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 XII
Responsabilidad parental y decisiones médicas en el derecho inglés*

Jonathan Herring**

* Texto originalmente publicado como Herring, J., (2017), "Responsabilidad parental y decisiones médicas", en Lathrop Gómez, Fabiola y Espejo Yaksic, Nicolás (coords.), *Responsabilidad Parental*, Thomson Reuters: Santiago de Chile, pp. 107-125.

** DM Wolfe-Clarendon Fellow in Law, Vice Decano y Profesor de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford y Fellow del Exeter College de la misma universidad.

Resumen

En el derecho médico inglés se enfatizan las *responsabilidades* de los padres en lugar de los *derechos* de los padres, siendo las opiniones de éstos relativamente menos importantes que las de los médicos. Es más, una revisión de las teorías disponibles en torno a los derechos parentales permite concluir que ninguna proporciona una razón de importancia por la cual debiera otorgarse mucho peso a las opiniones de los progenitores, en aquellos casos en que exista una disputa sobre el tratamiento médico de un hijo o una hija. Pero ello no significa que los padres no tengan un papel que cumplir en la toma de decisiones médicas, sino muy por el contrario. El capítulo busca explicar por qué no es posible producir una única regla clara para aplicar en estos casos: los padres siempre ganan o los médicos siempre ganan. Más bien, la solución debe nacer de las relaciones mismas porque, pase lo que pase en estas decisiones médicas, el niño, la niña y sus cuidadores deberán continuar sus relaciones y éstas tienen más valor que cualesquiera otros derechos legales abstractos.

Palabras clave: derecho médico, consentimiento, derechos parentales, competencia, relaciones

Introducción

Generalmente, los padres o progenitores tienen la autoridad legal para tomar decisiones respecto a sus hijos e hijas. Es inusual que alguien contradiga, ante el juez, una decisión tomada por los padres en relación con su hijo o hija. Inusual, porque se sabe que es poco probable que esto prospere. Puede que uno desprecie la elección de vestuario de su vecino para su hijo o hija, su elección de colegio, o su actitud liberal respecto al consumo de dulces; sin embargo, cualquier reclamo ante el tribunal estará casi destinado al fracaso. Tales asuntos se consideran dependientes del criterio de los padres,[1] salvo la posibilidad de iniciar un procedimiento de privación de responsabilidad parental en caso de demostrar que el niño o la niña está sufriendo o puede sufrir un daño significativo atribuible al cuidado de los progenitores.[2]

Una importante excepción a esta aproximación general la encontramos en el tratamiento médico. Esto es, cuando un médico, o mucho más probablemente el Servicio Nacional de Salud (*NHS Trust*), busca contradecir la decisión de un progenitor sobre el tratamiento médico de su hijo o hija, es altamente improbable que el padre o la madre logre imponerse. De hecho, en los casos en que los padres y doctores han estado en desacuerdo sobre el tratamiento de los hijos, sólo en un ínfimo número de casos reportados (tres, según creo), los progenitores han resultado aparentemente victoriosos. Este artículo explorará por qué sucede esto, y si tal enfoque resulta o no apropiado.

[1] Bainham, A., 2009.
[2] *Children Act*, 1989, s. 3(1).

1. Autonomía y derecho médico

Para empezar, es importante ubicar la cuestión de los padres y las decisiones médicas en el contexto del derecho médico en términos generales. A pesar de la grandiosa elocuencia de algunos,[3] la autonomía no es suprema en el derecho médico.[4] Nadie tiene derecho a exigir tratamiento médico. En el caso *GMC (Consejo Médico General) v. Burke* el proceso correcto de toma de decisiones está bien resumido:[5]

> La relación entre médico y paciente habitualmente comienza con el diagnóstico y la recomendación. El médico describirá el tratamiento que recomienda o, si existen varias alternativas de tratamiento que estaría dispuesto a administrar en favor del paciente, las opciones disponibles, sus implicancias y la elección que recomienda. En tales circunstancias, el derecho a rechazar una propuesta de tratamiento otorga al paciente lo que parece ser una posibilidad positiva de elegir una alternativa. En realidad, el derecho a elegir no es más que el reflejo del hecho de que es deber del médico proveer un tratamiento que considere a favor del paciente y que este último esté dispuesto a aceptar.

Por tanto, al igual que con cualquier otro paciente, un padre o una madre no tiene derecho a insistir en un tipo de tratamiento en particular para su hijo o hija. Es el médico el que debe evaluar al niño o la niña y determinar qué tratamiento debería recibir. La función del progenitor, en cambio, es consentir o rehusar el tratamiento ofrecido.[6] En este sentido, los jueces han sido claros en afirmar que no obligarán a un médico a proveer un tratamiento que no desee entregar.[7]

---

[3] Por ejemplo: Gillon, R., 2003, p. 307.
[4] Foster, C., 2009.
[5] England and Wales Court of Appeal [EWCA]. Civ., *GMC (Consejo Médico General) v. Burke*, 1003, 2005, párr. 51.
[6] No tienen derecho de insistir en que un médico en particular lleve a cabo la operación: England and Wales High Court [EWHC]. *Re TM (Tratamiento Médico)*. Fam. 4103, 2013.
[7] EWCA. *Burke v. GMC*. Civ. 1003, 2005.

