

Derecho y familia

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Perspectivas comparadas



Nicolás Espejo Yaksic
Ana María Ibarra Olguín
Editores



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

K300

C667c

La constitucionalización del derecho de familia : perspectivas comparadas / editores Nicolás Espejo Yaksic, Ana María Ibarra Olguín ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.-- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

1 recurso en línea (xxii, 412 páginas). -- (Derecho y familia)

ISBN 978-607-552-137-4

1. Derecho de familia – Normas constitucionales – Jurisprudencia – Ensayos
2. Convencionalismo jurídico – Derecho civil – Argentina 3. Matrimonio – Derechos humanos – Derecho interno – Instrumentos internacionales – Estudio de casos – Estados Unidos 4. Sujetos del derecho de familia – Derecho constitucional 5. Matrimonio entre personas del mismo sexo – Brasil 6. Derecho a la identidad – Chile 7. Patria potestad – Interés superior de la niñez – Gran Bretaña 8. Derechos de los niños – Derecho procesal civil – Países Bajos – Europa 9. Familia – Constitución – México I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Ibarra Olguín, Ana María, editor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. serie

LC K670

Primera edición: enero de 2020

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 7

La responsabilidad parental en la Constitución británica. El caso de Charlie Gard

Rachel Taylor*

* Exeter College, Universidad de Oxford. Traducción al español de Mario A. Zamudio Vega, con autorización de la autora.

I. Introducción: Charlie Gard y las decisiones parentales

En el año 2017, la difícil situación de un bebé británico desesperadamente enfermo atrajo la atención del mundo: Charlie Gard había nacido con una severa condición que afectaba las mitocondrias y que progresivamente causó un daño cerebral irreversible que lo incapacitó para oír, moverse o respirar de manera autónoma. Sus médicos consideraron que el daño era irreversible y que pronto sería fatal; consecuentemente, llegaron a la conclusión de que lo mejor que se podía hacer en beneficio de Charlie sería que se le retirara el tratamiento de soporte vital para permitirle tener una muerte tranquila y digna. Los devotos padres de Charlie no estuvieron de acuerdo: habían recorrido el mundo tratando de encontrar un tratamiento que pudiera mejorar la condición de su hijo y habían abrigado ciertas esperanzas en un tratamiento experimental que ofrecía un especialista en Estados Unidos. Después de reunir los recursos necesarios por medio de una financiación colectiva, los padres estaban listos

para trasladar a Charlie a Estados Unidos con el propósito de que, una vez allá, se diera comienzo al tratamiento; sin embargo, sus planes se vieron interrumpidos por la decisión del hospital de recurrir a la justicia con el propósito de resolver la disputa entre el equipo médico y los padres respecto a qué era lo mejor que se podía hacer en beneficio de Charlie. En la batalla judicial que se entabló, los padres recibieron apoyo de todo el mundo, incluso del Papa y el Presidente de Estados Unidos, pero, a pesar de ese apoyo, los tribunales respaldaron las conclusiones del hospital en todas las etapas del proceso judicial. Finalmente, con la aprobación de los tribunales, el soporte vital fue retirado apenas una semana antes de la fecha del primer cumpleaños de Charlie.

Para muchos observadores, las decisiones de los tribunales en el caso Gard eran difíciles de comprender. Aunque el tratamiento propuesto era de naturaleza experimental, muchos consideraron que era indebido que las Cortes despojara a Charlie de esa oportunidad y que se mostraran crueles y frustraran la única esperanza de los padres. Para otros, la razón de que los tribunales hubiesen aceptado intervenir no era clara en absoluto en un sentido más fundamental. No había duda alguna de que los padres estaban dedicados a su hijo y actuaban movidos por el sincero y amoroso deseo de encontrar el mejor tratamiento para él. No se trataba de un caso en el que el Estado necesitara intervenir para alejar a un niño de unos padres abusivos o negligentes que hubiesen perdido su derecho a tomar decisiones en lo concerniente a su hijo. Los padres tampoco estaban solicitando recursos del Estado ni le pedían a éste que tomase medidas adecuadas para ayudarles. Se trataba de unos padres bondadosos que habían tomado la decisión conjunta de buscar ese tratamiento, del que creían fervientemente que era lo que más podía beneficiar a su hijo, y que lo hacían con sus propios fondos. Como argumentó su abogado Robert Gordon (Consejero de la Reina), la intervención del Estado en el caso parecía "trasladar la responsabilidad" por los hijos "de los padres al Estado"; y, en su argumentación ante la Corte Suprema, el señor Gordon lo presentó como un caso que planteaba una "cuestión de principio de suma importancia" que "el derecho inglés no ha resuelto" todavía, a saber:

[...] el grado en que el Estado —[incluida] la Corte— puede entremeterse legítimamente en la vida privada y familiar en el contexto de las decisiones parentales [...] que, sin la intervención de la Corte, los padres podrían tomar, y serían completamente libres de tomarlas, en lo concerniente a sus hijos.¹

Expresado de esa manera, el caso Gard plantea una cuestión fundamental de principio constitucional en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad por los niños; y, al hacerlo, pone de relieve un agudo dilema con respecto a la naturaleza de la autoridad parental y su relación con la responsabilidad del Estado en lo concerniente a los niños.

En este capítulo, se toma en consideración la cuestión del principio constitucional planteado por los padres. Se considerará primero la respuesta dada por los tribunales en el propio caso Gard, antes de examinarlo independientemente del contexto médico y de evaluar la ley en general sobre la toma de decisiones concernientes a los niños en la legislación inglesa. Se argumentará que esta última considera adecuadamente que la crianza de los hijos no es exclusivamente una cuestión de derechos parentales que deban defenderse, a menos que se hayan perdido, sino que se trata de una responsabilidad colaborativa y en la que los padres juegan un rol privilegiado. Asimismo, se argumentará que, en el caso Gard, los tribunales estuvieron razón, desde el punto de vista legal, en determinar el futuro de Charlie sobre la base de su mejor interés, aun cuando ello haya significado restringir las decisiones de sus padres; no obstante, el caso también demuestra la posibilidad de que el poder del Estado se ejerza de tal manera que socave la función primaria de los padres. Las salvaguardas en contra de ese exceso no se encuentran buscando decisiones de los padres en las que éstos sean inmunes a ser recusados; antes bien, la protección se encuentra en el respeto del derecho a la vida familiar

¹ GORDON, R., Consejero de la Reina, audiencia la Corte Suprema sobre permiso para apelar [en el caso de Charlie Gard], 8 de junio de 2017. Transcripción del autor de los argumentos orales; el acta de la audiencia puede verse en <http://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-hearing-in-the-matter-of-Charlie-gard.html>.

que es el fundamento de las decisiones que toman los jueces, pero que nunca puede ser absoluto, dado que los Estados también tienen la responsabilidad de proteger a los niños y sus derechos.

II. La Constitución, la responsabilidad parental y la toma de decisiones de los médicos en el derecho inglés²

Para explorar la decisión del caso Gard y sus implicaciones más amplias, primero es necesario comprender los marcos legales en los que los tribunales tomaron sus decisiones. En las secciones que siguen, se hace un breve esbozo de los principios más importantes y pertinentes del derecho constitucional británico, la responsabilidad parental y la toma de decisiones de los médicos, aspectos que serán explorados más a fondo a lo largo del capítulo.

1. El contexto constitucional del Reino Unido

Este libro trata de la constitucionalización del derecho familiar. El Reino Unido es una de las pocas naciones del mundo que no posee una constitución codificada. Además, se dice tradicionalmente que el derecho constitucional en el Reino Unido es "indeterminado", en el sentido de que no existe una demarcación clara entre las leyes que son consideradas constitucionales y las que no lo son. Finalmente, la conclusión de que una ley en particular es de naturaleza "constitucional" no le otorga por sí misma una condición predominante o de jerarquía sobre otras formas de la legislación. Por esas razones, la cuestión de si un proceso legal es "constitucional" plantea claros desafíos a los abogados del Reino Unido;

² Muchos de los principios considerados en este capítulo tienen aplicación en todo el Reino Unido; en este capítulo, no obstante, debido a que existen algunas diferencias entre las naciones que conforman el Reino Unido, el análisis se centrará en la legislación de Inglaterra, donde se decidió el caso Gard.

no obstante, a pesar de esos desafíos, es muy claro también que la facultad del Estado para intervenir en la vida familiar es fundamentalmente una cuestión constitucional, lo que, además, plantea importantes interrogantes relacionadas con los derechos humanos.

En el Reino Unido, la protección jurídica de los derechos humanos se lleva a cabo principalmente por medio de la Ley de Derechos Humanos de 1998 (HRA, por sus siglas en inglés) y, basándose en esa ley en el caso *Gard*, los padres de Charlie intentaron hacer valer el argumento de que ellos tenían el derecho primario de adoptar decisiones en lo concerniente a su hijo. La Ley de Derechos Humanos es una ley constitucional que incorpora en la legislación del Reino Unido los derechos contenidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEPDHLEF; convenio más conocido como "Convención" y, por sus siglas en inglés, como ECHR). Para los propósitos de este capítulo, la aplicación más importante de la Ley de Derechos Humanos tiene lugar por medio de la obligación de las autoridades públicas, incluidas las Cortes, de actuar de manera compatible con esos derechos, a menos que la legislación establezca lo contrario.³ Esa obligación exige que la Corte actúe de manera compatible con los derechos protegidos en el ejercicio de su discrecionalidad judicial y en la interpretación del derecho consuetudinario (*common law*).⁴

El derecho más importante protegido por la Ley de Derechos Humanos en el litigio del caso *Gard*, y en relación con la autoridad parental en general, es el artículo 8, que estipula el derecho al respeto de la vida privada y la vida familiar:

(1) Toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada, su vida familiar, su hogar y su correspondencia.

