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 X
## La responsabilidad parental en Australia*

Meda Couzens** y Amira Aftab***

* Título original “Parental responsability in Australia”, traducido por Ixchel Martínez Villafuerte con autorización de las autoras.

** Catedrática en la Facultad de Derecho de la Western Sydney University, Australia. Becaria honoraria de investigación en la Universidad de KwaZulu-Natal, Durban, Sudáfrica.

*** Doctora BA(Hons)/LLB por la Macquarie University. Profesora en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

**Resumen**

La responsabilidad parental en Australia forma parte del complejo marco normativo que rige al derecho de familia. Con el paso del tiempo, se ha presentado un importante cambio hacia la resolución de controversias del orden familiar en el ámbito privado, particularmente en lo que se refiere a convenios reguladores de responsabilidad parental. El capítulo tiene en cuenta el "interés superior del niño" como un principio rector del derecho de familia, así como oportunidades para que el niño o la niña pueda participar en los procesos judiciales y extrajudiciales que se susciten. Se han formulado reformas notables en el derecho de familia australiano que se enfocan en la parentalidad responsable, principalmente la introducción de la resolución de controversias en el ámbito privado, la idea de corresponsabilidad parental (entre padres y madres) y, más importante aún, disposiciones en materia de violencia intrafamiliar. La violencia intrafamiliar es un problema preponderante en el derecho de familia, lo que agrega una capa de complejidad a las controversias que se suscitan en el campo de las disputas parentales. Este capítulo explora las dispo-

siciones en materia de violencia intrafamiliar con el fin de ilustrar las debilidades de los marcos jurídicos que separan las cuestiones relacionadas con los niños y las niñas. En Australia, esta separación se debe en gran medida a un marco constitucional en el que las disputas parentales o el ejercicio de la responsabilidad parental son una cuestión federal, y lo relacionado con la protección de los niñas, niños y adolescentes sigue estando regido por los estados y territorios. Mediante la ilustración de las características y desarrollos del derecho de familia australiano, este capítulo ofrece un análisis comparativo profundo para otras jurisdicciones que enfrentan problemas similares cuando tratan con los niños y las familias.

**Palabras clave**

Responsabilidad parental, Corresponsabilidad parental, Interés superior de la niña o el niño, Violencia intrafamiliar, Resolución de controversias familiares.

## 1. Introducción

El presente capítulo contiene un breve panorama de la reglamentación jurídica en materia de responsabilidad parental en Australia. Se enfoca en una selección de asuntos que, según la opinión de las autoras de este capítulo, tienen un valor comparativo para otros sistemas jurídicos. Con los temas que se analizan en este capítulo se presenta una selección de buenas prácticas (jurídicas) más que los retos del derecho de familia australiano. Se tienen dos objetivos: ayudar al intercambio de ideas sobre la forma de abordar la responsabilidad parental en nuestro mundo globalizado y motivar la autorreflexión en cuanto a las fortalezas y problemas de otros sistemas jurídicos. Finalmente, este capítulo demostrará, en lo que se refiere al ejemplo australiano, que los asuntos relacionados con los niños, las niñas y sus familias siguen siendo complejos, independientemente de la integridad del marco legal y la infraestructura institucional que lo sostenga.

El capítulo continúa con un panorama del sistema jurídico y familiar en Australia, seguido de una presentación de la responsabilidad parental en el derecho australiano. Posteriormente, el capítulo analiza los procesos judiciales y extrajudiciales para abordar la resolución de controversias sobre responsabilidad parental. Las autoras del capítulo consideran importante demostrar la naturaleza multifacética del marco de resolución de controversias del orden familiar, el cual no se limita a procedimientos judiciales. Las dos partes siguientes tratan sobre la aplicación del principio del interés superior de los niños y las niñas en la resolución de controversias del orden familiar y la consecuente participación de éstos en los procesos judiciales y extrajudiciales. En una era en la que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son cada vez más visibles (especialmente con la llegada de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, la CDN), las formas en las que el sistema jurídico atiende el interés superior de la niñez y sus puntos de vista son con frecuencia una herramienta utilizada para evaluar la calidad del sistema jurídico al que pertenece. La siguiente parte se enfoca en la violencia intrafamiliar dentro del contexto de la toma de decisiones del derecho de familia. Se seleccionó este enfoque porque la violencia intrafamiliar es una característica preponderante en los asuntos que llegan al sistema jurídico familiar formal y porque ilustra las complejidades halladas en la intersección entre el derecho de familia y la violencia intrafamiliar. Ilustra la vulnerabilidad de los marcos jurídicos que tratan en forma aislada los casos relacionados con la infancia como resultado de las peculiaridades de sus marcos constitucionales. El capítulo concluye con algunas reflexiones finales sobre el valor comparativo de la experiencia australiana.

## 2. Panorama del derecho de familia australiano

El sistema jurídico australiano se basa en el derecho común (*common law)* de tradición angloamericana. Tiene una estructura federal dividida en estados y territorios que comparten el Poder Legislativo con la Mancomunidad (*Commonwealth*) (Cht). El Parlamento Australiano tiene la facultad de legislar en las áreas explícitamente indicadas en el artículo

51 de la *Commonwealth of Australia Constituttion Act,* 1990 [Ley Constitucional de la Mancomunidad de Australia de 1900 ("la Constitución")] y los estados tienen una competencia legislativa residual (la cual pueden delegar a la Mancomunidad). Sin embargo, de conformidad con el artículo 109 de la Constitución, la legislación en el plano federal prevalece sobre la legislación estatal que resulte incongruente con la primera.

La Constitución faculta al Parlamento de Australia a legislar con respecto a "causas matrimoniales y por divorcio; y en relación con éstas, los derechos de los progenitores, y la tutela y custodia de los niños" (artículo 51 (xxii) de la Constitución australiana). Con base en esta facultad, el Parlamento de Australia promulga la *Family Law Act*, 1975 [Ley de la Familia o FLA] que se analiza más adelante. Las legislaturas estatales y territoriales tienen la facultad para legislar sobre otros asuntos importantes relacionados con los niños, niñas y adolescentes, como medidas para su protección y la justicia juvenil. La Constitución no contiene otras disposiciones que hagan referencia a la infancia ni otros artículos de derecho de familia sustantivo. Además, muy pocos derechos están amparados explícita o implícitamente en la Constitución,[1] y ninguno de ellos son derechos específicos del niño o la niña. Esto es relevante porque, aun cuando es posible que los principios jurídicos típicos del derecho de familia no se encuentren presentes en una Constitución, los asuntos relativos a éste pueden quedar bajo el amparo de otros derechos constitucionales como el derecho a la privacidad, la igualdad y la no discriminación, la protección contra daños, etc. Asimismo, a diferencia de otras jurisdicciones cuyo sistema jurídico es de tradición *common law,* como Nueva Zelanda o el Reino Unido, Australia no cuenta con una ley escrita sobre derechos humanos. No obstante, el Territorio de la Capital Australiana, Victoria y Queensland han adoptado leyes escritas sobre derechos humanos que se asemejan a la Human Rights Act, 1998 [Ley de Derechos Humanos] del Reino Unido, y algunas disposiciones de estas leyes atañen a

[1] Bailey, P., 2009, p. 239; Meagher, D. *et al.*, 2016, capítulos 9 y 10.

los niños. Aunque son un avance en lo que respecta a la protección de derechos humanos, estas leyes escritas no permiten a los tribunales invalidar legislación incongruente. No obstante, ordenan a los tribunales interpretar la legislación en su mayor extensión posible, de manera que sea compatible con los derechos humanos. Para los fines de la responsabilidad parental y los asuntos relacionados con ella, las leyes de derechos humanos analizadas previamente son irrelevantes, ya que se trata de legislación estatal sin ninguna pertinencia en la interpretación de la legislación federal, como la FLA, que es el marco jurídico aplicable a los asuntos de responsabilidad parental. Existe, por lo tanto, un soporte limitado de derechos humanos (constitucionales o normativos) para la responsabilidad parental y los conceptos asociados a ésta.

Además de esto, también existe la ambivalencia de Australia para dar a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CND) de 1989 efectos jurídicos en el ámbito nacional. Australia ratificó la CND en 1990,[2] pero su compromiso nacional con ella "es más que incierto",[3] pues el país sigue "obstinado en su negativa"[4] de aplicarla. Debido a la postura dualista que Australia ha tomado en relación con los tratados internacionales, sería necesaria la incorporación nacional explícita de la Convención mediante ley escrita para que ésta tuviera fuerza de ley. Hasta ahora no ha habido una incorporación integral (palabra por palabra) de la CDN o una transformación de sus normas en una ley escrita de la Mancomunidad de Naciones (*Commonwealth*),[5] aunque en 2011, se reformó, entro otros, la Ley de la Familia para incluir entre los objetos del apartado VII de esta ley, el otorgamiento de validez legal a la CDN (artículo 60B(4)).[6] En general, se ha empleado un sistema "a la carta" en el que la Mancomunidad y los parlamentos estatales han dado efectos

[2] Australia ratificó la CDN el 17 de diciembre de 1990 (Estado de los tratados «https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en»).
[3] Bates, F., 2012, p. 48.
[4] Tobin, J., 2016, p. 26.
[5] Para conocer las técnicas de incorporación, véase Devereux, A. y McCosker, S., 2017.
[6] Por favor, tome en consideración que todos los artículos a los que se hace referencia en este capítulo son de la Family Law Act, a menos que se indique lo contrario.

jurídicos a algunas de las disposiciones de la CDN, pero no a otras. La *Family Law Act* es un ejemplo de una ley escrita de orden federal que ha transformado algunas de las disposiciones de la CDN en disposiciones jurídicas nacionales. Sin embargo, a pesar de la falta de fuerza de ley, los tribunales australianos pueden apoyarse en la CDN para interpretar las leyes escritas nacionales en algunos asuntos.[7] Aunque no ha habido un compromiso en su implementación en la ley escrita, la Convención ha informado políticas gubernamentales, la redacción de legislación, la conducta de los organismos gubernamentales, y otros órganos u organizaciones que tratan con niños, niñas y adolescentes y sus derechos.

La principal ley escrita que rige los asuntos de derecho de familia en Australia es una ley escrita por la Mancomunidad: FLA.[8] Con esta ley también se creó el Tribunal de lo Familiar, el cual inició labores en 1976.[9] Además del Tribunal de lo Familiar, los asuntos en el marco de la Ley de la Familia también son resueltos por el Tribunal de Circuito Federal. El Estado de Australia Occidental tiene un sistema un tanto diferente. Cuenta con su propio tribunal de lo familiar que aplica la FLA para casos sobre la infancia y bienes en el contexto matrimonial, así como la legislación de Australia Occidental sobre asuntos relacionados con responsabilidad parental y bienes en el contexto de concubinatos.[10]

En 1995 se introdujo un nuevo apartado en la Ley de la Familia: apartado VII titulado "Niños", el cual se vio influido en su mayoría por la CDN.[11] Con el paso de los años, el apartado VII de la Ley de la Familia se ha vuelto muy complejo, por lo que los jueces describen el marco jurídico para la toma de resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad

---

[7] Suprema Corte de Australia, *Minister for Immigration and Ethnic Affairs vs. Teoh* (1995) 183 CLR 274.

[8] Moloney, L. Weston, R. y Hayes, A., 2013, p. 110.

[9] Consulte la página web del Tribunal de lo Familiar de Australia en «http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/home».

[10] Tribunal de lo Familiar de Australia Occidental «https://www.familycourt.wa.gov.au/F/family_court_legislation.aspx».

[11] Behrens, J. y Tahmindjis, P., 1998, pp. 175-180; Shackel, R., 2016, pp. 37-60.

parental, por ejemplo, como "tortuoso" o un "dilema de complejidad laberíntica".[12] Aunque la FLA ahora proporciona una mayor orientación en lo que se refiere a su aplicación, existe el riesgo de "erosión de las facultades discrecionales del juez mediante un proceso continuo de especificidad legislativa",[13] lo cual perjudica la flexibilidad que se necesita para tomar decisiones adecuadas en el marco del derecho de familia.

Vale la pena subrayar algunas características de la FLA.

En primer lugar, como lo señala la Comisión Australiana para la Reforma de Leyes (*Australian Law Reform Commission*), la "idea de 'un derecho [de familia]' [en Australia] no es del todo precisa"[14] y esto se debe a que la FLA no proporciona un marco de derecho de familia integral; más bien aborda únicamente asuntos que surgen después del rompimiento del vínculo matrimonial o la relación íntima (incluidos los concubinatos).[15]

El enfoque en el rompimiento de la relación íntima y el matrimonio en la FLA limita en forma significativa el alcance de aplicación de las disposiciones de esta ley en materia de protección. Desde la perspectiva de los derechos de los niños y las niñas, esto significa que algunas cuestiones relevantes para ellos, como la forma en que los progenitores ejercen su responsabilidad parental en familias intactas, no pueden tratarse fácilmente dentro de la esfera de la FLA. Sin embargo, algunas de las disposiciones de esta ley son aplicables —independientemente de que exista una controversia sobre el ejercicio de la responsabilidad parental—[16] en asuntos dentro del marco de la competencia del Tribunal de lo Familiar

[12] Como lo cita Fehlberg, B. *et al.*, 2014, p. 263.
[13] Baters, F., 2012, p. 73.
[14] Australian Law Reform Commission, *Family Law for the Future — An Inquiry into the Family Law System. Summary Report* [Report 135, marzo de 2019], 22.
[15] Australian Law Reform Commission (ALRC). Para mayor información sobre las complejidades constitucionales de la ley, véase Jessep, O. y Chisholm, R. 1994, pp. 1-16; Reg Graycar, R. y Millbank, J. (2007); Caruana, C. 2002.
[16] Fehlberg, B. *et al.*, 2008, p. 36.

en materia de bienestar, la cual se confiere al tribunal en la sección 67ZC(1). Esta sección trata de:

> Además de la competencia que tiene un tribunal conforme a este apartado en relación con los niños, también es competente para adoptar medidas (*orders*) relacionadas con su bienestar.

