos Asuntos de Divorcio. Contrario a lo que dice el título, la Ley no introdujo la mediación. En su lugar, estableció una Defensoría de la Familia (con sucursales descentralizadas) integrada por abogados y asesores (con experiencia en trabajo social). Su objetivo fue proporcionar al Tribunal de Divorcio un informe que confirmara que los arreglos entre las partes en favor de los hijos e hijas, después del divorcio, respondían realmente al interés superior de estos últimos.[9] En virtud de esta reforma, el Defensor Familiar, en su calidad de funcionario del tribunal, también puede presentar informes periciales al Tribunal sobre el interés superior las y los hijos y, a ese efecto, completar una investigación sobre las circunstancias de éstos, lo que implica entrevistas rutinarias con el niño o la niña.

Se dice que el mandato del Defensor Familiar es un mandato de "interés superior", y no para actuar como representante del niño.[10]

2. Marco constitucional

Cuando entró en vigor la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, se consideraba revolucionaria.[11] Este texto constitucional es visto como "innovador" en virtud de su Carta de Derechos [*Bill of Rights*], que contiene 27 derechos ejecutables, incluidos derechos socioeconómicos;[12] el derecho a la dignidad; el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación por parte del Estado o cualquier persona y por cualquier motivo, incluida la orientación sexual y los derechos de la niñez. Además, la Constitución reconoce al derecho consuetudinario

[9] Artículo 4o. de la Ley.
[10] *Soller v. G 2003(5) SA 430 (W)*
[11] Currie, I. y De Waal, 2015, p. 6.
[12] Véase Heyns, C. y Brand, D. (1998, pp. 153-167), quienes señalan que la escala en la que los derechos socioeconómicos se incluyeron como derechos justiciables en la Constitución de Sudáfrica es 'ciertamente única'.

africano en el mismo nivel que el derecho consuetudinario (*common law*) o a la legislación (todos ellos sujetos a la Constitución) y permite que el Parlamento promulgue leyes que reconozcan como tales los matrimonios "celebrados bajo cualquier tradición o sistema de derecho religioso, personal o familiar". En virtud del artículo 28 de la Constitución, relativo a la cláusula de los derechos de la niñez, se garantiza a las y los niños, entre otras cosas, el derecho a un nacimiento y una nacionalidad (apartado (a) del párrafo 1 del artículo 28); a la atención familiar o parental, o a la atención sustitutiva apropiada cuando se les separa del entorno familiar (apartado (b) del párrafo 1 del artículo 28); el derecho a ser protegido contra el maltrato, el descuido, el abuso o la degradación (apartado d) del párrafo 1 del artículo 28) y, además, en el párrafo 2 del artículo 28 se afirma explícitamente que el interés superior del niño o la niña es de importancia primordial en todas las cuestiones que le conciernen. A pesar de la amplia gama de derechos incluidos en la Carta de Derechos, el derecho a la vida familiar está notablemente ausente. De hecho, el que no se incluyera el derecho al matrimonio y el derecho a la vida familiar en el proyecto final de la Constitución se planteó como una objeción al presentar el proyecto final de la Constitución al Tribunal Constitucional para su certificación.[13] Al ocuparse de esta omisión, el Tribunal Constitucional sostuvo:

> La ausencia de derechos matrimoniales y familiares en muchos países de África y Asia refleja el carácter multicultural y multirreligioso de esas sociedades. Las familias se constituyen, funcionan y se disuelven de tan diversas maneras, y los posibles resultados de la constitucionalización de los derechos familiares son tan inciertos, que los redactores de las constituciones con frecuencia parecen preferir no considerar el derecho a contraer matrimonio o a llevar una vida familiar como un derecho fundamental a definir en términos constitucionales. De este modo, evitan los des-

[13] *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa,* 1996 1996 (4) SA 744 (CC).

> acuerdos sobre si la familia a proteger sería una familia nuclear o una familia ampliada, o sobre qué ceremonias, ritos o prácticas constituirían un matrimonio merecedor de amparo constitucional. Así pues, algunas culturas y creencias sólo reconocen las uniones monógamas, mientras que otras permiten la poligamia. Estas cuestiones son consideradas como concernientes a la historia, la cultura y las circunstancias especiales de cada sociedad, las cuales no admiten soluciones universales.[14]

El Tribunal observó además que una disposición que proteja explícitamente la vida familiar y el matrimonio no es el único medio para lograr el amparo de la familia. A este respecto, los redactores de la Constitución optaron por tomar el "camino intermedio",[15] disponiendo que el derecho a la vida familiar se protegiera, ya sea directa o indirectamente, a través de otros derechos contenidos en la Carta de Derechos.

> Las disposiciones del NT[16] prohibirían claramente cualquier interferencia arbitraria del Estado en el derecho a casarse o a establecer y formar una familia. El NT 7(1) consagra los valores de la dignidad humana, la igualdad y la libertad, mientras que el NT 10 establece que toda persona tiene derecho a que su dignidad sea respetada y protegida. Independientemente de cómo se interpreten estas palabras en el futuro, es evidente que las leyes o medidas ejecutivas que dan lugar a matrimonios forzados, o a prohibiciones opresivas del matrimonio o de la elección de los cónyuges, no sobrevivirían a la impugnación constitucional [...] varias secciones del NT apoyan directa o indirectamente la institución del matrimonio y la vida familiar. Así, el NT 35(2)(f)(i) y (ii) garantiza el derecho de una persona detenida a comunicarse con su cónyuge o pareja y parientes cercanos, y a ser visitado por ellos... Hay otros dos aspectos en los que el NT trata directamente la cuestión, y ambos se refieren a cuestiones familiares de especial

[14] *Ibid.*, párr. 99.
[15] *Ibid.*, párr. 103
[16] Nuevo Texto (Constitucional).

> interés. El primero trata de los derechos de la niñez, en el que se garantiza expresamente el derecho a la atención familiar y parental o a un cuidado sustitutivo apropiado (NT 28(1)(b)). El segundo responde a la naturaleza multicultural y multirreligiosa de nuestro país. El NT 15(3)(a) autoriza la legislación que reconoce "los matrimonios celebrados bajo cualquier tradición o sistema de derecho religioso, personal o familiar", siempre que dicho reconocimiento sea coherente con las disposiciones generales del NT.[17]

En los casos en los que se han presentado impugnaciones contra las entonces limitaciones existentes en la ley (en general) de los derechos y responsabilidades de los padres o contra el ejercicio de esos derechos a un progenitor concreto, los derechos constitucionales generales que se han invocado son el derecho a la igualdad (artículo 9), el derecho a la dignidad (artículo 10), el derecho a la intimidad (artículo 14) y los derechos de la niñez (artículo 28). En cuanto a la aplicación de la Carta de Derechos, el artículo 8 de la Constitución obliga a un tribunal a modificar, cuando sea necesario, el derecho consuetudinario para hacer efectivo un derecho. Además, en virtud del artículo 39, un tribunal está obligado a tener en cuenta el derecho internacional para resolver cualquier asunto. Esto significa que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989) y la Declaración Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (1990) deben ser consideradas según corresponda, ya que ambas han sido ratificadas por Sudáfrica.

Esta obligación impuesta a los tribunales para elaborar leyes que se ajusten a la Carta de Derechos en general (y a los valores de igualdad y dignidad en particular) ha dado lugar a la evolución del derecho familiar en materia de derechos y responsabilidades de los padres en la Sudáfrica postconstitucional. En consonancia con las obligaciones contraídas en los tratados internacionales, las leyes reguladoras de la relación entre

[17] *Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa,* 1996 1996 (4) SA 744 (CC), párrs. 100-102.

padres e hijos han migrado radicalmente "de los derechos y facultades de los padres a los derechos y facultades de los hijos".[18] Este énfasis en los derechos de las hijas y los hijos sobre los de los padres y madres es el que ha dado lugar a cambios drásticos en la ley reguladora de derechos y responsabilidades de los segundos y que figuran en la Children's Act, vigente desde el 1 de abril de 2010.[19]

3. Adquisición de responsabilidades y derechos parentales

La adquisición de responsabilidades y derechos parentales está regida por el capítulo 3 de la Children's Act. Sin embargo, muchos de los avances constitucionales anteriores en la ley reguladora de la adquisición de derechos y responsabilidades parentales se produjeron como resultado de las impugnaciones constitucionales a los antecesores de la Ley de la Infancia, ahora derogados. Estos casos, siguen siendo válidos y relevantes en virtud de que sirvieron de base para la redacción de la Children's Act, la cual reguló estatutariamente la posición que figura en los precedentes judiciales.[20]