³ Véase Human Rights Act, secc. 6.

⁴ Las obligaciones de los tribunales en lo relativo a la interpretación de las leyes están contenidas en las secciones 3 y 4 de la HRA, pero no fueron pertinentes a ese litigio o a las cuestiones planteadas en este capítulo, por lo que ya no se las tomará en consideración.

(2) Ninguna autoridad pública podrá interferir con el ejercicio de este derecho, salvo que su intervención se haga de conformidad con la ley y sea necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública o el bienestar económico del país, para la prevención de desórdenes o delitos, para la protección de la salud o la moral o para la protección de los derechos y libertades de terceros.

El derecho a la "vida familiar" comprende una amplia gama de derechos y responsabilidades de los padres con respecto al cuidado y la educación de los hijos menores, incluida la protección de la autoridad parental en el seno de la familia.⁵ Por supuesto, esos derechos no otorgan a los padres una autonomía absoluta tratándose de la crianza de sus hijos. El artículo 8 no prescribe derechos absolutos, sino derechos restringidos: exige que el Estado respete la vida familiar, incluida la autoridad paterna, a menos que existan razones proporcionadas para intervenir de conformidad con el párrafo (2) del propio artículo 8. Lo más importante es que esas razones incluyen la "protección de los derechos y libertades de terceros", incluidos los propios hijos. Conforme a la Ley de Derechos Humanos, los niños también son titulares de derechos, y el Estado también tiene el deber de actuar de manera compatible con *esos* derechos, como el derecho a la educación, a la vida y a la libertad. Los deberes del Estado se ven incluso reforzados por los derechos que los niños tienen garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de las Naciones Unidas (ONU). Ahora bien, aun cuando la CDN no es directamente aplicable en la legislación nacional, sí se usa comúnmente para interpretar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos —y, en consecuencia, la Ley de Derechos Humanos— en los casos que implican a los niños.⁶ Por consiguiente, dadas las obligaciones que el Estado tiene directamente con respecto a los niños, es inevitable que, en algunos casos, la autoridad parental se restrinja para garantizar

⁵ TEDH, caso *Nielsen vs. Dinamarca*. Sentencia de 28 de noviembre de 1998. Appl. No. 10929/84.

⁶ TEDH, caso *Neulinger y Shuruk vs. Suiza*. Sentencia de 6 de julio de 2010, párr. 48.

la protección de los derechos de sus hijos. En consecuencia, encontrar el equilibrio proporcional entre las obligaciones de los padres y las del Estado para con los hijos es frecuentemente el meollo de los casos más complejos y difíciles concernientes a los niños.

En el caso *Gard*, los padres no solo recurrieron ante los tribunales domésticos sino que también intentaron hacer valer sus derechos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH; conocido también como Tribunal de Estrasburgo y como Corte Europea de Derechos Humanos). Las decisiones del TEDH no son directamente vinculantes para el Reino Unido; sin embargo, ocupan un lugar importante en los litigios sobre los derechos humanos. Una decisión adversa del TEDH no tiene la fuerza para revocar una decisión de la Corte del Reino Unido, pero sí deja en claro que este último está incumpliendo sus obligaciones internacionales. El Reino Unido casi siempre actuará de tal manera que se cumpla con una resolución del TEDH, como lo demuestra el hecho de que la Corte Suprema del Reino Unido ordenó que el tratamiento del soporte vital de Charlie continuara mientras se llegaba a una determinación sobre la solicitud que los padres habían hecho al TEDH. Por lo demás, las decisiones de este último deben ser "tomadas en consideración" cuando se aplica la Ley de Derechos Humanos⁷ y, por lo general, se considera que son concluyentes con respecto a la interpretación de los derechos protegidos. Por todas esas razones, la posición constitucional en lo concerniente a la autoridad parental no es únicamente una cuestión interna, sino una cuestión de diálogo en el seno de Europa y con la comunidad internacional en general.

2. Los derechos y responsabilidades parentales en el derecho inglés

En el siglo XIX, el derecho consuetudinario inglés concebía la relación entre los padres y los hijos principalmente como una cuestión de derechos

⁷ Reino Unido, *Human Rights Act*, secc. 2(1).

parentales y otorgaba a los padres una autoridad casi absoluta sobre sus hijos.⁸ A lo largo del siglo XX se produjeron cambios importantes, dado que esa relación legal pasó de ser una relación de *derechos* parentales a ser una de *responsabilidad parental* (*Ley de los Niños-Children Act*).⁹ El cambio de lenguaje tuvo una enorme importancia simbólica: ya no se considera que los niños no son una posesión de sus padres, sino los beneficiarios de la responsabilidad de ellos.

El concepto jurídico doméstico de responsabilidad parental es un reflejo de aquel desarrollado en el derecho internacional. La Convención sobre los Derechos del Niño también fue redactada sobre la base del rechazo del modelo del derecho de propiedad paterna en favor de un modelo basado en la responsabilidad, lo cual es particularmente claro en el artículo 18, que establece que los padres "tienen la responsabilidad principal de la crianza y el desarrollo de sus hijos" y, en el artículo 5, que exige que el Estado respete "los derechos, responsabilidades y deberes de los padres". Tanto en el derecho doméstico como en el internacional, el concepto de responsabilidad se sustenta en el entendimiento de que la autoridad parental existe para beneficio de los hijos, no del adulto que la ejerce, lo cual significa que, como se expone más detalladamente más adelante, los derechos y el interés superior del niño delimitan la esfera legítima de la función de los padres.^{10, 11} Por lo demás, aunque los padres

⁸ House of Lords, In *Re Agar Ellis* (1983) 24 ChD 317 CA

⁹ Reino Unido, *Children Act*, 1989 (CA), secc. 3. Conforme al derecho inglés, todas las madres, padres casados y las personas registradas como padres en el acta de nacimiento del niño tienen responsabilidad parental. Es posible que una persona sea reconocida como progenitor(a) del niño, pero que no tenga la responsabilidad parental; aunque la condición de la propia parentalidad confiere algunos derechos y obligaciones, destaca la obligación de mantener al niño. Más comúnmente, esos casos implican a los padres solteros que no están registrados en el acta de nacimiento del niño, aunque cada vez es menor el número de padres que se encuentran en esa situación. Los padres que se encuentran en esa situación pueden solicitar a la Corte una orden que les otorgue esa responsabilidad (*Children Act*, 1989, secc. 4) y la alteración del acta de nacimiento para que se los incluya como padres del niño o niña. Además, es posible que los que no son padres obtengan la responsabilidad parental, en particular si la Corte dicta una orden que les otorgue el cuidado de un niño. Este capítulo se centra en la situación de los padres que sí tienen dicha responsabilidad parental.

¹⁰ House of Lords, caso *Gillick vs. West Norfolk* (1986), CRC, arts. 3 y 18.

¹¹ En el caso de los hijos de más edad, la capacidad del niño para tomar sus propias decisiones también significa un límite al derecho de sus padres a tomar decisiones por él. Dada la complejidad

tienen la función principal, la responsabilidad por los hijos se construye como un proceso de colaboración entre los padres y el Estado. El artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a los padres como los principales responsables de sus hijos, pero también obliga al Estado a "prestar la asistencia adecuada a los padres y tutores legales en el desempeño de sus responsabilidades de crianza de los hijos y a garantizar el desarrollo de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños". El Estado también desempeña una importante función como garante de los derechos de los niños y tiene el deber de intervenir para protegerlos en los casos en que los padres no estén disponibles o no cumplan con sus responsabilidades para con sus hijos.

De acuerdo con el derecho inglés, existen dos medios principales por los que los tribunales pueden intervenir en las decisiones sobre la crianza de un niño. El primero es que las disputas privadas relacionadas con la crianza del niño pueden ser presentadas ante un tribunal para que sean resueltas mediante decisión judicial en virtud de la Ley de los Niños de 1989, sección 8. Por lo general, tales disputas son presentadas por padres separados que no logran ponerse de acuerdo sobre la residencia o la educación del niño, aunque, en algunas circunstancias, como se analiza a continuación, también aquellos que no son los padres pueden recurrir a la facultad discrecional del tribunal. Toda disputa llevada ante un tribunal de esa manera será determinada sobre la base del bienestar del niño (su interés superior), el cual será la consideración primordial del tribunal.¹² El segundo medio por el cual el tribunal puede intervenir en las decisiones concernientes a los niños es por medio del sistema público de protección de la infancia. Por medio de las autoridades locales, el Estado puede obtener una orden de cuidado por la que se le otorga el derecho a separar a los niños de su familia biológica y ponerlos al cuidado de

de esa cuestión y la corta edad de Charlie Gard, el tema de la capacidad de los hijos no se abordará en este capítulo.

¹² Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 1 (1). Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/10>.

la atención pública. Para obtener esa orden, el tribunal debe estar convencida primero de que el niño "está sufriendo o es probable que sufra un daño grave" que sea "atribuible a que el cuidado brindado al niño no es lo que sería razonable esperar de un padre".¹³ Solamente si se supera el alto umbral de "daño significativo", el tribunal puede pasar a la cuestión sobre si el bienestar del niño exige que se dicte una orden en favor de la autoridad local. Si la orden es emitida, la autoridad local adquiere la responsabilidad parental del niño pero, haciendo hincapié en la colaboración continua entre los padres y el Estado, los padres conservan sus responsabilidades y deben ser consultados cuando es necesario tomar decisiones importantes sobre la vida de ese niño.

