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 La responsabilidad parental en el derecho : una mirada comparada / editor Nicolás Espejo Yaksic ; esta
R476r 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 III
La responsabilidad parental en Europa*

Josep Ferrer-Riba**

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

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

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

1. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

[4] Boele-Woelki, K. *et al.*, 2007a.

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Significado y alcance de la responsabilidad parental

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

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

[7] *Cfr.* Ferrer-Riba, J., 2012b, pp. 1247-1250.
[8] Sobre la cuestión terminológica véase Scherpe, J., 2009b, p. 45.
[9] Para Inglaterra y Gales, véase *Children Act* 1989, ss 2, 3; Scherpe, J., 2012, pp. 71-84. Para Dinamarca véase la Ley No. 499 del 6 de junio de 2007, y amplia información en Jeppesen de Boer, 2008, pp. 65-68. Para Portugal, véase Ley No. 61, de 31 de octubre de 2008, que modifica la regulación del divorcio. Otros países han introducido la expresión, usándola en singular o en plural, pero sin cambio sustancial en contenido respecto de su entendimiento tradicional como autoridad o potestad parental, como Noruega (Ley de 1981), Escocia (*Children Act* 1995, s. 1) y Cataluña (Código civil, arts. 233-8, 235-2.2, 236-1). Para un análisis comparado desde el punto de vista terminológico, véase también Boele-Woelki. K. *et al.*, 2007a, pp. 26-27.
[10] Recomendación (Asamblea Parlamentaria) 874 (1979) sobre una Carta europea de los derechos del niño (Principio II, c: "The concept of "parental authority" must be superseded by "parental responsibility"), y Recomendación (Comité de Ministros) (84)4 de 28 de febrero de 1984 sobre responsabilidades parentales.

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

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

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

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

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

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

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

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

[12] Artículo 1.2 de Reglamento Bruselas II bis; Principio 3:1 CEFL; Principio 20 Draft CM/Rec 2011.
[13] Art. 1(1)(b), (c), (d) Bruselas II bis; Principios 3:2 y 3:9 CEFL; Principios 22 y 24 Draft CM/Rec 2011.

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

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

[14] Boele-Woelki *et al.*, 2007a, p. 14.
[15] American Law Institute, 2002, pp. 92-408.
[16] Véase Principios CEFL: 3:19, 3:22, 3:23 y 3:24.

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

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

3. Atribución de la responsabilidad parental

3.1. Titularidad y ejercicio de responsabilidad parental

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

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

[17] Boele-Woelki *et al.*, 2007a, pp. 77. Los Principios CEFL enfatizan particularmente la distinción respecto de terceros (véase Principios 3:9, relativo a la atribución, y 3:17, relativo al ejercicio).
[18] Véase, p. ej. la exposición de motivos del Draft CM/Rec 2011 [CDCJ (2011) 15, pár. 79.

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

El fundamento apuntado de la distinción, aunque es certero, no explica las razones que conducen a ciertos ordenamientos a distinguir entre la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental. La distinción, que es habitual en los sistemas que atribuyen la responsabilidad parental a los padres tan pronto como queda establecida la filiación[20] (aunque no sea exclusiva de ellos),[21] reconoce la idoneidad en abstracto del titular de responsabilidad parental para asumir las funciones parentales, sin condicionar la posibilidad de tomar decisiones cambiantes sobre su ejercicio teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. La titularidad, así, puede estar desprovista de poderes de ejercicio si el interés superior del niño justifica que dicho ejercicio corresponda en exclusiva al otro padre o a terceros. Ello puede ocurrir, por ejemplo, como consecuencia de las circunstancias personales de uno de los padres, de la vida separada de ambos padres o de la necesidad de adoptar medidas de protección del niño. La posición jurídica del 'titular pasivo' de responsabilidad

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

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

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

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

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

3.2. La atribución a los padres

En la actualidad no se discute que la responsabilidad primordial de la crianza y educación de los niños corresponde a sus padres en plano de igualdad. El art. 18 CNUDN consagra este principio y compromete a los Estados a emplear sus mejores esfuerzos para asegurar su reconocimiento y aceptación. El consenso que suscita esta idea, sin embargo, no se traduce en una atribución incondicional y automática de la responsabilidad parental a ambos padres tan pronto queda determinada legalmente la paternidad y la maternidad.[22] Los informes de derecho comparado elaborados a instancias de la CEFL[23] permiten distinguir dos grandes grupos de ordenamientos jurídicos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[26] STEDH 14 de setiembre de 1999, *McMichael c. Reino Unido*.
[27] Véase, p. ej., *Children Act* 1989 (Inglaterra y Gales), s 4 (1) (a) (b); **§ 1626a (1) 1** BGB (Alemania); § 177 (2) ABGB (Austria); art. 1:252 BW (Países Bajos).
[28] Véase, p. ej., *Children Act* 1989 (Inglaterra y Gales), s 4 (1) (c); art 1253c BW (Países Bajos).
[29] V. Coester, M., 2007, pp. 1137-1145; Scherpe, J., 2009a, pp. 950-960; *idem*, 2009b, pp. 57-58, con referencias adicionales.
[30] STEDH 3 de diciembre de 2009, *Zaunegger c. Alemania*.
[31] STEDH 3 de febrero de 2011, *Sporer c. Austria*.

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

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

---

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

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

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

[35] Principios 3:32 y 3:15 respectivamente.

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

3.3. Terceras personas

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

[36] Coester, M., 2012, pp. 1344.
[37] Herring, J., 2019, pp. 397-404.
[38] Reece, H., 2009, pp. 85-102.
[39] Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I., 2005, pp. 389-476; Motte, G., 2019, pp. 822-823.

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

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

3.3.1. Personas acogedoras

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

[40] Principio 20.3 del *White Paper 2002* y Principios CEFL 3:9 y 3:17.
[41] Boele-Woelki *et al.*, 2007a: 67-68. Sobre estas relaciones, v. Principios CEFL 3:25 a 3:29.