Según la Children's Act (2005), la madre biológica[21] de un niño o niña tendrá automáticamente la totalidad de derechos y responsabilidades parentales.[22] Los plenos derechos y responsabilidades parentales no se podrán conceder a la madre biológica en dos supuestos limitados: en primer lugar, cuando la madre biológica del niño(a) sea ella misma una menor de edad, no esté casada y el padre del niño(a) tampoco haya conseguido

[18] Heaton, J.y Hannaretha, K., 2015, p. 287.
[19] *Children's Act* 38 de 2005. "Parental Responsibilities and Rights falls", cap. 3.
[20] La doctrina de los precedentes judiciales estipula que, al conocer un asunto, un tribunal debe tener en cuenta las sentencias anteriores de casos similares. Véase Humby, T., 2012. Los tribunales de una provincia están obligados por los fallos de los tribunales de esa misma provincia. Un fallo será vinculante para toda Sudáfrica sólo cuando lo dicte el Tribunal Superior de Apelación o el Tribunal Constitucional.
[21] La madre biológica en esta sección se refiere a la madre de origen. Véase Heaton, J., 2018: cap. 3, 1.
[22] Artículo 19(1).

la tutela. En este caso, el tutor de la madre biológica del niño o niña será también el tutor del mismo hasta que la madre alcance la mayoría de edad (18 años).[23] En segundo lugar, cuando el niño o niña esté sujeto a un acuerdo de subrogación.[24] La ley estipula que los padres sustitutos se convertirán en titulares de los derechos y responsabilidades sobre el niño o la niña a partir de su nacimiento,[25] siempre que un Tribunal Superior haya aprobado el acuerdo de gestación por subrogación, antes de la fecundación de la madre sustituta o gestante.

La adquisición por parte de un padre biológico de los derechos y responsabilidades parentales difiere en función de estar (o haber estado) casado con la madre del niño(a) o no. Si está casado con la madre del niño(a), o lo estuvo en el momento de la concepción, o al nacer, o en cualquier momento entre la concepción y el nacimiento, entonces adquirirá automáticamente plenos derechos y responsabilidades parentales sobre la niña o el niño.[26] Si el padre no está casado con la madre del niño(a) en el momento de su nacimiento, adquirirá automáticamente tales derechos y responsabilidades parentales si cumple ciertos requisitos, a saber:

(a) Si al nacer el niño vive con la madre en una relación permanente y vitalicia; o
(b) Si el niño, independientemente de si ha vivido o está viviendo con la madre –
    (i) Acepta ser identificado o solicita con éxito que se le identifique como el padre del niño en virtud del artículo 26 o paga daños y perjuicios en virtud del derecho consuetudinario;
    (ii) contribuye o ha intentado de buena fe contribuir a la educación del niño durante un período razonable; y

[23] Artículo 19(2).
[24] Artículo 19(3).
[25] Artículo 297(a).
[26] Artículo 20.

(iii) contribuye o ha tratado de contribuir de buena fe a los gastos relacionados con la manutención del niño durante un período razonable.[27]

A los padres solteros también se les puede otorgar derechos y responsabilidades parentales mediante un acuerdo con la madre del niño (un acuerdo de responsabilidades y derechos parentales) en los términos del artículo 22 de la ley, dicho acuerdo debe ser registrado en la Defensoría Familiar o emitirse una orden judicial.[28]

Esto pone a los padres solteros en una posición desigual con respecto a los padres casados en Sudáfrica. La racionalidad detrás de esta discriminación es evitar que el padre soltero adquiera automáticamente responsabilidades y derechos parentales y pueda posteriormente abandonar al niño y a la madre (desaparición), sin mostrar ningún compromiso con el niño. Esta "discriminación" contra los padres se consideró anteriormente en la jurisprudencia constitucional como justificable: En el caso *Presidente de la República de Sudáfrica v. Hugo*,[29] el Tribunal Constitucional sostuvo que cuando el presidente usó su discreción para permitir la liberación de las madres de niños de 12 años de prisión, no lo hizo de manera que discriminara injustamente a padres en la misma situación. El Tribunal observó que los padres a menudo desempeñan un papel secundario con respecto a las madres en la crianza de los niños,[30] y que "para muchas mujeres sudafricanas, las dificultades de responsabilizarse de la carga social y económica que supone la crianza de los hijos, en circunstancias en las que tienen pocas aptitudes y escasos recursos financieros, son inmensas. El hecho de que los padres no asuman su parte de la carga financiera y social en la crianza de los hijos es una de las principales causas de esas dificultades".[31]

---

[27] Artículo 21.
[28] Cualquier interesado puede también solicitar a los tribunales que se le asigne el cuidado y el contacto con un niño, cuando ello redunde en el interés superior del niño (artículo 23).
[29] *President of the Republic of South Africa v Hugo*, 1997 (4) SA 1.
[30] Párrafo 46.
[31] Párrafo 38.

Los artículos de la Children's Act relativos a establecer quién adquiere (y quién no) responsabilidades y derechos parentales no han sido (hasta ahora) objeto de examen constitucional. En la Children's Amendment Act de 2020, actualmente en el Parlamento, no se proponen cambios sustanciales al plan descrito anteriormente. Sin embargo, la enmienda sí prevé facilitar a los padres solteros que han adquirido automáticamente responsabilidades y derechos parentales, la obtención de una prueba física de ello.

Cuando no hay una "madre" y un "padre" en un sentido tradicional, o cuando la paternidad no se adquiere en el sentido tradicional, surgen desafíos constitucionales a la ley vigente, como se examina a continuación.

3.1 Adopción

La primera impugnación constitucional relevante fue presentada en 2001 por dos mujeres, en una relación de pareja del mismo sexo, a las que se les prohibió adoptar conjuntamente a dos niños, debido a su orientación sexual. Como el Tribunal Constitucional no es un tribunal de primera instancia, el asunto se examinó primero en el Tribunal Superior de Sudáfrica.[32] Cuando se presentó el caso por primera vez, Sudáfrica estaba a cinco años de declarar inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo.[33] Sin embargo, el Tribunal declaró que las demandantes eran "a todos los efectos [...] una pareja y una familia, y consideradas como tales por sus parientes, amigos y conocidos. Si pudieran casarse entre ellas, sin duda lo harían".[34]

[32] *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others 2001* (12) BCLR 1225 (T).

[33] En *Minister of Home Affairs v Fourie* 2006 (1) SA 524 (CC), la Corte Constitucional declaró que "la definición de matrimonio en el derecho consuetudinario [...] es incompatible con la Constitución e inválida en la medida en que no permite que parejas del mismo sexo disfruten de la condición y los beneficios, así como de las responsabilidades que otorga a las parejas heterosexuales". El tribunal dio al Parlamento 12 meses para enmendar la legislación existente para prever el matrimonio entre personas del mismo sexo, o bien para promulgar una nueva legislación. El Parlamento optó por promulgar una nueva legislación para que parejas del mismo sexo pudieran celebrar su unión, lo que condujo a la promulgación de la Civil Union Act [Ley de la Unión Civil] de 2006.

[34] *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others 2001* (12) BCLR 1225 (T), párrafo 3.

En los términos del artículo 17(a) de la ahora derogada *Child Care Act* [Ley de Cuidado a la Niñez], entonces vigente, sólo las parejas heterosexuales casadas podían adoptar conjuntamente a un niño.[35] Por ello, cuando la pareja se acercó al tribunal de la niñez para formalizar la adopción,[36] "el tribunal, limitado por la actual legislación sobre adopciones, concedió custodia y tutela sólo a la segunda solicitante, a pesar de que ambas solicitantes fueron recomendadas como padres idóneos".[37] Además, si bien el apartado (c) del artículo 17 preveía lo que se conoce como "adopción por un segundo padre/madre", el adoptante tenía que estar casado con la persona que legalmente ya era el padre/madre. Esto daba lugar a que la primera solicitante no tuviera responsabilidades y derechos parentales (lo que entonces se denominaba tutela en el derecho sudafricano) con respecto a los dos niños, a pesar de ser la principal cuidadora de ellos.[38] Más importante aún, si la relación entre las dos mujeres se rompiera, la segunda solicitante no tendría derecho a la custodia o tutela sobre los dos hijos.