La división entre el derecho privado y público en la Ley de los Niños de 1989 es de capital importancia y fue un factor decisivo en el litigio del caso *Gard*, porque los padres buscaron que se equiparara la prueba de "daño significativo" con un principio constitucional que limita la facultad del Estado para intervenir en las decisiones conjuntas tomadas por ambos padres. Como se verá a continuación, ese intento fracasó, porque los tribunales defendieron su facultad para intervenir mediante el recurso a una jurisdicción protectora que no depende de los daños significativos ni de las discrepancias entre los padres. Los límites de esa jurisdicción constituyen un factor de capital importancia en la definición de la posición constitucional de los padres y el Estado cuando se trata de la protección del interés superior del niño.

3. Las decisiones parentales y el derecho médico

Muchos de los casos más importantes relacionados con los niños han ocurrido en el contexto médico, lo cual se debe quizás a la posibilidad de que surjan conflictos relacionados con los distintos deberes en juego.

¹³ Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 31.

La responsabilidad parental comprende claramente las decisiones concernientes a la salud y el tratamiento médico de los hijos. Un padre que no busca tratamiento médico para sus hijos cuando es necesario puede ser culpable del delito de crueldad infantil debido a su negligencia.¹⁴ Una vez que un niño está recibiendo un tratamiento, el médico también tiene un deber con el niño/a y también debe actuar en su interés superior; consecuentemente, el contexto médico exige la colaboración o asociación entre los padres y los médicos para hacer realidad el interés superior del niño o niña.¹⁵ Por consiguiente, los médicos tienen el deber de tratar de ponerse de acuerdo y actuar con los padres en beneficio de los hijos,¹⁶ no solamente debido a los intereses de los padres, sino, principalmente, porque el niño tiene derecho a que las decisiones que lo afecten sean tomadas con la participación de sus padres, que lo conocen mejor y tienen la responsabilidad primaria sobre él.¹⁷ En los casos de afecciones crónicas, por lo demás, los padres estarán implicados frecuentemente en el cuidado del niño a largo plazo, lo cual significa que su cooperación y comprensión son vitales para la salud y aceptación del tratamiento de largo plazo del hijo. Por las razones expuestas, los médicos deberán tratar de informar y hacer participar a los padres en las decisiones en la medida de lo posible y deberán recurrir primero a un enfoque que no cause conflictos, como la mediación, si la relación se deteriora hasta un grado en que se requiera la intervención de un tercero.¹⁸

Si esa relación se rompe y los padres y los médicos no se ponen de acuerdo en lo fundamental sobre lo que es mejor en el interés superior del niño, se puede solicitar la asistencia de los tribunales, como ocurrió en

¹⁴ Reino Unido, *Children and Young Persons Act*, 1933, secc. 1 (2).

¹⁵ Véase BRIDGEMAN, J., "The Provision of Healthcare to Young and Dependent Children: The Principles, Concepts, and Utility of the Children Act 1989", *Medical Law Review*, Vol. 25, No. 3, 2017, pp. 363 y ss.

¹⁶ Corte Suprema de Reino Unido, caso *Wyatt vs. Portsmouth NHS Trust and Another*. Sentencia de 21 de abril de 2005, [2005] EWHC 693 (Fam), párr. 29.

¹⁷ TEDH, caso *Glass vs. Reino Unido*, 9 de marzo de 2004. Appl. 61827/00.

¹⁸ Véase BRIDGEMAN, J., *op. cit. supra* nota 15.

el caso *Gard*. Si los padres se oponen al tratamiento propuesto por el equipo médico y se niegan a otorgar su consentimiento, se requiere la autorización del tribunal antes de que se pueda aplicar el tratamiento. Un médico que trata a un niño pequeño sin el consentimiento de uno de los padres o del tribunal corre el riesgo de que estos lo demanden ante las cortes civiles o, incluso, de que incurra en cargos penales, a menos que el tratamiento se haya aplicado debido a una urgencia. Por otra parte, si los padres desean que su hijo reciba un tratamiento que el equipo médico no está dispuesto a administrar, ni los padres ni los tribunales pueden obligar al médico a proporcionarlo si considera que el tratamiento entra en conflicto con su deber de actuar en el interés superior del niño. En un caso como ese, los padres pueden, como lo hicieron los padres de Charlie Gard, buscar otro médico que esté dispuesto a tratar a su hijo. Si no se presenta ninguna alternativa y el hospital considera que es necesario eliminar el tratamiento de soporte vital contra los deseos de los padres, se requerirá nuevamente la autorización del tribunal.¹⁹

El aspecto inusual del caso Gard fue que el equipo médico no solamente solicitó la autorización para dar por terminado el tratamiento de soporte vital sino también para restringir la facultad de los padres de llevar a Charlie a otro lugar para que recibiera un tratamiento diferente y que fuera administrado por un equipo médico distinto. Ese aspecto del caso fue lo que puso en tela de juicio el marco legal relativamente ya establecido y descrito con anterioridad; y, debido a que los padres pueden buscar tratamientos innovadores y establecer comunicaciones mundiales a través de Internet, es probable que tales casos lleguen a ser cada vez más comunes. La cuestión sobre si el Estado puede recurrir a una facultad legítima para evitar que los padres lo hagan, particularmente si el tratamiento es experimental y potencialmente dañino, será cada vez más importante. Por consiguiente, el caso esclarece los debates más generales

¹⁹ TEDH, *Caso Glass vs. Reino Unido*, cit.

sobre la función adecuada de los padres y el Estado en la protección de los derechos e intereses de los niños.

3. El litigio del caso Gard

Charlie Gard nació de sus padres Connie Yates y Chris Gard en agosto de 2016 y parecía ser un bebé saludable y normal; no obstante, cuando tenía apenas unas semanas de edad, sus padres se preocuparon por la manera como se estaba desarrollando y buscaron consejo médico. Charlie fue transferido de inmediato al cuidado de un hospital de Londres especializado en niños y administrado por el Estado, el Hospital Great Ormond Street para Niños Enfermos (GOSH, por sus siglas en inglés), donde permaneció durante el resto de su corta vida. En dicho hospital, los médicos diagnosticaron a Charlie con una forma extremadamente rara del síndrome de depleción del ADN mitocondrial; y que, por desgracia, se trataba de una forma severa y progresiva de la enfermedad, lo que afectaba gravemente su cerebro, sus músculos y su capacidad de respiración. Charlie pronto dependió de un ventilador para respirar y a ser alimentado mediante una sonda nasogástrica. Desesperados, sus padres buscaron un tratamiento que pudiera mejorar su condición o retrasara el avance del padecimiento y, como resultado de su búsqueda, descubrieron la posibilidad de una terapia de *bypass* con nucleósidos y se pusieron en contacto con el profesor Hirano, establecido en Estados Unidos y experto en la materia. Se trataba de un tratamiento innovador que todavía no se había probado en niños (ni siquiera en ratones) con la enfermedad de Charlie. No obstante, sin haber examinado a Charlie, el profesor Hirano consideró que existía una "posibilidad teórica" de que ese tratamiento fuese beneficioso para el niño. El equipo médico del Hospital para Niños Enfermos estaba dispuesto a considerar la aplicación del tratamiento, para lo cual convocó al comité de ética del hospital y solicitó su aprobación para dar comienzo al ensayo. Trágicamente, antes de que el comité diera su aprobación, Charlie sufrió una serie de convulsiones y su equipo médico consideró que había sufrido un daño cerebral

grave e irreversible como consecuencia de ellas, por lo que llegó a la conclusión de que el daño era tan grave que era extremadamente improbable que el tratamiento produjera beneficio alguno y que la calidad de su vida era tan pobre que no era en su interés superior, el tener que soportar el dolor y el sufrimiento que le provocaba la ventilación. Consecuentemente, los médicos del Hospital Niños Enfermos llegaron a la clara conclusión de que lo mejor para Charlie sería retirar el tratamiento de soporte vital para permitirle morir con dignidad. Sus padres rechazaron enérgicamente la evaluación de su estado y rehusaron otorgar su consentimiento para que le retiraran el sistema de ventilación. Ellos seguían convencidos de que se debería dar la oportunidad a Charlie de probar si se beneficiaría de la terapia con nucleósidos. Incapaz de resolver el desacuerdo, el Hospital Niños Enfermos solicitó a la *High Court of Justice* de Londres (sección de Familia) una declaración respecto a que resultaba legal, y en el interés superior de Charlie, el no administrar la terapia con nucleósidos y que se le retirase la ventilación.