El alcance de esta competencia protectora es incierto,[17] pero ha sido utilizado en asuntos relacionados con la esterilización para propósitos no terapéuticos, la autorización de tratamientos para niños o niñas transgénero, la revelación de la paternidad, la reubicación, la obtención de pasaportes, y el secuestro internacional de niños.[18] Se ha insinuado que también podría utilizarse para invalidar la decisión de competencia a un hijo o una hija.[19]

En segundo lugar, aunque la FLA protege algunos derechos de los niños, no es una ley escrita específicamente para la garantía de sus derechos. La ley presenta al menos dos limitaciones a este respecto. Una es que los derechos de las niñas, niños y adolescentes se mencionan escasamente en la misma. La ley destaca los principios que incluyen, conforme al artículo 60B(2), el derecho a que los niños y niñas conozcan la identidad de sus progenitores y reciban cuidado de ellos, su derecho a pasar tiempo con los progenitores y se comuniquen regularmente con ellos y otras personas importantes en su vida, y el derecho a disfrutar de su cultura. Además, el artículo 43(1)(c) incluye, entre los principios aplicados por los tribunales con competencia en materia familiar, "la necesidad de proteger los derechos de los niños y promover su bienestar", aunque los derechos ahí mencionados no se especifican en la FLA. Una segunda limitación se deriva del alcance de la ley, y se ilustra en su largo título: "Una ley relacio-

[17] Higgins, D. y Kaspiew, R., 2011, p. 11.
[18] Dickey, A., 2014, pp. 301-302.
[19] Fehlberg, *et al., op. cit.*, n.16., p. 260; véase un análisis adicional en la apartado 3 siguiente.

nada con el Matrimonio, así como las Causas Matrimoniales y por Divorcio; y, en relación con estas y otras causas, la Responsabilidad Parental por los Niños, asuntos financieros derivados de la ruptura de concubinatos, y algunas otras Materias".[20] Así, la gama completa de derechos del niño cubierta por la CDN no puede acomodarse al marco de la FLA. Sólo a aquellos derechos que tienen una relación con las responsabilidades parentales o son relevantes para ellas en el contexto de la ruptura de la relación familiar se les puede dar algún efecto legal mediante la aplicación de esta ley.

En tercer lugar, la FLA no contiene un marco jurídico referente a la protección del niño o la niña (por ejemplo, para aquellos que necesiten cuidados), violencia intrafamiliar y justicia para adolescentes, los cuales, en su lugar, están cubiertos por la legislación estatal o territorial, y, en consecuencia, se conocen en los tribunales estatales y territoriales. Esto es resultado del marco constitucional que se explicó anteriormente. Por tanto, existe una fragmentación jurisdiccional significativa en lo que a la búsqueda de protección legal para los niños y niñas se refiere, en cuyo caso los asuntos relacionados con ellos son abordados en diferentes tribunales y organismos generales y especializados.[21] La coexistencia de regímenes en el nivel federal y estatal ha provocado dificultades prácticas importantes, con lo que las partes se ven obligadas a acudir a tribunales con diferentes competencias (familiar, protección y violencia de pareja), y al sistema en general no le es posible abordar las necesidades de los niños y sus familias.[22] En años recientes, estas dificultades han dado lugar a que se hagan recomendaciones para crear una respuesta

[20] "An Act relating to Marriage and to Divorce and Matrimonial Causes and, in relation thereto and otherwise, Parental Responsibility for Children, and to financial matters arising out of the breakdown of de facto relationships and to certain other Matters'

[21] Sheehan, R. y Borowski, A., 2014, p. 102.

[22] ALRC, *Family Law for the Future*, 23.

integral a las cuestiones de derecho de familia, protección de niños, niñas y adolescentes y violencia intrafamiliar.[23]

El derecho de familia se encuentra en un constante estado de cambio, por lo que algunos comentaristas lo han calificado como una "‘papa caliente política" (*political hot potato*).[24] Desde la adopción de la FLA en 1975, ha habido alrededor de cincuenta grandes investigaciones y varios tipos de comisiones para tratar los asuntos de derecho de familia.[25] En los años 1995, 2006 y 2011 se hicieron tres grandes reformas a la Ley de la Familia. El objetivo de las reformas jurídicas de 1995 y 2006 fue reflejar de mejor manera los derechos de los hijos e hijas, otorgar un mejor reconocimiento al papel de ambos progenitores y responder a los problemas de violencia intrafamiliar.[26] El objetivo de la reforma de 2011 fue fortalecer las respuestas del derecho de familia en materia de violencia de pareja. Este "jugueteo constante" ha añadido "complejidad, incertidumbre y costo",[27] a una la ley que "ya no es clara o comprensible"[28] y necesita redactarse de nuevo en forma integral".[29]

Antes de analizar la responsabilidad parental, vale la pena señalar que en Australia el discurso social, académico y político/de las políticas en materia de derecho de familia es muy apasionado. Las cuestiones de derecho de familia obtienen una gran atención pública, y los actores políticos prestan atención a la dinámica social y sus repercusiones en el derecho de familia. También existe una gran cantidad de investigaciones relacionadas con la familia y el derecho de familia, y muchas de ellas se realizan desde perspectivas multidisciplinarias que van más allá de los principios jurídicos fundamentales incontrovertibles establecidos en las leyes escri-

[23] ALRC, *Family Law for the Future*, 25.
[24] Byrnes, P., 2011, p. 45.
[25] Family Court of Australia, 2018, p. 2.
[26] Moloney, Weston y Hayes, *op. cit.*, p. 125.
[27] Family Court of Australia, "State of the Nation", 3.
[28] ALRC, *Family Law for the Future*, 23.
[29] *Ibid.,* 19.

tas relevantes. Estas investigaciones están ligadas de manera importante al derecho de familia actual y su aplicación, y con frecuencia se hacen, a partir de ellas, sugerencias basadas en pruebas para mejorar la ley y su aplicación.

## 3. La responsabilidad parental en Australia

La FLA aborda la relación parento-filial empleando un lente de responsabilidad parental, un concepto que "encapsula la capacidad que tienen los progenitores para tomar decisiones".[30] La redacción nueva buscaba eliminar el uso de una terminología propietaria en relación con los hijos e hijas y reflejar de mejor manera el principio de crianza compartida y los derechos de éstos.[31] El término se introdujo en la FLA con las reformas realizadas en 1995, cuando los términos como "tutela", "custodia" y "acceso" *(sic)* fueron remplazados con los conceptos de "residencia", "contacto" y "asuntos específicos".[32] La terminología se cambió de nuevo con la Ley de reforma de 2006 (*Amendment Act 2006*), de acuerdo con la cual "las resoluciones sobre el ejercicio de la órdenes de parentalidad (*parenting orders*) pueden determinar "la persona o personas con quienes el niño va a vivir" (artículo 64B(2)(a)) y/o "el tiempo que el niño va a pasar con otra persona o personas" (artículo 64B(2)(b)), así como la asignación de responsabilidad parental (artículo 64B(2)(c))'.[33]

Conforme al artículo 61C(1), "[c]ada uno de los progenitores de un niño o niña que aún no haya cumplido los 18 años de edad tiene una responsabilidad parental con él". El significado del término "padre" (*parent*) es complejo, especialmente cuando es un factor en asuntos que se dan lugar a partir de la reproducción asistida.[34] Aunque el término casi siempre se

[30] Fehlberg, Behrens y Kaspiew, 2008, p. 248.
[31] *Idem.*
[32] *Ibid.*, también, Fehlberg, B. *et al.*, 2014.
[33] *Ibid.*, p. 193.
[34] Fehlberg, B. *et al.*, 2008, cap. 6.

utiliza para referirse al padre o madre biológica, también puede incluir al padre/madre legal.[35]

La FLA define brevemente la responsabilidad parental. El artículo 61B simplemente establece que

> En este apartado, la responsabilidad parental significa todas las obligaciones, facultades, responsabilidades y autoridad que, por ley, tienen los padres en relación con el niño.

Se ha interpretado que el significado de "por ley" en la sección anterior hace referencia al *common law* (y, por tanto, los antiguos conceptos de tutela y custodia), la legislación y la jurisprudencia (*case law*).[36] La Ley de la Familia en sí misma no proporciona una lista de responsabilidades parentales, pero con base en algunas de sus disposiciones, Dickey argumenta que las responsabilidades parentales incluyen ayuda financiera para el niño o niña,[37] y la toma de decisiones en cuanto a "asuntos trascendentales a largo plazo" (artículo 4(1)), los cuales incluyen la educación, la práctica de creencias y rituales religiosos y culturales, salud, nombre y cambios en las condiciones de vida.[38] Las decisiones sobre el cuidado diario, el bienestar y el desarrollo de los hijos, la administración de sus bienes y las declaraciones hechas en su nombre han sido consideradas parte de la responsabilidad parental. Fehlberg, Behrens y Kaspiew sostienen que "[c]ada ley que estipula que un padre/madre puede o debe hacer algo designa una 'responsabilidad parental'" conducente.[39] En el derecho australiano, por tanto, la "responsabilidad parental" es un concepto abierto con múltiples recursos legales. La FLA, la principal ley positiva del orden familiar, no define el contenido de responsabilidad

[35] Young, L., 2016, p. 383.
[36] Dickey, A., 2014, p. 253.
[37] Apartado VII, división 7, para conocer el sistema australiano de pensión alimenticia para menores, véase Young, L., 2016, p. 401.
[38] Dickey, 2014, p. 254.
[39] Fehlberg, Behrens y Kaspiew, 2008, p. 257.

parental, sino que únicamente reglamenta su "manejo" en casos de ruptura y separación familiar.

La responsabilidad parental tiene algunos límites en el derecho de familia australiano. De este modo, "la responsabilidad parental deja de existir con respecto a decisiones particulares conforme los hijos llegan a una edad en la que son capaces de tomar esa decisión por sí mismos sin la participación de los padres o progenitores".[40] Sin embargo, los mismos autores resaltan que la decisión de un hijo o hija capaz puede ser desestimada por el Tribunal de lo Familiar en virtud de su competencia en materia de bienestar (*welfare*) establecida en el artículo 67ZC de la FLA. El derecho australiano apoya, por tanto, el enfoque de que las facultades parentales son facultades menguantes[41] que van disminuyendo conforme los hijos e hijas alcanzan la madurez y adquieren la capacidad para tomar decisiones propias. Otras limitaciones a la responsabilidad parental provienen del hecho de que algunas decisiones no pueden ser tomadas por los padres basadas en el hecho de que detentan una responsabilidad parental con el niño o niña. Éstas incluyen, por ejemplo, decisiones sobre la esterilización de un niño o niña para propósitos no terapéuticos, y posiblemente otros procedimientos y tratamientos médicos que pudiera ser irreversibles, invasivos y tener consecuencias graves para éste.[42] A este respecto, el caso *In Secretary, Department of Health and Community Services v J.W.B and S.M.B* (c. *Marion*) (1992) 175 CLR 218 es relevante. La pregunta ante el tribunal era si los progenitores podían autorizar la esterilización de su hija Marion, quien tenía una discapacidad intelectual. El tribunal descubrió que el proceso era para propósitos no terapéuticos, por lo que los padres no podían autorizarla. La autorización de los padres sólo es suficiente si el procedimiento es para propósitos terapéuticos y una consecuencia necesaria de otro tratamiento médico.[43] La capacidad de los progenitores para autorizar legalmente un procedimiento médico

[40] *Ibid.*, p. 260 (nota omitida).
[41] Dickey, 2014, p. 258.
[42] Fehlberg, Behrens y Kaspiew, 2008, p. 261.
[43] Bell, F., 2015, p. 431.

también fue considerada en el asunto de *Baby D*, en el que el tribunal consideró procedentes el papel y las responsabilidades de las partes. Surgieron preguntas clave acerca de los interese superiores de *Baby D* y sobre si los padres podían autorizar la desintubación (eliminación de la asistencia respiratoria) y detener el tratamiento para prolongar su vida, o requerían la autorización del tribunal. La autonomía de los padres fue finalmente confirmada por el tribunal, cuando reconoció que podían dar su autorización, puesto que no se trataba de un procedimiento médico especial.[44]

Estas limitaciones no son exhaustivas y la ley puede desarrollarse con el tiempo, ya sea para restringir o extender aún más el alcance de la responsabilidad parental. En el contexto de la disforia de género, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal de lo Familiar ha mudado de: a) requerir la autorización del tribunal en todos los asuntos en los que se buscara un tratamiento para niños y niñas; b) requerir la autorización judicial sólo cuando exista desacuerdo sobre la capacidad del niño o la niña, o sobre el diagnóstico y protocolo de tratamiento entre el hijo o la hija, los médicos y los padres.[45] Así, en el caso *Re Alex* [2004] FamCA 297, el Tribunal de lo Familiar resolvió que la terapia de bloqueo puberal (etapa 1 del tratamiento) era un procedimiento especial que requiere la autorización del tribunal debido a las consecuencias irreversibles posteriores si el tratamiento avanzaba a la etapa 2. En el caso *Re Jamie* [2013] FamCAFC 110, el tribunal en pleno resolvió que la etapa 1 del tratamiento era con fines terapéuticos, por lo que la decisión podía ser tomada por los padres. De tal manera que si el hijo o la hija, los padres y los médicos acordaban proceder con la etapa 1 del tratamiento, no se requería una evaluación de la capacidad *Gillick*. La capacidad *Gillick* se adquiere cuando un niño o una niña llega a tener suficiente comprensión e inteligencia para entender aquello que se le está proponiendo (*Gillick vs. West Norfolk*

[44] Corte Familiar australiana, caso *Baby D (No.2)* [2011] FamCA 176.
[45] Para un análisis de casos hasta 2014, véase Strickland, S., 2014.