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

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

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

el ejercicio de responsabilidades por los acogedores puede coexistir con el mantenimiento de ciertas responsabilidades por parte de los padres o con la asunción de dichas responsabilidades por la autoridad pública encargada de la protección de menores. No sólo el grado de los poderes decisorios atribuidos a los acogedores es muy variable; también lo es el procedimiento para su atribución, que según las jurisdicciones puede tener lugar por acuerdo con los padres, por resolución judicial o directamente en virtud de la misma ley.[43]

Para la articulación de la relación entre los padres y las personas acogedoras es útil la distinción entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. Los padres pueden retener la titularidad de la responsabilidad al tiempo que los acogedores ejercitan, en todo o en parte, los poderes y deberes comprendidos en ella. El hecho de que los padres mantengan su responsabilidad significa que conservan la posibilidad de volver a ejercerlas en el futuro y que su asentimiento es necesario para que el hijo sea dado en adopción. En cambio, no parece afortunado aplicar la distinción entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental a los acogedores, como insisten en hacer los Principios CEFL.[44] Los acogedores son nombrados para ejercitar derechos y deberes parentales en virtud de delegación de los padres parental o de una resolución dictada por una autoridad competente, y carece de sentido pensar que puedan ser solo titulares de las responsabilidades parentales, pues son siempre llamados a ejercerlas inmediatamente.

3.3.2. El cónyuge o pareja del padre o la madre ("padre/madre afín")

La relevancia de este supuesto ha de vincularse a la proliferación del fenómeno de la reconstitución familiar en las sociedades europeas. Los

[43] Motte, G., 2019, pp. 818-819.
[44] *Cfr*. los Principios 3:9 y 3:17, y los comentarios al Principio 3:9, en Boele-Woelki *et al.*, 2007a, pp. 66-67.

cónyuges o parejas de cualquiera de ambos padres (en adelante, para simplificar, 'padre afín') se implican a menudo *de facto* en las tareas de cuidado diario y prestación de asistencia a los niños. Los ordenamientos jurídicos están tomando cada vez más conciencia de este rol informal, no sólo reconociendo que la relación con los hijos del esposo o la pareja constituye vida familiar y atrae la protección debida a la familia, sino también permitiendo la participación del padre o la madre afín en el ejercicio de responsabilidades parentales. Esta voluntad de reconocimiento es todavía muy desigual. No ha llegado todavía a un número importante de países, y se materializa de maneras muy diversas. El examen de los ordenamientos nacionales muestra divergencias sustanciales en relación con los requisitos que deben cumplirse para que el padre o la madre afín pueda asumir responsabilidades, con las fuentes de su legitimación —esta puede emanar de la ley, de una resolución judicial, o de un acuerdo privado— y con el contenido de los poderes y deberes que se le pueden llegar a conferir.[45]

Los Principios CEFL establecen que "la pareja del padre o la madre que viva con el niño puede tomar parte en las decisiones sobre cuestiones de la vida cotidiana salvo en caso de objeción del otro padre que detente la responsabilidad parental".[46] La norma se inspira en el modelo del *kleines Sorgerecht* alemán,[47] seguido recientemente en Cataluña,[48] y del de otros países que circunscriben la intervención del padre afín al poder y/o deber de participar en la crianza del niño de su pareja y reemplazar a ésta si las circunstancias lo requieren.[49] Se trata de un modelo de participación que traduce en términos legales un rol social vivido en muchas familias.

[45] Véase, información relevante de derecho comparado en Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I., (eds.), 2005, pp. 389-428 (cuestiones 27 a 30).
[46] Principio 3:18.
[47] *Cfr*. §1687 b BGB, que extiende estos poderes también al derecho de representación legal en situaciones de emergencia.
[48] Véase art. 236-14 Código civil de Cataluña, incluyendo el derecho a adoptar decisiones de la vida cotidiana y medidas urgentes en caso de riesgo inminente para el niño.
[49] Tal como disponen los ordenamientos de la República Checa (sec. 33 del Código de familia) y de Suiza (art. 299 ZGB).

Otros países han optado por planteamientos más ambiciosos, llegando a admitir que el padre afín pueda asumir responsabilidades parentales plenas. Es el caso, por ejemplo, del derecho danés, que requiere que la pareja en cuestión esté casada con el padre legal, que este sea titular exclusivo de la responsabilidad parental y que el acuerdo entre ambos cónyuges tenga aprobación oficial.[50] Este modelo de integración familiar del padre afín trae a primer plano una cuestión interesante y poco explorada, esto es, la consideración de la atribución de responsabilidades parentales como una alternativa (o una etapa previa) a la adopción y la conveniencia de demarcar sus respectivos ámbitos operativos. En una dirección similar, el derecho inglés permite la asunción de responsabilidades parentales por los padres afines de manera completa, pero también con una extensión limitada, tanto si hay un titular único de responsabilidades parentales como si hay dos. En este modelo, la ley prevé que los padres afines asuman esta posición mediante consentimiento de los padres legales, pero también lo pueden hacer a través de una resolución judicial.[51]

Los datos confirman la ausencia de un núcleo común en la materia, tanto en cuanto a los requisitos para atribuir responsabilidad parental a un cónyuge o pareja como en cuanto a los contenidos de dicha responsabilidad. Es un ámbito jurídico en transición, en el que coexisten propuestas de regulación basadas en la autonomía privada, en la toma de decisiones por una autoridad competente o en la producción de efectos establecidos directamente por la ley. La atribución *ope legis* de responsabilidades parentales a un padre afín ha de considerarse excepcional.[52] Los datos de derecho comparado indican que suele limitarse a una legitimación para adoptar decisiones cotidianas o urgentes. Los trabajos más recientes del

[50] Artículo 13 (2) de la Ley sobre responsabilidad parental. Véase también Jeppesen de Boer, 2008, pp. 200-201.
[51] *Children Act* 1989, s 2(6); sobre ello, véase Herring, 2019, pp. 389-390.
[52] En los Países Bajos esto es posible respecto del niño nacido de uno de los cónyuges durante el matrimonio que no tenga vínculos familiares con otro progenitor (típicamente, niño nacido en una pareja lesbiana): véase el informe holandés de Boele-Woelki, Schrama y Vonk, en Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I., 2005, p. 403 (cuestión 27).