La solicitud fue escuchada primero por el juez Francis J. de la High Court, quien decidió el caso de acuerdo con el bien establecido principio de que debería decidirse de conformidad con los intereses superiores de Charlie.²⁰ Es importante hacer notar que eso significa que la High Court debía hacer su propia evaluación de los intereses superiores de Charlie, antes bien que evaluar si se debía dar preferencia a los puntos de vista de los padres o a los del hospital. Con gran sensibilidad, el juez Francis J. consideró cuidadosamente el caso y revisó todas las pruebas, lo cual incluyó a las presentadas por el tutor y defensor de Charlie, la persona designada por la Corte para proporcionar una representación independiente de los intereses de Charlie durante las vistas del caso. Lo más importante es que la High Court estuvo de acuerdo con el tutor-defensor en que las pruebas mostraban que el tratamiento propuesto era un "procedimiento

²⁰ Corte Suprema de Reino Unido, caso *Great Ormond Street Hospital (GOSH) vs. Yates y Gard*. Sentencia de 24 de julio de 2017. C. No. FD17P00103.

puramente experimental sin una perspectiva real de que mejore las condiciones o la calidad de vida de Charlie" y que no iba en el sentido del "interés superior de Charlie someterlo a la experimentación y al dolor que ello le causaría en unas circunstancias en las que no existen perspectivas de que lo beneficie".²¹ Como resultado, la High Court llegó a la conclusión de que el conceder la petición hecha por el Hospital para Niños Enfermos sería en el interés superior de Charlie.

Los padres recurrieron la sentencia ante la Corte de Apelaciones, ante la que pusieron en tela de juicio ese enfoque convencional y, por primera vez, presentaron argumentos constitucionales.²² Para ello, los padres establecieron una clara distinción entre dos cuestiones a que daba lugar la solicitud del hospital²³.²⁴ La primera cuestión se refería a la legalidad de la propuesta del Hospital para Niños Enfermos de dejar de proporcionar el tratamiento a Charlie, independientemente de los cuidados paliativos. La segunda cuestión se refería a la decisión de los padres de buscar un tratamiento alternativo y, específicamente, de que se le aplicase una terapia con nucleósidos en Estados Unidos. Los padres aceptaron que la primera cuestión había sido presentada adecuadamente ante la Corte, dado que el Hospital tenía derecho a buscar la aprobación y orientación de la Corte para cumplir con sus propios deberes con Charlie; no obstante, los padres argumentaron que eso no otorgaba a la Corte la jurisdicción necesaria para considerar la decisión *de los padres* de buscar un tratamiento médico alternativo con otro equipo médico. Con respecto a esa

²¹ Corte Suprema del Reino Unido, caso *GOSH vs. Yates y Gard*, cit., párr. 117-121.

²² *Ibidem*.

²³ Corte Suprema del Reino Unido, caso *GOSH vs. Yates y Gard*, Corte de Apelación, párr. 84. EWCA Civ 410, [2018] 4 WLR 5.

²⁴ Las condiciones de Charlie eran tan severas que, es dudoso que pudiera mantenerse esa clara distinción entre la responsabilidad del Hospital de Niños Enfermos y la de los padres. Para que los padres pudieran poner en práctica su decisión, se habría requerido la participación estrecha del hospital para facilitar la transferencia de Charlie y para mantenerlo con vida hasta que la transferencia pudiera llevarse a cabo. En realidad, la alternativa propuesta planteó un complejo entrelazamiento de las responsabilidades del hospital y las de los padres. Para los propósitos de este capítulo, se acepta esa distinción debido a la importancia de la cuestión planteada por los padres y porque, en otros casos, los padres pueden estar en condiciones de llevar a la práctica los planes que se proponen sin la intervención activa de terceros en lo concerniente a los deberes para con los hijos.

cuestión, argumentaron que el Hospital para Niños Enfermos no tenía ninguna deber legal con Charlie, antes bien, tal deber correspondía a sus padres de conformidad con su responsabilidad parental con él. Dado que los padres de Charlie estaban de acuerdo con la decisión de buscar la terapia con nucleósidos y puesto que su decisión había sido legal (de no haber tenido lugar la intervención de la Corte) argumentaron que esta última no había tenido jurisdicción para tomar en consideración la segunda cuestión planteada. Para los padres, se trataba de una cuestión de principio sustancial, porque si la Corte pudiera obtener jurisdicción:

[...] simplemente porque un tercero acude a ella y le plantea cuestiones sobre qué es lo que más conviene al interés superior de un niño, eso erosionaría todo el concepto de responsabilidad parental; de hecho, se estaría transfiriendo la responsabilidad de los padres hacia el Estado [Richard Gordon, Consejero de la Reina, en representación de los padres].

Como tal, el caso de los padres planteó una cuestión de principio fundamental en lo que respecta a la naturaleza de la responsabilidad por los niños. Desde la perspectiva de los padres, si se pudiera invocar la jurisdicción de la Corte sin límites firmes y claros, la responsabilidad parental sería considerada esencialmente como un obsequio del Estado, un obsequio que podría serles retirado en cualquier momento, lo cual sería una modificación decisiva del reconocimiento de los padres como los principales responsables por sus hijos. Argumentaron que los límites constitucionales de la jurisdicción de los tribunales se encontraban en la prueba del "daño significativo": únicamente cuando fuese probable que el hijo estuviese sujeto a un daño de esas proporciones, se justificaba que el Estado interviniera para protegerlo de una decisión conjunta de los padres. Hasta que no se diera tal situación, eran los padres quienes tenían el *derecho*, protegido por el artículo 8 de la HRA, de criar a sus hijos como considerasen conveniente.

Se trataba de una importante cuestión de principio, pero que todavía no había sido resuelta por completo por los tribunales. La Corte de Apela-

ciones desestimó el argumento de los padres, basándose en que no había precedentes para apoyarlo.²⁵ En cambio, la Corte de Apelaciones si consideró que, una vez que se había invocado su jurisdicción protectora, su deber era actuar en el interés superior del niño y que, si bien se otorgaría un gran peso a las opiniones de los padres en la evaluación de esos intereses, el interés superior del hijo sobrepasaría cualquier derecho de los padres. Los padres trataron de llevar el caso a la Corte Suprema del Reino Unido, pero su solicitud fue rechazada porque no planteaba una cuestión de derecho que fuese discutible en dicha sede. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también consideró inadmisibile el caso, pues llegó a la conclusión de que el cuidadoso proceso judicial para determinar los intereses superiores de Charlie justificaba cualquier interferencia en los derechos parentales protegidos por el artículo 8o. Asimismo, el TEDH se negó a permitir que los padres alegasen la violación de los derechos del propio Charlie, porque sostuvo que esos derechos habían sido bien salvaguardados por el tutor que le había asignado el sistema judicial inglés.

Habiendo agotado todos los medios de apelación a su alcance, los padres hicieron un último intento de obtener la autorización para el tratamiento. El caso regresó a la High Court de Londres para que ésta evaluara lo que, esperaban sus padres, equivalía a nueva evidencia médica relativa al caso. Desafortunadamente para los padres, la evidencia que se desprendió de esas pruebas fue más sombría de lo que habían temido: cuando el profesor Hirano examinó a Charlie por primera vez, consideró que no había ninguna posibilidad de que el tratamiento mejorara su condición. Los devotos padres de Charlie aceptaron que ya no había esperanza para su hijo, por lo que, cumpliendo con las instrucciones de la High Court, los médicos retiraron a Charlie el tratamiento de soporte vital. Con sus amantes padres a su lado, Charlie falleció una semana antes de cumplir su primer año de vida.

²⁵ La Corte de Apelaciones también consideró que era probable que la prueba del daño grave hubiese sido positiva en ese caso, si bien el juez no llegó a ninguna conclusión al respecto: Corte de Apelaciones [114].

El prolongado litigio del caso Gard confirmó el antiguo principio de que un tribunal que deba decidir los casos concernientes a los niños debe hacerlo en el interés superior de estos últimos. Sin embargo, no se consideró detalladamente la cuestión constitucional planteada por los padres. Por la reacción pública al caso, tanto a escala nacional como internacional, queda claro que el temor de los padres a que el Estado se extralimite en sus facultades es motivo de gran preocupación. El caso fue seguido casi de inmediato por otros casos similares en los que los padres intentaron plantear la misma cuestión constitucional.²⁶ En el resto de este capítulo, se considerará el argumento de los padres en el contexto más amplio de la responsabilidad por los niños. Se argumentará que las cortes que revisaron este caso estuvieron en lo correcto, en derecho, cuando determinaron el futuro de Charlie sobre la base de sus intereses superiores y rechazaron la argumentación de los padres respecto a que los tribunales solo podían intervenir en las decisiones tomadas en conjunto por los padres, cuando existiere un daño significativo. No obstante, las cortes debieron de haber hecho más para articular la justificación constitucional del caso y el respeto dado al mutuo disfrute de la vida familiar entre hijos y padres.

IV. La naturaleza y los límites de la responsabilidad parental

Como se ha visto, tanto en la legislación doméstica como en la CDN, los derechos de los padres están incluidos en el concepto más amplio de la responsabilidad parental. Sin embargo, hay ambigüedad en cuanto a la naturaleza y los límites de dicha responsabilidad. John Eekelaar ha hecho la observación de que la responsabilidad parental "puede representar dos ideas: una, que los padres deben comportarse debidamente con sus hijos; la otra, que la responsabilidad del cuidado infantil corresponde a

²⁶ Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales, *Re E (A Child)*, [2018] EWCA Civ 550. [2019] 1 W.L.R. 594.

los padres, no al Estado".²⁷ Ambos significados se encuentran en la Ley de los Niños de 1989 y en la CDN. Cada una de esas propuestas es importante y la línea divisoria entre ellas es el meollo de muchas de las cuestiones más difíciles en el derecho de familia y la niñez, incluida aquella planteada por el caso Gard. La tensión es particularmente aguda cuando la opinión sincera de los padres sobre lo que es mejor para sus hijos entra en conflicto con la que sostiene la mayoría en la sociedad o los profesionales dedicados al cuidado de los niños. Los padres de Charlie buscaron aliviar esa tensión mediante la argumentación de que el simple hecho de que la Corte no estuviese de acuerdo con su punto de vista no era suficiente para permitir que ella lo invalidara. Por el contrario, esta última solamente podría intervenir si la decisión de los padres causase un daño grave a sus hijos. Para evaluar ese argumento, es necesario tomar en consideración primero los dos significados de la responsabilidad parental más detalladamente.