Las demandantes alegaron que el artículo 17(a)(c) de la (entonces) *Child Care Act* violaba sus derechos a no ser discriminadas injustamente por el Estado sobre la base de la orientación sexual y el estado civil (artículo 9(3) de la Constitución);[39] que las secciones violaban además el derecho a

[35] El artículo 17 de la Children's Status Act dice lo siguiente
Requisitos para la adopción de niños
Un niño puede ser adoptado [...]
a) por un marido y su esposa conjuntamente;
b) Por un viudo o una viuda o una persona soltera o divorciada;
c) Por una persona casada cuyo cónyuge sea el padre del niño;
d) Por el padre natural de un niño nacido fuera del matrimonio.
[36] Los dos niños, que eran hermano y hermana, habían estado al cuidado de los solicitantes desde diciembre de 1994. Los solicitantes pidieron la adopción conjunta en 1995.
[37] *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* 2003 (2) SA 198 (CC), Párrafo 7.
[38] *Ibid.*, párrafo 14.
[39] El artículo 9 de la Constitución es la cláusula de igualdad. El artículo 9(3) establece que "El Estado no puede discriminar injustamente a nadie directa o indirectamente por uno o más motivos, entre ellos la raza, el género, el sexo, el embarazo, el estado civil, el origen étnico o social, el color, la orientación sexual, la edad, la discapacidad, la religión, la conciencia, las creencias, la cultura, el idioma y el nacimiento".

la dignidad de la primer demandante (sección 10);[40] y por último que las disposiciones eran contrarias a la sección 28(2)[41] de la Constitución, ya que la prohibición general de la adopción conjunta, por parejas del mismo sexo, no puede redundar en el interés superior de las niñas o los niños adoptivos puestos al cuidado de esas parejas. El Estado no se opuso a la solicitud de autorización de adopción conjunta. El Tribunal Superior falló en favor de las demandantes, tras lo cual la orden de inconstitucionalidad tuvo que ser confirmada por el Tribunal Constitucional en los términos del artículo 172 de la Constitución.[42]

En la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional que confirma la inconstitucionalidad de las disposiciones en cuestión, se formularon importantes observaciones sobre el papel de la familia en el contexto sudafricano y los derechos de la niñez, tal como se encuentran reconocidos en la Constitución. El Tribunal observó que el artículo 28(1)(b) reconoce el hecho de que muchos niños y niñas no son criados por sus padres biológicos, y por ello se garantiza el derecho de los segundos a "la atención familiar o parental, o a un cuidado sustitutivo apropiado cuando se les separa del entorno familiar". La atención familiar incluye el cuidado de la familia ampliada, que es una característica importante de la vida familiar en Sudáfrica. La Constitución facilita la evolución del concepto de familia y la ampliación del número de personas que pueden cuidar de un niño o niña, incluso mediante adopción.

El hecho de que la Constitución establezca explícitamente que el interés superior del niño o la niña "es de una importancia primordial (*paramount*)

[40] El artículo 10 ampara el derecho a la dignidad. Establece que "Toda persona tiene una dignidad inherente y el derecho a que su dignidad sea respetada y protegida.
[41] El artículo 28 ampara los derechos de los niños. El artículo 28(2) establece que "El interés superior del niño es de suma importancia en todo asunto que le concierna".
[42] En el apartado a) del párrafo 2 del artículo 172 se establece que "el Tribunal Supremo de Apelación, el Tribunal Superior de Sudáfrica o un tribunal de rango similar puede dictar una orden relativa a la validez constitucional de una ley del Parlamento, una ley provincial o cualquier conducta del Presidente, pero una orden de invalidez constitucional no tiene fuerza a menos que sea confirmada por el Tribunal Constitucional".

en todo asunto relacionado con el niño" debe interpretarse como significando exactamente eso. El interés superior del niño o niña debe tener el máximo peso en todos los asuntos que le conciernen. Las disposiciones de la Child Care Act [Ley de Cuidado a la Niñez] se consideraron claramente en contravención al principio de interés superior.

En cuanto al argumento de la demandante de que las disposiciones impugnadas violaban su derecho a la igualdad, el Tribunal sostuvo que su condición de personas solteras, que les impedía adoptar conjuntamente, estaba inextricable y directamente vinculada a su orientación sexual. "Pero por su orientación sexual, que les impide contraer matrimonio, cumplen los criterios que de otro modo les permitirían adoptar hijos conjuntamente, en virtud de la legislación impugnada".[43] De este modo se infringió su derecho a no ser discriminadas por su orientación sexual, como lo prohíbe el artículo 9(3) de la Constitución. En cuanto a la afirmación de que se había infringido el derecho a la dignidad de la primera solicitante, el Tribunal sostuvo que "el hecho de que la ley no reconozca el valor y la valía de la primera solicitante como madre de los hermanos, es degradante" y, por consiguiente, "que las disposiciones impugnadas limitan el derecho de la primera solicitante a la dignidad".[44]

En consecuencia, el Tribunal ordenó que se enmendaran los apartados (a) y (c) del artículo 17 de la Child Care Act [Ley de Cuidado a la Niñez] mediante textos que autorizaran a las parejas del mismo sexo adoptar conjuntamente.

3.2 Inseminación artificial

Aproximadamente nueve meses después de haberse examinado el caso *du Toit*, se pidió una vez más al Tribunal Constitucional que confirmara una orden del Tribunal Superior en la que se declaraba constitucional-

[43] *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* 2003 (2) SA 198 (CC), párrafo 26.
[44] *Ibid.*, párrafo 29.

mente inválida la legislación que regulaba la adquisición de derechos y responsabilidades parentales, ya que no preveía la existencia de parejas del mismo sexo. La legislación en cuestión era la ya derogada Children's Status Act 82 de 1987 (*'Status Act'*) que, entre otras cosas, se ocupaba del estatuto de las niñas y los niños concebidos mediante inseminación artificial.

En *J and another v. Director General, Department of Home Affairs*,[45] las solicitantes eran una pareja del mismo sexo que había concebido y dado a luz a gemelos, un niño y una niña, mediante inseminación artificial. La segunda solicitante, como madre biológica, estaba debidamente inscrita como madre de ambos niños en virtud del Births and Deaths Registration Act [Reglamento de la Ley de Registro de Nacimientos y Defunciones] y los formularios anexos a la misma. Sin embargo, en los reglamentos y formularios mencionados sólo se preveía la inscripción de un padre y una madre. En consecuencia, la primera solicitante, que donó sus óvulos y, por tanto, estaba vinculada genéticamente a los niños, no podía ser inscrita como madre de ellos.[46]

Así pues, las demandantes solicitaron una orden en la que se exigía, entre otras cosas, que se inscribiera a ambas demandantes en las actas de nacimiento de los niños (el segundo demandante como madre y el primer demandante como padre) y que se modificaran los formularios anexos al reglamento para permitir que una persona, en calidad de primer demandante ("cuando dicha persona sea el donante de un gameto utilizado en la concepción del niño"), fuese inscrita como padre/madre.[47] Además, solicitaron la declaración de nulidad constitucional del artículo 5 del Status Act que permitía registrar al marido de la mujer casada como padre de un niño concebido mediante inseminación artificial (y, por tanto, como hijo legítimo de los cónyuges), pero se negaba a

[45] *J and another v. Director General, Department of Home Affairs, and others* 2003 (5) SA 621 (CC).
[46] El esperma fue donado por un donante anónimo.
[47] *J and another v. Director General, Department of Home Affairs, and others* 2003 (5) SA 621 (CC), párrafo 4.

una pareja de una asociación del mismo sexo la misma condición. Además, en lo que respecta al párrafo 2 del artículo 5,

> No surgirá ningún derecho, deber u obligación entre un niño nacido como resultado de la inseminación artificial de una mujer y cualquier persona cuyos gametos hayan sido utilizados para dicha inseminación artificial y las relaciones de sangre de esa persona, excepto cuando [...]
>
> a) Esa persona sea la mujer que dio a luz a dicho hijo; o
>
> b) Esa persona sea el marido de tal mujer en el momento de dicha inseminación artificial.

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 5, el marido de una mujer que haya concebido mediante inseminación artificial será automáticamente el padre legítimo del niño(a) y adquirirá sus derechos y responsabilidades parentales, aunque no esté biológicamente emparentado con él o ella. No ocurriría lo mismo con las parejas de personas del mismo sexo en una relación duradera.