Consejo de Europa inciden en la vía de la autonomía privada, y proponen permitir los acuerdos vinculantes entre uno de los padres y su cónyuge o pareja registrada al efecto de que éste asuma responsabilidades parentales, siempre que el otro padre, si también es titular de responsabilidad parental, lo consienta por escrito.[53] Los modelos normativos que descansan prevalentemente en la autonomía privada de las partes implicadas son teóricamente plausibles, pero no siempre se adaptan a las dinámicas informales en que se desarrolla la vida familiar. Para su operatividad es esencial combinarlos con la posibilidad de recurrir a la autoridad competente, sea para eludir posibles vetos injustificados del padre no residente o para desvirtuar acuerdos contrarios al interés superior del niño.

4. Terminación de la responsabilidad parental

4.1 Las causas de extinción de la responsabilidad parental

La responsabilidad parental puede terminar por causas que afecten al niño o que afecten a sus padres o a cualquier otro titular de las mismas. Las dos clases de causas de extinción siguen patrones parecidos en todos los ordenamientos europeos. Desde la perspectiva del niño, la responsabilidad parental cesa cuando éste llega a la mayoría de edad, contrae matrimonio o inicia una relación de pareja registrada (con excepciones en algunas jurisdicciones), o fallece.[54] Desde la perspectiva de los titulares de la responsabilidad parental, esta se extingue con su muerte, por adopción del niño (respecto del padre o padres sustituidos por los adoptantes, a quienes la responsabilidad es transferida), y por una resolución

[53] Principio 24 del Draft CM/Rec 2011.

[54] *Cfr.* Principio 3:30 CEFL, que incluye la adopción del niño. Teniendo en cuenta que dicho principio enumera las causas de extinción desde la perspectiva del niño, la referencia a la adopción es confusa. La adopción comporta sustitución en la titularidad de responsabilidades parentales, pero no extinción, pues la responsabilidad parental pasa al padre o padres adoptivos. Por lo demás, en el caso de adopción por el cónyuge o pareja del padre, la sustitución es solo parcial (por suplantación del otro progenitor, si la filiación estuviera determinada respecto del mismo).

adoptada por la autoridad competente (p. ej., una orden que deje sin efecto una resolución previa que confiaba la responsabilidad parental a una persona determinada). Finalmente, aunque conceptualmente este supuesto no suele ser tratado como una causa de extinción, hay que hacer notar que en la mayoría de ordenamientos jurídicos la responsabilidad parental puede ser objeto de privación o remoción. Esta también tiene lugar por medio de un acto de autoridad y ha de fundamentarse en la puesta en riesgo del hijo o la causación de daños al mismo, sea en su persona o en sus bienes.

En la extinción de la responsabilidad parental hay tres temas que merecen ser destacados. El primero se relaciona con la autonomía personal del niño: la ley debe fijar en qué momento o período de su vida el niño puede asumir el poder de autodeterminarse y las responsabilidades parentales deben razonablemente llegar a su fin. El segundo tiene que ver con los padres u otros ejercientes de responsabilidad parental: la ley debe fijar por qué causas y por medio de qué procedimiento los titulares de responsabilidad parental pueden ser privados o removidos de la misma. El tercero se relaciona con la continuidad en la protección y se plantea cuando la persona que ejerce responsabilidades parentales cesa como titular de esta función por cualquier causa y ha de ser relevada. En los ordenamientos que distinguen entre titularidad and ejercicio de la responsabilidad parental, el ejercicio pasa al otro titular, si lo hay, y se discute entonces si este efecto ha de ser automático o no. En caso de que no haya otro titular, se plantea quién debe asumir la responsabilidad y cómo ha de hacerlo, si bajo el mismo marco institucional o con sujeción a un estatuto de derechos y deberes diferente.

4.2. Mayoría de edad y emancipación

Las responsabilidades parentales acaban en la generalidad de los casos con la llegada del niño a su mayoría de edad, que es el momento en que asume plena responsabilidad sobre su persona y sus bienes. Los ordenamientos nacionales pueden disponer que las responsabilidades parentales

continúen más allá de la mayoría de edad o antes de llegar a ella:[55] cabe anticipar la finalización de las responsabilidades parentales, por causa de matrimonio o por emancipación, y cabe prolongarlas, en caso de que el hijo padezca alguna discapacidad que restrinja o impida su capacidad de autogobierno.

No hay acuerdo en Europa sobre la oportunidad de que la ley permita avanzar la terminación de las responsabilidades parentales antes de los 18 años, atendiendo al grado de madurez del menor o a sus circunstancias personales y familiares. Algunos ordenamientos dan una respuesta institucional a esta cuestión por medio de la emancipación.[56] La emancipación puede ser concedida por los padres o, si se cumplen ciertos requisitos, por la autoridad judicial, y conlleva la extinción de la responsabilidad parental y la adquisición por el menor emancipado de capacidad contractual plena o limitada. El instituto de la emancipación constituye una vía de deferencia al criterio de los padres, que se hallan en mejor posición que el legislador para evaluar la aptitud de sus hijos para asumir plenitud de responsabilidades civiles, o a otros indicadores de independencia y madurez personal, como el hecho de vivir autónomamente, obtener y administrar los propios medios de vida o haber optado por iniciar una comunidad de vida con otra persona.

La falta de uniformidad en el derecho europeo sobre esta cuestión no resulta particularmente problemática. Por una parte, la reducción de la edad de mayoría a los 18 años, general en todo el continente, ha estrechado la franja en la que podían manifestarse diferencias relevantes. Muchos ordenamientos que no contemplan la emancipación admiten, sin embargo, que el matrimonio del menor o la formalización de una relación de pareja determine el cese de la responsabilidad parental. Finalmente,

[55] En este sentido, véase el Principio 25 Draft CM/Rec 2011.