El primer principio importante de la responsabilidad parental es que la función de los padres consiste en su responsabilidad por sus hijos más que en sus derechos de propiedad sobre ellos. Esta comprensión de la función de los padres se ha reflejado en la legislación del siglo XX y en la jurisprudencia nacional, que ha establecido firmemente la primacía del bienestar del niño (interés superior) en las decisiones judiciales relacionadas con su crianza.²⁸ Este principio fundamental también se reconoce como un derecho y principio rector de la legislación internacional sobre los derechos del niño en la CDN. Si bien la Ley de los Niños inglesa de 1989 establece que los tribunales deben aplicar el principio del interés superior cuando toman decisiones relacionadas con la crianza de los hijos, su aplicación a los padres es menos clara. No existe un equivalente nacional o doméstico del artículo 18 de la CDN, que ordena a los *padres* tomar en consideración el interés superior de sus hijos cuando toman

²⁷ EEKELAAR, J., "Parental Responsibility: State of Nature or Nature of the State?", *Journal of Social Welfare and Family Law*, Vol. 13, 1991, p. 37.

²⁸ The House of Lords, (*J v C* [1970]) AC 668.

decisiones sobre ellos. No obstante, en la redacción de la Ley de los Niños de 1989,²⁹ se pretendía reflejar el enfoque de la responsabilidad parental que se encuentra en la decisión fundamental de la Cámara de los Lores en el caso *Gillick*.³⁰ En ese caso, la Cámara de los Lores consideró que la responsabilidad parental se derivaba de los deberes para con los hijos y que esos deberes definían el alcance de dicha autoridad. De esa manera, los intereses de los niños proporcionaron tanto la justificación normativa de la responsabilidad parental como los límites de su uso aceptable. Ese aspecto fue explicado por Lord Fraser, del siguiente modo:

[...] los derechos de los padres para regular la vida de un hijo no existen para el beneficio del padre. Existen para el beneficio del hijo y solamente están justificados en la medida en que permitan al padre cumplir con sus deberes para con sus hijos y para con otros niños de la familia.³¹

Lord Scarman hizo hincapié en la función del bienestar (interés superior) para establecer los límites de la responsabilidad parental:

[...] cuando un tribunal tiene ante sí una cuestión relacionada con el cuidado y la crianza de un hijo, debe considerar el bienestar de su hijo como el factor más importante para determinar la orden que ha de emitir. Hay en ello un principio que limita y gobierna el ejercicio de los derechos parentales de custodia, cuidado y regulación. Es un principio perfectamente coherente con el reconocimiento que la ley hace del padre como el tutor natural del hijo; pero también es una advertencia de que el derecho parental debe ejercerse de acuerdo con el principio del bienestar y puede ser puesto en tela de juicio, e incluso anulado, si no es así.³²

²⁹ Law Commission. *Review of Child Law, Guardianship and Custody* Law Com. No. 172, HC 594, HMSO. (1988) [2.4].

³⁰ Corte de Apelaciones del Reino Unido, *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1986] AC 112.

³¹ *Ibidem*, párr. 170.

³² *Idem*. párr. 184.

Las implicaciones de ese enfoque son que un padre que ejerce el derecho de tomar decisiones concernientes a sus hijos, de tal manera que no promueve los intereses de estos, está actuando fuera de los límites apropiados de su autoridad y puede verse sometido a la intervención del tribunal para restringir dicho exceso. Este es un principio importante y vital para establecer al niño como una persona cuyos derechos e intereses propios son reconocidos y protegidos por la ley.

El segundo principio importante de la responsabilidad parental es que la responsabilidad por la crianza de los hijos corresponde principalmente a los padres, antes bien que al Estado. Es probable que personas razonables estén frecuentemente en desacuerdo con lo que es mejor para los niños; el que los padres estén obligados a ejercer su autoridad de acuerdo con el interés superior de sus hijos no suele consistir en una respuesta correcta única a una decisión en particular. Antes bien, generalmente se otorga a los padres una amplia discreción para ejercer sus responsabilidades como mejor les parezca, por ejemplo, al dar un nombre, educar, alimentar y disciplinar a sus hijos. Hay muchas buenas razones para conceder a los padres ese amplio margen de discreción. Los niños tienen interés en poder confiar en que las decisiones importantes sobre su vida serán tomadas por los adultos que tienen una relación íntima y afectuosa con ellos y que son capaces de responderles en cuanto individuo.³³ Si los padres deben tomar decisiones que respondan a las necesidades e intereses individuales de sus hijos, necesitarán contar con suficiente discreción y elección para poder hacerlo. En un sentido más pragmático, el cuidado de los hijos exige mucho tiempo y recursos de la mayoría de los padres. La realidad para muchos padres es que pueden tener que transigir en algunas de las decisiones que toman por sus hijos para satisfacer los intereses que puedan competir con los de otros miembros de la familia y equilibrar las exigencias sobre sus recursos. Frecuentemente, los

³³ Véase BRIGHOUSE, H. y SWIFT, A., *Family Values: The Ethics of Parent-Child Relationships*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

padres necesitan ser flexibles para poder cumplir en la práctica con todas esas responsabilidades. También existen consideraciones importantes sobre la libertad y la diversidad: en una sociedad libre, el Estado debe ser cauteloso al imponer un punto de vista particular sobre lo que es mejor para los niños sin una buena razón y sin pruebas claras que apoyen ese punto de vista. Este aspecto fue reconocido por la baronesa Hale en su conocida interpretación de la ley en el caso *Williamson*:

Los hijos tienen el derecho de ser atendidos y criados adecuadamente para poder desarrollar su potencial y desempeñar su función en la sociedad; y sus padres tienen tanto la responsabilidad primaria como el derecho primario de hacerlo. El Estado interviene para regular el ejercicio de esa responsabilidad en interés de los niños y de la sociedad en general; pero 'el niño no es hijo del Estado' y, en una sociedad libre, es importante que se permita a los padres un alto grado de autonomía en la manera como cumplen con sus responsabilidades parentales.³⁴

El desafío para el Derecho es cómo dar cabida a esos dos importantes aspectos de la responsabilidad parental: reconocer la función primaria de los padres y, al mismo tiempo, exigir que protejan los intereses de sus hijos. Como observa la baronesa Hale, aun cuando los padres tienen la función principal, el Estado también tiene una función legítima en la regulación de las decisiones de los padres en interés de los hijos y de la sociedad. Del mismo modo, la CDN reconoce que la responsabilidad por los niños es colectiva y que la responsabilidad principal es de los padres, apoyados por el Estado y la comunidad en general, lo cual significa que el Estado tiene una importante función que consiste en asistir a los padres y en proporcionar las condiciones para que los niños prosperen.³⁵ Además, si bien la CDN exige que los Estados respeten "los derechos, responsabilidades y deberes de los padres", la función de los padres

³⁴ The House of Lords, *R (on the application of Williamson) y otros vs. State of Education and Employment*, UKHL 15 [2005] 2 A.C. 246, párr. 72.

³⁵ Por ejemplo: CDN, Arts. 18 a 27.

debe ejercerse "de manera compatible con las capacidades evolutivas del niño" y guiándolos en el ejercicio de sus derechos.³⁶ De esa manera, tanto el derecho doméstico como el internacional reconocen la importancia de la función primaria de los padres, pero también la legitimidad de la intervención del Estado para proteger a los niños. Como resultado, la amplia discrecionalidad de los padres está circunscrita por medio de obligaciones y restricciones legales, como el deber de garantizar que el hijo reciba una educación adecuada. Otro límite importante se encuentra en el test del "daño significativo", explicado anteriormente, que debe superarse antes de que los tribunales puedan emitir una orden obligatoria de protección del niño, por medio de la cual el Estado puede obtener el control sobre la crianza del niño.³⁷ El test del daño significativo implica que algunos niños se quedarán con unos padres que no estén actuando bajo el interés superior de sus hijos, en realidad, con padres que les estén causando un daño, siempre que el mismo no sea "significativo". Las observaciones del juez Hedley en el caso *Re L* lo aclaran:

[...] la sociedad debe estar dispuesta a tolerar normas muy diversas sobre la crianza de los hijos, incluidas las excéntricas, las apenas adecuadas y las incoherentes. También se desprende que, inevitablemente, los niños tendrán tanto experiencias muy diferentes de crianza paterna como consecuencias muy desiguales que se deriven de ella. Ello significa que algunos niños experimentarán desventajas y daños, mientras que otros florecerán en una atmósfera de seguridad amorosa y estabilidad emocional. Esas son las consecuencias de nuestra humanidad falible y no corresponde originalmente al Estado evitar a los niños todas las consecuencias de una paternidad defectuosa. En cualquier caso, simplemente no se podría hacer.³⁸

Los padres de Charlie usaron ese dictamen en el caso *Gard* como una declaración en apoyo del principio constitucional de que el Estado no

³⁶ ONU, Convención de los Derechos del Niño (CDN), Art. 5.

³⁷ Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 31.