Esto significa que el contexto para la implicación o participación de los padres en la toma de decisiones médicas es bastante diferente de otras decisiones que pueden ser tomadas por ellos, al menos desde una perspectiva legal. A diferencia de decisiones sobre qué comerá el niño o la niña o si irá o no de vacaciones, donde se considera a los padres como los tomadores de decisiones primarios; en el contexto médico, el tomador de decisiones es el médico y los progenitores, los proveedores del "chaleco antibalas del consentimiento", como se expresó memorablemente en uno de los casos más destacados al respecto.[8] Dicha analogía se refiere a que es probable que un médico que planea ofrecer tratamiento médico a un niño o una niña pueda llegar a cometer un ilícito civil, o incluso un crimen, y que para ello necesita una justificación legal. Esa justificación, puede ser otorgada por un progenitor. Si un padre o una madre se rehúsa a conceder el "chaleco antibalas", el médico o el Servicio Nacional de Salud (*NHS Trust*) puede pedir un "chaleco antibalas" alternativo ya sea al tribunal, o al niño o la niña, si éste tiene la capacidad de tomar la decisión. El médico sólo requiere el consentimiento de uno de los padres[9] y así, la objeción del otro no privará de efectividad al "chaleco antibalas". Con todo, en casos graves que impliquen disputa entre los padres, el médico puede preferir pedir autorización al tribunal.[10] Por tanto, en el contexto de los casos médicos la función de los progenitores no es la de ser los tomadores de decisiones como tal, sino más bien, la de quienes confirman o conceden autorización a un médico que tomó la decisión.

2. Disputas ante el juez

Si una disputa sobre un tratamiento médico es llevada ante un juez, éste resolverá el caso basándose en el bienestar o interés superior del niño o la

[8] *Re W (Un Menor) (Tratamiento Médico: Jurisdicción del Tribunal)*. Family Law Rules, 1993.
[9] EWHC. *An NHS Trust v. SR*. Fam. 3842, 2012.
[10] *Idem*.

niña.[11] En el caso *Wyatt v. Portsmouth NHS Trust*[12] la Corte de Apelaciones determinó cuáles eran los factores claves por considerar en la evaluación de tal interés superior: El juez debe decidir cuál es el interés superior del niño o la niña. Al tomar esa decisión, el bienestar de ese niño o niña es primordial, por tanto, el juez deberá fundamentar la controversia desde el supuesto punto de vista del paciente (*Re J*). Existe una fuerte presunción a favor de un procedimiento que prolongue la vida, pero ella no es irrefutable (*Re J*). El término "interés superior" abarca asuntos médicos, emocionales, y todo otro relacionado con el bienestar (*Re A*). El juez debe conducir un ejercicio de ponderación en el cual todos los factores relevantes sean sopesados (*Re J*) y una manera útil de emprender este ejercicio es elaborando un balance general (*Re A*).

Este amplio enfoque recibió el apoyo de la Baronesa Hale en el caso *Aintree University Hospitals NHS Foundation Trust v. James,* aunque en relación con la valoración del interés superior de adultos que carecen de capacidad.[13] En dicho caso, B. Hale expresó que:

> al considerar el interés superior de este paciente en particular, en este momento en especial, los tomadores de decisiones deberán velar por su bienestar en el más amplio sentido, no solamente médico sino social y sicológico; deberán considerar la naturaleza del tratamiento médico en cuestión, lo que éste implica y sus proyecciones de éxito; deberán considerar cuál es el resultado probable del tratamiento para el paciente; deberán intentar ponerse en el lugar del paciente individual y preguntar cuál es o posiblemente cuál sería su actitud ante el tratamiento; y deberán consultar con otros que estén cuidando de él o que estén interesados en su bienestar, en particular respecto a su opinión sobre cuál sería su actitud (del paciente).

[11] *Chidren Act*, 1989, s. 1.
[12] EWCA. *Wyatt v. Portsmouth NHS Trust*. Civ. 1181, 2005, párr. 85.
[13] United Kingdom Supreme Court. 67, 2013, párr. 39.

La jurisprudencia es clara en señalar que se le atribuirá relativamente poco peso a las opiniones de los padres al valorar el bienestar de un niño o una niña en el contexto de una decisión médica. Ciertamente es de notar que, en el contexto de los cuidados médicos, los tribunales, en vez de recalcar los derechos que tienen los progenitores, remarcan los deberes de éstos. En particular, los padres tienen el deber de buscar tratamiento médico y el deber de acceder a aquel recomendado por los médicos. Así, en el caso *Gillick v. West Norfolk A.H.A,*[14] Lord Scarman señaló:

> Queda meridianamente claro que la ley reconoce que existe el derecho y deber de los padres a determinar si buscar o no consulta médica respecto a su hijo(a), y, una vez recibida la recomendación, otorgar o negar su consentimiento al tratamiento médico […].

En el caso *Re A (Gemelos Siameses)*,[15] el Juez Ward sostuvo:

> Por lo tanto, de acuerdo con la ley actual el derecho y deber de otorgar consentimiento al tratamiento médico deriva de la responsabilidad parental investida en el padre o la madre.

De hecho, un padre que no logra garantizar tratamiento médico apropiado para un hijo o hija, podría enfrentar acciones penales.[16]

A su vez, si un progenitor (cualquiera de ellos) no está de acuerdo con la decisión médica y el asunto es llevado ante el tribunal, será el juez, no los padres, quien decida sobre el bienestar del niño o la niña. En el caso *Re Z (A Minor)* (*Identificación: Restricciones sobre la Publicación*)[17] el Juez Presidente de la Sección Civil del Tribunal de Apelaciones sostuvo:

---

[14] AC, *Gillick v. West Norfolk A.H.A*, 12, 1986, 184 G.
[15] FCR, *Re A (Gemelos Siameses),* 3, 2000, 577.
[16] *Children and Young Persons Act*, 1933, s. 1; *R v. Sheppard*. AC, 1981, 394.
[17] Fam. *Re Z (A Minor) (Identificación: Restricciones sobre la Publicación),* 1, 1997, 32.