El Tribunal Constitucional confirmó el fallo del Tribunal *a quo* y consideró que los hechos del presente caso eran análogos a los del caso *du Toit*. En particular, el Tribunal sostuvo que

> Las disposiciones del artículo 5 del *Status Act* no permiten que el primer solicitante se convierta en padre legítimo de los hijos. Esto discrimina injustamente entre las personas casadas y las parejas estables del mismo sexo. Por consiguiente, el artículo no es compatible con el párrafo 3 del artículo 9 de la Constitución, el cual que prohíbe al Estado discriminar directa o indirectamente a cualquier persona por su orientación sexual.[48]

[48] *J and another v. Director General, Department of Home Affairs, and others* 2003 (5) SA 621 (CC), párrafo 13.

En fechas más recientes, un caso con hechos similares se presentó ante el Tribunal Superior (*High Court*). En el caso *C.M. vs. N.G.*,[49] dos mujeres habían estado en una relación del mismo sexo durante varios años. Durante la relación, había sido concebido un hijo por inseminación artificial de la demandada. La demandante no tenía ningún vínculo biológico con el niño. Al terminar la relación, la demandante solicitó una orden que le otorgara plenas responsabilidades y derechos parentales sobre el niño. El tribunal consideró que todas las pruebas apuntaban a que las partes habían tomado la decisión de tener conjuntamente al hijo, como pareja. Postularon conjuntamente a la clínica de fertilización in vitro, declarándose como "pareja de lesbianas". El tribunal señaló que "si se tratara de partes en una relación heterosexual, entonces un hombre en la posición del solicitante habría sido reconocido como la figura paterna y el vínculo con el niño habría sido reconocido como el de un padre". No hay razón para que la solicitante no sea tratada de la misma manera.[50] Ella no cumplía los requisitos de la Children's Act para que se le concedieran responsabilidades y derechos parentales (sección 21), ya que no se trataba de un "padre soltero". El tribunal sostuvo que, en términos del interés superior del niño, era conveniente para éste tener una relación con ambas madres.

Los casos anteriores demuestran que cuando se trata de responsabilidades y derechos de los padres o madres, el interés superior del niño o la niña siempre es primordial en Sudáfrica, como lo establece perentoriamente el párrafo 2 del artículo 28.[51] Además, la existencia —o no— de

[49] *C.M. vs. N.G*, 2012 (4) SA 452 (WCC).

[50] *Ibid.*, Párrafo 21.

[51] En otro caso histórico, se consideró que no era en el interés superior del niño que un padre sustituto que deseaba la aprobación de un acuerdo de gestación por subrogación no tuviera luego vínculo genético con el niño o la niña que se iba a concebir. En el caso *AB y Otro c. el Ministro de Desarrollo Social 2017* (3) SA 570 (CC), el tribunal sostuvo que el interés superior del niño llevaba a concluir que el niño o la niña debía poder conocer su origen genético. El Tribunal sostuvo que al decidir si un acuerdo de gestación subrogada se confirma en un tribunal "el tribunal no debe confirmar el acuerdo a menos que, poniendo el interés superior del posible hijo(a) en el centro de la indagación, considere que, 'en general', el acuerdo debe ser confirmado. En otras palabras, el

vínculos biológicos con el niño o la niña no es necesariamente primordial. Muchos padres o madres solteras no adquieren responsabilidades y derechos parentales de acuerdo con la ley, mientras que algunos que cumplen las funciones parentales no están biológicamente relacionados, como las madres del caso *C.M. vs. N.G.*

Esto fue confirmado nuevamente en el reciente caso de *Rakgokong v. Rakgokong,*[52] en el que el tribunal señaló que "la forma tradicional de familia basada en la relación entre un hombre y una mujer casados y sus hijos biológicos o adoptados no refleja la realidad de la sociedad sudafricana".[53] El caso se refiere a una solicitud de pensión alimenticia provisional para un niño que, según se admitió, no era el hijo biológico del demandado (su padrastro), en espera de un divorcio. La solicitud fue concedida, imponiendo la obligación legal a una persona que no era titular *de jure* de las responsabilidades y derechos parentales.[54] Esto se refleja en nuestra legislación, que define a un padre como, *inter alia*, cualquier persona que tiene derechos y responsabilidades parentales con respecto de un niño(a), o un abuelo, hermano, hermana, tío, tía o primo o cualquier otra persona con la que el niño(a) ha desarrollado una relación importante, semejante a una familia.[55] El Tribunal cita como autoridad el caso *M. B.* vs. *N.B.*,[56] que también se ocupaba de la responsabilidad de un padrastro de pagar la manutención de su hijastro. En dicho caso, el Tribunal había localizado el deber de mantener a un

tribunal debe, en cada caso en que decida si confirma un acuerdo, emitir un juicio de valor sobre si conviene al interés superior del posible niño(a) que va a nacer". El Tribunal fue más allá, sosteniendo que "lo que se puede deducir del esquema legislativo es que nunca convendrá al interés superior de ningún hijo(a) nacer de un acuerdo de maternidad subrogada si no estará genéticamente relacionado con un padre sustituto". Este caso, sin embargo, fue presentado bajo el derecho constitucional de la autonomía reproductiva, por tanto, no es directamente relevante aquí.

[52] Caso No: 6159/2020

[53] Párrafo 35.

[54] Se invitó al tribunal a considerar que la solicitud se basaba en la adopción según el derecho consuetudinario (en la que el marido "asume" los hijos de su nueva novia sin que se siga un procedimiento judicial formal), pero la Corte se negó a seguir esta ruta.

[55] Children's Act 38 de 2005, secc. 1 (definición de "miembro de la familia").

[56] *M. B.* vs. *N.B*, 2010 (3) SA 220.

hijastro "dentro de los valores y normas constitucionales y la protección a la que el niño tiene derecho, en virtud de la Carta de Derechos (*Bill of Rights*)".[57] Por consiguiente, en *Rakgokong v. Rakgokong* el tribunal confirmó explícitamente la ampliación de la atribución de responsabilidades y derechos parentales a personas distintas de los padres biológicos.[58]

4. El ejercicio de las responsabilidades y los derechos de los padres

El ejercicio de las responsabilidades y los derechos parentales se esboza en primer lugar en el artículo 28 de la Constitución (derechos de la niñez) y se amplía en varios artículos de la Children's Act con el fin de, entre otras cosas, proteger al niño(a) y definir los derechos de los padres y madres.[59] No obstante, el Tribunal Constitucional ha visto casos (y todavía tiene casos pendientes ante sí) que limitan o amplían (según sea el caso) el ejercicio de las responsabilidades y los derechos parentales. A continuación, se examinan algunos ejemplos pertinentes.

---

[57] Supra nota 52 párrafo 44.

[58] *Rakgokong vs Rakgokong*, párrafo 35. Esto se basa en el reconocimiento de que "la forma tradicional de familia basada en la relación de un hombre y una mujer casados y su hijo biológico o adoptado no refleja la realidad de la sociedad sudafricana". Véase también *Mubake v. Minister of Home Affairs 2015* ZAGPPHH 2037, en el que la denuncia consistía en que no se había concedido a los niños permisos de asilo temporal en virtud del artículo 22 de la Refugee Act [Ley de Refugiados]. El solicitante nació en la República Democrática del Congo (RDC) en 1998, y sus padres fueron asesinados en la guerra cuando tenía un mes de edad. Era potencialmente un solicitante de asilo en Sudáfrica, habiendo huido de la guerra en la RDC con su tía, ella misma una solicitante de asilo, y que llegó al país durante mayo de 2011. El Tribunal tuvo que decidir si se trataba de un "dependiente" a efectos de la condición de asilo temporal. Se sostuvo que la definición de "dependiente" debía interpretarse como inclusiva de los niños separados, que acompañan a sus familiares que son sus cuidadores. El Tribunal estuvo de acuerdo con esto, afirmando que "se ajusta a la definición de miembro de la familia que figura en el apartado d) del artículo 1 de la *Children's Act*, que no se limita al núcleo familiar, sino que también incluye "cualquier otra persona con la que el niño(a) haya desarrollado una relación importante, basada en el vínculo psicológico o emocional, que se asemeje a una relación familiar", y se ajusta a la norma constitucional del interés superior del niño y la niña. Esto dio una interpretación más amplia a la definición de dependiente en la Ley de Refugiados, que se refería sólo a los hijos biológicos (entre otros).