³⁸ Hedley J., *Re L (Care: Threshold Criteria)* [2007] 1 FLR 1050.

puede intervenir en las decisiones conjuntas de los padres simplemente sobre la base de que la Corte tenía un punto de vista diferente sobre el bienestar del niño.³⁹ Para evaluar la fuerza de ese argumento, es necesario considerar primero la función del bienestar (o interés superior) en el control judicial de la facultad de los padres para tomar decisiones.

V. El interés superior y las disputas parentales

La educación proporciona un buen ejemplo de las amplias pero limitadas facultades discrecionales de los padres. Ellos están obligados a proporcionar a sus hijos una educación adecuada, eficaz y de tiempo completo,⁴⁰ pero gozan de una libertad considerable en la manera como lo hagan. Esto significa que los padres, al menos en la medida en que cuenten con los recursos y la oportunidad para hacerlo, pueden elegir el tipo de educación que mejor se adapte a sus hijos y a su familia, ya sea una educación religiosa o laica, para un solo sexo o mixta, selectiva o exhaustiva, en la escuela o en el hogar. Si los padres no se ponen de acuerdo sobre la manera como cada cual debe cumplir con sus deberes mutuos y llevan la disputa ante el tribunal, este último decidirá sobre la base de su propia evaluación del interés superior del niño.⁴¹ Al hacerlo, el tribunal por lo general elegirá entre una gama de opciones razonables y legítimas que los padres podrían haber elegido y bien podría imponer una solución con la que, al menos uno de los padres, podría estar en completo desacuerdo.

Un buen ejemplo de una disputa parental de ese tipo se puede ver en el caso *Re G*⁴² que se refería a la educación futura de cinco niños de uno y otro sexo y de edades entre los 3 y los 11 años, cuyos padres se habían

³⁹ Corte de Apelación del Reino Unido [65].

⁴⁰ Reino Unido, *Education Act* (c. 56), 24 de julio 1996, secc. 7.

⁴¹ Reino Unido, *Children Act*, 1989, s1(1).

⁴² Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, (*Re G (Children)*) (2012) EWCA Civ 1233. 4 de noviembre de 2012.

separado después de la decisión de la madre de abandonar la comunidad judía ultraortodoxa de los jaredíes en la que todos habían sido criados. La madre deseaba inscribir a sus hijos en escuelas mixtas de la Ortodoxia Moderna para que tuvieran la oportunidad de recibir una educación y la perspectiva de tener una carrera futura que no estaba disponible en las escuelas jaredíes a las que asistían. El padre, en tanto, deseaba que sus hijos siguieran adelante con el tipo de educación que recibían con el propósito de que mantuvieran sus relaciones con la familia y con sus compañeros y de prepararlos para la vida en el seno de su comunidad religiosa. Las opciones presentadas por cada uno de los padres estaban íntimamente relacionadas con sus respectivas creencias religiosas y su propia concepción de los propósitos de la educación. La Corte dejó en claro que su función no era determinar cuál de los padres estaba en lo correcto, sino evaluar el bienestar de sus hijos desde el punto de vista de las "normas de aceptación generalizada" del progenitor "razonable" en una sociedad moderna. Dado que un "progenitor razonable" evaluaría la igualdad de oportunidades, la aspiración y la crianza de los hijos para llevarlos a la cúspide de la edad adulta con el propósito de que tuviesen las mayores oportunidades de hacer realidad su propia visión de una vida buena, la Corte se pronunció en favor de las escuelas propuestas por la madre. Cuando lo hizo, la Corte tuvo mucho cuidado en hacer hincapié en que la única razón por la que el Estado había intervenido en la decisión fue el hecho de que los padres habían presentado su desacuerdo ante esa Corte.⁴³ No sugirió que la educación que el padre favorecía causaría a los hijos un "daño significativo" que habría justificado la intervención del Estado por medio de los procedimientos relacionados con el cuidado de los niños. Es decir, los padres que deciden conjuntamente educar a sus hijos en escuelas jaredíes son libres de hacerlo.

El caso *Re G* deja en claro que el interés superior o bienestar no es una prueba objetiva, sino que frecuentemente depende de los valores y su-

⁴³ *Ibidem*, en párrs. 90-94.

puestos con base en los cuales se evalúa. Una vez establecido ese hecho, la imposición de los valores y supuestos del tribunal requiere que sean justificados. Si se recurre a la jurisdicción del tribunal en una disputa entre padres, cada uno de los cuales tiene el deber de actuar en favor del bienestar del hijo, la base normativa para la intervención del juez se encuentra fácilmente. El tribunal solamente puede resolver la disputa dando una resolución convincente sobre el interés superior del niño y sobre cuya base los padres estén obligados a cumplir con sus responsabilidades para con sus hijos. Esa misma base normativa puede encontrarse en relación con las disputas entre los padres y los que no son los padres, como los profesionales de la asistencia médica, que también tienen la obligación de actuar en el interés superior del niño⁴⁴ y pueden buscar la guía de del tribunal si no logran ponerse de acuerdo sobre la manera como se debe cumplir con esos deberes. La intervención del tribunal es más difícil de justificar si no existe una disputa entre los titulares de los deberes, sino cuando un tercero busca intervenir en la decisión de los titulares. Tómese, por ejemplo, una persona que está sinceramente preocupada de que los hijos de sus vecinos estén siendo educados en una escuela que enseña con base en un plan de estudios con una perspectiva religiosa estrecha, como la que prefería el padre en el *caso Re G*: ¿Debería el tribunal permitir que el vecino quejoso arguya que se atendería mejor al interés superior de los niños en una escuela laica que fomente las aspiraciones personales, la igualdad de oportunidades y el éxito en un medio secular, a pesar de que los padres de los niños estén de acuerdo en sus decisiones y actúen conforme a la ley? Se podría argumentar que los padres que ejercen su responsabilidad de una manera incompatible con la visión de bienestar favorecida por la Corte no están cumpliendo con su deber y que eso justificaría la intervención judicial con el propósito de buscar la optimización de los intereses del hijo. Sin embargo, existen razones poderosas para rechazar un enfoque de ese tipo.

⁴⁴ Esa fue la base sobre la que la Corte basó su derecho a resolver la disputa entre el hospital y los padres de Charlie, respecto a la manera como el hospital debía cumplir con sus obligaciones con Charlie, es decir, la primera cuestión analizada anteriormente.

Exigir que los padres que actúan de manera conjunta y legal cumplan con las "normas de aceptación generalizada" de los "padres razonables" equivaldría a una imposición opresiva de los valores de la mayoría, lo que haría que las decisiones de todos los padres que no estuviesen de acuerdo con esos valores fuesen sospechosas y justificasen una intervención draconiana en las libertades de los grupos minoritarios. Si acaso se justificase tal intervención, sería mejor que, antes bien que por medio de una intervención *ad hoc*, su imposición se hiciera de conformidad con la ley general, dado que sería sometida a un escrutinio democrático y sería de aplicación a todos los niños. Obligar a los padres a cumplir con esas normas por medio de litigios iniciados por terceros equivaldría a hacer burla de las opciones educativas otorgadas a los padres por la legislación vigente. Además, ese enfoque también socavaría la segunda interpretación de la responsabilidad parental: la primacía de la función parental.

Finalmente, es muy claro que la ley no considera a los tribunales como los únicos árbitros del interés superior o ni siquiera como el mejor foro para determinar cuáles son los intereses de los niños. En Inglaterra, como en muchos otros Estados, la reforma del derecho familiar ha estado dirigida desde hace mucho tiempo a eliminar las disputas del ámbito judicial y, antes bien, alentar a los padres a llegar a sus propios acuerdos sin tener que recurrir a los tribunales. Un buen ejemplo de ese enfoque se puede ver en la intervención judicial en relación con las solicitudes de órdenes de consentimiento que incorporan los acuerdos entre los padres. En tales casos, el tribunal está obligado a aplicar el principio del interés superior, pero debe hacerlo mediante la verificación de que el acuerdo se encuentre dentro del amplio abanico de comprensiones permisibles del bienestar del niño, antes bien que haciendo una evaluación judicial completa.⁴⁵ Existe una variedad de razones poderosas para proteger las decisiones conjuntas y legítimas de los padres de la intervención judicial sobre la base del interés superior.

⁴⁵ Como, por ejemplo, en Corte Suprema del Reino Unido, caso *AI vs. MT* (2013), párrs. 27-32.

El ejemplo del vecino entrometido puede parecer descabellado, ya que podría esperarse que haya pocas personas con la inclinación y los recursos para tratar de intervenir en la vida de los otros de esa manera. Sin embargo, en la argumentación que los abogados expusieron en nombre de los padres en el caso *Gard* se mostraba convincentemente que el Hospital para Niños Enfermos había desempeñado una función similar. En su análisis del caso, afirmaron que el hospital no tenía un derecho legítimo para intervenir en la decisión de buscar un tratamiento alternativo con un equipo médico diferente y que era simplemente un tercero que buscaba influir en la decisión conjunta y legal de los padres. Consecuentemente, la cuestión que plantearon los padres de Charlie era importante. Pocos padres pueden estar seguros de que todas sus decisiones contra una norma de bienestar determinada judicialmente saldrán adelante si son sometidas a un análisis forense. Lo habitual es que los padres tomen decisiones que no mejoran al máximo los intereses de sus hijos, pero que son "lo suficientemente buenas" en el contexto de las necesidades, recursos y deseos de todos los miembros de la familia. En realidad, una gran parte de la crianza de los hijos tiene lugar en la escala entre causarles un daño grave y optimar su bienestar. La "cuestión de principio" constitucional argumentada por los padres de Charlie planteaba convincentemente la interrogante sobre cómo aplicaba la ley a los padres conforme a esa escala: ¿pueden los padres estar seguros de que son inmunes a la intervención judicial si actúan conjuntamente, de conformidad con la ley y sin correr el riesgo de causar un daño significativo?