[56] Para información sobre los ordenamientos que permiten la emancipación, véase Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I. (eds.), 2005, pp. 55-63 (cuestión 3). De las jurisdicciones analizadas, la emancipación está contemplada por los ordenamientos de Cataluña, España, Francia, Italia (solo por matrimonio), Lituania, los Países Bajos, Portugal y Rusia.

todos los ordenamientos abren hoy día espacios de decisión autónoma a los menores, tanto en el terreno de los derechos de la personalidad como en el de la capacidad contractual, tomando en consideración su madurez, su edad, el tipo de contrato que se pretenda celebrar, su objeto y los usos sociales.[57] La diversidad legislativa en esta materia es enormemente acusada,[58] pero hay una clara tendencia común de fondo a favorecer la autonomía del menor, sin excluir el mantenimiento de las responsabilidades parentales, aún atenuadas.

4.3. Privación y rehabilitación de la responsabilidad parental

Si un titular de responsabilidad parental la ejercita de manera perjudicial para la persona o los bienes del niño puede ser removido de la misma, de modo parcial o total. La posibilidad de remover la responsabilidad parental es generalizada en los ordenamientos europeos.[59] También es recogida por los textos de derecho uniforme.[60] Algunos ordenamientos, por excepción, cuando se dan circunstancias que justifican que los padres sean apartados de sus responsabilidades, se limitan a decretar medidas de protección del niño u otro tipo de resoluciones que restringen o suspenden el ejercicio de los derechos y deberes parentales y los transfieren a otras personas, sin proceder formalmente a la privación de la responsabilidad parental.[61] Esta opción, aunque minoritaria, merece

[57] Véase, Hellwege, P., 2012, pp. 138-140.

[58] Para apreciar esta diversidad, véase Francoz-Terminal, L., 2008, pp. 145-193, comparando los derechos francés, inglés y escocés. El derecho francés permite la emancipación a partir de los 16 años por resolución judicial a petición de uno de los padres (art. 413-2 *Code civil*); en el derecho escocés el niño adquiere capacidad de obrar a la edad de 16 años (*Age of Legal Capacity (Scotland) Act* 1991, s.1); el derecho inglés no prevé umbrales de edad, pero parte precisamente del principio de hacer prevalecer siempre la capacidad natural del menor. Los ordenamientos de Escocia e Inglaterra mantienen mecanismos de protección del menor en ejercicio de su capacidad contractual; el derecho francés los excluye para el menor emancipado. Al margen de estas diversas fórmulas de acceso a la 'premayoridad', los tres sistemas facilitan, por medio de expedientes diversos, el ejercicio los derechos de naturaleza personal de los menores antes de su llegada a la mayoría de edad.

[59] Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I. (eds.), 2005, pp. 669-692 (cuestión 51).

[60] Principio 3:32 CEFL; Principio 24 *White Paper 2002*; Principio 27 Draft CM/Rec 2011.

[61] En este sentido, véanse los informes de Lund-Andersen (Dinamarca), Lowe (Inglaterra y Gales) (respecto de las personas a quienes se ha conferido la responsabilidad parental en el momento del

sin duda ser tomada en consideración para futuros desarrollos institucionales de la responsabilidad parental.

La privación de la responsabilidad parental presupone que el titular de la misma ha incurrido en malos tratos, abuso, negligencia, o cualquier otra forma de conducta que cause daño al niño o lo ponga en grave riesgo de ser dañado, sea en su persona o en sus bienes. Las causas que determinan la privación de la responsabilidad parental no han de implicar necesariamente una valoración de culpabilidad en la conducta de los padres. Aunque sobre esta cuestión no hay unanimidad en Europa, en la actualidad predomina la tendencia a concebir la privación de la responsabilidad parental como una medida tuitiva y a objetivar los requisitos de su aplicación.[62] Ello no significa desconocer que las circunstancias que llevan a la privación de la responsabilidad parental son en muchas ocasiones sancionables y que hay ordenamientos en los que la privación de la responsabilidad parental constituye propiamente una sanción accesoria a la condena por comisión de ciertos delitos. Pero incluso en estos casos la privación de la responsabilidad parental cumple —o debería cumplir— una función preventiva y de protección al menor. En esta dirección, el TEDH ha rechazado que pueda decretarse la privación de la responsabilidad parental por causas puramente sancionatorias que no guarden relación alguna con el bienestar de los menores.[63]

El fundamento tuitivo de la remoción de la responsabilidad parental determina que, en la práctica, sólo se promueva cuando el niño pueda derivar algún beneficio de la medida. Las constelaciones de casos que han llegado al TEDH muestran que la medida de privación de la responsabilidad parental se plantea casi siempre en el contexto de la implementación de otras medidas de protección del niño que implican la perspectiva

---

nacimiento del niño) y Koutsouradis (Grecia) (jurisdicción en la que se puede privar del ejercicio de la potestad parental, pero no de su titularidad, salvo como consecuencia accesoria de una sentencia penal), en Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I., 2005, pp. 673, 678-679 (cuestión 51).

[62] Boele-Woelki *et al.*, 2007a, pp. 214-215.

[63] STEDH 28 de septiembre de 2004, *Sabou y Pircalab c. Rumanía*.

futura de una ruptura definitiva de los lazos familiares, como la puesta del niño en acogimiento con vistas a una futura adopción o, llanamente, la decisión de promover la adopción. Según los ordenamientos y las circunstancias del caso concreto, la privación de la potestad puede anticipar la decisión a la que acabamos de referirnos, puede ser objeto de una pretensión ejercida en un procedimiento de protección del niño o puede constituir una consecuencia de la adopción de una medida de acogimiento. El TEDH ha tenido ocasión de formular y consolidar una doctrina jurisprudencial muy elaborada acerca de los estándares sustantivos y las cautelas procedimentales que las autoridades competentes deben observar en estos casos. Por esta vía, el tribunal ha contribuido a armonizar esta materia a nivel europeo en gran medida.[64]

La jurisprudencia establecida por el TEDH contempla requisitos procedimentales y sustantivos. Entre los primeros, el tribunal reconoce no sólo las garantías tradicionales englobadas en el derecho a un juicio justo sino también el derecho de los afectados 'a una participación suficiente en el procedimiento', que ha llegado a ser uno de los pilares en el que se basan los ordenamientos europeos de protección de menores.[65] Desde el punto de vista de los requisitos substantivos, la decisión de privar a los padres de sus derechos y responsabilidades se considera siempre excepcional y motivada por una exigencia fundamental asociada al interés superior del niño. En consecuencia, el grado de discrecionalidad de que gozan las autoridades nacionales es limitado y sujeto a un escrutinio estricto.[66] Ello se pone de relieve, sobre todo, cuando las circunstancias que motivan la necesidad de intervención no son imputables a los titulares

[64] Sobre estos estándares y salvaguardas, véase Ferrer-Riba, J., 2010, pp. 15-21; Choudry/Herring, 2010, pp. 299-308 (en relación con la decisión de poner a un niño bajo la guarda de terceras personas).