*and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112 tal como se aprobó en el asunto de *Marion*). En relación con la etapa 2 del tratamiento, en el caso *Re Jamie* se decidió que un niño o una niña competente puede tomar la decisión de continuar con el tratamiento; sin embargo, era el tribunal el que tenía que determinar si aquél o aquélla contaba con la capacidad *Gillick* (y no los médicos ni los progenitores). Si se determinaba que no contaba con la competencia *Gillick*, se requeriría la autorización del tribunal para iniciar el tratamiento. El caso *Kelvin* [2017] FamCAFC 258 (*Re Kelvin*) fue más allá. El Juez Watts resume en forma concisa la posición en dicha sentencia —la cual constituye la ley aplicable actual— en el caso *Re Imogen* como sigue:

En el *Asunto Kelvin*, el tribunal en pleno determinó que:

> a) Dado el conocimiento actual en materia de medicina, la etapa dos del tratamiento era terapéutica y era un tratamiento cuyo consentimiento ya no se encuentra fuera de los límites de la autoridad de los padres o requiere la aprobación del tribunal (con lo que se revierte la posición tomada en *Re Jamie)*;
>
> b) Con respecto a la etapa 2 del tratamiento, si el hijo o hija, los padres y los médicos acuerdan que el niño o niña es competente según *Gillick*, no hay necesidad de que el tribunal determine tal competencia (con lo que se revierte la posición tomada en el asunto *Re Jamie)*;
>
> c) Si todos están de acuerdo, el niño o niña es competente según *Gillick,* se puede autorizar la etapa 2 del tratamiento; y
>
> d) Si un niño o niña no es competente, según *Gillick* y los médicos tratantes están de acuerdo, los padres pueden autorizar la etapa 2 del tratamiento con la aprobación del tribunal (asunto *Re Imogen,* párr. 33).

En los casos *Re Jamie* y *Re Kelvin* se resolvieron situaciones en las que los padres y los médicos estaban de acuerdo en el diagnóstico y el tratamiento

propuesto para sus hijos. En el caso *Re Imogen,* sin embargo, se resolvió una situación en la que los padres (divorciados) no coincidían con el diagnóstico de disforia de género de su hijo de 16 años, su competencia según *Gillick* y el tratamiento propuesto. El Juez Watts decidió que cuando exista un desacuerdo en relación con cualquiera de los anteriores aspectos, resulta obligatorio hacer una solicitud al tribunal (asunto *Imogen,* párrafo 35) y éste tomará su decisión con base en el interés superior del niño o la niña. En el asunto *Re Imogen*, el juez Watts formuló la siguiente pregunta: "¿por qué la sola precisión de la competencia *Gillick* de un adolescente no es determinante cuando los progenitores no coinciden en cuanto a un tratamiento?" La pregunta es importante porque es tentador asumir que una vez que el niño o la niña sea declarado o declarada competente podrá tomar decisiones sobre sí mismo. Sin embargo, el tribunal juzgó necesario que las autoridades autorizaran el tratamiento pues, al concernirles el interés superior del niño, cuando exista un desacuerdo entre los hijos, los padres y los médicos, un tribunal no puede resolver el asunto simplemente decidiendo si alguno de los primeros es capaz o no.[46]

Estos asuntos marcan una expansión de la responsabilidad parental al extender la gama de decisiones médicas que los padres pueden tomar como parte de su responsabilidad parental, sin la necesidad de obtener una orden judicial. La capacidad para ejercer la responsabilidad parental sin la interferencia de un tribunal para autorizar la etapa 2 del tratamiento para la disforia de género depende, sin embargo, de que los puntos de vista de los padres estén alineados con los de sus hijos y los médicos que van a suministrar el tratamiento.

Como se dio a entender previamente, el enfoque de la FLA es resolver las controversias en el ejercicio de la responsabilidad parental en un

[46] *Re Imogen,* párr. 44, 59.

contexto de separación, lo que hace difícil basarse en ella fuera de ese contexto. Sin duda, en las familias intactas, la ley generalmente deja que los padres tomen las decisiones relativas a sus hijos e hijas. Los tribunales sólo pueden intervenir cuando un niño o niña corre riesgo y no se le están dando los cuidados adecuados[47] o en asuntos relativos a procedimientos médicos riesgosos,[48] como se analizó previamente.

Una de las características del marco jurídico actual en relación con la responsabilidad parental es el concepto de *corresponsabilidad parental*, la cual se analiza más adelante. El artículo 61DA, el cual explica detalladamente las presunciones y su aplicación, dispone:

> (1) Cuando se emite una orden de parentalidad respecto a un niño o niña, el tribunal debe aplicar una presunción de que es en el interés superior de ese niño(a) que los padres ejerzan una igual responsabilidad compartida con éste.
>
> (2) La presunción no es aplicable si existen motivos razonables para creer que los padres (o una persona que viva con el padre o la madre) ha incurrido en:
>
> a. maltrato hacia su hijo o hija u otro menor de edad que, en ese momento, fuera miembro de la familia de los padres (o la familia de esa otra persona), o
>
> b. violencia intrafamiliar.
>
> (3) Cuando el tribunal emita una resolución provisional, la presunción es aplicable, salvo que éste considere que, dadas las circunstancias, su aplicación no sería adecuada cuando se emita dicha resolución.

[47] Parashar, A. y Dominello, F., 2017, p. 265.
[48] Humphrey, T., 2008, pp. 141-169.

(4) La presunción puede rebatirse con pruebas que convenzan al tribunal de que no sería en el interés superior del niño o la niña que los padres tuvieran una corresponsabilidad parental.

## 3.1 Corresponsabilidad parental

El concepto de corresponsabilidad parental es uno de los asuntos más debatidos en el derecho de familia australiano, y se introdujo con el propósito de garantizar una división más equitativa de la responsabilidad parental después de la separación. Fue una reacción al "principio de 'preferencia de la maternidad'"[49] aplicado algunas veces por los tribunales y se vio influido por la insatisfacción pública con los procesos del derecho de familia, como el descontento de los padres varones con la manera como los tribunales protegían su relación padre-hijo después de la separación.[50]

La *Family Law Reform Act 1995* (Cht) modificó significativamente la gobernabilidad del poder legislativo sobre los asuntos que involucran a niños y niñas, y la reforma fue posteriormente fortalecida por la *Family Law Amendment (Share Responsability)* de 2006 (Cth). La Ley de 2006 introdujo la presunción impugnable de corresponsabilidad[51] como un medio para promover la "crianza cooperativa".[52] La misma ley también introdujo un proceso obligatorio de resolución de controversias del orden familia, antes de presentar una solicitud al tribunal.[53] Las reformas de 2006 provocaron inquietud sobre el hecho de que los tribunales podrían estar priorizando el cuidado compartido, en lugar de proteger a las mujeres y sus hijos e hijas contra la violencia doméstica.[54] Como resultado, se adoptó la *Family Law Legislation Amendment (Family Violence and Other*

[49] Moloney, Weston y Hayes, 2013, p. 124.
[50] Young, L., 2016, p. 387.
[51] Fehlberg, B., 2008, p. 192.
[52] Véase, de manera general, Kaspiew, R. *et al*, 2009.
[53] Artículo 60I de la FLA; Dobinson, S. y Gray, R., 2016, p. 180.
[54] Young, L., 2016, p. 389.

*Measures)* de 2011 (Cth) (en vigor desde 2012), la cual estipula que el beneficio que el niño o niña obtiene al mantener una relación con ambos padres nunca es superior a la necesidad de protegerle.[55] Las tres leyes de reforma positivas han creado, en pocas palabras, el marco jurídico actual para la aplicación de la presunción de corresponsabilidad parental. En cuanto a la redacción del artículo 65DA(1) previamente mencionada, la presunción se basa en la hipótesis de que es en el interés superior del niño y la niña que ambos padres compartan la responsabilidad parental de forma equitativa después de la separación.

Con frecuencia se ha interpretado erróneamente que la presunción implica un derecho de los padres a pasar una cantidad de tiempo igual con sus hijos después de la separación. Sin embargo, como lo explica Young, la presunción "es, de hecho, una presunción de 'tutela' conjunta, por lo que sólo se relaciona con los denominados 'asuntos trascendentales a largo plazo'".[56] La aplicación de la presunción no requiere que "el tribunal ordene el cuidado físico del niño o la niña en partes iguales".[57] Como lo exponen Fehlberg y otros:[58]

> la presunción está altamente restringida: no aplica en asuntos donde existen fundamentos razonables (lo que constituye un bajo umbral probatorio) para creer que un padre/madre [o la persona que vive con éste o ésta (anotación de las autoras)] ha incurrido en violencia intrafamiliar o maltrato infantil (artículo 61DA(2)) y admite pruebas en contrario que permitan establecer que su aplicación no satisface el interés superior del niño o la niña (se requerirían pruebas del equilibrio de probabilidades) [Ley de la Familia artículo 61DA(4)].

[55] Moloney, Weston y Hayes, 2016, p. 134.
[56] Young, L., 2016, p. 393.
[57] Young, L., 2016, p. 394.
[58] Fehlberg, Kaspiew, Millbank, Kelly, y Behrens, *Australian Family Law,* 155 [*sic*].

Cuando la presunción no es aplicable, el tribunal correspondiente deberá proceder sólo con base en la determinación del más alto nivel de protección del interés del niño(a), lo cual, según Fehlberg y otros, citando al Tribunal de lo Familiar en pleno en *Goode and Goode* (2006) FLC 93-286 ("*Goode*"), significa que "todas las opciones [están] abiertas para el tribunal".[59]

La presunción no tiene los importantes efectos legales que su nombre evoca si se le considera en forma independiente. Sin embargo, cuando se aplica conjuntamente con otros artículos introducidos en 2006, la presunción tiene un mayor alcance. Por consiguiente, cuando se emite una resolución de corresponsabilidad parental, el artículo 65DAC requiere que los padres tomen conjuntamente las decisiones sobre asuntos trascendentales a largo plazo.[60] Además, si se emite una resolución sobre corresponsabilidad parental, el artículo 65DAA(1) obliga al tribunal a considerar si la cantidad de tiempo de convivencia con cada uno de los padres redunda o no en el interés superior del niño o la niña y si es viable.[61] Si se cumplen estos dos requisitos, el tribunal debe entonces considerar emitir una resolución para que el niño o la niña pase la misma cantidad de tiempo con cada uno de los padres. Si la resolución que determina la distribución equitativa del tiempo de convivencia con cada uno de los padres no resulta viable, el tribunal debe considerar si redunda o no en el interés superior del niño o la niña permanecer un tiempo considerable y significativo (como se define más adelante) con el padre, y si dicho tiempo considerable y significativo es viable (artículo 65DAA(2)). Al decidir lo que es "viable", el tribunal necesita tener en cuenta qué tan lejos viven los padres el uno del otro, la capacidad presente y futura para cumplir con el acuerdo y comunicarse entre sí, el impacto que dicho regimen tendría en el niño o la niña y otras cuestiones que pudieran ser relevantes (artículo 65DDAA(5)). El interés superior del niño o la

[59] Fehlberg, Kaspiew, Millbank, Kelly, y Behrens, *Australian Family Law,* 265.
[60] Young, "Children and 'Family Law'", 394.
[61] *Idem.*

niña, definitivamente, sigue siendo una consideración fundamental (artículo 65DAA(11); y *Goode*).

Si no se dicta una orden de igualdad de tiempo de convivencia, el tribunal debe considerar emitir una resolución que indique que el niño o la niña deberá pasar tiempo considerable y significativo con cada uno de los padres, según las condiciones provistas en el artículo 65DAA(2). El artículo 65DDA(3) define que el "tiempo considerable y significativo" incluye los fines de semana, los días entre semana y los días festivos, tiempo que permitiría a cada padre compartir con su hijo o hija su rutina diaria, así como ocasiones y acontecimientos especiales para ambos.

El impulso del marco normativo con respecto a la presunción de la corresponsabilidad parental es que siempre que sea posible, los tribunales deben facilitar que los padres compartan responsabilidades legales en relación con su hijo o hija, y deben considerar seriamente emitir resoluciones que maximicen el tiempo que los hijos pasan con ambos padres.[62] Sin embargo, cabe señalar que la FLA no "formula una presunción de igualdad de tiempo",[63] por lo que la corresponsabilidad parental no se traduce automáticamente en resoluciones para que el niño o la niña comparta la misma cantidad de tiempo con ambos padres después de la separación.

Como se indica previamente, la presunción de parentalidad compartida en términos equitativos es debatible. Una de las principales críticas al respecto es aquella que sugiere que tanto la legislación correspondiente como su aplicación por parte de los tribunales no producen los mejores resultados para el cuidado de los niños y no reflejan los patrones sociales existentes.[64] A su vez, se ha indicado que no existe una conexión clara entre los acuerdos de cuidado compartido de los hijos e hijas y los mejores resultados para éstos.[65]

---

[62] Young, L., 2016, p. 394.
[63] Chisholm, R., 2009, p. 64.
[64] Rhoades, H., 2008, p. 279.
[65] Fehlberg, B. *et al*., 2011, p. 332.

Después de analizar el significado y el contenido de la responsabilidad parental, el apartado 4 nos proporciona un panorama sobre cómo se toman las decisiones en la resolución de casos tocantes.

## 4. Resolución de controversias en el orden familiar y responsabilidad parental: procesos judiciales y extrajudiciales

En la mayoría de los asuntos posteriores a la separación, los padres acuerdan, entre ellos y sin la intervención de las estructuras formales del derecho de familia, cómo ejercerán las responsabilidades parentales.[66] El marco jurídico respalda estos arreglos informales, y el artículo 60B(2) estipula que uno de los objetos del apartado VII de la FLA es que los "padres deben estar de acuerdo con respecto a la crianza futura de su hijo o hija".[67] También se incentiva a los padres a llegar a un acuerdo en cuanto a la crianza posterior a la separación y evitar ir a juicio (artículo 63B). Los progenitores pueden presentar planes privados e inejecutables en los que establezcan cómo se ejercerán las responsabilidades parentales después de la separación (artículo 63C).[68] Los padres pueden acordar estos planes por sí mismos o buscar la asistencia de los Centros de Relaciones Familiares (que se analizan más adelante).

Algunos asuntos requieren la intervención formal del derecho de familia, mecanismos judiciales y extrajudiciales respectivamente. La mayoría de los asuntos que llegan al sistema formal se refieren a familias con necesidades complejas, derivados de la violencia intrafamiliar e inquietudes sobre la seguridad del niño o la niña, entre otras.[69] A continuación se analizan brevemente los procesos judiciales y extrajudiciales respectivos.