1. La crianza de los hijos "en la escala": la jurisdicción y la Ley de los Niños

Los padres de Charlie trataron de encontrar la respuesta a su cuestión de principio constitucional mediante la imposición de límites claros a la jurisdicción de la Corte que reflejaran las palabras del Juez Baker:

[...] en esta jurisdicción, es un principio fundamental del derecho familiar que la responsabilidad de tomar decisiones sobre un

hijo recaer en sus padres. En la mayoría de los casos, los padres son las mejores personas para tomar decisiones sobre un hijo y al Estado —ya sea la Corte o cualesquier otra autoridad pública— no le corresponde interferir en el ejercicio de la responsabilidad parental, a menos que el hijo sufra un daño grave o sea probable que lo sufra como resultado de que el cuidado brindado al niño no sea lo que sería razonable esperar que un padre le brinde.⁴⁶

Esa sentencia expresa el principio general de la primacía de la función parental y describe la experiencia ordinaria de la mayoría de los padres. Sin embargo, no pretende ser una declaración completa de la ley o un principio constitucional estricto y sería una falacia considerarla como tal. Aunque, por lo general, la ley es aplicable para inhibir la intervención injustificada en la vida familiar, el tribunal retiene una jurisdicción protectora que no depende de un daño grave o del desacuerdo de los padres. Ello es evidente cuando se consideran las circunstancias en que la Ley de los Niños de 1989 permite la intervención judicial en el ejercicio de la responsabilidad parental.

La Ley de los Niños de 1989 constituye el marco conforme al cual se asigna la responsabilidad parental y el medio principal por el que un tribunal puede supervisar su ejercicio. La forma más importante de su intervención es por medio de sus disposiciones obligatorias de protección infantil, la puerta de entrada a lo que se descubre mediante el test o prueba de daño grave antes descrita. Fuera de estas disposiciones, la intervención judicial se lleva a cabo principalmente de conformidad con la sección 8 de esa ley, que otorga al tribunal la facultad de dictar órdenes concernientes a los planes de vida y a las relaciones del hijo y de supervisar el ejercicio de la responsabilidad parental por medio de órdenes sobre problemas específicos y medidas prohibidas. El principio del interés superior proporciona el test o prueba mediante el cual un tribunal debe decidir cualquier caso planteado conforme a la sección 8 de la Ley

⁴⁶ Corte Suprema del Reino Unido, *Re Ashya King* [2014] EWHC 2964 (Fam). No. PO14C00645.

de los Niños. Ésta prescribe las reglas respecto a quién puede solicitar una orden para limitar la intervención excesiva en la vida familiar, lo cual podría dar como resultado el dictado de órdenes sobre problemas específicos y medidas prohibidas. Esas reglas establecen una clara distinción entre los padres y los terceros con responsabilidad parental, que son los que tienen derecho a solicitar una orden, y aquellos que no tienen la responsabilidad parental, que deben obtener el permiso del tribunal antes de solicitarla.⁴⁷ Esa clara distinción puede verse como un reflejo de la justificación antes considerada. Aquellos que tienen la responsabilidad legal de actuar en pos del bienestar o interés superior del niño tienen derecho a presentar disputas ante el tribunal para determinar cómo se debe cumplir con ese deber. En tanto, aquellos que no tienen esa responsabilidad deben demostrar que existe una causa justificada antes de que puedan poner en tela de juicio las decisiones de los padres. Ahora bien, el requisito del permiso no tiene la intención de representar un obstáculo importante a quienes plantean preocupaciones genuinas. Un solicitante de permiso no necesita demostrar que existe alguna posibilidad de daño al niño o que la solicitud favorecerá el interés superior del niño. En cambio, la Corte tiene la facultad discrecional de otorgar un permiso una vez que ha considerado cierto número de factores, incluida la relación del solicitante con el niño y si existe la probabilidad de que la solicitud cause un trastorno perjudicial de la vida del niño.⁴⁸ Las solicitudes de permiso no están restringidas a los individuos, también pueden hacerlas algunas instituciones, incluidas las autoridades estatales, como las autoridades locales⁴⁹ y los fideicomisos del National Health Service (NHS por sus siglas en inglés; Servicio Nacional de Salud). En realidad, en el caso *Gard*, el Hospital para Niños Enfermos obtuvo el permiso para solicitar una orden sobre un problema específico además de su solicitud bajo su jurisdicción inherente.⁵⁰ Consecuentemente, el umbral legal para que terceras

⁴⁷ Reino Unido, *Children Act*, cit., secc. 10(2) y(4).

⁴⁸ *Ibidem*, s10 (9).

⁴⁹ Existen restricciones adicionales sobre las solicitudes de las autoridades locales para evitar las solicitudes que eluden el proceso de la protección infantil: *Ibidem*, s9(5)(b).

⁵⁰ Véase, también, Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, *Re JM (A Child)* [2015] EWHC 2832 (Fam), párrs. 25-28.

personas impugnen las decisiones de los padres no es un daño significativo, sino el umbral mucho más bajo de la autorización para intervenir (*leave*),⁵¹ concedida por el tribunal, incluso si el tercero es una autoridad pública.

Los tribunales también tienen jurisdicción para dictar órdenes de conformidad con la sección 8 de la misma ley en orden a favorecer el interés superior de los niños en cualquier proceso familiar, independientemente de si ha sido presentada una solicitud para hacerlo.⁵² Por ejemplo: en una disputa reciente entre un conocido donante de esperma y los padres del niño producto de la donación, el juez consideró que el niño se beneficiaría de la relación con los padres del donante y ordenó que se llevara a cabo el contacto, a pesar de que ellos no habían solicitado esa orden y de que los padres del niño se habían opuesto a la relación. La Corte de Apelaciones rechazó el argumento de los padres respecto a que ello socavaba el sistema de autorizaciones para la presentación de solicitudes (*leave*) y se negó a restringir la facultad de la propia Corte para fomentar el bienestar del niño basada en las órdenes de la sección 8.⁵³ La facultad de los tribunales para dictar órdenes *motu proprio* es un aspecto importante de la jurisdicción protectora del sistema judicial en lo concerniente a los niños y una manifestación de la responsabilidad constitucional del Estado por los niños. Esa facultad es la que parece haber permitido que, en el caso *Gard*, la Corte restringiera la decisión de los padres de buscar un tratamiento alternativo, independientemente de que la cuestión haya sido planteada por el Hospital para Niños Enfermos.

Como puede verse en la anterior explicación de la ley, no hay nada en la legislación que rijan la responsabilidad parental que sugiera que la jurisdicción de la Corte sea limitada en la manera propuesta en el caso *Gard*. En cambio, la Ley de los Niños de 1989 facilita el recurso que hace la

⁵¹ *Cfr.*, *Children Act*, cit., *supra* nota 12.

⁵² *Ibidem*, s10 (1)(b).

⁵³ Tribunal Europeo de Inglaterra y Gales, *Re G (A Child)* [2018] EWHC 1301 (Fam).

Corte a su jurisdicción protectora con el propósito de proteger el interés superior del niño. El test o prueba del "daño significativo" no es el límite que demarca la intervención legítima de los tribunales en las decisiones conjuntas de los padres. Antes bien, es el límite que debe cruzarse para permitir la participación continua del Estado en la vida de los niños, particularmente para permitir que las autoridades locales obtengan una autoridad discrecional continua sobre la vida de los niños por medio de una orden de cuidado para hacerse cargo de ellos. Sin embargo, esa distinción entre las decisiones individuales y la participación continua puede parecer bastante artificial a los padres que buscan un tratamiento experimental para un hijo con una enfermedad terminal. Por lo demás, parece ser que la Ley de los Niños de 1989, sección 8, se redactó principalmente para dar solución a las disputas de los padres, antes bien que para que el Estado pudiese interferir en el tratamiento médico de un niño, en contra de los deseos de los padres del niño.⁵⁴ Por consiguiente, podría argumentarse que, si bien, técnicamente, la legislación permite que el Estado interfiera en las decisiones de los padres en esos casos, ese recurso es constitucionalmente inapropiado y una violación de los derechos de los padres. Como se verá a continuación, las Cortes han defendido esos casos y han encontrado que el equilibrio entre los dos aspectos de la responsabilidad parental no se produce a través de la restricción de la jurisdicción del tribunal, sino a través de la restricción judicial y de la sensibilidad respecto a la importante función de los padres para garantizar el bienestar de sus hijos. Esa moderación adquiere una importancia aún mayor en los casos que implican la jurisdicción inherente del tribunal.