[65] Respecto de ambos tipos de derechos, véase Ferrer-Riba, J. 2010, pp. 16-17; Choudry/Herring, 2010, pp. 309-316. El hecho de que un padre no esté representado en el procedimiento de privación de su responsabilidad parental vulnera el art. 8 CEDH: STEDH 8 de enero de 2013, *A.K. y L. c. Croacia*.

[66] STEDH 7 de agosto de 1996, *Johansen c. Noruega*; STEDH 16 de julio de 2002, *P, C. y S. c. Reino Unido*; STEDH, 28 de octubre de 2010, *Aune c. Noruega*.

de responsabilidad parental, como cuando padecen carencias intelectivas.[67] En estos casos, hay que agotar la posibilidad de tomar medidas de apoyo educativo o económico antes de pasar a decisiones tan intrusivas en la esfera personal como la privación de la responsabilidad parental y el apartamiento de los hijos de sus padres.

La responsabilidad parental que ha sido objeto de privación puede ser rehabilitada. Los ordenamientos jurídicos que regulan la remoción admiten siempre esta posibilidad, si sobreviene un cambio de circunstancias que justifique su restauración y ello conviene al interés superior del menor.[68] De acuerdo con el TEDH, la imposibilidad de acceder a un tribunal para cuestionar la privación de los derechos parentales en un momento posterior, por razón de un cambio de circunstancias, no logra un equilibrio adecuado entre los intereses del niño, los de la persona desposeída de sus derechos y los de la sociedad en su conjunto, vulnerándose así el artículo 8 (CEDH).[69] Como he señalado más arriba, los casos que llegan al tribunal europeo muestran consistentemente que la privación de la responsabilidad parental sólo se adopta cuando la separación del hijo de su medio familiar de origen se percibe como irreversible y no es razonablemente imaginable el retorno a esta: "la privación de los derechos parentales […] no es consistente con la finalidad de volverlos a reunir [padres e hijo]".[70] Mientras hay posibilidades de recuperación de la relación del hijo con sus padres, las medidas que se adoptan suelen implicar la suspensión del ejercicio de las funciones parentales (o su privación parcial), pero no su privación total. Por ello, aunque el fundamento teórico de la restauración de la responsabilidad parental es claro y convincente, se trata de hecho de una eventualidad excepcional.

La práctica habitual en torno a la privación de la responsabilidad parental permite seriamente cuestionar su utilidad e invita a prestar más

[67] STEDH, 26 de febrero de 2002, *Kutzner c. Alemania*.
[68] Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. (eds.), 2005, pp. 707-713 (cuestión 54). Véase, también, Principio 3:34 CEFL; Principio 28 Draft CM/Rec 2011.
[69] STEDH 17 de julio de 2012, *M. D. y otros c. Malta*.
[70] SSTEDH *Johansen c. Noruega*, *supra* n. 66; *M.D. y otros c. Malta*, *supra* n. 69.

atención a los ordenamientos que no la contemplan. Si un niño padece daños o se halla en riesgo de padecerlos a consecuencia de la conducta de su guardador o sus guardadores, el ejercicio de la responsabilidad parental puede ser transferido en todo o en parte a otro guardador (al otro padre, por medio de una resolución judicial que le atribuya la responsabilidad parental en exclusiva, a una persona acogedora) sin necesidad de privar formalmente de la titularidad de la responsabilidad al progenitor a quien es imputable la conducta dañosa. La finalidad primordial de la privación, cuando el padre afectado por la medida ya se encuentra apartado con anterioridad de la guarda y del ejercicio de sus poderes de toma de decisiones —como ocurre habitualmente— es suprimir sus derechos y expectativas residuales como 'titular pasivo' de responsabilidad parental, esto es, el derecho a recuperar el ejercicio de la responsabilidad si falla el otro padre, y el de oponerse a la adopción del hijo por un tercero. Estas posiciones jurídicas, sin embargo, pueden desactivarse por otras vías. La expectativa de asumir o recuperar el ejercicio de la responsabilidad parental puede sujetarse a control judicial, incluso previo. Del derecho a oponerse a la adopción cabe prescindir también en el mismo proceso de adopción por las mismas causas por las que cabe privar de la responsabilidad parental, evitando así la necesidad de una privación previa de la misma.[71]

4.4. Atribución sucesiva de la responsabilidad parental en caso de cese anticipado

La ley debe proveer sistemas de sustitución en el ejercicio de responsabilidades parentales en caso de que la persona que las está asumiendo fallezca, quede impedida para su ejercicio o por cualquier otra causa cese en las mismas. Esta eventualidad se aborda de modos distintos según las circunstancias concurrentes en el momento de producirse tal cese

[71] Véase información de derecho comparado confirmando este punto en la STEDH *A.K. y L. V. c. Croacia, supra* n. 65.

anticipado. A estos efectos es oportuno distinguir tres grupos de casos:[72] (a) extinción de la responsabilidad parental del progenitor que la ejercita conjuntamente con el otro o con otro titular de responsabilidad; (b) extinción de responsabilidad parental del progenitor que la ejerce solo, existiendo el otro; (c) extinción de la responsabilidad parental de uno o ambos padres, sin existencia de otro titular de la misma.