> Por mi parte, yo aceptaría sin reservas que la decisión de un padre o una madre comprometido(a) y responsable debería ser tratada con respeto. Ciertamente no debería ser ignorada o desestimada a la ligera. Pero la función del tribunal es ejercer un juicio independiente y objetivo. Si ese juicio concuerda con el del padre o la madre comprometido(a) y responsable; muy bien. De lo contrario, entonces es deber del tribunal, después de sopesar debidamente la opinión de ese padre o madre comprometido(a) y responsable, dar cumplimiento a su propio juicio. Para eso está. Su juicio puede, por supuesto, resultar equivocado. También el del padre o la madre. Pero una vez invocada la jurisdicción del tribunal, su deber es alcanzar y entregar el mejor juicio que pueda.

Como aclaran estos pronunciamientos, los tribunales escucharán las opiniones de los padres, dándoles el respeto qué se merecen (aunque saber exactamente que significa eso esté poco claro). Pero, a fin de cuentas, los tribunales serán los que decidirán cuál es el bienestar o el interés superior del niño o la niña. De hecho, los tribunales han rechazado expresamente el argumento que sostiene que la función de los tribunales es determinar si la decisión de los progenitores es o no *razonable*.[18] En otras palabras, no se trata de una revisión cuasi-judicial de la decisión del padre o la madre. Los tribunales determinan cuál es el interés superior y, en consecuencia, dictaminan.

Sin embargo, ese enfoque no parece eliminar todo campo de acción para que la opinión de los padres cuente en el tratamiento médico que reciban sus hijos e hijas. En el caso *ReT (Tutela: Tratamiento Médico)*,[19] el Juez Waite indicó que en aquellos casos en los que existe una decisión entre dos cursos de acción, similares en términos del cálculo de bienestar, la opinión de los padres podría inclinar la balanza:

---

[18] *Re T (Tutela: Tratamiento Médico). Weekly Law Report* (1), 1997, 242.
[19] *Ibid.*, 254C.

> Solamente se puede decir con seguridad que existe una escala, en uno de cuyos extremos se encuentra el claro caso en que la oposición parental al tratamiento médico es provocada por escrúpulos o dogmas de tipo evidentemente incompatible con los principios de la salud y bienestar infantil ampliamente aceptados por la generalidad de la humanidad; y al otro extremo de la cual se encuentran casos altamente problemáticos donde existe un ámbito genuino para una diferencia de opinión entre el progenitor y el juez. En ambas situaciones es deber del juez permitir que la propia opinión del tribunal prevalezca en el superior interés del niño o la niña en cuestión, pero en aquellos casos del segundo extremo de la escala, debe existir la probabilidad (aunque ciertamente nunca la certeza) de que mientras mayor sea el ámbito para un debate genuino entre una opinión y la otra, mayor será la inclinación del tribunal a ser influenciado por la idea de que, en un último análisis, el interés superior de cada niño o niña incluye la expectativa de que las decisiones difíciles que afectan la duración y calidad de su vida, sean tomadas para él o ella por el progenitor cuyo cuidado ha sido encomendado por la naturaleza".

Existe, por tanto, un margen muy limitado para afirmar que los padres tienen derechos a tomar decisiones en relación con casos médicos. Vale la pena, sin embargo, mirar los casos en los cuales los padres han "ganado". Estos casos, sin embargo, no ofrecerán satisfacción a aquellos que esperan el reconocimiento de los derechos de los padres en este contexto; más bien, confirman que, en situaciones de disputa, lo que prima es el bienestar de los niños y las niñas o su interés superior.

2.1 Casos en que los padres han "ganado"

En primer lugar, el caso *Re T (A Minor) (Tutela: Tratamiento Médico),*[20] se refiere a una niña (C) que presentaba una afección hepática de riesgo vital. Los expertos médicos instaban a un trasplante sin el cual C no viviría

[20] *Ibid*., 242.

mucho más allá de los dos años y medio, mientras que, con el trasplante de hígado, su pronóstico era bastante bueno. Los padres rehusaron consentir y el tribunal apoyó a los padres.

Dicha decisión ha recibido considerables críticas. Por ejemplo, Andrew Bainham ha sostenido que el caso no logra separar los intereses de los progenitores de los de la niña y otorga un peso desproporcionado a favor de los derechos de los primeros por sobre los de la segunda.[21] Sin embargo, como ha sostenido Jo Bridgeman, se trata de críticas injustas.[22] A pesar de que el equipo médico mantuvo una posición unánime respecto a que la cirugía se debía ejecutar, no estuvieron de acuerdo sobre si era o no apropiado llevarla adelante *sin la cooperación de los padres*. Dada la oposición parental no había, por lo tanto, acuerdo claro entre los profesionales médicos de que el procedimiento satisficiera el interés superior de la niña. El procedimiento médico requería que la madre asumiera "compromiso total" en el cuidado postoperatorio de C y regresara al Reino Unido desde el extranjero donde ella y su pareja habían aceptado nuevas oportunidades laborales. El caso no es, por lo tanto, uno que reivindique los derechos de los padres. Más bien, reconoce que la relación de cuidado entre los padres y los niños y las niñas es fundamental para el bienestar o interés superior de los segundos.[23]

La segunda "victoria" de los padres fue en el caso *An NHS Foundation Trust v. AB, CD y EF*,[24] donde un bebé de 12 meses nació con un trastorno incurable del neurodesarrollo. Se había acordado de que se debía retirar la ventilación, sin embargo, lo que estaba en disputa era si después de retirar el tratamiento debía o no proveerse reventilación o una bolsa de ventilación manual. Los doctores no querían ofrecerlo; los padres sí. El Juez Theis apoyó la posición de estos últimos, declarando que la bolsa

[21] Bainham, 1997, pp. 48-50.
[22] Bridgeman, Parents, 2008, capítulo 1.
[23] Herring, 2014.
[24] EWHC. *An NHS Foundation Trust v. AB, CD y EF*. Fam. 1031, 2014.

de ventilación manual debía estar disponible, si el equipo médico deseaba usarla. Dados los principios generales indicados anteriormente, es decir, que no podía obligarse a un médico a dar un tratamiento, el Juez Theis llegó tan lejos como pudo en apoyar las opiniones de los progenitores. Un factor clave fue la evidencia otorgada por los padres respecto a la experiencia previa del uso de la bolsa de ventilación manual para el niño la que, al parecer, no había sido tan negativa como comúnmente ocurre.