---

[66] Fehlberg, Behrens y Kaspiew, *op. cit.*, p. 229.
[67] Young, L., *op. cit.*, p. 386.
[68] *Idem.*
[69] Fehlberg, *et al., op. cit.*, 204; Moloney, Weston y Hayes, *op. cit.*, p. 127.

Desde 2006, la FLA requiere que antes de acudir a un tribunal, las familias hagan un verdadero esfuerzo por resolver sus controversias mediante un proceso para la resolución de controversias del orden familiar (artículo 60I(1) y (7)) y que puede ayudarles a llegar a acuerdos sobre el ejercicio de sus responsabilidades parentales después de la separación.[70] Los *Centros de Relaciones Familiares* fueron creados para apoyar en la implementación del proceso de resolución de controversias en materia familiar y para desempeñar una función fundamental en la evaluación de posibles casos de violencia intrafamiliar y/o maltrato infantil.[71] Aunque se crearon especialmente para atender las necesidades de las familias en proceso de separación, los centros también ofrecen información a aquellos que experimentan problemas dentro de relaciones "intactas" (*Family Relationships Online*). El proceso para la resolución de controversias en materia familiar o el "proceso de mediación obligatorio", como se le llama algunas veces, no tiene que llevarse a cabo cuando existan fundamentos suficientes para creer que ha habido, entre otros, maltrato infantil o violencia intrafamiliar, o que existe el riesgo de que ello pueda ocurrir dentro la familia (artículo 60I(9)(b)). Existen 65 Centros de Relaciones Familiares en todo el país que ofrecen procesos para la resolución de controversias familiares de manera gratuita o con subsidio. Los profesionales que trabajan en estos centros tienen estudios y experiencia previos en ciencias sociales, derecho y educación.[72] Estos profesionales no toman decisiones en las controversias, sino que ayudan a las partes a tomar la decisión que más les convenga. Refiriéndose a documentos gubernamentales, Fehlberg, Kaspiew, Millbank, Kelly y Behrens[73] recuerdan que los Centros de Relaciones Familiares se diseñaron como la forma principal de "apoyo y motivación" para que las partes elaboren planes de parentalidad o crianza.[74]

---

[70] Véase la división 3 del apartado II de la FLA.
[71] Bagshaw, D. *et al*, 2010, p. 15.
[72] *Ibid*., p. 225.
[73] Fehlberg, Kaspiew, Millbank, Kelly y Behrens, *op. cit*., p. 242.
[74] Véase, también, *Family Relationships Australia, "Parenting plans"*, 2015.

Una investigación realizada por el gobierno australiano destacó la existencia de varios problemas con el sistema privatizado de resolución de controversias en materia familiar creado por la FLA. Se descubrió que muchos padres asumían erróneamente que la "corresponsabilidad parental" implicaba compartir los cuidados del menor 50/50[75] y querían negociar sus planes de parentalidad de modo tal que reflejaran esto. Esta investigación también reveló que las inquietudes sobre violencia de pareja y seguridad no se atendieron bien en los procesos de resolución de controversias en materia familiar. Aunque existen procesos de evaluación en los Centros de Relaciones Familiares, no hay garantía de su efectividad, especialmente cuando el personal no cuenta con las habilidades requeridas para identificar casos de violencia intrafamiliar.[76] Esto es inquietante si consideramos que se reconoce cada vez más que los procesos de resolución de controversias informales, como la mediación, son problemáticos cuando existe un historial de violencia intrafamiliar entre las partes.

Si el problema no se resuelve durante el proceso de resolución de controversias familar o dicho proceso no es adecuado, se puede acudir a los tribunales competentes en virtud de la FLA.

Los tribunales resuelven controversias relacionadas con la responsabilidad parental mediante "órdenes de parentalidad" (*parenting orders*). Aunque la FLA pone un gran énfasis en el hecho de que los padres acuerden cómo van a ejercer sus responsabilidades parentales, el tribunal retiene su facultad discrecional (la cual ejerce en favor del interés superior del niño o la niña) para decidir si emite o no una orden de parentalidad. En el caso *Re Shay*, el Juez Cronin señaló:

> No obstante, el hecho de que los padres quieran y acuerden una orden de parentalidad no significa que el tribunal deba emitirla.

[75] Kaspiew *et al*., 2009.
[76] Field, R. 2005, p. 38.

> El tribunal sigue teniendo la última palabra con respecto a si se debe emitir o no la orden.[77]

Las órdenes de parentalidad pueden ser aplicadas por cualquiera de los padres, los abuelos del niño o la niña o cualquier otra persona interesada en su cuidado, desarrollo y bienestar (artículo 65C). Las órdenes de parentalidad pueden, por ejemplo, establecer la(s) persona(s) con la(s) que vivirá, la cantidad de tiempo que pasará con determinada persona, la asignación de responsabilidad parental, la información que deben compartir las personas que asumen dicha responsabilidad, su manutención, y cualquier aspecto sobre su cuidado, bienestar y desarrollo, u otros aspectos de responsabilidad parental (artículo 64B(2)). Conforme a este marco jurídico, por ejemplo, los tribunales han emitido órdenes que permiten a los donantes de esperma pasar tiempo con sus hijos biológicos.[78]

Cabe destacar que los propios niños y niñas pueden solicitar una orden de parentalidad (artículo 65C(b)). En el caso *Re Isaac* [2014] FamCA 1134 (*Re Isaac*), el juez Cronin apuntó:

> Si el tribunal tiene, como confirmo que tiene, la facultad para conceder la responsabilidad parental con respecto a un asunto en particular a una persona, incluidas personas distintas a los padres, se debe concluir que, con respecto a ciertos asuntos, que el tribunal tiene la facultad de otorgar la responsabilidad parental a la niña o el niño mismo.[79]

El caso *Re Isaac* trató de una persona de 17 años de edad con disforia de género que buscaba autorización para someterse a un tratamiento hormonal irreversible (etapa 2 del tratamiento). Esta persona adolescente no tenía una relación cercana con sus padres, quienes vivían en el extranjero.

---

[77] *Re Imogen*, párr. 11.
[78] Fehlberg, B. *et al. op. cit.*, p. 348.
[79] *Re Isaac,* párr. 39.

Aunque los padres no estaban involucrados en el procedimiento, era sabido por el tribunal que se oponían al mismo. El Juez Cronin emitió una orden de parentalidad similar a otro caso sobre disforia de género: el caso *Re Shay* [2016] FamCA 998 (*Re Shay*). El caso *Re Shay* trataba de una adolescente de 17 años cuyos padres solicitaron, con carácter subsidiario, que se le otorgara a ella la responsabilidad parental sobre sí misma y pudiera así, decidir sobre la etapa 2 del tratamiento. La adolescente estaba a tan sólo seis meses de cumplir los 18 años y fue considerada competente por los médicos. El Juez Cronin resolvió que Shay "tendría responsabilidad parental sobre todas las decisiones relacionadas con su tratamiento médico". La esencia del razonamiento fue que "[s]i los padres pueden tomar una decisión que está comprendida en su responsabilidad parental, pero se encuentran dispuestos a delegar dicha responsabilidad a su propio hija, especialmente cuando se trata de una adolescente que está a punto de cumplir los 18 años", ello resulta congruente con el caso *Gillick*, como se resolvió en la decisión del caso Marion.[80] Según las conclusiones del Juez Cronin:

> Los derechos de Shay y el reconocimiento de su capacidad o competencia por parte del tribunal con base en la opinión de los expertos, implican que la solicitud de los padres para delegar formalmente esa responsabilidad no es sólo correcta sino que está dirigida a la satisfacción de su interés superior.[81]

El caso *Re Shay* es inusual porque, a diferencia del *Re Issac*, la adolescente no era la solicitante del tratamiento (y no pedía en forma implícita una resolución en materia de responsabilidad parental). Además, las razones del Juez Cronin hablan de una "solicitud de los padres para delegar formalmente" su responsabilidad parental a su hija. Esto puede suscitar una relación delicada entre los padres que abandonan sus responsabilidades y las dejan a cargo del adolescente y su propia autonomía. El tribu-

[80] *Re Shay* párrafo 23; véase también el resumen del razonamiento en el asunto *Re Shay* por el Juez Watts en *Re Imogen* (No. 6) [2020] FamCA 761 (*Re Imogen*), párr. 237.
[81] *Re Imogen*, párr. 25.

nal, de hecho, subrayó que esta delegación de responsabilidad parental estaba justificada en función de la satisfacción del interés superior de una adolescente a punto de cumplir la mayoría de edad y que era competente, en términos del estándar *Gillick*.

Es incierto el impacto, si lo hubiere, que los casos *Re Isaac* y *Re Shay* tendrán en el futuro. En el caso *Re Imogen*, por ejemplo, el padre de una adolescente de 16 años que sufría de disforia de género solicitó que se emitiera una orden de parentalidad, a fin de que ella misma pudiera autorizar la etapa 2 del tratamiento. Ni la Comisión de Derechos Humanos de Australia ni el representante legal independiente de la adolescente aprobaron la emisión de esa orden.[82] Sin decir que la postura de los casos *Re Isaac* y *Re Shay* era errónea, el Juez Watts declaró sentirse "atraído" por la interpretación judicial prevaleciente en los asuntos de disforia de género, emitiendo una orden conforme a la competencia en materia de bienestar del Tribunal de lo Familiar, en lugar de una orden sobre responsabilidad parental. En casos anteriores, sin embargo, el juez Bennet rechazó el enfoque del caso *Re Isaac*.[83] Al hacerlo, el Juez Bennett hizo referencia al enfoque utilizado por Cronin como una alternativa al enfoque que utiliza la competencia pero rechazándolas porque, en su opinión, la "delegación de la responsabilidad parental al adolescente no coincide con el significado de responsabilidad parental establecido en el artículo 61B de la Ley de Familia".[84] Otros jueces han advertido el enfoque utilizado en el caso *Re Isaac*,[85] pero no lo han seguido al final de cuentas. El hecho de que el padre del asunto *Re Imogen* de 2020 se haya basado en el caso *Re Isaac* indica, no obstante, que el enfoque sigue estando vigente. En ausencia de un fallo por parte del tribunal en pleno del Tribunal de lo Familiar, el enfoque utilizado en los asuntos *Re Isaac* y *Re Shay* continúa siendo un camino abierto para litigantes (niños, niñas, adoles-

[82] *Re Imogen*, párrs. 233, 234.
[83] Corte Familiar de Australia, *Re Harley* [2016] FamCA 334 y *Re Thalia* [2017] FamCA 715.
[84] *Re Tahlia*, párr. 35.
[85] Corte Familiar de Australia, *Re Flynn* [2015] FamCA 629, *Re: Logan* [2016] FamCA 87 y *Re Imogen* (NO. 6)[2020] FamCA 761.

centes o adultos). Está claro que la postura del Juez Cronin en estos asuntos es controversial, pero ilustra el potencial innovador de las disposiciones en materia de responsabilidad parental.

Al emitir una orden de parentalidad, la "consideración primordial es el interés superior del niño o la niña".[86] Para ello, los tribunales utilizan un enfoque de tres etapas, según *Goode*: a) evalúan el interés superior del niño o la niña, b) determinan si aplica o no la presunción a favor de la corresponsabilidad parental (analizada anteriormente), y c) establecen los acuerdos de cuidado (o el tiempo que se debe pasar con cada progenitor).[87] Las ordenes de parentalidad pueden modificarse si el solicitante demuestra un "cambio significativo en las circunstancias" desde la última resolución judicial.[88]

La FLA establece algunas normas procesales especiales para llevar a cabo los procedimientos relacionados con los niños, niñas y adolescentes (Division 12A of Part VII).[89] En 2006 se promulgó la *Division* para que estos procedimientos fueran menos contenciosos y estuvieran mejor adaptados para proteger los intereses de los litigantes vulnerables y de los niños y niñas afectados. Esta ley fue antecesora de la iniciativa del Ttribunal de lo Familiar de un programa que constituyó un "distanciamiento claro y consciente de un enfoque contencioso a los asuntos de los niños y las niñas"[90] que se validó posteriormente en las disposiciones de la *Division 21A* en 2006.[91] De este modo, el tribunal puede determinar la forma en que se llevará a cabo la audiencia, las pruebas que se presentarán y hacer que el procedimiento sea menos formal. Además, algunas reglas generales relativas a las pruebas no se aplican, y según su criterio, los jueces también pueden desestimar la aplicación de otras reglas procesa-

[86] Young, L., *op. cit.*, p. 384.
[87] Fehlberg, B. *et al.*, *op. cit.*, p. 264.
[88] Young, L., *op. cit.*, p. 393.
[89] Division 12A del Apartado VII.
[90] Fehlberg, B. *et al.*, *op. cit*, p. 245.
[91] *Ibid.*, p. 246.

les.[92] Entre los principios procesales que se mencionan en el artículo 69ZN se establece que, de acuerdo al principio 1, el juez debe determinar el desarrollo del procedimiento a seguir, teniendo en cuenta las necesidades y el impacto del procedimiento en materia de infancia. El principio 3 señala que el procedimiento se lleve a cabo de manera que se proteja al niño o niña contra el maltrato infantil, la negligencia en su cuidado y la violencia intrafamiliar, así como que se proteja a las otras partes contra esta última. El principio 4 dispone que el procedimiento se lleve a cabo, en la medida de lo posible, de manera que se promueva la cooperación y la parentalidad centrada en el niño o la niña. Y el principio 5 establece que el procedimiento no se retrase demasiado y se lleve a cabo con pocos trámites. De manera significativa y apartándose claramente de los procesos contenciosos de los tribunales de la tradición de *common law*, el Principio 2 establece que "el tribunal dirigirá, controlará y gestionará de manera diligente el desarrollo del procedimiento".