En el caso (a) la responsabilidad continúa en manos del segundo ejerciente (típicamente, el padre o la madre supervivientes) como un efecto legal. El tratamiento en las leyes de este supuesto ofrece muy pocas dudas en todas las jurisdicciones europeas.[73] Dado que el superviviente ya estaba ejerciendo funciones parentales, no hay razón para cuestionar su idoneidad para seguir en este ejercicio individualmente. A este planteamiento solo puede objetarse el trastorno que puede causar al niño un cambio sustancial en sus condiciones de vida, si el superviviente no convivía anteriormente con él. Algunos sistemas (Dinamarca, Noruega) dan cuenta de esta dificultad y la abordan permitiendo que un tercero pueda solicitar la atribución de responsabilidad parental.[74] Esta opción permite eludir la aplicación de la norma por defecto, pero pone la carga de justificar ante la autoridad la existencia de razones importantes para hacerlo, fundadas en el interés superior del niño.

Las situaciones del grupo (b) no tienen una respuesta unitaria plenamente satisfactoria. Según los Principios CEFL, si un padre que tiene responsabilidades parentales en exclusiva fallece, estas han de atribuirse al superviviente o a un tercero por decisión de la autoridad competente.[75]

---

[72] Cf. Principio 3:31 CEFL; Principio 23 *White Paper 2002*; Principio 26 Draft CM/Rec 2011. Aunque los Principios CEFL y el *White Paper* se refieren únicamente a los padres y plantean solo el supuesto de muerte de uno de ellos o de ambos, las reglas que proponen pueden aplicarse *mutatis mutandis* a otras personas titulares de responsabilidad parental y a otros supuestos de terminación de la responsabilidad que no sea por muerte.

[73] Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. (eds.), 2005, pp. 455-466 (cuestión 33).

[74] Boele-Woelki *et al.*, 2007a, p. 205, remitiéndose a los informes nacionales de Lund-Andersen/Jeppesen-De Boer (Dinamarca) y Sverdrup/Lødrup (Noruega).

[75] Principio 3:31 (2).

Los comentarios a esta propuesta advierten que se desvía del núcleo común europeo, el cual opta por atribuir automáticamente el ejercicio de las responsabilidades parentales al padre que sobrevive.[76] En realidad, las jurisdicciones nacionales solo atribuyen la responsabilidad parental con tal automaticidad al superviviente cuando esta persona ya tenía (pero no ejercía) la responsabilidad. Si se dan circunstancias que hacen indeseable esta asignación, está justificado que se faculte a un tercero (p. ej., un padre afín) para pedir al juez una asignación distinta. La propuesta de los Principios CEFL, en cambio, se acomoda mucho mejor al supuesto en que el superviviente no era titular de responsabilidad parental. En tal caso, es sin duda preferible evitar los automatismos y deferir la decisión a la autoridad competente para que valore hay algún tercero más cualificado para asumirlas. Sin embargo, esto no es 'una mejor solución' que se separe del núcleo común: es la regla habitual siempre que el fallecido fuera único titular de responsabilidades parentales.[77] En resumen, cuando fallece el padre que ejercía responsabilidad parental en exclusiva, parece razonable proponer que la responsabilidad se transmita, *ope legis* o por decisión judicial, al superviviente o a un tercero, dependiendo de las circunstancias (concretamente, dependiendo de si el padre superviviente ya era titular de responsabilidad o no lo era).[78]

En el último grupo de casos (c), la terminación de la responsabilidad parental conduce al nombramiento de otra persona o personas para sustituir a los padres en el ejercicio de sus funciones de protección. Estas funciones quedan comprendidas en el concepto de 'responsabilidades parentales' en los principios europeos y en los instrumentos internacionales, pero las legislaciones nacionales las regulan en un marco institucional distinto, el de la tutela de menores. La sujeción de las personas que se ponen *in loco parentis* a un estatus legal distinto al de los padres tiene

[76] Boele-Woelki *et al.*, 2007a, pp. 210-211; Boele-Woelki, 2008, pp. 78.
[77] Véanse, p. ej., los informes nacionales de Roth (Austria), Lowe (Inglaterra y Gales), Dethloff / Martiny (Alemania), Boele-Woelki (Países Bajos) y Hausheer (Suiza) en Boele-Woelki, K., Braat, B. y Curry-Sumner, I. (eds.), 2005.
[78] Véase en este sentido el Principio 23 (2) del *White Paper 2002*.

raíces históricas en el derecho romano y es explicable por la diversa naturaleza y fundamento de los vínculos que unen al tutor con el niño, pero responde también a una concepción patrimonialista de las funciones tutelares más propia de tiempos pretéritos. El derecho de tutelas ha tenido siempre una relevancia marginal en el derecho comparado.[79] Con todo, los esfuerzos armonizadores llevados a cabo en Europa en material de responsabilidades parentales trascienden al ámbito de la tutela: los principios relativos al contenido de dichas responsabilidades se aplican a cualquier persona que las ostente, con independencia de que se trate de los padres o de terceros.[80] Este planteamiento, que uniformiza el contenido legal básico de los derechos y deberes sobre la persona y el patrimonio de los niños, con independencia de quien los tenga atribuidos, parece acertado, siempre que deje a los padres o, en su defecto, a la autoridad competente la posibilidad de establecer mecanismos de fiscalización más intensa si las circunstancias personales o patrimoniales lo aconsejan.

Hay un consenso creciente a favor de permitir a los padres el nombramiento de sustitutos en el ejercicio de responsabilidades parentales en previsión de su fallecimiento.[81] Los padres están en una posición mucho mejor que la ley o que un tribunal para juzgar que es lo más beneficioso para sus hijos. Ante el riesgo de que sus propuestas puedan no ser óptimas, algunos ordenamientos les confieren valor solo como deseos o recomendaciones que la autoridad ha de tener en cuenta.[82] Sin embargo, teniendo en cuenta que el riesgo es pequeño, parece más consistente con la posición preeminente de los padres en la mayoría de los ordenamientos configurar su intervención como ejercicio de un derecho y poner la carga

[79] Véase Röthel, 2012, p. 812.
[80] Véanse Principios 3:19 a 3:24 CEFL, que se aplican a personas titulares de responsabilidades parentales plenas, sin distinguir si se trata de los padres o de terceras personas.
[81] Principio 23 (3) (4) del *White Paper 2002*; Principio 26 (2) Draft CM/Rec 2011. Los Principios CEFL no toman partido en esta cuestión, que remiten a los derechos nacionales.
[82] Véase, p. ej., los informes nacionales de Todorova (Bulgaria), Hrusaková (República checa), Ferrand (Francia), Mikelenas (Lituania), Sverdrup/Lødrup (Noruega), Maczynski/Maczynska (Polonia), Antokolskaia (Rusia) y Hausheer (Suiza) en Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I., 2005, pp. 467-476 (cuestión 34).

de acreditar que sus previsiones no se corresponden con el interés superior de sus hijos menores a quien así lo alegue, incluyendo a estos si tienen madurez suficiente para ello.