Este caso, por tanto, no se trataba de uno que subraye los derechos de los padres, sino más bien, se trata de un caso en el que la evidencia provista por los progenitores introdujo nuevos antecedentes (la respuesta particular del niño a la bolsa de ventilación manual) que informaron la valoración judicial acerca del bienestar o interés del niño. El tribunal para resolver, también se basó en la presunción a favor de la preservación de la vida. Y ésta, por principio, se aplica independientemente de los intereses de los padres.

Un tercer caso, que da cuenta de lo anterior, es *An NHS Trust v. MB & Anor*,[25] donde el Juez Holman apoyó la posición de los padres en no autorizar la retirada del tratamiento de soporte vital. Lo que es de particular interés en este caso es que el niño parecía tener una conciencia muy limitada y parecía estar sufriendo relativamente poco dentro de su estado enormemente deteriorado. En el fallo se justificó el tratamiento por los beneficios que podía reportar al niño, concretamente "continuar teniendo una relación de valor para él con su familia, y continuar obteniendo otros placeres provenientes del tacto, la vista y el sonido". El Juez Holman señaló que la madre había estado con el niño casi continuamente y, adicionalmente, se refirió a la evidencia ofrecida por ella:

> La madre dice que de hecho M (el niño) sí da muestras de dolor y aflicción por medio de fruncimientos de ceño y lágrimas. Dice

[25] EWHC. *An NHS Trust v. MB & Anor. Fam.* 507, 2006.

> que de manera similar le demuestra placer al levantar levemente sus cejas en lugar de bajarlas, y que ella puede ver un mínimo movimiento hacia arriba de las comisuras de sus labios como si estuviese tratando de sonreír. Dice que sus ojos se fijan en ella y la siguen, debido a que no puede mover la cabeza, hasta que ya no puede verla.

En consecuencia, y nuevamente, no se trata de un caso en el cual hayan prevalecido los derechos parentales, sino un caso en el que la relación de la madre con el niño se consideró fundamental para su bienestar o interés superior. En opinión del juez, la relación generaba el valor de la vida.[26] Es decir, fue el reconocimiento del valor de la vida del niño, no las opiniones de la madre, lo que finalmente resolvió el dilema.

El resumen de los tres casos en que los padres supuestamente han "ganado", deja en evidencia que no representan una victoria de los derechos de los padres. Más bien, revelan un cuidadoso análisis del bienestar o interés superior del niño o la niña, en el contexto de un caso particular.

2.2 Niños, padres y decisiones médicas

¿Qué sucede, en cambio, con los casos en los cuales el niño o la niña tiene la suficiente capacidad de tomar la decisión por sí mismo? Ésta es un área notoriamente controversial. La presentación ortodoxa del derecho es la siguiente: si el niño o la niña tiene suficiente comprensión del problema, incluyendo los asuntos médicos, morales y familiares implicados, tiene la capacidad de entregar al médico el "chaleco antibalas" (en otras palabras, el consentimiento efectivo).[27] Esto es así, aun si los padres lo objetan. Esto se resolvió en la decisión del caso *Gillick v. W Norfolk y Wisbech AHA*.[28] Sin embargo, en una serie de casos posteriores al

[26] Para mayor discusión sobre esta manera de comprender el valor de la vida, veáse: Herring, J., 2011.
[27] Sobre cuestionamientos recientes acerca de si los menores tienen o no alguna vez la suficiente capacidad para tomar decisiones médicas importantes veáse: Steinberg, L., 2013, p. 256.
[28] *Gillick v. W Norfolk y Wisbech AHA*, England Law Reports [All ER] (3), 1985, p. 402.

mencionado, se ha resuelto que si el niño o la niña competente se opone, entonces cualquiera de los progenitores con responsabilidad parental aún es libre de proveer el "chaleco antibalas".[29] Por tanto, aunque el consentimiento de un niño o una niña competente pueda operar para *permitir* el tratamiento, la *negativa* de parte del niño o la niña competente no impide que el médico actúe, en la medida en que obtenga el "chaleco antibalas" de alguna otra fuente. La doctrina[30] ha construido maneras imaginativas de entender esta jurisprudencia, pero, por ahora, se empleará la lectura estándar u ortodoxa.

3. Teorías sobre los derechos parentales

¿Qué concluir del derecho vigente? ¿por qué ésta es un área del derecho donde se recalcan las *responsabilidades* de los padres en lugar de sus *derechos*, y en la que las opiniones de los padres tienen relativamente poco peso? Un punto de partida útil es considerar por qué habitualmente los progenitores deben tener el derecho de tomar decisiones por sus hijos. Sin embargo, y desde ya, se advierte que cualquiera sea la teoría que se adopte, ninguna proporciona una razón de importancia por la cual debería otorgarse mucho peso a las opiniones de los padres, en aquellos casos en que exista una disputa sobre el tratamiento médico de un hijo o una hija.

3.1 Los padres son los que mejor conocen a sus hijos

Según un punto de vista, los padres deberían tomar decisiones en representación de sus hijos porque los conocen mejor que nadie. Los padres, es de suponer, conocen mejor que nadie la historia, las personalidades, los gustos y disgustos peculiares de sus hijos e hijas. Esto los sitúa en una posición única para evaluar y determinar el bienestar o interés superior de ellos.