Las resoluciones que se toman en los tribunales que aplican la FLA se basan en los *informes en materia familiar* que elaboran los consultores de lo familiar al entrevistar a los padres y su hijo o hija, observar su interacción y leer los materiales correspondientes.[93] Si bien estos informes son útiles, sus recomendaciones no son vinculantes para los tribunales (que son los responsables finales de las resoluciones que se toman) y también pueden ser rechazados por las partes.[94] Byrnes destaca varios factores que pueden afectar la calidad de los informes o la información que los hijos e hijas proporcionan a un consultor familiar,[95] entre los que se encuentran los valores personales del consultor o consultora y la forma en que se entrevistó al afectado(a) (por ejemplo, la presencia de un padre/madre controlador(a) o de hermanos mayores que llevaron al niño o la niña a la entrevista y después de vuelta a casa, así como la técnica utilizada en la entrevista).

---

[92] Byrnes, *op. cit.*, p. 50; con referencia a ss 69ZT y 69ZV.
[93] Byrnes, P., *op. cit.*, p., 51; Fehlberg, B., *op. cit.*, p. 224; también el apartado III de la FLA.
[94] *Ibid.*, p. 52.
[95] *Idem.*

Por lo tanto, en general, la FLA ha creado un sistema que pone a disposición de las familias múltiples servicios, con un énfasis en la intervención multidisciplinaria y holística con el propósito de evitar los procesos judiciales.[96] Sin embargo, muchos usuarios del sistema consideran que no es suficientemente seguro, que es deficiente en cuanto a la aplicación de las órdenes de parentalidad, que resulta complejo, costoso, lento y carente de una obligación de rendición de cuentas.[97] De igual manera, los servicios desarrollados en el marco de la FLA no son de fácil acceso para todas las familias que los requieren, especialmente para las que viven en zonas rurales o alejadas.[98] Los procesos judiciales han resultado ser demasiado contenciosos y confusos para las partes, y a veces se caracterizan por una comprensión insuficiente del trabajo que realiza cada profesionista (ya sea en el ámbito jurídico y fuera del mismo).[99] Lo anterior se agrava con el aumento de la cantidad de litigantes que actúan por su propio derecho en el Tribunal de lo Familiar que, como se ha argumentado, pone a los niños y niñas en riesgo.[100]

## 5. Escuchar al niño o la niña en la resolución de controversias en el campo familiar

Debido a la influencia del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, se ha producido una gran presión internacional para dar voz a los niños, niñas y adolescentes en las decisiones que les conciernen. Es evidente que las decisiones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental les atañen y afectan, aunque técnicamente no sean parte de la controversia en cuestión. La FLA plantea mecanismos que permiten que ellos sean escuchados directa o indirectamente en los procedimientos que les afectan.

---

[96] Moloney, Weston y Hayes, *op. cit*.
[97] ALRC, 2019, p. 27.
[98] Sheehan, R. y Borowski, A., 2014, p. 104.
[99] I*bid*., pp. 105-106.
[100] Family Court of Australia, 2018, p. 3.

El marco legal actual no estipula que se tengan en cuenta sus opiniones en la resolución de controversias familiares; sin embargo, se ha desarrollado una práctica para tratar de aceptar y admitir estas opiniones en al menos algunos asuntos.[101] De este modo, en una cantidad limitada de asuntos, los profesionales especializados hablan con los niños y las niñas y posteriormente informan a los padres las opiniones de éstos.[102] Posteriormente, depende de los progenitores si toman en cuenta las opiniones de sus hijos e hijas y la forma en que lo hacen, así como el valor que les darán al tomar su decisión.

La participación del niño, la niña y el adolescente está prevista en forma más amplia en las disposiciones de la FLA que tratan las actuaciones judiciales. De acuerdo con el artículo 60CC(3)(a), al determinar el interés superior del niño o la niña, un tribunal debe considerar "cualquier opinión expresada por el niño y la niña, así como cualquier factor (como su madurez o nivel de comprensión) que el tribunal considere relevante para determinar la importancia que debe dar a sus opiniones". El término "opiniones" en el artículo anterior sustituyó al término "deseos", y el cambio se aplicó con el fin de ampliar la gama de aportaciones del niño o la niña e incluir sus "percepciones y sentimientos".[103] Se pensó que este enfoque era el más adecuado para alinear la legislación local con el artículo12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.[104]

Resulta poco habitual que los niños y las niñas sean parte de los asuntos del derecho de familia o que presten declaraciones juradas o pruebas orales ante un tribunal.[105] El artículo 100B (2) dispone lo siguiente:

> Un niño no debe comparecer como testigo o estar presente durante las actuaciones judiciales en el Tribunal de lo Familiar o en

[101] Fehlberg, B. *et al.*, *op. cit.*, p. 235.
[102] *Ibid.*, p. 236.
[103] Parlamento de Australia, 2004-2005, párr. 55.
[104] *Ibidem*.
[105] Byrnes, *op. cit.*, p. 54.

> otro tribunal que ejerza su competencia en virtud de esta ley, a menos que el tribunal emita una resolución que permita al niño comparecer como testigo o estar presente en el juicio (según sea el caso).

No suelen emitirse resoluciones en virtud del artículo 100B(2).[106]

De acuerdo con las reglas en materia de derecho de la familia de 2004, el operador judicial que se ocupe de casos sobre niños, niñas y adolescentes, en virtud del apartado VII de la FLA, puede realizar a caulquiera de éstos una entrevista (que es diferente a hacerlos comparecer como testigos),[107] posiblemente con la ayuda de un consultor o evaluador familiar.[108] Las opiniones están divididas en cuanto a si los jueces deben entrevistar a los afectados o no. Los que se oponen a que se practique lo anterior señalan, entre otras cosas, la posible violación de la justicia natural en relación con los padres, debido al carácter confidencial de los interrogatorios y a no tener la oportunidad de poner a prueba la postura del niño o la niña; la falta de formación de los jueces para entrevistar a los niños y las niñas, y el estrés que los interrogatorios podría causarles estos últimos.[109] Los que están a favor de que los jueces entrevisten a los niños señalan la probabilidad de que se tomen decisiones con mejores argumentos, beneficios psicológicos para ellos y el respeto de sus derechos.[110]

Puesto que el marco legal no promueve que los jueces de lo familiar escuchen directamente a los niños y niñas, "escuchar su voz" se produce en forma abrumadoramente indirecta en los asuntos del Tribunal de lo Familiar. Esto ocurre por medio de representantes legales o de informes profesionales sin una base jurídica, elaborados por terapeutas, asesores o

---

[106] *Ibid.*, p. 51.
[107] *Ibid.*, p. 55.
[108] *Ibid.*, p. 51.
[109] *Ibid.*, p. 55.
[110] *Ibid.*, p. 56.

consultores familiares. Los consultores familiares, por ejemplo, están obligados a cerciorarse de las opiniones del niño o la niña y a presentarlas en su informe al tribunal.[111]

En cuanto a la representación legal del niño o la niña, existen diferentes modelos en Australia, dependiendo del tipo de procedimiento en el que se encuentre (familiar, de protección o penal) y de la jurisdicción (federal/estatal).[112] Se distingue entre un representante legal *directo* (que recibe instrucciones directamente del niño o la niña) y un representante legal *independiente* (que hace declaraciones congruentes conforme al interés superior del niño o la niña, incluso cuando éstas son contrarias a las opiniones expresadas por ese niño o esa niña).[113] En el derecho de familia, el artículo 68LA(4) "deja claro que un abogado de la infancia independiente designado por el tribunal es un representante del 'interés superior', no un representante legal del niño o la niña, y por tanto no está obligado a actuar con base en las instrucciones que éste(a) le dé."[114] Si bien el abogado independiente de la infancia no está obligado a actuar según las instrucciones de su representado(a), sí debe hacer del conocimiento del tribunal sus opiniones[115] e informarle que se presentará un escrito diferente a sus opiniones ante el tribunal.[116] Si bien los representantes legales independientes sondean las opiniones del niño o la niña ante el tribunal, muchos representantes no se reúnen con ellos directamente, argumentando falta de formación para extraer las opiniones de sus representados, preocupación por sobreexponerlos al sistema jurídico y por diversas implicaciones procesales derivadas simplemente del hecho de escucharlos.[117]

---

[111] Artículo 62G(3A); para mayor información, véase Carson, R. et al., 2018; Cashmore, J. y Parkinson, P., 2009.
[112] Ross, N. M., 2016.
[113] *Idem*.
[114] *Ibid.*, p. 595.
[115] Byrnes, *op. cit.*, p. 54.
[116] Ibid., Ross, *op. cit.*, p. 596.
[117] Fehlberg, B. *et. al, op. cit.*, p. 253.

La FLA no indica en qué situaciones se debe nombrar un representante legal independiente; sin embargo, en el caso *Re K* (1994) FLC 92-461, el Tribunal en Pleno en Materia de lo Familiar señaló algunas situaciones en las que esto puede ocurrir, como el maltrato infantil, el conflicto arraigado entre los padres y la alienación parental del niño o la niña. A los abogados se les paga mediante comisiones de asistencia jurídica del Estado y de la circunscripción territorial, pero en ocasiones los padres también tienen que pagar.[118]

Con respecto a la importancia que debe darse a las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, cabe mencionar tres puntos. En primer lugar, como observa Ross,[119] las reformas de 2006 a la FLA relegaron este tipo de opiniones a "consideraciones adicionales" (artículo 60CC(3)(a)) al momento de establecer el interés superior del niño o la niña. Por el contrario, el tener éstos una relación significativa con ambos padres y estar protegidos contra el daño son "consideraciones primordiales".[120] En segundo lugar, el grado en que se tengan en cuenta las opiniones dependerá de la edad cognitiva y la madurez del niño o la niña.[121] En tercer lugar, los tribunales no necesitan dar seguimiento a las opiniones y deseos de los mismos; no obstante, deben exponer las razones para rechazarlas.[122]

Para concluir, el escuchar las voces de los niños, niñas y adolescentes lo prevé y ampara el sistema del derecho familiar conforme a la FLA, complementándolo con un marco global que garantiza que el interés superior del niño o la niña sea una consideración primordial, como se analiza a continuación.

---

[118] Fehlberg, *op. cit.*, p. 253.
[119] Ross, *op. cit., p.* 595.
[120] Fehlberg, *op. cit.*, p. 597.
[121] Corte Familiar de Australia, *caso Harrison vs. Woollard* (1995) 18 Fam LR 788; también, Carson, Dunstan y Roopani, *op. cit*. pp. 3-4.
[122] Corte Familiar de Australia*, caso R & R: Children's Wishes* [2000] FamCA 43) Byrnes, *op. cit.*, p. 57.

## 6. El interés superior del niño y la niña en las controversias familiares

El "interés superior del niño y la niña" ha sido, durante mucho tiempo, un principio rector del derecho de la familia australiano y está impregnado en la FLA. Esta ley establece inequívocamente en el artículo 60B(1) que "los objetivos de este apartado [apartado VII, Niños] son garantizar que se cumplan con el interés superior de la niñez". Además de esta declaración de principios, el concepto de interés superior del niño o la niña se menciona en muchos otros artículos de la FLA (al 29 de octubre de 2020, había en ella 86 menciones sobre "interés(es) superior(es)"). Por ejemplo, el artículo 60CA de esta ley dispone que el tribunal "debe considerar el interés superior del niño y la niña como la consideración primordial" al emitir órdenes de parentalidad. El artículo 60D establece ciertas obligaciones en relación con el interés superior para los asesores familiares; y el artículo 60LA reconoce la facultad del tribunal para ordenar a los padres a que asistan a un programa de parentalidad posterior a la separación, si eso ello va dirigido a la satisfacción del interés superior del niño o la niña.

El principio, tal y como se utiliza en Australia, está alineado con la norma equivalente de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño,[123] en el contexto del derecho de familia. Sin embargo, su aplicación sigue estando "manchada" por el hecho de haberse basado en él para efectos de la separación discriminatoria de las niñas y los niños indígenas de sus familias, conocida como la "Generación robada", así como por las inquietudes actuales acerca de la separación de esos niños y niñas de sus comunidades y en nombre de su "interés superior".[124]

Aun cuando la norma del "interés superior" está omnipresente en la FLA, el principio del interés superior no se aplica en todas las decisiones adoptadas conforme a la misma. En el caso *Re Imogen*, por ejemplo, el

[123] Family Law Council, 2000, p.9.
[124] Cassidy, J., 2006.

Juez Watts señaló que la determinación de la competencia *Gillick* "se basa en investigaciones de hecho y puede llevarse a cabo [...] sin tener en cuenta los principios del interés superior" si la declaración sobre competencia se realiza conforme a otro apartado de la FLA (y no el apartado VII. Niños). Sin embargo, en el caso anterior *Re Isaac*, el Juez Cronin afirmó que el interés superior del niño o la niña es pertinente para determinar la competencia del mismo (asunto *Re Isaac,* párr. 10). Además, la definición del interés superior sigue sin resolverse. Las facultades discrecionales del juez desempeñan un papel importante cuando se tiene que determinar el interés superior en cualquier asunto. En el caso *In Secretary, Department of Health and Community Services vs. J.W.B and S.M.B* (asunto Marion) (1992) 175 CLR 218 (párrafo 14), el Juez Brennan señaló que

> en ausencia de normas jurídicas o de una jerarquía de valores, el enfoque del interés superior depende del sistema de valores de la persona que toma la decisión. En ausencia de alguna norma o principio, ese enfoque simplemente crea una facultad discrecional incuestionable en quien la ostenta.

El enfoque para determinar el interés superior del niño o la niña ha evolucionado desde que se hizo esta observación en el caso *Marion* y la Ley de la Familia establece un proceso más estructurado para determinar el interés superior en cada caso. Como señaló el Tribunal en Pleno del Tribunal de lo Familiar en el caso *Goode*, "los intereses superiores del niño se determinan teniendo en cuenta los objetivos y principios del artículo 60B, y con base en las consideraciones primordiales y adicionales del artículo 60CC".

Otro elemento que puede decirse que estructura la facultad discrecional de los tribunales es su definición del término "intereses". Así, el término "*intereses*", como se utiliza en el apartado VII, "abarca cuestiones relacionadas con el cuidado, el bienestar o el desarrollo del niño o la niña".[125]

[125] Artículo 4(1); énfasis en el original.