[59] Véanse, por ejemplo, los artículos 7, 9 y 11 de la *Children's Act*

4.1 La defensa del castigo razonable (*reasonable chastisement*)[60]

El caso *Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development and Others,*[61] comenzó como un juicio penal contra un padre acusado de infligir graves daños corporales a su hijo de 13 años. El Tribunal de Primera Instancia halló al padre culpable de agresión. Durante la apelación presentada por el padre, el Tribunal Superior, por decisión propia, encontró que la antigua defensa del derecho consuetudinario[62] del castigo razonable era "constitucionalmente inválida y, por consiguiente, probablemente no disponible para los padres acusados de delito de agresión (agresión común o agresión deliberada con intención de causar graves lesiones corporales) a sus hijos(as)."[63] La organización *Libertad de Culto (Freedom of Religion)*, que era *amicus* en el Tribunal Superior, presentó un recurso ante el Tribunal Constitucional para impugnar esta conclusión de invalidez en la defensa del derecho consuetudinario del castigo razonable. La autorización para apelar directamente al Tribunal Constitucional fue concedida en aras del interés público. Al respecto, el Tribunal Constitucional declaró que

> Al centro de esta petición se encuentran las cuestiones relacionadas con el interés superior de los niños. Y los niños son un grupo vulnerable cuyos intereses son de suma importancia. Una parte integral de esos intereses es la forma de criarlos como ciudadanos responsables y disciplinados en nuestro país. Las cuestiones o aspectos de derecho que se plantean son de gran interés e importancia para casi todos los padres e hijos, la mayoría de los cuales no son capaces de defender la causa que ventila estos derechos

[60] Para un análisis más detallado de este caso, véase: Sloth-Nielsen, J. 2020.
[61] *Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* 2020 (1) SA 1 (CC).
[62] El derecho consuetudinario (*common law*) se refiere a "la ley que no fue hecha por el parlamento, sino que fue desarrollada por los tribunales a través del sistema de precedentes". *Cfr.*, Humby, T., *op. cit.*, nota 20. Así pues, una defensa de derecho anglosajón es la que se ha desarrollado a lo largo del tiempo a través de los precedentes judiciales.
[63] Párrafo 6.

> por sí mismos y por tanto se beneficiarían de la intervención de *Libertad de Culto* como parte litigante. Si un castigo moderado y razonable es inconstitucional, lo mejor es resolver la cuestión de una vez por todas, para evitar la posible violación de los derechos de los niños en otras partes del país.[64]

Al decidir sobre la constitucionalidad de la defensa del derecho consuetudinario de un castigo razonable, el Tribunal sostuvo que la decisión se basaría principalmente en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 12 de la Constitución (derecho a no ser objeto de ninguna forma de violencia de origen público o privado),[65] así como el derecho a la dignidad.[66]

La organización *Libertad de Culto* trató de diferenciar dos tipos de castigo. De una parte, el "castigo parental razonable y moderado" que, según ellos, formaba parte del "derecho de los padres a disciplinar amorosamente a sus hijos(as)". De otra parte, el "tipo de agresión y abuso a niños(as) que toda campaña o reto, para poner fin a esta defensa del derecho consuetudinario, tiene como objetivo frenar".[67] Sin embargo, el Tribunal Constitucional observó que el peticionario tuvo algunas dificultades en su "intento de situar este castigo fuera de los límites de la agresión".[68]

El Tribunal Constitucional reafirmó que, si bien había muchos derechos constitucionales implicados en el caso, la materia podía resolverse fácil-

---

[64] *Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* 2020 (1) SA 1 (CC), párrafo 24. La sentencia inicial sólo era vinculante en la provincia a partir de la cual se emitió la sentencia.

[65] La sección 12 dice: "1) Todo el mundo tiene derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, lo que incluye el derecho a...
a) No ser privado de la libertad arbitrariamente o sin causa justificada;
b) No ser detenido sin juicio;
c) Estar libre de toda forma de violencia, ya sea de origen público o privado;
d) No ser torturado de ninguna manera; y
e) No ser tratado o castigado de forma cruel, inhumana o degradante.'

[66] La sección 10, derecho a la dignidad, establece que "toda persona tiene una dignidad inherente y el derecho a que se respete y proteja su dignidad".'

[67] *Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development and Others* 2020 (1) SA 1 (CC), párrafos 32-33.

[68] *Ibid.,* párrafo 32.

mente con referencia al apartado c) del párrafo 1 del artículo 12 de la Constitución. El Tribunal apunta que el marco natural de esta defensa del castigo razonable se encuentra dentro de la esfera del derecho penal, en el sentido de que trata de evitar que los padres o madres sean acusados de agresión por reprender (con fuerza) a sus hijos(as). A continuación, el Tribunal recurrió al diccionario para definir violencia, observando que el significado gramatical ordinario atribuido a la palabra es un comportamiento que implica fuerza física con la intención de herir, dañar o matar a alguien o algo. El Tribunal observó que esto es muy similar al significado de agresión, y que no se trata del alcance de la fuerza sino "del mero ejercicio de cierta fuerza o la amenaza de la misma".[69] Al pasar al lenguaje utilizado en el artículo 12(1)(c), el Tribunal observó que si se utiliza el significado ordinario o se da algún tipo de significado altamente técnico a la palabra "violencia", el término "castigo razonable", por su propia índole, denota que se está cometiendo alguna forma de violencia contra el niño o la niña.[70] El Tribunal opinó que el objetivo mismo del recurso al castigo es infligir dolor o daño real o amenazar con el mismo. Surge de la creencia de que recurrir a la violencia es un medio de castigo más eficaz que otras formas de disciplina que se pueden utilizar para enseñar a un niño o niña a distinguir entre lo correcto y lo incorrecto. La Corte señaló:

> El objetivo [del castigo razonable] siempre es causar disgusto, incomodidad, miedo o dolor. La diferencia relevante en todo momento radica en el grado en que ese resultado se pretende alcanzar o se alcanza realmente. Dado que el castigo mediante aplicación de fuerza al cuerpo de un niño por parte de uno de los padres siempre tiene por objeto causar daño en algún grado, el castigo moderado y razonable indudablemente equivale a una agresión legalmente excusable. Y no puede haber agresión, tal como se define, sin cumplir los requisitos de "todas las formas de violencia"

[69] *Ibid.*, párrafo 38.
[70] *Ibid.*, párrafos 39-41.

> previstos en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 12 de la Constitución.[71]

En cuanto al derecho a la dignidad humana, el Tribunal Constitucional se remitió a su jurisprudencia anterior en el caso de *S vs. M,*[72] donde se declaró que:

> Cada niño(a) tiene su propia dignidad. Si un niño(a) ha de ser imaginado constitucionalmente como un individuo con personalidad propia, y no simplemente como un adulto en miniatura que espera alcanzar su tamaño completo, no puede ser tratado como una mera extensión de sus padres o madres, umbilicalmente destinado a hundirse o nadar con ellos. [...] Individual y colectivamente todos los niños y las niñas tienen derecho a expresarse como seres sociales independientes, a tener tanto su propia risa como su propia pena, a jugar, imaginar y explorar a su manera, a llegar a comprender sus cuerpos, mentes y emociones, y sobre todo a aprender, conforme crecen, cómo deben comportarse y tomar decisiones en el vasto mundo social y moral de la edad adulta. Y es fundamental, para el disfrute del derecho a la niñez, fomentar el derecho a vivir en un entorno seguro y propicio, libre de violencia, miedo, carencias y traumas evitables, en la medida de lo posible.[73]

El Tribunal concluyó que el castigo razonable lleva implícito "un sentido de vergüenza, un sentido de que algo se ha sustraído de la totalidad de uno, y un sentimiento de ser menos digno que antes", independientemente del grado de castigo administrado, por lo que también se infringe el derecho a la dignidad.

Tras concluir que no hay justificación para limitar estos derechos, el Tribunal sostuvo que la defensa del derecho consuetudinario al castigo

[71] *Ibid.,* párrafo 41.
[72] *S vs. M*, 2008 (3) SA 232 (CC).
[73] *Ibid.,* Párrafos. 18-19.

razonable es inconstitucional. Si bien esta conclusión era más o menos ineludible dada la fuerza y el evidente alcance de la disposición constitucional aplicable (artículo 12), la conclusión representa, no obstante, una restricción muy significativa de las responsabilidades y derechos de los padres.

4.2 Registro de nacimiento

Aunque todavía no ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional, el caso de *N y Otros vs. el Director General*: *Departamento de Asuntos Internos y Otros* [74] es digno de ser discutido debido a sus implicaciones para el ejercicio de derechos y responsabilidades parentales en Sudáfrica.