---

[29] *Re W (Un Menor)(Tratamiento Médico: Jurisdicción del Tribunal)*. FCR, 2, 1992, p. 785.
[30] Herring y Gilmore, 2014, pp. 3-25; Cave, pp. 103-122.

Si bien es cierto que este punto de vista proporciona justificación para la autoridad parental en cuanto a la toma de decisiones, parece tener poca relevancia en el contexto de las determinaciones *médicas*. Los profesionales médicos están en una mucho mejor posición que los progenitores para saber cuáles son los tratamientos alternativos disponibles y cuáles son los apropiados. A menos que los padres mismos sean profesionales médicos, es difícil imaginar cómo podrían afirmar estar en una mejor posición que el doctor para realizar la evaluación médica. Los padres pueden afirmar conocer información sobre el niño o la niña que el médico no conoce, pero, en tal caso, deberían informar al médico sobre ello para que éste pueda realizar una evaluación apropiada. Y esta idea general tiene aún más sentido cuando el niño o la niña posee capacidad y está de acuerdo con el médico. En consecuencia, se vuelve poco plausible la tesis de que los padres "saben mejor" lo que es más beneficioso para el niño o la niña, frente a la propia opinión de un niño con capacidad o la de un médico. Asimismo, cuando el médico experto y el niño o la niña con capacidad estén de acuerdo, parece razonable preferir su opinión a la de los padres. Así entendido, el enfoque actual del derecho vigente tiene perfecto sentido.

3.2 Diversidad

Este punto de vista puede estar basado en la apreciación de que incluso si no estamos seguros de que los padres siempre saben lo que es mejor para sus hijos e hijas, tampoco estamos seguros de poder identificar a alguien que lo sepa mejor. En términos generales, aunque los padres cometan muchos errores, pocos sugerirían que los trabajadores sociales, jueces o políticos pudieran necesariamente hacerlo mejor. Más importante, como John Eekelaar ha argumentado, permitir que los progenitores tomen decisiones respecto a sus hijos e hijas promueve una sociedad diversa y culturalmente rica.[31] Es bueno tener una sociedad

[31] Eekelaar, 2004, p. 178.

donde los niños y las niñas tengan diferentes religiones, creencias culturales y morales; diferentes caracteres; etc. Una cultura o religión impuesta por el Estado disminuiría tal tipo de sociedad.

Cualesquiera que sean las fortalezas de este argumento en muchos contextos, parecen débiles en el contexto del tratamiento médico. No buscamos fomentar la pluralidad de estándares de salud entre los niños y las niñas. Una sociedad en la cual todos los niños y las niñas reciben excelentes cuidados de salud, no se vería afectada del mismo modo que en el caso en que ellos reciban la misma educación religiosa. Como se discutió anteriormente, éste es un contexto específico en el cual podemos afirmar con seguridad que los médicos saben más que los padres. Nuevamente, estos argumentos son incluso más fuertes cuando la opinión del niño o la niña con capacidad concuerda con la del médico.

3.3 Intereses entrelazados

Podemos buscar promover algunos derechos parentales sobre la base de que los derechos de los niños y las niñas y los de los padres no puedan ser separados.[32] Por ejemplo, y como Rachel Taylor[33] ha sugerido, una ley que prohíba que los padres eduquen a sus hijos según las creencias religiosas de los padres interfiere en la práctica religiosa de los propios padres, en tanto que educar a sus hijos e hijas según sus creencias religiosas puede ser un requerimiento religioso. Se puede pensar en muchos otros ejemplos en los cuales los derechos de los padres y los hijos e hijas no pueden ser fácilmente separados: un progenitor vegetariano a quien se le exige alimentar a su hijo o hija con carne; o un padre o madre que disfruta viajar al extranjero y a quien se le prohíbe la salida de su hijo o hija del país.

[32] Herring, 2005, p. 159.
[33] Taylor, R., 2009.

Esto parece ser una base más plausible para otorgar peso a las opiniones de los padres, aunque no como parte de sus derechos parentales, sino más bien de sus propios derechos. Sospecho, por ejemplo, que si pudiese encontrarse alguna justificación para la circuncisión masculina religiosamente motivada, sería sobre esta base. Sin embargo, serían raras las circunstancias en las cuales sería un deber religioso para un progenitor rehusar el tratamiento médico. Cuando estos casos han ocurrido, como en el típico ejemplo del padre o la madre Testigo de Jehová que rehúsa una transfusión sanguínea para su hijo o hija, los tribunales han sido claros en que los principios religiosos de una persona no le otorgan el derecho de convertir a sus hijos e hijas en mártires.[34] Esto parece claramente correcto, ya que uno no puede apoyarse en un derecho que descansa sobre los propios intereses personales, para justificar hacerle un daño significativo a otro.

3.4 Fiduciario

Otra teoría conocida acerca de los derechos parentales es aquella que sostiene que los padres son los titulares de los derechos del niño o la niña, en cuanto su representante, y hasta que los segundos puedan tomar esas decisiones por sí mismos.[35] Esta idea comúnmente concede a los progenitores un grado considerable de discreción respecto a cómo satisfacer las necesidades del niño o la niña, aunque es estricta en sancionar a aquel padre que incumple con las necesidades básicas de la persona bajo su cuidado. El caso es que allí donde los expertos han identificado una necesidad médica seria, los padres tendrán un campo de acción muy limitado (en cuanto fiduciarios) para apartarse de tal opinión experta. Este punto de vista también apoyaría la visión sugerida en el caso *Axon*[36] de que los derechos parentales caerían en suspensión cuando el niño o la niña haya alcanzado capacidad.