Los objetivos de la ley reflejan "el mejor conjunto de valores que los padres, la sociedad y los tribunales deben tratar de alcanzar".[126] Entre los objetivos de la FLA que se mencionan en el artículo 60B(1) se establece que los niños y niñas se beneficien de una relación significativa con ambos padres y su protección contra diversas formas de daño. Los principios del apartado VII están por debajo de los objetivos de la Ley, pues son "solo eso. Principios y nada más. No son normas prescriptivas, derechos exigibles [...]".[127] Su finalidad es contribuir a que se logren los objetivos del apartado VII. Estos principios son el derecho que tienen los hijos e hijas a conocer a sus padres y recibir cuidados por parte de ambos; el derecho a pasar tiempo y comunicarse de manera regular con ellos y con otras personas significativas; los deberes y responsabilidades conjuntos de los padres; el que los padres lleguen a acuerdos sobre su responsabilidad parental; y el derecho de los niños y las niñas a disfrutar de su cultura. El derecho de los niños y niñas de los pueblos aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres a disfrutar de su cultura recibe una mención especial, que incluye sus derechos a mantener una conexión con esa cultura y tener el apoyo, la oportunidad y el estímulo para explorarla y apreciarla (artículo 60B(3)).

En relación con los factores que el tribunal tiene que considerar para determinar el interés superior del niño o la niña, la Ley de la Familia desarrolla un enfoque bifásico que consiste en consideraciones primordiales y adicionales.[128] Ambos tipos de factores son obligatorios y, por tanto, deben ser considerados por el tribunal.[129] Las consideraciones *primordiales* obligatorias que el tribunal debe considerar son: a) el beneficio que representa para los hijos e hijas tener una relación significativa con ambos progenitores; y b) la protección del niño o niña para que no sufra daños, ni sea víctima de (o esté expuesto a) maltratos o violencia intra-

[126] Dickey, *op. cit.*, 255 (nota omitida).
[127] *Idem*.
[128] Fehlberg, B. *et al, op. cit.*, p. 270.
[129] Artículo 60CC(1).

familiar.[130] En 2011, con el objetivo de fortalecer la respuesta de la FLA a la violencia intrafamiliar, se introdujo una jerarquía interna entre estas dos consideraciones primordiales, y ahora un tribunal debe dar mayor importancia a la necesidad de mantener a un(a) niño(a) a salvo de sufrir daños, maltratos o violencia intrafamiliar.[131] Las consideraciones *adicionales* obligatorias, en tanto, incluyen las opiniones expresadas por los niños (y factores relevantes como la madurez o el nivel de comprensión); la naturaleza de la relación entre los hijos y los padres (así como con otros miembros de la familia); la participación de los padres en la toma de decisiones y el tiempo que pasan con su hijo o hija; así como la capacidad de manutención por parte de los padres, por nombrar sólo algunas.[132] El artículo 60CC(3) establece:

> *Consideraciones adicionales*
>
> (3) Las consideraciones adicionales son:
>
> (a) todas las opiniones expresadas por el niño y todos los factores (como su madurez o el nivel de comprensión) que el tribunal considere relevantes para determinar el grado de importancia que debe dar a las opiniones del niño;
>
> (b) la naturaleza de la relación del niño con:
>
> (i) cada uno de sus padres y
>
> (ii) otras personas (incluidos sus abuelos u otros parientes);
>
> (c) el grado en que cada uno de sus padres ha aprovechado la oportunidad o no, para:

[130] Artículo 60CC(2).
[131] Artículo 60CC(2A).
[132] Véase el artículo 60CC(3).

(i) participar en la toma de decisiones sobre asuntos trascendentales a largo plazo-en relación con el niño; y

(ii) pasar tiempo con el niño; y

(iii) comunicarse con el niño;

(ca) el grado en que cada uno de sus padres ha cumplido, o no, con sus obligaciones de manutención del niño;

(d) el probable efecto de cualquier cambio en las circunstancias del niño, incluido el impacto que pueda provocar en él separarlo de:

(i) cualquiera de sus padres; o

(ii) cualquier otro niño o persona (incluidos los abuelos u otros parientes del niño), con el que haya convivido;

(e) la dificultad práctica y el gasto que supone que el niño pase tiempo con uno de los padres y se comunique con él, y si dicha dificultad o gasto afectará sustancialmente el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de forma regular;

(f) la capacidad de:

(i) cada uno de sus padres y

(ii) cualquier otra persona (incluidos los abuelos u otros parientes del niño);

para atender las necesidades del niño, incluidas las emocionales e intelectuales;

(g) la madurez, el sexo, el estilo de vida y los antecedentes (incluidos el estilo de vida, la cultura y las tradiciones) del niño

y de cualquiera de sus padres, así como cualquier otra característica del niño que el tribunal considere pertinente;

(h) si el niño es aborigen o isleño del Estrecho de Torres:

(i) el derecho del niño a disfrutar de su cultura aborigen o de los isleños del Estrecho de Torres (incluido el derecho a disfrutar de esa cultura con otras personas que la comparten); y

(ii) el impacto probable que cualquier orden de parentalidad propuesta en virtud de este apartado tendrá sobre ese derecho;

(i) la actitud hacia el niño y hacia las responsabilidades de paternidad que muestre cada uno de los padres del niño;

(j) cualquier tipo de violencia intrafamiliar que afecte al niño o a un miembro de su familia;

(k) si una orden de protección frente a violencia intrafamiliar es aplicable o ha sido aplicable al niño a un miembro de su familia —cualquier inferencia relevante que pueda deducirse de dicha orden, teniendo en cuenta lo siguiente:

(i) la naturaleza de la orden

(ii) las circunstancias en las que se dictó la orden

(iii) toda evidencia admitida en el proceso de dictación de la orden

(iv) todas las determinaciones hechas por el tribunal en la orden o en el procedimiento para la adopción de la misma;

(v) cualquier otro asunto relevante;

(l) si resultara preferible emitir una orden que tuviera un menor grado de probabilidad de provocar el inicio de un nuevo procedimiento en relación con el niño;

(m) cualquier otro hecho o circunstancia que el tribunal considere pertinente.

Sin embargo, a pesar del desarrollo de un enfoque más preciso para determinar el interés superior del niño o la niña, sigue existiendo una considerable facultad discrecional judicial en la interpretación de estos principios. Así, por ejemplo, Young señala que no existe ningún principio en la ley sobre la forma de ponderar las consideraciones primordiales y las adicionales, y la jurisprudencia sugiere que a veces se ha dado mayor importancia a las consideraciones adicionales que a las primordiales.[133] Esto se ilustra en el caso *Re Isaac*, en el cual el Juez Cronin sostuvo:

> Si el problema [en este asunto en concreto] es determinar la competencia para tomar decisiones en cuanto al tratamiento médico para la disforia de género, el principio del interés superior sigue siendo relevante, pero se debe ahondar más en las cuestiones de madurez y comprensión.[134]

De este modo, parece que en este asunto el tribunal prestó mayor atención a las opiniones del niño (que son consideraciones adicionales) que a las consideraciones primarias (que, como señaló el juez, en realidad no eran pertinentes).

Además, aunque son exhaustivos, los factores que se enumeran en el artículo 60CC pueden no ser pertinentes o suficientes en determinados casos. Por ejemplo, en el caso *Re Isaac*, el Juez Cronin mencionó:

> Todos los factores del artículo 60CC que permiten determinar el interés superior del niño no resultan útiles en el presente caso. Una vez que se han considerado estos factores, el tribunal, de

[133] Young, L., op. cit., p. 390.
[134] *Re Isaac*, párr. 10.

> todas formas, sigue teniendo que emitir una orden de parentalidad basada en el interés superior del niño.[135]

Lo cierto es que la importancia que se da a los factores que se mencionan en la FLA dependerá de las circunstancias de cada caso.[136] Puede pensarse que este enfoque no es útil, pero los tribunales han desarrollado una nutrida jurisprudencia sobre el "interés superior" de la que pueden extraerse varios principios.[137] Éstos no determinarían un resultado concreto en asuntos individuales, sino que, más bien, orientarían la interpretación de la ley y el proceso de toma de decisiones.[138]

## 7. Estudio de caso: Responsabilidad parental y violencia intrafamiliar

Como se indicó en la primera parte, un análisis sobre la violencia intrafamiliar en el contexto de la responsabilidad parental es oportuno dada la generalidad de la primera en los asuntos de derecho de la familia y sus repercusiones en la reforma del derecho de la familia. A su vez, dicho análisis es importante porque ilustra la vulnerabilidad de los marcos legales fragmentados en los que los asuntos relativos a la infancia son tratados por una amplia gama de instituciones, federales y estatales.

Las familias afectadas por la violencia intrafamiliar son "la clientela principal de las partes formales del sistema federal de derecho de la familia".[139] En consecuencia, la violencia intrafamiliar ha sido una constante en las revisiones e investigaciones del sistema australiano del derecho de la familia en los últimos años, y la respuesta del Poder Legislativo a la violencia intrafamiliar ha mejorado gradualmente. Como observan

---

[135] *Re Isaac*, párr. 43.
[136] Young, L., *op. cit.*, p. 395.
[137] *Ibid.*, p. 391.
[138] *Idem*.
[139] Fehlberg, B. *et al, op. cit.*, p. 130.

Fehlberg y otros, la jurisprudencia inicial en el marco de la FLA consideraba que la violencia intrafamiliar era irrelevante en las controversias del derecho de familia. Posteriormente, el Tribunal de lo Familiar se enfocó en asuntos relacionados con los hijos y los bienes, pero sólo en casos muy graves, una limitante motivada por la preocupación de abrir las compuertas a los argumentos de violencia intrafamiliar.[140] El énfasis que hacía la FLA de 1995 y 2006 en mantener el contacto entre los hijos e hijas y los padres y madres después de la separación, y la responsabilidad parental compartida tendía a limitar la atención prestada a la violencia intrafamiliar.[141]

Las reformas de 2011 a la FLA reforzaron la respuesta del Poder Legislativo a la violencia intrafamiliar. Estas reformas realizaron "dos cambios principales"[142] en cuanto a la regulación del maltrato infantil y la violencia intrafamiliar: primero, al asegurar que los responsables de la toma de decisiones estén informados sobre la violencia intrafamiliar y las inquietudes sobre la seguridad de los niños y niñas en controversias específicas; y segundo, al asegurar que la protección de éstos contra el daño tenga prioridad sobre la necesidad de que mantengan una relación significativa con sus padres, cuando se presente un conflicto entre ambos.[143] Se impuso a los tribunales la obligación de preguntar a las partes si consideran "que el niño en cuestión ha sido sometido o expuesto, o corre el riesgo de ser sometido o expuesto, a maltratos, negligencia o violencia intrafamiliar".[144] Junto con otros aspectos de la FLA, esto refuerza la función distintiva y más inquisitiva que los jueces de lo familiar desempeñan en un sistema jurídico predominantemente acusatorio como el del *common law*. Otra novedad que se introdujo en 2011 es que los asesores familiares (es decir, abogados, terapeutas familiares, expertos en la resolución de controversias en el campo familiar o consultores fami-

[140] Fehlberg, B., *op. cit.*, p. 154.
[141] *Ibid.*, p. 155.
[142] *Ibid.*, p. 156.
[143] Fehlberg, B., op. cit., p. 156.
[144] Artículo 69ZQ(aa)(i).

liares, según el artículo 60(D)(2) de la Ley de la Familia) están obligados a incentivar a los padres en controversia a tomar decisiones dirigidas a la satisfacción del interés superior del niño o la niña, de modo tal que se le proteja "de los daños físicos o psicológicos de ser sometido o expuesto a maltratos, negligencia o violencia intrafamiliar".[145] Por tanto, todos los principales actores del sistema formal de derecho de la familia, desde jueces hasta los abogados(as) y otros profesionistas que trabajan con las familias, están obligados por la FLA a considerar la violencia intrafamiliar y su impacto en los niños y las niñas, en el contexto de las controversias familiares.

Como se desprende de la terminología utilizada anteriormente, la FLA aplica el término "violencia intrafamiliar" por considerar que capta de mejor manera un aspecto importante del comportamiento violento al que responde esta ley, específicamente, cuando se produce en el contexto de una relación familiar.[146] El artículo 4AB(1) define la "violencia intrafamiliar" como

> el comportamiento violento, amenazante o de otro tipo por parte de una persona que intimida o controla a un miembro de la familia de la persona (el *familiar*) o que le provoca miedo.

El artículo 4AB(2) da ejemplos de lo que puede constituir violencia intrafamiliar. Los ejemplos comprenden formas de violencia físicas y no físicas, y por tanto reflejan la forma en que actualmente se entiende la diversidad de formas de violencia.[147] Dentro de este tipo de violencia se incluyen, por ejemplo, ataques con violencia; ataques sexuales con violencia y otros comportamientos sexualmente agresivos; las "burlas despectivas reiteradas"; "causar intencionadamente la muerte a un animal o lastimarlo"; negar la independencia financiera a un familiar; "retener in-

[145] Artículo 60D(1)(b)(ii).
[146] Fehlberg, B., *op. cit.*, p. 134.
[147] *Ibid.*, p. 37.

justificadamente la ayuda económica"; e impedir que un familiar mantenga contacto con familiares y amigos.

La FLA utiliza dos términos que se relacionan y superponen en forma parcial para designar los comportamientos violentos que pueden desencadenar sus efectos, específicamente el maltrato infantil y la violencia intrafamiliar. Así, esta Ley define el maltrato infantil como un concepto que abarca no sólo las formas más comúnmente aceptadas de maltrato, como la violencia física, el abuso sexual y la negligencia grave, sino también la *exposición* a la violencia intrafamiliar y que causa al niño o la niña un daño psicológico grave (artículo 4). El artículo 4AB (3) establece que "un niño está expuesto a la violencia intrafamiliar si presencia o escucha un acto de violencia intrafamiliar o experimenta de otro modo los efectos de la violencia intrafamiliar". Lo anterior constituye un bienvenido reconocimiento de que los niños y niñas se ven perjudicados por la violencia no sólo cuando son sus víctimas directas, sino también cuando son testigos de ella, y especialmente cuando esa violencia se dirige a otros miembros de la familia o a alguno de sus cuidadores. El artículo 4AB(4) proporciona ejemplos de lo que puede constituir estar expuesto a la violencia intrafamiliar, como escuchar amenazas de muerte o lesiones físicas; presenciar o escuchar ataques con violencia en un contexto familiar; o consolar y ayudar a un familiar atacado por otro miembro de la familia. Al reconocer la diversidad de comportamientos violentos que pueden tener un impacto negativo en el niño o la niña, la FLA crea una base sólida para tener en cuenta la violencia intrafamiliar al estructurar el ejercicio de las responsabilidades parentales después de la separación.