Los solicitantes no pudieron registrar el nacimiento de su hijo, a pesar de que éste nació en la República de Sudáfrica, de padre sudafricano. La madre y el padre del niño se casaron según el derecho consuetudinario en la República Democrática del Congo (el país de nacionalidad de la madre) y este matrimonio no se registró, lo que significa que el matrimonio no fue reconocido por Sudáfrica. Además, la madre había estado ilegalmente en Sudáfrica, ya que su visado de turista expiró mientras estaba embarazada del niño. Según el Reglamento de la Regulations on the Births and Deaths Registration Act [Ley de Registro de Nacimientos y Defunciones][75] (que rige el registro de nacimientos en Sudáfrica), la madre (que debe estar legalmente en Sudáfrica) debe registrar al niño(a) o, tras demostrar que está casado con la madre, el padre puede registrarlo. Como el niño no había sido registrado (nació en 2018), no podía reclamar ningún derecho de ciudadanía.[76] Así pues, los demandantes solicitaron una orden que anulara la decisión del Departamento del Interior de no registrar el nacimiento del niño y que declarara inválidos

[74] *N and Others v Director General: Department of Home Affairs and Another* [2018] 3 All SA 802 (ECG).
[75] Ley 51 de 1992 (en adelante, Ley de Registro).
[76] *N and Others v Director General: Department of Home Affairs and Another* [2018] 3 All SA 802 (ECG), Párrafo 5.

diversos artículos de la Registration Act y Regulations on the Births and Deaths Registration Act de 2014 [Ley de Registro y de la Ley de Nacimientos y Defunciones de 2014 y su Reglamento].[77]

La cuestión central era si el Reglamento, que no permitía a los padres de los niños registrar el nacimiento de sus hijos cuando la madre fuese extranjera, su presencia en la República de Sudáfrica pudiera no ser conforme a la ley y/o cuando la madre del niño estuviera ausente, se ajustaba a la Constitución.

El Tribunal pasa posteriormente a la cuestión de la interpretación de la ley y considera que los artículos 9 y 10 de la Ley de Registro pueden interpretarse de manera que correspondan a la Constitución y, por tanto, deben interpretarse de esta manera. Sin embargo, en cuanto a la cuestión del Reglamento, el Tribunal considera que es constitucionalmente inválido, ya que impide al padre que tiene un hijo fuera del matrimonio registrar el nacimiento de su hijo sin la presencia de la madre. "El resultado es que la aplicación de los sub-reglamentos impugnados inhibe el acceso a los derechos del apartado a) del párrafo 1 del artículo 28, a saber, que todo niño(a) tiene derecho a un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento; y del párrafo 2 del artículo 28 de la Constitución ('El interés superior del niño(a) es una consideración primordial en todo asunto relacionado con él (ella)'). Por esta razón, son incompatibles con la Constitución".[78] El tribunal ordenó así que las disposiciones impugnadas fueran inconstitucionales, y añadió frases al Reglamento para remediar el defecto.

Como se ha dicho antes, el Tribunal Constitucional aún no ha confirmado esta declaración de nulidad. En el Tribunal Constitucional se cues-

[77] Las secciones pertinentes del Reglamento se titulan "3. Notificación de nacimiento", "4. Registro extemporáneo del nacimiento de los hijos de ciudadanos sudafricanos' y 'Registro extemporáneo de los hijos mayores de un año nacidos de ciudadanos sudafricanos' y establecen lo que debe acompañar al registro de nacimiento, y que, si una solicitud no cumple los requisitos, no será aceptada. El artículo 12 (1) del Reglamento establece que cuando un niño nace fuera del matrimonio, el nacimiento debe ser registrado por la madre.

[78] Párrafo 32.

tionará tanto la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley principal como las del Reglamento, ya que aún se conoce de un recurso de apelación para impugnar la conclusión de que la Ley podía ser leída de manera que fuera constitucionalmente compatible.

4.3 Responsabilidad por el respeto a la privacidad del niño o la niña

El siguiente caso examinado en el marco del ejercicio de las responsabilidades y derechos parentales tampoco es un caso constitucional, pero es particularmente pertinente debido a los derechos constitucionales del niño implicados, a saber, el derecho del niño o niña a su intimidad.

El caso[79] es una confirmación de solicitud *ex parte* de interdicción provisional para evitar que el demandado (el padre del niño) siguiera accediendo y difundiendo tanto los mensajes de correo electrónico como los de WhatsApp de la demandante (la madre del niño), así como los de su hijo menor de edad. Se afirmó que esta difusión tenía como efecto el descrédito del niño y de la demandante. El demandado intentó defender la transmisión de estas conversaciones privadas al médico y al director de escuela del niño en virtud del artículo 28 de la Constitución, más concretamente el apartado d) del párrafo 1 y el párrafo 2 del artículo 28 de la Constitución de la República, que disponen respectivamente que "Todo niño(a) tiene derecho a ser protegido de los malos tratos, el descuido, el abuso o la degradación" y "El interés superior es la consideración primordial en todo asunto relacionado con el niño(a)".[80] Este argumento fue desestimado puesto que —si ese hubiera sido el caso— el padre habría presentado una solicitud en el Tribunal de Niñez para intervenir, por motivos de protección del niño, conforme a las disposiciones que otorgaban el cuidado del niño a la madre. El Tribunal consideró

[79] *SM v ABB* case 20/1732 (11 September 2020, Gauteng Local division).
[80] El demandado afirmó que los mensajes mostraban pruebas de que el solicitante tenía relaciones sexuales inapropiadas y abusaba de los medicamentos recetados, y que difundía los mensajes para obtener una segunda opinión.

que el comportamiento del demandado, de acceder a los mensajes de la demandante y del hijo menor de edad, era una violación a su derecho a la privacidad: "la difusión de información al Director de la escuela y al médico se hizo sin otra razón que tratar de generar un sesgo cognitivo en las mentes de esas personas, en contra de la demandante y posiblemente también del hijo".[81] Al difundir los mensajes entre la demandante y el menor de edad, no sólo se violó el derecho a la intimidad de la demandante, sino también del propio niño.

Este caso es relevante, ya que limita el derecho de los padres y madres a acceder a las comunicaciones digitales de un niño o niña sin razones de peso. Tendría que existir una justificación razonable para que un padre o una madre infrinja el derecho a la privacidad de un niño, de acuerdo con la Constitución, la cual establece el derecho a que "no se infrinja la privacidad de sus comunicaciones".[82] Será interesante ver si esta sentencia tiene implicaciones futuras en litigios entre niños y sus padres (quienes acceden y difunden los mensajes de los primeros por WhatsApp u otras formas de comunicación de redes sociales).

4.4 Interferencia del Estado con la responsabilidad parental

Una sentencia constitucional histórica es la del caso *C. vs. el Departamento de Salud y Bienestar de Gauteng*,[83] en relación con la interferencia del Estado en la responsabilidad parental. El Estado había intervenido en una "limpieza callejera" para retirar unos niños y niñas que, en un caso, mendigaban con una madre con una discapacidad visual en una esquina, y en otro caso, ayudando a su padre a lustrar zapatos, mientras su madre estaba en el hospital dando a luz.

El proceso debía resolver la confirmación de una declaración de invalidez constitucional de los artículos 151 y 152 de la Children's Act 38 de

[81] *SM v ABB* case 20/1732 (11 September 2020, Gauteng Local division), párrafo 41.
[82] Apartado d) del párrafo 1 del artículo 14 de la Constitución.
[83] *C v Department of Health and Welfare Gauteng*, 2012 (2) SA 208 (CC).

2005. El Tribunal Superior había declarado inconstitucionales tales artículos, por cuanto disponían que funcionarios del Estado podían retirar a un niño del cuidado de la familia y colocarlo temporalmente bajo cuidado temporal del Estado (*safe care*),[84] pero no preveían que el niño(a) fuese llevado ante el Tribunal de Niñez para la revisión automática de dicha remoción. Los demandantes alegaron que la ausencia de una cláusula de revisión automática para el retiro y colocación del niño(a) temporalmente violaba los derechos constitucionales de éstos al cuidado familiar o parental. Lo anterior, dado que el interés superior del niño es primordial y los derechos a la dignidad y la privacidad de la niñez incluyen y protegen el derecho a la vida familiar.