5. Consideraciones finales

La visión panorámica de las principales tendencias en los ordenamientos jurídicos europeos muestra que la responsabilidad parental es una institución compleja, caracterizada por una notable diversidad normativa que dificulta su estudio jurídico-comparado. A pesar de los valiosos pasos emprendidos para su armonización a cargo de instituciones, tribunales y grupos de académicos internacionales, su diseño legal en los códigos civiles y de familia en Europa es todavía muy heterogéneo.

Desde una perspectiva europea, la responsabilidad parental en su forma actual se presenta como una institución centrada en el niño. La progresiva aceptación del término 'responsabilidad' en vez de 'autoridad' o 'potestad' refleja un cambio de paradigma que se ha impuesto en Europa tras un largo proceso de evolución social y jurídica. De acuerdo con esta percepción, el núcleo de la responsabilidad parental está formado por deberes de crianza y educación a los niños y por poderes para tomar e implementar decisiones que han de ser ejercidos en interés de los niños y para el cumplimiento de los deberes mencionados. Las potestades parentales no sólo están limitadas por el compromiso de procurar el bienestar del niño, sino también por el de respetar y promover su autonomía. Esto lleva a su debilitamiento y progresiva desaparición en la última etapa de la menor edad a través de técnicas diversas que permiten a los adolescentes tomar sus propias decisiones. Hace falta más investigación teórica y empírica sobre la efectividad relativa de estas técnicas para promover los intereses de los niños y adolescentes en cuestiones relacionadas con sus personas y sus bienes.

Si bien la responsabilidad parental está centrada en la persona de los niños, también hay consenso en afirmar su naturaleza 'parental', esto es,

su atribución en vía de principio a los padres. Esta atribución se fundamenta en los profundos lazos naturales y emocionales que normalmente conllevan las relaciones paterno/materno-filiales y la presunción de compromiso parental incondicional que se deriva de estos lazos. Es importante hacer notar que, en el panorama europeo actual, la atribución de esta responsabilidad queda cada vez más al margen del estatus familiar existente entre los padres. Su atribución ya ha quedado completamente disociada de prevenciones de género y ahora vemos como va quedando paulatinamente disociada de consideraciones de estado marital e incluso de la convivencia entre los padres. Sólo el interés superior de cada niño en particular y la manera en que se desenvuelve la relación con sus padres con el transcurso del tiempo justifican la introducción de modulaciones o excepciones a la regla que atribuye la responsabilidad parental a ambos padres en pie de igualdad; no la relación familiar entre estos.

La primacía de los padres como responsables de sus hijos menores también se manifiesta en el reconocimiento de su autonomía privada para acordar como ejercer la responsabilidad parental, para acordar delegarla o compartirla con terceros y para realizar nombramientos vinculantes o dar instrucciones anticipando una eventual ausencia futura. El reconocimiento de la autonomía de los padres para configurar las potestades y los deberes parentales, así como su forma de ejercicio, todavía no está plenamente consolidado en los ordenamientos jurídicos nacionales de Europa y normalmente se sujeta a grados diversos de supervisión judicial. Este es un terreno fértil de investigación jurídica, en el que es previsible que se produzcan avances significativos en los próximos años. El recurso a técnicas de reproducción asistida y el consiguiente protagonismo del principio voluntarista o de consentimiento como fundamento para la determinación de la parentalidad legal ha de traducirse en un mayor reconocimiento de la autonomía privada. Particularmente, la implementación de proyectos parentales colaborativos, con intervención de más de dos personas (p. ej., pareja de varones y mujer gestante y/o aportante de gametos femeninos; pareja de lesbianas y varón aportante de gametos masculinos) puede y debe abrir espacios para que los implicados lleguen

a acuerdos relativos a la atribución, delegación o renuncia de responsabilidades parentales o sobre el posible alcance de estas. Ello puede llegar a afectar al diseño institucional de las responsabilidades parentales, tanto si estas han de quedar definidas por ley, por una resolución judicial o administrativa o por un acuerdo privado: en particular, habrá que ponderar la posibilidad de atribuirlas a personas distintas de los progenitores legales, de extenderlas a más de dos personas y de flexibilizar su contenido de poderes y deberes para adaptarlo a las circunstancias de cada caso.[83]

La atribución incondicional de la responsabilidad parental a los padres, asociada a la necesidad de ponderar las circunstancias en que viven los niños y la calidad de sus vínculos personales familiares explica la creciente tendencia a la segregación de dicha responsabilidad en haces de deberes y derechos de contenido e intensidad variables. Un número significativo de jurisdicciones ha distinguido tradicionalmente entre la idoneidad para asumir responsabilidad parental en abstracto y una 'superior idoneidad' para ejercerla a la vista de las circunstancias familiares, por medio de la distinción entre la titularidad y el ejercicio de tal responsabilidad. Los ordenamientos que no incorporan esta distinción se ven forzados a adaptar el contenido la atribución y el contenido de la responsabilidad parental para dar cuenta de circunstancias personales y familiares que a veces difieren significativamente. Por otra parte, no debería olvidarse que la autoridad parental ha de combinarse con la función tuitiva y los poderes de actuación de las autoridades administrativas y judiciales para acordar medidas de protección, permitir la participación de terceros en el ejercicio de las funciones parentales o, en última instancia, remover a los padres del ejercicio de su responsabilidad parental. Esta interferencia en la titularidad o en el ejercicio de la responsabilidad parental también contribuye a su desagregación funcional: en ocasiones, se requiere trazar una distinción entre poderes relativos a asuntos cotidianos y relativos a

[83] Ferrer-Riba, J., 2018, pp. 173-174.

asuntos de mayor impacto temporal; entre poderes de ejecución y de supervisión, o entre poderes fundados en la guarda y custodia de un niño y poderes que pueden ser ejercidos al margen de la guarda. Esta desagregación de la responsabilidad parental —que para muchos justifica la preferencia por el término plural de 'responsabilidades'— acentúa su imagen de institución compleja y abre múltiples espacios para su análisis comparativo.