Puesto que los patrones de violencia intrafamiliar antes de la separación continúan después de la misma,[148] ésta tiene que considerarse en toda la interacción con el derecho de la familia, incluso en relación con las decisiones sobre la responsabilidad parental. Existen varios contextos en

[148] *Ibid.*, pp. 139-140; 142.

los que la violencia intrafamiliar es relevante para la toma de decisiones en el marco de la FLA. Para efectos de este capítulo, la violencia intrafamiliar es importante para las solicitudes de medidas cautelares (que son resoluciones judiciales de protección de los niños, niñas y adolescentes y con otras personas significativas, si el tribunal las considera pertinentes para el bienestar de los primeros, conforme al artículo 68B), las solicitudes de órdenes de parentalidad y la exclusión de los asuntos que implican violencia intrafamiliar de los procesos obligatorios de resolución de controversias del orden familiar.[149]

Las acusaciones de violencia intrafamiliar o maltrato infantil se plantean en el contexto de las órdenes de parentalidad con respecto a si una determinada resolución se basa en el interés superior del niño o la niña.[150] A pesar de que en las reformas a la FLA de 2011 se hace hincapié en abordar la violencia intrafamiliar, no hay un cambio hacia la exclusión automática del contacto entre el(la) hijo(a) y el padre o madre violento. De este modo, si bien la FLA ordena al tribunal dar mayor importancia a la protección de la infancia contra la violencia y el maltrato, no descarta la posibilidad de que se ordene tener o mantener contacto entre un(a) hijo(a) y un padre o madre violento o abusivo.[151] En cambio, el tribunal considerará si existe un "riesgo inaceptable de daño" derivado de la violencia intrafamiliar.[152] Esta norma se originó en la jurisprudencia, pero posteriormente se incluyó en la FLA,[153] en el artículo 60CG (1) que ahora establece que (en parte):

> Al considerar que orden adoptar, el tribunal debe –en la medida en que sea posible hacerlo de forma coherente con el hecho de que la consideración primordial debe ser el interés superior del

[149] Fehlberg, B., 2011, p. 10).
[150] Higgins y Kaspiew, *op. cit.*, p. 12.
[151] Parashar y Dominello, *op. cit.*, p. 289.
[152] Higgins y Kaspiew, *op. c*it., p.12.
[153] Young, L., 2014, p. 234.

> niño– garantizar que la resolución: (b) no exponga a una persona a un riesgo inaceptable de violencia intrafamiliar.

Como se ha sugerido anteriormente, esta postura del Poder Legislativo confirma el enfoque que adopta el Tribunal Superior en el asunto *M v M* (1988) 166 CLR 69, en el que se resolvió que el Tribunal de lo Familiar no tiene como función establecer si un padre o madre ha abusado de su hijo o hija; la única consideración relevante para el tribunal es determinar si existe un *riesgo inaceptable de daño* para el niño o la niña en el contexto de los acuerdos de guarda y custodia existentes.[154] Por lo tanto, el tribunal tiene la responsabilidad de sopesar el ideal de que el hijo o la hija tenga contacto (preferiblemente la misma cantidad de tiempo) con cada uno de los padres contra el riesgo de daño, con un énfasis en el riesgo en los acuerdos futuros (en lugar de tratar de probar los casos anteriores de maltrato y violencia).

El criterio sobre *riesgo de daño inaceptable* ha sido criticado por ser difícil de cumplir y por no proteger potencialmente a la infancia, en especial cuando se hacen acusaciones de abuso sexual contra uno de los padres.[155] Las desgraciadamente conocidas dificultades para probar el abuso sexual, incluso de acuerdo con la norma más básica que se aplica en los procedimientos civiles en virtud de la FLA, pueden dificultar que se alcance el umbral de riesgo de daño inaceptable.[156] Sin embargo, dos aspectos de la misma ley permiten a los tribunales contrarrestar esta dificultad: a) la consideración primordial al momento de emitir una orden de parentalidad es el interés superior del niño o la niña; y b) según el artículo 60CC(2A) de esta ley, su protección frente a los daños debe tener prioridad sobre la necesidad de garantizar que tenga una relación significativa con ambos padres.[157] Esto significa que, aunque no se haya

[154] Parashar y Dominello, *op. cit.*, p. 290.
[155] Young, Dhillon y Groves, *op. cit.*, p. 234.
[156] *Idem.*
[157] *Idem.*

probado el riesgo inaceptable de daño, no se emitirá una orden de parentalidad que solicite un padre supuestamente abusivo, si dicha orden no redunda en el interés superior del niño o si es posible que dé prioridad a la relación con el padre o madre, en detrimento de la protección del niño o la niña.

De acuerdo con el artículo 67ZBB de la FLA, el tribunal debe tomar medidas inmediatas en casos en los que haya denuncias de maltrato infantil o violencia intrafamiliar. Debe emitir las resoluciones que juzgue oportunas,[158] una vez que considere los factores y las pruebas pertinentes.[159] El tribunal puede emitir una resolución o conceder un requerimiento judicial "según considere pertinente para el bienestar del niño(a)".[160] Esto incluye los requerimientos u órdenes judiciales para su protección personal, pero también pueden ser aquellos que estén orientados a la protección personal de un padre o tutor, así como órdenes de alejamiento para impedir que una persona se dirija a la residencia, o al lugar de trabajo o institución educativa del niño o niña (o del padre/tutor).[161]

Además de lo que implica para los tribunales, como se ha analizado anteriormente, la violencia intrafamiliar tiene consecuencias para el proceso de la resolución de controversias familiares, que no se recomienda en los asuntos en los que existe violencia intrafamiliar. Lo anterior es para asegurar que el resultado de dicho proceso no esté influido por la falta de equilibrio de poder entre los cónyuges.[162] Sin embargo, debido a que la violencia intrafamiliar no siempre la detectan los especialistas en asuntos familiares,[163] algunas familias que la experimentan llegan al proceso para la resolución de controversias famiiares y terminan con acuerdos

[158] Artículo 67ZBB(2)).
[159] Artículo 67ZBB(1)(b).
[160] Artículo 68B(1)).
[161] Artículo 68B(1)(b)-(d)).
[162] Dobinson y Gray, *op. cit.*, p, 181.
[163] *Ibid.*, p. 182.

relativos a las responsabilidades parentales.[164] Investigaciones disponibles han demostrado que en algunos de estos casos, el proceso para la resolución de controversias familiares ha sido apropiado.[165] El éxito parece estar relacionado con el empleo de medidas de seguridad adecuadas, una cuidadosa investigación y evaluación de las familias, y la colaboración interinstitucional, incluida la participación de abogados.[166] En ese caso, también se necesitan profesionales altamente calificados.[167] No obstante, la investigación ha identificado riesgos en relación con los procesos para la resolución de controversias familiares que involucran familias que han sufrido violencia intrafamiliar, incluidas las diferentes concepciones que se tienen de ésta entre las reparticiones públicas o profesionistas que colaboran en el proceso. Esto afecta a la capacidad de las dependencias y de los profesionales para colaborar en forma eficaz.[168] Por ejemplo, si algunos profesionales o reparticiones públicas se centran únicamente en la violencia física y descuidan otras formas de violencia,[169] su cooperación con los profesionales que adoptan un enfoque más inclusivo de la violencia intrafamiliar se verá perjudicada. Para ayudar en el proceso de tratamiento de la violencia intrafamiliar en el derecho de la familia, el Tribunal de lo Familiar de Australia ha desarrollado los *Principios de buenas prácticas en materia de violencia intrafamiliar*, 2016.

A pesar de los cambios en la legislación y de las mejoras en el marco jurídico relativo a la violencia intrafamiliar y su aplicación,[170] la Comisión Australiana para la Reforma de Leyes opina que la ausencia de voluntad política ha impedido que se resuelvan por completo los problemas para hacer frente a la violencia intrafamiliar.[171] Una de las consecuencias de la compleja interacción de la violencia intrafamiliar y la resolución de contro-

[164] Higgins y Kaspiew, *op. cit.*, p. 10.
[165] Dobinson y Gray, *op. cit*. pp. 184-186.
[166] *Ibid.,* p. 187.
[167] Fehlberg, B., *op. cit.*, p. 232.
[168] Dobinson y Gray, *op. cit.*, pp. 184-186.
[169] *Ibid.,* p. 197.
[170] Fehlberg, B. *op. cit.*, cap. 5.
[171] ALRC, 2019, 27-28.

versias familiares es que las acusaciones de violencia intrafamiliar que se presentan en el contexto de los conflictos posteriores a la separación no se resuelven en el mismo procedimiento.[172] Esto se remonta a la división de facultades legislativas entre la Mancomunidad y los estados: la Mancomunidad se ocupa de los asuntos de derecho de la familia, por medio de la FLA, mientras que los estados se ocupan de los aspectos de derecho penal y civil de la violencia de pareja y de las cuestiones de protección de la infancia. Además, aunque el valor común en los sistemas de protección y de derecho de familia es el interés superior del niño o la niña,[173] este tema lo abordan desde una perspectiva diferente: el sistema de protección se centra exclusivamente en la protección contra el daño de los niños, mientras que el derecho de familia se ocupa principalmente de la resolución de las disputas parentales.[174]

La probabilidad de que se presenten complicaciones en un contexto jurídico tan fragmentado es evidente. Los asuntos que se relacionan con la violencia intrafamiliar entran en el ámbito de al menos cuatro marcos jurídicos: la FLA (como se analiza más adelante), la legislación penal estatal, la legislación estatal sobre protección de los niños y las resoluciones estatales en materia de protección civil. Cada uno de estos marcos jurídicos puede definir y responder a la violencia intrafamiliar de diferentes maneras. Por ejemplo, en Nueva Gales del Sur, la Ley de Delitos (De Violencia de pareja y personal) de 2007 [*Crimes (Domestic and Personal Violence) Act 2007*] no hace referencia específicamente a la "violencia intrafamiliar". En cambio, dicha ley tipifica como "delito de violencia de pareja" un "delito de violencia personal", un delito derivado de circunstancias similares a un delito de violencia personal, o un delito con la intención de intimidar, controlar o causar intimidación y miedo.[175] Otras disposiciones estatales y territoriales definen la violencia intrafa-

[172] ALRC, 2019, 28.
[173] Higgins y Kaspiew, *op. cit.*, pp. 7-8.
[174] Higgins y Kaspiew *op. cit.*, p. 14.
[175] Artículo 11 de la *Crimes (Domestic and Personal Violence)* Act 2007].

miliar de manera más amplia en relación con los tipos de conducta que se llevan a cabo, a diferencia de las disposiciones de Nueva Gales del Sur que la vinculan a delitos que ya existen en el derecho penal.[176] El enfoque adoptado en las leyes de los estados y territorios difiere del que se observa en la FLA, que define explícitamente lo que es la violencia intrafamiliar como un comportamiento violento, amenazante u otro comportamiento que sea intimidante o controlador, o que cause intimidación y miedo.[177] Además, una denuncia obligada derivada de un hecho delictuoso de la violencia de pareja se aplica en Nueva Gales del Sur, en los Territorios del Norte y en Tasmania,[178] pero no en otros estados; y los umbrales de intervención, por parte de las autoridades estatales, en el entorno familiar varían entre los estados desde el daño hasta el daño significativo.[179] Además, las reparticiones públicas que están involucradas tienen "distintas responsabilidades, enfoques y formas de proceder y de interpretar las pruebas".[180] Por ejemplo, los problemas de protección que se planteen en los asuntos de derecho de la familia pueden no alcanzar el "umbral de intervención" en virtud de las leyes de protección de la infancia del estado o del territorio.[181] Por último, a pesar de las múltiples dependencias que intervienen en la investigación sobre maltrato infantil, algunas cuestiones relevantes para las controversias familiares no se abordan por ninguna de ellas (sea que el niño o la niña corra peligro de daño en el hogar de todos los cuidadores involucrados o tratándose de su seguridad los casos de contacto no supervisado).[182]

El análisis anterior ilustra claramente las complejidades de abordar las acusaciones de violencia intrafamiliar en el derecho de familia en Australia y apoya a quienes han solicitado una reforma integral del sistema.

---

[176] ALRC, 2010, párr. 5.20.
[177] Artículo 4AB.
[178] Higgins y Kaspiew, *op. cit.*, p. 2.
[179] *Ibid.*, p. 13.
[180] *Ibid.*, p. 14.
[181] *Ibid.*, p.13.
[182] *Ibid.*, p. 7.

Dicho lo anterior, también hay que reconocer que los marcos legislativos no son el único elemento determinante sobre la forma en que se aborda la violencia intrafamiliar. Como señalan Fehlberg y otros,[183] la falta de entendimiento de la violencia intrafamiliar por parte de los profesionales a los que les compete este tema; los problemas de identificación y evaluación de la violencia de pareja; las posturas de los profesionales (que a veces menosprecian la violencia intrafamiliar); y la falta de formación de los tribunales, las abogadas y los abogados y la policía para tratar la violencia intrafamiliar, han contribuido a que ésta siga constituyendo uno de los aspectos más difíciles en cuanto a controversias, en cuanto al orden familiar se refiere.