Se dictaron tres sentencias distintas. En el primer fallo (de minoría), el Tribunal determinó que

> La remoción coercitiva de un niño(a) de su entorno doméstico es sin duda una medida profundamente invasiva y perturbadora. La intervención sin invitación del Estado en la esfera privada de la vida familiar amenaza con romper la integridad y continuidad de las relaciones familiares, e incluso deshonrar la dignidad de la familia, tanto de los padres como de los hijos(as), en su propia estima, así como frente a los ojos de su comunidad.[85]

La exigencia de que la remoción esté sujeta a revisión automática y que todas las partes interesadas, incluido el niño(a) en cuestión, tengan la oportunidad de ser escuchadas, en nuestra opinión, es una garantía esencial en el interés superior del niño, sostuvo el Tribunal.[86]

---

[84] El artículo 152(1) faculta a un trabajador social o a un agente policial para extraer a un niño y ubicarlo temporalmente en un lugar seguro, sin una orden judicial, siempre que se crea fundadamente que: a) El niño necesita atención y protección inmediata de emergencia; b) El retraso en la obtención de una orden judicial podría poner en peligro la seguridad y bienestar del niño; y c) La extracción es la mejor manera de asegurar seguridad y bienestar al niño. La notificación de dicha extracción debe darse al padre, tutor o cuidador del niño.,

[85] Por el Juez Skweyiya J., *C v Department of Health and Welfare Gauteng*, 2012 (2) SA 208 (CC), en párrafo 23.

[86] *Ibid.,* párrafo 34.

En un escrito dirigido a la mayoría, en el que se confirma también la invalidez constitucional del régimen legal de remoción del niño de la tutela parental, el Juez Yacoob señaló que:

> En resumen, es preciso decir que las condiciones que deben cumplirse antes de poder separar a un niño son realmente estrictas. Un niño no puede ser separado de su familia a menos que un tribunal concluya o el trabajador social designado o el oficial de policía razonablemente crea, que el niño requiere cuidado y protección. Y esa condición es cuidadosamente ampliada en la Ley. Una vez fijado este requisito, el Tribunal de Niñez puede ordenar la separación del niño sólo si es necesario para su seguridad y bienestar. Un tribunal no podrá hacerlo si el retiro es meramente deseable.[87]

Este caso relativo a la interferencia del Estado en la familia es el único (hasta ahora) que constituye la otra cara de la más amplia jurisprudencia que se ocupa de la obligación de mantener la vida familiar, como se ilustra en el caso *Dawood vs. el ministro del Interior y otros*[88] *y* en la sentencia de *Mubake vs. el Ministro del Interior*, examinado anteriormente.[89]

5. La función de los intereses superiores de la niñez en la solución de controversias de derecho familiar

El principio de interés superior del niño o la niña ha desempeñado desde hace mucho tiempo un papel fundamental en los casos individuales de derecho familiar, determinando los resultados de las controversias

[87] *Ibid.,* párrafo 67.
[88] *Dawood vs. el ministro del Interior y otros,* 2000 (3) SA 936 (CC), relativo a los permisos de inmigración para los cónyuges extranjeros de residentes en Sudáfrica, de modo que puedan residir en dicho país.
[89] Una segunda sentencia minoritaria (Juez Jafta, J. y Juez Mogoeng, CJ) discrepó sobre la necesidad de una revisión judicial de la destitución, argumentando que el artículo 28 de la Constitución no se refería en absoluto a la revisión automática, y que por tanto no había ninguna disposición constitucional en la que basar una incoherencia.

de los padres sobre el cuidado y el contacto,[90] sobre la toma de decisiones médicas y sobre la reubicación, por nombrar sólo tres ámbitos. Pero, como señala Meda Couzens, la función de la disposición constitucional relativa al interés superior de la niñez y de la norma de derecho consuetudinario para la evaluación de dicho interés no son concurrentes. En lo que respecta al derecho consuetudinario y al principio de interés superior, Couzens sugiere que

> El interés superior del niño(a) tiene un ámbito limitado y atañe a la relación entre padres e hijos. Se centra en el niño(a) como individuo, está orientado a los resultados (busca proporcionar el mejor desenlace para el o ella, dando prioridad a sus intereses), y cuando se aplica, determina el resultado.[91]

El principio constitucional de interés superior varía. No sólo se aplica a las decisiones adoptadas por Tribunales Superiores como tutores superiores de todos los niños y las niñas, sino a "todos los asuntos que les conciernen", y a los niños(as) de manera individual y colectiva. El principio está sujeto a limitaciones cuando otros derechos prevalecen sobre él, cosa que es más difícil que ocurra en el caso de controversias de tipo familiar individual, en las que las limitaciones al interés superior de la niñez son más difíciles de concebir.

En la jurisprudencia actual de Sudáfrica, la autonomía de las niñas y los niños como titulares de derechos cuando sus intereses entran en conflicto con los deseos de sus padres, no ha surgido directamente como tema de litigio constitucional. Sin embargo, existen numerosos casos en los que esto se puede inferir, indirectamente.[92] Para empezar, es importante

[90] Previamente, *custodia* y *contacto*.
[91] Couzens, M., 2019, pp. 363-386. El artículo revisa casi exclusivamente casos no relacionados con el derecho de familia en los que el principio del interés superior ha pasado a primer plano. Véase también A. Skelton, A., 2019, pp. 557-579, que también se compone de casos que no tienen relación con las responsabilidades y derechos parentales.
[92] Couzens, M., 2019, vol. 9. El artículo revisa, casi exclusivamente, casos no relacionados con el derecho familiar y en los cuales el interés superior de las niñas y los niños fue discutido. Véase

reflexionar que la Constitución otorga a niños y niñas el derecho a una representación legal independiente en asuntos civiles donde, de lo contrario, se produciría una injusticia sustancial.[93] Esto se complementa con el derecho general de los niños a participar en los asuntos que les afectan, que se establece en 110 de la Children's Act. Además, el artículo 29(6) de dicha ley dispone que el tribunal puede nombrar a un abogado para que represente al niño(a) o los niños(as) en los procedimientos judiciales y puede ordenar que cualquiera o todas las partes del procedimiento paguen las costas. El tribunal también puede ordenar al Estado que pague los costos si de otro modo ocurriera una "injusticia sustancial". Esta disposición se aplica a todos los asuntos del Tribunal Superior, los tribunales de divorcio en asuntos de divorcio y el Tribunal de Niñez. La sección 55 también prevé la representación legal por parte del Estado y a sus expensas en los asuntos de los niños y niñas que aún no están representados legalmente, y la representación legal separada en las solicitudes de restitución de secuestro de La Haya.[94]

Por tanto, se pueden encontrar casos en los que los deseos de los niños y niñas difieren claramente de los de los padres cuando los primeros se han opuesto a un regreso, a una reubicación, o a acuerdos de acceso y contacto después del divorcio.[95] Así, en el caso de *Legal Aid Board v R,*[96] la Corte determinó que *la Legal Aid Board* no estaba obligada a obtener el consentimiento de un padre o tutor, o una orden judicial, antes de proporcionar a un niño o una niña representación legal según la sección 28 (1) (h). Este caso involucró a una niña de 12 años atrapada en un áspero proceso de custodia entre sus padres, en curso durante algunos años, que buscó representación legal separada para que sus intereses en finalizar el asunto se llevaran a la Corte.

---

adicionalmente, Skelton, A. 2019, pp. 557-579, que también refiere a diversos casos que no se asociacion directamente con las responsabilidades y derechos parentales.

[93] S 28(1)(h).

[94] S 279.

[95] *Ex parte Van Niekerk & Another: In re Van Niekerk v Van Niekerk* (2005) JOL 14218 (T).

[96] *Legal Aid Board v R*, 2009 (2) SA 262 (D).