[34] *Re E (Un Menor)(Tutela: Tratamiento Médico),* 1993, p. 386.
[35] Reshef, Y., 2013, pp. 130-150.
[36] *R (Axon) v. Secretary of State for Health*. FCR, 1, 2006, 175.

3.5 Discusión

Esta brevísima discusión sobre los derechos parentales sugiere que ninguna de las principales teorías sobre ellos apoyaría la tesis de otorgarles derechos significativos en relación con las decisiones médicas. En lugar de ello, estas teorías parecen apoyar el enfoque aceptado en la jurisprudencia, en cuanto a que los progenitores tienen el deber de obtener prestaciones de atención razonables y consentir al tratamiento necesario. En otras palabras, éste no es un campo donde la discusión sobre los derechos parentales debería desempeñar alguna función relevante. Pero ello no significa que los padres no tengan un papel que cumplir en la toma de decisiones médicas, sino muy por el contrario. En lo que resta de este capítulo se explicará por qué los padres tienen una función crucial en las decisiones médicas de sus hijos e hijas.

4. Participación parental en las decisiones médicas

4.1 El conocimiento del niño

Como ha sostenido Jo Bridgeman, es crucial que consideremos la situación y las necesidades particulares que tienen los niños y las niñas.[37] En los casos médicos, éstos deben ser tratados especialmente como sujetos conscientes de las relaciones que tienen, de sus peculiaridades y necesidades. En este contexto, los padres proporcionan una fuente invaluable de información sobre sus hijos e hijas. Por ejemplo, como se señaló anteriormente en este capítulo, en el caso *An NHS Foundation Trust v. AB, CD y EF,*[38] la evidencia provista por los padres sobre la experiencia con el uso de la bolsa de ventilación fue crucial para la decisión final. Por lo tanto, los progenitores desempeñan un papel fundamental como proveedores de información sobre sus hijos e hijas.

---

[37] Bridgeman, 2008, p. 232.

[38] EWHC. *An NHS Foundation Trust v. AB, CD y EF*. Fam. 1031, 2014, Véase también EWHC. *An NHS Trust v. R*. Fam. 2340, 2013.

4.2 La relación padre/madre e hijo/hija

La relación entre los progenitores y su hijo o hija genera, en sí misma, aspectos fundamentales de la identidad y del bienestar del niño o la niña. Por consiguiente, como se vio anteriormente, en el caso *MB* la cercanía de la relación entre la madre y el niño creó un conjunto de consideraciones a favor de la continuidad de la vida que bien podría no haber existido si no hubiera sido por esa relación. Previamente, cuando se discutió la decisión en el caso *Re T*, se hizo incapié en la importancia de las relaciones niño-padres. La relación entre el niño, la niña y sus padres es fundamental para la identidad de los primeros y es su punto de referencia primario en el mundo, especialmente cuando se trata de un niño pequeño o una niña pequeña. En otras palabras, el bienestar de hijos y padres, generalmente, se encuentra relacionado. No podemos, por tanto, separar fácilmente el bienestar de los padres del bienestar de los hijos.[39] Como reconoció el tribunal en el caso *Re T*, en muchos casos que implican atención médica seria, los cuidados de los progenitores son esenciales para que el procedimiento médico sea efectivo.

Un caso más difícil es el de *NHS Trust v. Bebé X,*[40] en el cual un niño pequeño estaba con ventilación asistida y tenía daño cerebral profundo. El niño era alimentado por tubo nasogástrico y el personal del hospital determinó que era mejor retirar la ventilación, pero los padres se opusieron. Estos últimos pensaban que podían verificar signos de mejoría y su fe religiosa no les permitía consentir un procedimiento que llevaría a la muerte. El tribunal apoyó a los médicos, pero el Juez Hedley otorgó peso a la necesidad de una buena muerte y contrastó "una muerte en los brazos y presencia de los padres con una muerte conectado a una máquina y aislado de todo contacto humano, en el transcurso de un tratamiento inútil". Es posible que el Juez Hedley tuviera razón en reconocer más valor al cuidado que los padres pudieran ofrecer al morir, que dar peso

[39] Herring, 2014, capítulo 6.
[40] EWHC. *NHS Trust v. Bebé X*. Fam. 2188, 2012.

a la esperanza de un milagro. Así, la posición de "cuidar" tuvo mayor valor en este caso que la de "preocuparse", propia de las plegarias.[41]

5. Niños competentes

El derecho vigente sobre casos que involucran a niños y niñas con capacidad ha enfrentado una férrea oposición. Los críticos han indicado que la jurisprudencia actual parece ilógica desde la perspectiva de los derechos humanos. Un niño o una niña puede dar su consentimiento efectivo, pero no una negativa de esa índole. Comúnmente se argumenta que el niño o la niña o bien es tan competente como un adulto para rehusar o consentir un tratamiento, o bien no lo es.

Esta posición parece menos extraña si se mira desde la perspectiva de las responsabilidades parentales. Si se asume que el médico que recomienda el tratamiento lo hace en el interés superior del niño o la niña, y se trata de una terapia que el niño o la niña competente está dispuesto(a) a recibir, es difícil ver de qué manera el progenitor que está rehusando consentir, pueda estar ejerciendo su responsabilidad en forma responsable. Particularmente, si el niño o la niña objeta el tratamiento, está menos claro lo que el progenitor responsable debería hacer. Podemos imaginarnos algunos casos en los que el padre o la madre responsable intervendrán, y otros en que se dejará que el niño o la niña decida. Esto puede reflejar el derecho vigente. En el caso *Re W*, Lord Donaldson fue muy claro en sostener que incluso si un progenitor ha consentido, un médico bien puede decidir no proceder ante la oposición de un niño maduro o una niña madura. Se debe recordar que el tribunal nunca obligará al médico a proveer un tratamiento que no desee proveer. Visto de esta manera, el caso *Gillick* no se trataría tanto de un caso en el que se enfatizan los "derechos de la niñez", sino más bien de un caso en que se restringe un ejercicio indebido de la "responsabilidad parental".