Bibliografía

American Law Institute (2002), *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, Matthew Bender & Co (LexisNexis).

Auletta, T. (2020), *Diritto di familia*, Giappichelli.

Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. (eds.) (2005), *European Family Law in Action*, vol. III: *Parental Responsibilities*, Oxford/ Nueva York, Intersentia.

Boele-Woelki, K. *et al* (2007a), *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Oxford/ Nueva York, Intersentia.

Boele-Woelki, K.; Martiny, D. (2007b), "The Comission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities", *ERA Forum* 8, pp. 125-143.

Boele-Woelki, K. (2008), "The CEFL Principles Regarding Parental Responsibilities: Predominance of the Common Core", en Boele-Woelki, K. y Sverdrup, T. (eds.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Nueva York, Intersentia, pp. 63-84.

Choudry, S. y Herring, J. (2010), *European Human Rights and Family Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing.

Coester, M. (2007), "Nichteheliche Elternschaft und Sorgerecht", 14, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ), pp. 1137-1145.

Coester, M. (2012), "Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern", 17, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ), pp. 1337-1344.

Committee of Experts on Family Law [CJ-FA] (2006), *Report on principles concerning the establishment and legal consequences of parentage – "the White Paper"*, Consejo de Europa, CJ-FA (2006) 4 e.

Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (2018), *Sistema de derecho civil,* vol. IV, t. 1, 12a. ed., Madrid, Tecnos.

Ferrer-Riba, J. (2010), "Principles and Prospects for a European System of Child Protection", 2 *InDret*, pp. 1-31.

Ferrer-Riba, J. (2012a), "Child protection", en Basedow, J. *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law,* vol. I, Oxford University Press, pp.179-182.

Ferrer-Riba, J. (2012b), "Parental responsibility", en Basedow, J. *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law,* vol. II, Oxford University Press, pp. 1247-1252.

Ferrer-Riba, J. (2018), "Familias y pluriparentalidad en Derecho español", 85 *Derecho de Familia (Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia),* pp.163-177.

Ferrer-Riba, J. (2019), "Legal relationships between adults and children in Spain and Catalonia", en Sosson, J., Willems, G. y Motte, G. (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies (A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook)*, Cambridge/Amberes/Chicago, Intersentia, pp. 481-514.

Francoz-Terminal, L. (2008), *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et* écossais, Berna, Intersentia/Stämpfli.

Francoz-Terminal, L. (2019), "Legal relationships between adults and children in France", en Sosson, J., Willems, G. y Motte, G. (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies (A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook)*, Cambridge/Amberes/Chicago, Intersentia, pp. 249-284.

Gernhuber, J. y Coester-Waltjen, D. (2020), *Familienrecht*, 7a. ed., Munich, CH Beck.

Hellwege, P. (2012), "Capacity", en Basedow, J. *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law,* vol. I, Oxford University Press, pp. 137-141.

Herring, J. (2019), *Family Law*, 9a. ed., Harlow/Nueva York, Pearson.

Jeppesen de Boer, C. (2008), *Joint Parental Authority (A comparative legal study on the continuation of joint parental authority after divorce and the breakup of a relationship in Dutch and Danish law and the CEFL principles)*, Amberes/Oxford/Portland: Intersentia.

Lowe, N. (2006)*, Report for the attention of the committee of experts on family law (CJ-FA) containing an evaluation of the Council of Europe legal instruments in the field of family law*, Consejo de Europa, CJ-FA (2006) 1 Rev.

Motte, G. (2019), "Multiplication of Pontential Social and Emotional Ties", en Sosson, J., Willems, G. y Motte, G. (eds.) (2019), *Adults and Children in Postmodern Societies (A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook)*, Cambridge/Amberes/Chicago, Intersentia, pp. 793-823.

Reece, H. (2009), "The Degradation of Parental Responsibility", en Probert, R., Gilmore, S. y Herring, J. (eds.), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford/Portland, Hart Publishing, pp. 85-102.

Röthel, Anne (2012), "Guardianship of Minors", en Basedow, J. *et al.* (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law,* vol. I, Oxford University Press, pp. 811-813.

Scherpe, J. (2009a), "Nichteheliche Kinder, elterliche Sorge und die Europäische Menschenrechtskonvention", 73-4 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ),* pp. 935-961.

Scherpe, J. (2009b), "Establishing and Ending Parental Responsibility: A Comparative View", en Probert, R., Gilmore, S. y Herring, J. (eds.), *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford/Portland, Hart Publishing, pp. 43-62.

Scherpe, J. (2012), "Elterliche Sorge von nicht miteinander verheirateten Eltern in England and Wales", en Coester-Waltjen, D. *et al.* (eds), *Alles zum Wohle des Kindes? Aktuelle Probleme des Kindschaftsrechts*, Göttinger Juristische Schriften, Universitätsverlag Göttingen, pp. 71-84.

Sosson, J. y Willems, G. (2019a), "Parentage, Parenthood and Parental Responsibility in Traditional Families", en Sosson, J., Willems, G. y Motte, G. (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge/Amberes/Chicago, Intersentia, pp. 725-757.

Sosson, J. y Willems, G. (2019b), "The Future of Legal Relationships Between Adults and Children", en Sosson, J., Willems, G. y Motte, G. (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge/Amberes/Chicago, Intersentia, pp. 825-864.

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