## 8. Conclusiones

La relación parento-filial en el derecho de la familia australiano se basa en un marco normativo cada vez más integral y complejo previsto en la *Family Law Act* de 1975. La FLA se basa en el concepto de responsabilidad parental para definir, en términos jurídicos, entre padres e hijos. No obstante, a pesar de la crucial importancia del concepto para la aplicación de la FLA, ésta se preocupa poco por explicar lo que implica la responsabilidad parental. Por lo tanto, los aspectos de la responsabilidad parental se definen en relación con las reglas del *common law,* se deducen de las disposiciones pertinentes de la FLA o se extraen de las leyes positivas que pueden establecer derechos u obligaciones para los padres y madres. Esta ley se centra más bien en el manejo de la responsabilidad parental en asuntos de separación familiar. Los aspectos procesales sobre la toma de decisiones en el ámbito de la responsabilidad parental, así como el ejercicio de la misma después de la separación, dominan el enfoque de la FLA sobre la responsabilidad parental. Además de la escasez de aspectos sustantivos de la responsabilidad parental, otro aspecto pendiente en la FLA es la atención al ejercicio de ésta con respecto a los hijos

[183] Fehlberg, B. *et al, op. cit.*, p. 158.

e hijas en relaciones intactas, salvo algunas excepciones que se revisan en la tercera parte. Las limitantes constitucionales que se analizaron en la segunda parte explican esta perspectiva, pero refuerzan el enfoque de "silos" que se adopta en los asuntos relacionadas con niños, niñas y adolescentes, lo que ha creado problemas prácticos y jurídicos.

El sistema creado por la FLA es principalmente compensatorio y reactivo, y se aplica en caso de separación familiar. Se trata de un sistema complejo que contiene un espectro de posibles intervenciones y procedimientos para responder a la ruptura familiar, desde lo informal a lo formal, desde los procesos extrajudiciales hasta los judiciales. El sistema es impenetrable para quienes no están familiarizados con sus complejidades, incluidos sus usuarios; sin embargo, se puede elogiar a la FLA por crear la infraestructura jurídica para la participación interdisciplinaria en los procesos judiciales y extrajudiciales. Se trata de un reconocimiento justo de la complejidad de los asuntos del derecho de familia que llegan al sistema formal.

Otros aspectos por los que se puede elogiar el derecho de la familia australiano es el gran valor que concede al interés superior del niño o la niña, incluidas las opiniones de éstos. Básicamente, el interés superior del niño o la niña es el factor determinante en las controversias relativas a ellos y en el marco de la FLA. Los mecanismos creados por este ordenamiento para obtener y alimentar las decisiones del derecho de familia con base en la opinión de los niños y las niñas, son variados y cambiantes. Las oportunidades para que los niños, niñas y adolescentes participen directamente en el proceso de derecho de familia son relativamente limitadas y no se aplican en su totalidad, pero esto se compensa con muchos mecanismos de participación indirectos, que van desde los informes elaborados por profesionistas ajenos al derecho hasta la representación legal.

La "base" constitucional del derecho de familia y, por tanto, de la responsabilidad parental y las cuestiones asociadas al mismo es limitada. La Consti-

tución autoriza a la Mancomunidad a legislar en materia de "causas matrimoniales y por divorcio", y en relación con éstas, "los derechos de los padres, y la tutela y custodia de los niños y niñas".[184] Sin embargo, no tiene mayores requisitos en cuanto a los valores que deben perseguir estas leyes, o cualquier otra norma que guíe y controle la forma del derecho de familia en Australia. Así, la mayoría de los asuntos en los que se invocan argumentos constitucionales en las controversias del orden familiar se refieren a la distribución del Poder Legislativo entre el Parlamento de Australia, y los estados y territorios.

El sistema australiano ilustra las dificultades derivadas de la fragmentación de los casos sobre la infancia entre distintas competencias y tribunales. Se ha invertido mucha energía, tiempo y recursos en la división entre el derecho de familia y la competencia en materia de protección, sólo para mantener un sistema que es difícil de navegar para sus usuarios, así como para los operadores judiciales y otros profesionistas. Los acuerdos constitucionales que han creado esta situación pueden ser específicamente de Australia, pero la experiencia en este sistema ilustra de manera absoluta los escollos de los procesos que dividen fríamente las cuestiones relativas a los niños y niñas con sus familias para que encajen en casillas predeterminadas: derecho de familia, protección al niño o la niña, derecho penal juvenil, etc. En muchas jurisdicciones (incluida Australia), por razones históricas o constitucionales, es probable que esto se mantenga, pero tal vez hacer notar estos problemas pueda desencadenar un análisis e innovación para mejorar la forma en que los sistemas jurídicos tratan a los niños, las niñas y sus familias.

Las autoras de este ensayo desean concluir poniendo especial atención a las críticas que ha formulado Young, en relación con las reiteradas reformas realizadas al derecho de familia en Australia. Un cambio signifi-

[184]Artículo 51(xxii) de la Constitución australiana.

cativo puede requerir cambios fundamentales en la sociedad, en lugar de modificar superficialmente las leyes aquí y allá:

> Crear las condiciones para fomentar la reorganización de la vida familiar es, sin embargo, mucho más difícil que cambiar algunas "leyes de familia". A la fecha, el gobierno no se ha enfrentado al reto de analizar los factores subyacentes que continúan reforzando los modelos tradicionales de parentalidad y vida familiar, ya que hacerlo implicaría ir mucho más allá de los confines del derecho de familia. En particular, los lugares de trabajo y los centros de cuidado infantil tendrían que experimentar un cambio radical. Si no se asume este reto, es difícil que la situación de los niños y niñas con padres separados mejore.[185]

Podría decirse que estas reflexiones deberían considerarlas todos aquellos y todas aquellas que deseen abordar los problemas que se presentan en los sistemas de derecho de familia sólo por vía de reformas legales, y aquellos que se comprometen seriamente con las razones que se hallan detrás de dichas reformas o la evaluación de su éxito.

## Bibliografía

Australian Law Reform Commission (2019), *Family Law for the Future. An Inquiry into the Family Law System. Summary Report* [Report 135, marzo 2019], disponible en: «https://www.alrc.gov.au/wp-content/uploads/2019/08/alrc_report_135_summary_report_web_0.pdf».

_____ (2010), *Family Violence. A National Legal Response* (ALRC Report 114), disponible en: «https://www.alrc.gov.au/publication family-violence-a-national-legal-response-alrc-report-114/».

[185] Young, L., *op. cit*, p. 405.

Bagshaw, D., *et al*, (2010), *Family Violence and Family Law in Australia: The Experiences and Views of Children and Adults from Families who Separated Post-1995 and Post-2006*, Australia, Commonwealth of Australia.

Bailey, P. (2009), "The Human Rights Enterprise in Australia and Internationally", *Australia Lexis Nexis Butterworths*, pp. 239 y ss.

Bates, Frank (2012), "Australia: The Certain Uncertainty", en Sutherland, Elaine E., *The Future of Child and Family Law: International Predictions*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 47-76.

Bell, F. (2015), "Children with Gender Dysphoria and the Jurisdiction of the Family Court", *UNSW Law Journal,* 38, núm. 2, p. 426.

Behrens, J. y Tahmindjis, P. (1998), "Family Law and Human Rights", en David Kinley (ed.), *Human Rights in Australian Law,* Sydney, The Federation Press, pp.175-180.

Byrnes, P. (2011), "Voices of children in the legal process", *Journal of Family Studies,* 17 (1,) pp. 44-58.

Carson, R., *et al.*, (2018), *Children and Young People in Separated Families: Family Law System Experiences and Needs.* Reporte final 2018, Australia, Australian Institute of Family Studies.

Cashmore, J. y Parkinson, P. (2009), "Children's Participation in Family Law Disputes: The Views of Children, Parents, Lawyers and Counsellors", *Legal Studies,* núm. 09/81.

Cassidy, J. (2006), "The Best Interests of the Child. The Stolen Generations in Canada and Australia", *Griffith Law Review*, 15, pp. 111-152.

Caruana, C. (2002), "Relationship Diversity and the Law", 61, *Family Matters,* (63).

Chisholm, R. (2009), "The meanings of 'meaningful' within the Family Law Act Amendments of 2006: A legal perspective", *Journal of Family Studies,* 15, núm. 1, pp. 60-66.

Devereux, A. y McCosker, S. (2017), "International Law and Australian Law", en Rothwell, Donald y Crawford, Emily, *International law in Australia*, Pyrmont Australia, Thomson Reuters, p. 23.

Dobinson, S. y Gray, R. (2016), "A Review of the Literature on Family Dispute Resolution and Family Violence: Identifying Best Practice and Research objectives for the Next 10 years", *Australian Journal of Family Law*, (30), p. 180.

Dickey, A. (2014), *Family Law,* 6a. ed., Pyrmont, Thomson Reuters.

Family Court of Australia, *Family Violence Best Practice Principles* (4a. ed., 2016).

Family Law Council, (2000), "The Best Interests of the Child? The Interaction of Public and Private Law in Australia", Documento de trabajo 2, octubre de 2000.

Family Court of Australia, (2018), "State of the Nation. National Family Law Conference 2018. The Honourable Chief Justice John Pascoe, AC CVO. Family Court of Australia", Brisbane, 3 de octubre de 2018.

Fehlberg, B. *et al*. (2008), *Australian Family Law: The Contemporary Context,* Londres, Oxford University Press.

_____ (2014), *Australian Family Law: The Contemporary Context,* 2a. ed., Londres, Oxford University Press.

_____ (2011), "Legislating for Shared Time Parenting After Separation: A Research Review", *International Journal of Law, Policy and the Family,* 3, núm. 25 (2011), pp. 318-337.

Field, R. (2005), "Federal Family Law Reform in 2005: The Problems and Pitfalls for Women and Children of an Increased Emphasis on Post-Separation Informal Dispute Resolution", 1 *Queensland University of Technology Law and Justice Journal,* (5), pp. 28-40.

Graycar, R. y Millbank, J. (2017), "From Functional Family to Spinster Sisters: Australia's Distinctive Path to Relationship Recognition", *Washington University Journal of Law Policy*, 24, núm. 121.

Higgins, D. y Kaspiew, R. (2011), "Child protection and family law… Joining the Dots", *Australian Institute of Family Studies,* 34, disponible en:«https://aifs.gov.au/cfca/publications/child-protection-and-family-law-joining-dots».

Humphrey, T. (2008), "Children, Medical Treatment and Religion: Defining the Limits of Parental Responsibility", *Australian Journal of Human Rights,* 14, pp. 141-169.

Jessep, Owen y Chisholm, Richard (1994),"De Facto Relationships Law in Australia: Recent Development in Property Adjustment", *Asia Pacific Law Review* 1, núm. 3, 1-16.

Kaspiew, R. *et al*., (2009), "Evaluation of the 2006 Family Law Reforms", *Australian Institute of Family Studies*.

Meagher, D., Simpson, A., Stellios, J. (2016), *Hanks Australian Constitutional Law: Materials and Commentary,* Australia, LexisNexis Butterworths, 2016.

Moloney, L., Weston, R. y Hayes, A. (2013), "Key Social Issues in The Development of Australian Family Law: Research and its Impact on Policy and Practice", 19, *Journal of Family Studies*, 2 (2013), pp. 110-138.

Parashar, A. y Dominello, F. (2017), *The Family in Law,* Cambridge, Cambridge University Press.

Parliament of Australia *Explanatory Memorandum Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Bill 2005)* (2004-2005).

Rhoades, H. (2008), "The Dangers of Shared Care Legislation: Why Australia Needs (Yet More) Family Law Reform", *Federal Law Review,* 12, núm. 36, pp. 279.

Ross, N. M. (2016), "Legal Representation of Children", en Lisa Young, Mary Anne Kenny, Geoffrey Monahan (eds.), *Children and the Law in Australia*, Australia, LexisNexis Butterworths, pp. 588-620.

Shackel, R. (2016), "The UN Convention on the Rights of the Child: Tracing Australia's Implementation of the Provisions Relating to Family Relations", en Cvejić Jančić, O (ed.), *The Rights of the Child in a Changing World*, Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law 13, Suiza, Springer, pp. 37-60.

Sheehan, R. y Borowski, A. (2014), "Australia's Children's Courts: An Assessment of the Status of and Challenges Facing the Child Welfare Jurisdiction in Victoria,' *Journal of Social Welfare and Family Law,* 2, núm. 36, pp. 95-100.

Strickland, S. (2014), "To Treat or Not to Treat: Legal Responses to Transgender Young People", Association of Family and Conciliation Courts 51st Annual Conference Navigating the Waters of Shared Parenting: Guidance from the Harbour. Toronto, Canadá, 28-31 de mayo. Disponible en: «http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2015/».

Tobin, J. (2016), "The Development of Children's Rights", en Young, L. y Monahan, G. (eds.), *Children and the Law in Australia*, Australia, Lexis Nexis Butterworths, 25.

Young, Lisa (2016), "Children and 'Family Law'", en Young, Lisa y Monahan, Geoff (eds.), *Children and the Law in Australia,* 2a. ed., Australia, Lexis Nexis Butterworths, pp. 380-398.

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

**Jurisprudencia**

Commonwealth of Australia Constitution Act, 1900.

Convention on the Rights of the Child, 1989.

Family Law Act, 1975 (Cth).

Family Law Rules 2004 Statutory Rules No. 375, 2003 made under the Family Law Act 1975 Compilation No. 34 (compilation date 1 January 2019).

**Corte familiar de Australia**

*Baby D (No.2)* [2011] FamCA 176.

*Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112.

*Harrison v Woollard* (1995) 18 Fam LR 788.

*Goode and Goode* (2006) FLC 93-286 (the Full Court).

*M v M* (1988) 166 CLR 69.

*Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh* (1995) 183 CLR 274.

*Re Alex [2004] FamCA 297.*

*Re Flynn* [2015] FamCA 629.

*Re Harley* [2016] FamCA 334.

*Re Imogen* (No. 6) [2020] FamCA 761.

*Re Isaac* [2014] FamCA 1134.

*Re Jamie* [2013] FamCAFC 110.

*Re Kelvin* [2017] FamCAFC 258.

*Re K* (1994) FLC 92-461.

*Re Logan* [2016] FamCA 87.

*Re Shay* [2016] FamCA 998.

*Re Tahlia* [2017] FamCA 715.

*R & R: Children's Wishes* [2000] FamCA 43.

*Secretary, Department of Health and Community Services v J.W.B and S.M.B (Marion's Case)* (1992) 175 CLR 218.

**Páginas web**

Family Court of Australia «http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/home».

Family Relationships Australia «https://www.familyrelationships.gov.au».

Family Relationships Australia, "Parenting plans", 2015.

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