En lo que respecta a la toma de decisiones médicas, la Children's Act establece que un niño(a) de 12 años o más puede dar su consentimiento para un tratamiento médico o el tratamiento médico de su hijo, si el niño tiene la madurez y competencia mental suficientes para comprender los beneficios, riesgos, implicaciones sociales y de otro tipo, del tratamiento médico en cuestión.[97] Un niño(a) de 12 años o más puede dar su consentimiento para que se le practique una operación quirúrgica si tiene la madurez y capacidad mental para comprender los beneficios, los riesgos, las implicaciones sociales y otras de la operación y si el niño(a) es debidamente asistido por su padre/madre o tutor.[98] La Children's Act prevé que varias personas pueden prestar su consentimiento para recibir tratamiento médico u operaciones quirúrgicas en nombre de un niño o niña. Este consentimiento sustituto opera, por ejemplo, para el superintendente de un hospital donde el tratamiento u operación es necesario para salvar la vida del niño(a) o salvarle de una lesión física o discapacidad grave o duradera resulta urgente, y los padres se niegan irrazonablemente al consentimiento o no pueden ser hallados. Los tribunales también pueden anular la negativa de los padres a dar su consentimiento. Implícitamente, la niña o el niño considerado como *maduro*, también tendría derecho a negarse a prestar su consentimiento al tratamiento médico. Esto también se puede inferir de la redacción del artículo 129 (8), que autoriza al ministro a dar su consentimiento para el tratamiento médico o la operación de un niño o niña si éste se niega irrazonablemente a dar su consentimiento. Esta disposición implica que el niño(a) tiene derecho a rechazar el tratamiento médico y la cirugía, pero si esta negativa se considera *irrazonable*, el Ministro de Desarrollo Social puede dar el consentimiento requerido. Sin embargo, la jurisprudencia que subraya la aplicación de estas disposiciones no es clara.

Dado el enorme número de casos en que la asignación o el ejercicio de las responsabilidades y los derechos parentales en la jurisprudencia

[97] Children's Act 129(2).
[98] *Ibid.*, s 129(3). Sobre la diferencia entre tratamientos y operaciones médicias, véase Van der Westhuizen, 2018, pp. 791-802.

cotidiana del derecho familiar ha estado determinada por el interés superior del niño,[99] y dado que éstos rara vez (si acaso) tienen una verdadera repercusión constitucional,[100] ellos no han sido mencionados en este capítulo. En cambio, la atención se ha centrado en áreas en las que la propia Constitución ha tenido un papel directo para explicar las responsabilidades y derechos parentales.

6. Conclusión

La promesa constitucional de dignidad e igualdad ha tenido un impacto bastante significativo en la definición de las familias, en el potencial abanico de personas a ser reconocidas como miembros de la familia, en la forma en que las responsabilidades y derechos parentales deben ejercerse y hasta qué punto el Estado en ellas y ellos. En el presente capítulo se han examinado algunos casos clave que ilustran este aspecto.

Los derechos de la niñez han sido tomados en cuenta en esta descripción, aunque ellos no han constituido el foco a través de la cual se desarrolla este análisis. Esto habría extendido injustificadamente la investigación y, aunque podría haber sido aleccionador un enfoque más incisivo en la participación de los derechos de la niñez, no hay mucho (todavía) que se relacione con el contexto general de la influencia constitucional en la responsabilidad y los derechos parentales.[101]

---

[99] Como también se determina en el artículo 7 de la Children's Act, que establece una lista no exhaustiva de criterios que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño o la niña, como la relación con cualquiera de los progenitores o padres, los efectos de la separación de uno de ellos en el niño(a) y la relación entre el niño(a) y otros miembros de la familia. El interés superior de la niñez también está previsto en otros lugares de la Ley.

[100] A título de excepción, el caso *Sonderup c. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC)* es un ejemplo temprano de una controversia de derecho privado sobre un asunto relativo a la Convención de La Haya sobre Secuestro Internacional de Menores en la que se impugnó el recurso a la pronta restitución, ya que aquello suponía, en sí mismo, una violación de la norma constitucional del interés superior. El Tribunal Constitucional no estuvo de acuerdo en que hubiera ningún conflicto y confirmó la constitucionalidad de la legislación que incorporaba la Convención de La Haya sobre Secuestro en aquel momento.

[101] Para una descripción inicial de algunos aspectos relativos a las acciones legales independientes entabladas por los niños y las niñas, incluso en relación con la responsabilidad y los derechos

El impacto futuro de la Constitución en la responsabilidad y los derechos parentales es totalmente especulativo, ya que no es posible predecir cuáles serán las cuestiones que se plantearán en los próximos años, a efectos de la interpretación constitucional. Puede ser que la exclusión total de los padres y madres no casados del plan concebido en la Children's Act (que privilegia sólo a algunos padres/madres no casados) vuelva a ser cuestionada. También podría plantearse un ajuste en la legislación, basado (por ejemplo) en las investigaciones que la Comisión Sudafricana de Reforma Jurídica lleva a cabo respecto del derecho del niño(a) a conocer sus orígenes biológicos.[102] Estas investigaciones podrían impactar en la donación anónima de gametos y ella, a su vez, en las responsabilidades y derechos parentales. Asimismo, las familias mixtas, el reconocimiento de los derechos de las personas transgénero y una mayor integración del derecho consuetudinario,[103] podrían tener influencia en el discurso jurídico predominante. Esto, sin embargo, es mera conjetura.

Bibliografía

Couzens, M. (2019), "The Best Interests of the Child and The Constitutional Court", *Constitutional Law Review*, vol. 9, pp. 363-386.

Currie, I. y De Waal, J. (2015), "Introduction to the Bill of Rights' en Currie", I. & De Waal, J (eds), *The Bill of Rights Handbook,* Nueva York: Juta ed.

Heaton, J., y Hannaretha, K. (2015), "South African Family Law", *LexisNexis* SA, Durban.

parentales, véase J. Sloth-Nielsen (2019), "Legal Empowerment of Children" (Documento presentado en una conferencia sobre el empoderamiento jurídico de los niños. Lovaina, noviembre de 2019).

[102] Publicación 32 (Proyecto 40) (2017).

[103] Varios casos ya han reconocido la adopción por costumbre, como se ha señalado anteriormente.

Heaton, J., "Parental Responsibilities and Rights", 2018, Davel, CJ., y Skelton, AM. (eds), *Commentary on the Children's Act,* Revision Service 9, 3-1-3-57.

Heyns, C. y Brand, D. (1998), "Introduction to Socio economic Rights in the South African Constitution", *LDD* 2(2), pp. 153-167.

Humby, T. (2012), *Introduction to Law and Legal Skills in South Africa,* Oxford University Press, Southern Africa.

Sloth-Nielsen, J. (2020), "Sideswipes and Backhanders: Abolition of the Reasonable Chastisement Defence in South Africa", *International Journal of Law, Policy and The Family,* pp. 191-203.

Skelton, A. (2019), "Too much of a good thing? The best interests of the child in South African jurisprudence", *De Jure,* vol 52, pp. 557-579.

Van der Westhuizen, C. (2018), "Medical Treatment v Surgery: Where Does Medical Treatment End and Surgery Begin in terms of Section 129 of the Children's Act?", 39 *Obiter,* pp. 791-802.

Casos

Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1996 (4) SA 744 (CC).

President of the Republic of South Africa v Hugo, 1997 (4) SA 1.

Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others 2001 (12) BCLR 1225 (T).

Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others 2003 (2) SA 198 (CC).

J and another v. Director General, Department of Home Affairs, and others 2003 (5) SA 621 (CC).

C.M. vs. N.G, 2012 (4) SA 452 (WCC).

AB and Another v Minister of Social Development 2017 (3) SA 570 (CC), *Rakgokong v Rakgokong*, Case No: 6159/2020.

Mubake v Minister of Home Affairs 2015 ZAGPPHH 2037.

M. B. vs. *N.B*, 2010 (3) SA 220.

Freedom of Religion South Africa v Minister of Justice and Constitutional Development and Others 2020 (1) SA 1 (CC).

S vs. M, 2008 (3) SA 232 (CC).

N and Others v Director General: Department of Home Affairs and Another [2018] 3 All SA 802 (ECG).

SM v ABB case 20/1732 (11 September 2020, Gauteng Local division).

C v Department of Health and Welfare Gauteng, 2012 (2) SA 208 (CC).

Dawood vs. el ministro del Interior y otros, 2000 (3) SA 936 (CC).

Ex parte Van Niekerk & Another: In re Van Niekerk v Van Niekerk (2005) JOL 14218 (T).

Legal Aid Board v R, 2009 (2) SA 262 (D).

Sonderup c. Tondelli 2001 (1) SA 1171 (CC).

Legislación

Bill of Rigts [Carta de Derechos].

Children's Act Act 38 de 2005 [Ley de la Niñez].

Child Care Act [Ley de Cuidado a la Niñez].

Regulations on the Births and Deaths Registration Act 2014 [Ley de Registro de Nacimientos y Defunciones].

Registration Act 2014 [Ley de Registro].

Refugee Act 1998 [Ley de Refugiados].

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.