[41] Herring, 2014, capítulo 2.

Si a raíz de este argumento nos fijamos en el caso *Axon*, se puede ver que la demanda de la Sra. Axon, en la que se discutía si ella debía tener derecho a veto sobre la decisión de su hija de someterse a un aborto, parece claramente un error de juicio. Dicho argumento implica no ejercer su posición parental con *responsabilidad*, sino buscar ejercer *poder* sobre ella. Más compasiva, en cambio, es su solicitud respecto a que se le informe sobre el embarazo de su hija, para poder discutir el tema con ella. Eso suena más a crianza responsable en relación con una niña madura. Sin embargo, se advierte que esa solicitud también debería ser rechazada. Ello es así, porque el solo hecho de buscar una solución *legal* para hacer cumplir una buena relación entre hijos y padres, parece ser indicativo de que tal relación ha fallado.

6. Recapitulando

Como mínimo, se debe aceptar que, en aquellos casos de condiciones médicas serias, los padres tienen un interés significativo en que el niño o la niña reciba o no un tratamiento.[42] Se interesan como padres que tienen responsabilidades parentales; como padres que han invertido sus vidas (en términos emocionales y prácticos) en el niño o la niña y su crianza; y se interesan, además, por el resultado del impacto que la decisión pueda tener en sus propias vidas personales. Es que las decisiones médicas que involucran a un niño o una niña son rara vez asuntos que afectan sólo a ellos.[43] Es más, muchos niños y niñas (y adultos) desearán tomar sus decisiones junto con sus padres y otros miembros de su familia, y es poco probable que consideren estas decisiones sólo como propias. Como argumenta Tom Cockburn:

> Si uno observa la relación entre una madre y su hijo, se verá reciprocidad humana basada en las características de apoyo y

[42] Esta sección se basa en Herring y Gilmore, 2014, p. 3.
[43] Claro que es igualmente cierto que las decisiones médicas que involucran a adultos tendrán un enorme impacto en sus hijos y otros cercanos: Herring, J., 2008.

> dependencia, en lugar de competencia y autonomía. En el caso de la relación madre-hijo, el respeto mutuo y la igualdad de valor son más importantes que cualesquiera principios contractaualistas basados en la igualdad de derechos legales. El repertorio moral también debe incluir los principios de cooperación, intimidad, confianza, conexión y compasión a ser enfatizados como fuentes importantes de razonamiento moral.[44]

En otras palabras, ver las decisiones médicas de los niños y las niñas sólo como materias que implican su propia decisión individual no es reflejar correctamente la realidad. Enfocarse en una comprensión individualizada de la autonomía no captará los matices prácticos y éticos de las decisiones. En una de las mejores discusiones sobre este asunto,[45] Jo Bridgeman indica:

> en lugar de intentar articular la justicia y proporcionar explicaciones para forzar un tratamiento en términos de los derechos del abstracto individuo autónomo de la teoría jurídica liberal, o la anulación paternalista de esos derechos, sería instructivo escuchar a los padres de niños y niñas enfermas, profesionales de la salud y abogados que actúan en colaboración con el propósito de asegurar el bienestar del niño y la niña. Si la "voz diferente" puede ser oída en lo que ellos dicen, las decisiones respecto al tratamiento médico de los niños y las niñas pueden ser explicadas de manera más convincente en términos de la responsabilidad de cuidados, que logradas con las actuales expresiones de autonomía. Lo que escuchemos nos puede permitir desarrollar, a partir de la ambigua prueba del interés superior, un modelo de ética del cuidado para las decisiones médicas en relación con los niños, y las niñas que explique por qué, debido a que nos importa, algunas veces el tratamiento médico puede ser impuesto sobre ellos y a pesar de que ellos deseen lo contrario.[46]

---

[44] Cockbum, 2005, p. 71.
[45] Bridgeman, J., 1998.
[46] *Ibid*., p. 114.

Esto puede proporcionar mayor justificación para que el derecho intervenga con el propósito de prevenir que los niños y las niñas tomen decisiones que puedan conducir a un daño irreparable o a su propia muerte. Cuando un niño o una niña recibe el tratamiento que un médico ha evaluado en su interés superior, es poco probable que ello vaya a tener un impacto negativo en la vida personal de los padres o cuidadores, en la misma medida en que lo tendría si el niño o la niña no recibe el tratamiento. Es verdad que uno puede imaginarse a un padre o una madre sufriendo una aflicción emocional ante un niño o una niña que está recibiendo un tratamiento que no fue aprobado por él o ella, pero es poco probable que esto tenga un impacto tan significativo como la decisión de no entregar el tratamiento.

Como Jo Bridgeman recalca, llegar a soluciones para estos casos problemáticos requiere una cuidadosa atención a las relaciones individuales involucradas y las responsabilidades que de ellas se derivan.[47] Desde este punto de vista, no es posible producir una única regla clara para aplicar en estos casos: los padres siempre ganan o los médicos siempre ganan. Más bien, la solución debe nacer de las relaciones mismas porque, pase lo que pase en estas decisiones médicas, el niño y la niña y sus cuidadores deberán continuar sus relaciones y éstas tienen más valor que cualesquiera otros derechos legales abstractos. En los casos que comprenden disputas entre médicos y progenitores, se requiere que los tribunales efectúen las evaluaciones de bienestar o interés superior que los hemos visto realizar. En los casos que involucran niños y niñas maduras, se requiere la cuidadosa consideración tanto de los intereses de los padres como de los hijos e hijas en su contexto particular, escuchando atentamente ambas opiniones. No hay una defensa automática de una parte o de la otra. Este acercamiento es facilitado por el enfoque de Lord Donaldson, que ha concedido peso a la idea de que el médico está guiado por reservas éticas cuando decide actuar bajo consentimiento parental. Así, se ofrece espacio para un enfoque sensible al contexto particular del caso.

[47] Bridgeman, J. 2008, capítulo 1.

Conclusión

Este capítulo ha pretendido resumir el estado del derecho inglés acerca de los padres y la toma de decisiones médicas de sus hijos e hijas. Ha explicado que, conforme a las leyes actuales, en este campo, el concepto de derechos parentales no tiene un papel importante. En lugar de ello, son los deberes y responsabilidades parentales los que priman. Esto significa que en casos de disputa se conceda poco peso a las opiniones de los progenitores *per se*. En lugar de ello, el bienestar o interés superior del niño y la niña es la clave. Cuando los niños y las niñas tienen la capacidad de tomar decisiones, se concede menos peso, incluso, a los derechos de los padres.

Sin embargo, este capítulo ha sugerido que no sería correcto concluir que los padres o progenitores son irrelevantes frente al derecho, en lo que se refiere a la toma de decisiones de sus hijos e hijas. Con justa razón son considerados una fuente de información crucial. Más importante, la relación padres-hijos es una parte fundamental del bienestar del niño o la niña. Y por eso se observa un esfuerzo de los tribunales por valorar la importancia de aquellas relaciones de cuidado y proporcionar un espacio para que ellas florezcan.

Bibliografía

Bainham, A. (1997), "Do babies have rights?", *Cambridge Law Journal*, (56).

_____ (2009), "Is anything now left of parental rights?", en Gilmore, S., Herring, J. y Probert, R., *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford y Portland, Hart Publishing.

Bridgeman, J. (1998), "Because we care? The medical treatment of children", en Sheldon, S. y Thomson, M. *Feminist Perspectives on Health Care*, London, Cavendish Publishing.

_____ (2008), *Young Children and Healthcare Law*, Cambridge, Cambridge University Press.

Cave, E. (2014), "Goodbye Gillick", *Legal Studies*, 34(1), pp.103-122.

Cockbum, T. (2005), "Children and the feminist ethic of care", *Childhood*, 12(1), pp. 71-89.

Eekelaar, J. (2004), "Children between cultures", *International Journal of Law Policy and the Family*, 18(2), pp. 178-194.

Gillon, R. (2003), "Ethics needs principles—four can encompass the rest—and respect for autonomy should be 'first among equals'", *Journal of Medical Ethics*, (29).

Foster, C. (2009). *Choosing Life, Choosing Death: The Tyranny of Autonomy in Medical Ethics and Law*, Oxford, Hart Publishing.

Herring, J. (2005), "Farewell welfare", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 27(2), pp. 159-171.

_____ (2008), "The Place of Carers", en Freeman, M., *Law and Bioethics*. Oxford, Oxford University Press.

_____ (2011), "The loneliness of status: The legal and moral significance of birth", en Ebtehaj, F., Herring, J. y Richards, M., (eds.) *Birth Rites and Rights*, Oxford, Hart Publishing.

_____ (2014), *Caring and the Law*, Oxford, Hart Publishing.

Herring, J. y Gilmore, S. (2014), "No is the hardest word: consent and children's autonomy and Family Law", *Child and Family Law Quarterly*, 23(1), pp. 3-25.

Reshef, Y. (2013), "Rethinking the value of families", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 16(1), pp. 130-150.

Steinberg, L. (2013), "Does recent research on adolescent brain development inform the mature minor doctrine?", *The Journal of Medicine and Philosophy*, (38).

Taylor, R. (2009), "Parental responsibility and religion", en Gilomre, S., Herring, J. y Probert, R. *Responsible parents and parental responsibility*, Oxford y Portland, Hart Publishing.

Fallos, leyes y otros

AC, *Gillick v. West Norfolk A.H.A*, 12, 1986, 184 G.

Children Act, 1989.

Children and Young Persons Act, 1933.

England and Wales Court of Appeal. *Burke v. GMC*. Civ. 1003, 2005.

- *GMC (Consejo Médico General) v. Burke*, Civ. 1003, 2005.
- *Wyatt v. Portsmouth NHS Trust*. Civ. 1181, 2005.

EWHC. *An NHS Foundation Trust v. AB, CD y EF*. Fam. 1031, 2014.

- *An NHS Trust v. R. Fam.* 2340, 2013.
- *An NHS Trust v. SR*. Fam. 3842, 2012.
- *EWHC. An NHS Trust v. MB & Anor. Fam*. 507, 2006.
- *NHS Trust v. Bebé X. Fam*. 2188, 2012.
- *Re TM (Tratamiento Médico)*. Fam. 4103, 2013.

Fam. *Re Z (A Minor) (Identificación: Restricciones sobre la Publicación)*, 1, 1997, 32.

R (Axon) v. Secretary of State for Health. FCR, 1, 2006, 175.

Re A (Gemelos Siameses). FCR, 3, 2000, 577.

Re W (Un Menor)(Tratamiento Médico: Jurisdicción del Tribunal). FCR, 2, 1992.

"Gillick v. W Norfolk y Wisbech AHA", England Law Reports [All ER] (3), 1985.

R v. Sheppard. AC, 1981, 394.

Re E (Un Menor)(Tutela: Tratamiento Médico), 1993.

Re T (Tutela: Tratamiento Médico). Weekly Law Report (1), 1997, 242.

Re W (Un Menor) (Tratamiento Médico: Jurisdicción del Tribunal). Family Law Rules, 1993.

United Kingdom Supreme Court. 67, 2013.

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