VI. La jurisdicción inherente

En el caso *Gard*, la solicitud fue presentada principalmente de conformidad con la Ley de los Niños de 1989 y la *jurisdicción inherente*. Las facul-

⁵⁴ Véase, *Re JM (A Child)*, cit., supra nota 50, párr. 25.

tades de los tribunales conforme a la jurisdicción inherente son mucho más amplias que las contenidas en la Ley de los Niños, se extiende más allá del control de la responsabilidad parental y les otorga facultades que no están al alcance de los padres. La amplitud de la jurisdicción inherente deriva de sus antiguos orígenes en el poder de la Corona para regular y proteger a los pupilos (huérfanos). Como lo explicó Lord Donaldson, Presidente de la Corte de Apelaciones:

La jurisdicción no se deriva de los derechos y responsabilidades de los padres, sino que deriva de, o es, el desempeño delegado de los deberes de la Corona para proteger a sus súbditos, particularmente a los niños, que son las generaciones del futuro.⁵⁵

Esa jurisdicción se describe frecuentemente como una jurisdicción "teóricamente ilimitada" y, en las palabras memorables de un artículo fundamental sobre el tema, como una jurisdicción "tan amorfa y ubicua y tan dominante en su aplicación que parece poner en duda el desafío que significa determinar su naturaleza y establecer sus límites".⁵⁶ Esas características significan que la jurisdicción inherente proporciona un medio extraordinariamente útil para abordar problemas nuevos y difíciles para los cuales no existe una solución legislativa adecuada y por medio de los cuales los tribunales pueden intervenir para proteger a los niños de tal manera que no sería posible de otra manera. La jurisdicción inherente, por ejemplo, ha sido utilizada para proteger a algunos niños de que sean llevados al extranjero para que se unan a grupos terroristas⁵⁷ y de que algunos grupos criminales los sometan a la explotación sexual.⁵⁸ Ahora bien, por amplia que sea, la jurisdicción inherente no es un "vacío sin ley"⁵⁹

⁵⁵ Corte de Apelaciones del Reino Unido, *Re R (A Minor)* (1992), párr. 25.

⁵⁶ Véase JACOB, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court", *Current Legal Problems*, Vol. 23, 1970, pp. 23-52.

⁵⁷ Corte de Apelaciones del Reino Unido *Re M (Children)* [2015] EWCA Civ 994.

⁵⁸ Corte Suprema del Reino Unido, *Redbridge LBC vs. A* [2015] EWHC 2140 (Fam) (21 de julio de 2015).

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 36.

que permita a los jueces tener rienda suelta por completo en nombre del mejoramiento del bienestar infantil. Una limitación importante que tiene la jurisdicción inherente es que es una facultad residual: ella no se puede invocar en circunstancias en las que ya existe una ruta legal para lograr la protección de que se trata. Además, la facultad de las autoridades locales para invocar la jurisdicción inherente está específicamente limitada por ley para evitar que se use con el propósito de eludir el procedimiento de la Ley de los Niños de 1989.⁶⁰ Las autoridades locales únicamente pueden solicitar intervenir de conformidad con la jurisdicción inherente si obtienen una autorización para hacerlo de parte del tribunal (*leave*), lo que solamente pueden hacer si están en capacidad de demostrar que existen motivos razonables para creer que el niño puede sufrir un daño grave si no se ejerce la jurisdicción inherente. Aun cuando, a primera vista, puede parecer que lo expuesto apoya la postura de los padres en el caso *Gard*, otros solicitantes no están limitados de esa manera y, si tienen un "interés genuino por el niño", pueden presentar una solicitud sin necesidad de obtener un permiso o de demostrar los riesgos de que sufra daños. Eso permite que los tribunales consideren las solicitudes de una amplia gama de personas que no necesitan tener relación alguna ni una obligación legal con el niño. Por ejemplo, en el caso *Re D (A Minor)* (1976), un psicólogo docente recusó con éxito la decisión de la madre y sus médicos de esterilizar a una niña de 11 años que padecía de una importante discapacidad de aprendizaje. Ese caso es un buen ejemplo de la intervención del tribunal en las decisiones médicas de los padres a instancias de terceros con el propósito de fomentar el interés superior de los niños.

Ahora bien, a pesar de esas restricciones, la jurisdicción inherente sigue siendo una senda increíblemente amplia para que los tribunales intervengan y regulen extensamente la vida de los niños sobre la base de su interpretación de los intereses superiores de estos. Por consiguiente,

⁶⁰ Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 100.

muchos padres podrían ver que sus decisiones han sido impugnadas de conformidad con la jurisdicción inherente, considerando a sus hijos como hijos del Estado, a pesar de las afirmaciones de la baronesa Hale en sentido contrario.⁶¹ Las Cortes son conscientes de la necesidad de moderación en el recurso a esas facultades. La cuestión sobre cuándo podrían recurrir a esas facultades para evitar que los padres busquen un tratamiento experimental para sus hijos es importante y, según parece, cada vez más común a medida que los padres pueden buscar tratamientos y establecer relaciones en el extranjero por medio de Internet.⁶² Sin embargo, es evidente que el argumento de que los tribunales solamente deberían permitir la intervención en esos casos si se demuestra que puede haber un daño significativo, no cuenta con el respaldo de la ley vigente. La jurisdicción inherente es una jurisdicción protectora a la que se recurre de manera rutinaria e invariable sobre la base de la prueba del "interés superior" del niño. Como concordaron todas las Cortes que intervinieron en el caso *Gard*, simplemente no había justificación para el argumento de que debería aplicarse el test o prueba del daño significativo. En la medida en que la Corte tenía la libertad para decidir moderarse más en los casos que recibiría de conformidad con la jurisdicción inherente, había pocos motivos para recomendar el uso de la prueba del daño grave como medio para hacerlo. La decisión legislativa de recurrir al daño grave como el límite para las solicitudes de las autoridades locales, pero no para las de terceros, parecería una clara indicación de que el Parlamento no tenía la intención de imponer ese límite a la jurisdicción inherente.⁶³ Por lo demás, esa prueba sería incongruente con el enfoque de la Ley de los Niños de 1989, la que, como ya se ha visto, reserva el daño grave para el umbral al que las autoridades locales pueden adquirir una autoridad discrecional continua sobre la vida de un niño. Dado que los casos combinan rutinariamente las solicitudes presentadas de confor-

⁶¹ *R (on the application of Williamson and others [sobre la solicitud de Williamson y otros] (2005) en [72]. cit.*

⁶² Corte de apelaciones del Reino Unido, *Re E (A Child)* (2018).

⁶³ Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 100.

midad con la Ley de los Niños y la jurisdicción inherente, sería indeseable aplicar pruebas substancialmente diferentes en el caso de esas solicitudes.

Una razón más para rechazar la prueba del daño significativo es que sería innecesariamente cruel y agresivo exigir que unos padres amorosos y sinceros se defiendan contra una prueba basada en el daño, a menos que se requiera que lo hagan. Los procedimientos judiciales sobre el tratamiento médico de un niño indican casi indefectiblemente que la relación entre los padres y los profesionales de la salud ya se ha deteriorado seriamente. Y es improbable que la prueba del daño significativo dé como resultado el mejoramiento de esa relación vital, particularmente porque la prueba o test también proporciona la entrada a la acción coercitiva por parte del Estado mediante procedimientos de protección infantil y, por lo tanto, aumenta la posibilidad de que la responsabilidad de los padres quede excluida aún más del cuidado de sus hijos. En la medida de lo posible, todo proceso legal debe tener como objetivo reconocer la importancia de la asociación entre los padres y los terceros que cuidan a su hijo en su esfuerzo por lograr los mejores resultados para el niño.

VII. El bienestar de los niños y la evaluación de los padres

Hasta ahora, el análisis ha demostrado que la jurisdicción de los tribunales es para intervenir en las decisiones conjuntas de los padres no se limita a los casos de daños graves. Antes bien, los tribunales retienen una amplia jurisdicción protectora sobre el bienestar de los niños, tanto en la legislación como en la jurisdicción inherente. En el caso de los terceros interesados, además de las autoridades locales que buscan tener una participación continua en la vida de los niños, las barreras procesales para recurrir a esa jurisdicción son mínimas, lo cual significa que es muy probable que los tribunales decidan escuchar a un solicitante sincero que plantee una preocupación genuina por un niño. Esta conclusión puede ser alarmante para algunos padres, que podrían objetar que el hecho de permitir que se invoque la jurisdicción de los tribunales a instancias

de un tercero socava su función y, como se argumentó en el caso Gard, transfiere la responsabilidad por los hijos de los padres al Estado. Este argumento es de particular importancia debido a lo flexible que puede ser el significado de bienestar anteriormente analizado. La ley vigente parece permitir que los tribunales impongan los valores de la "persona razonable" para restringir las decisiones legales de los padres, simplemente porque un extraño a la decisión ha planteado una cuestión que el tribunal está dispuesta a considerar. Ello parece permitir una interferencia draconiana en la discreción parental, particularmente si la solicitud es presentada por una institución del Estado, como un hospital estatal, con mucho mayores recursos que los padres. Tales preocupaciones son genuinas, pero la respuesta a ellas no se encuentra en los límites de la jurisdicción del tribunal, sino, en el ejercicio de su jurisdicción, en su respeto por la importancia de las decisiones de los padres.

La función de los tribunales podría justificarse más fácilmente si se establece una distinción más clara entre aquellos casos en los que existe una disputa entre los titulares de los deberes, como los padres, y aquellos en los que un tercero busca intervenir. El deber de actuar en el interés superior del niño proporciona tanto la justificación legal de la responsabilidad parental como los límites de su ejercicio aceptable. Y el mismo razonamiento aplica también a otros titulares de deberes, como los profesionales de la salud. Si bien puede haber un espectro de interpretaciones razonables y legales del bienestar en cualquier caso dado, en una disputa entre los titulares de los deberes, el tribunal debe tomar una determinación fundamentada del interés superior del niño con el propósito de dar claridad a las partes sobre las razones por las que deben cumplir con sus responsabilidades por el niño. En los casos de intervención de terceros en las decisiones de los padres, la justificación de la intervención de los tribunales es diferente. Esta última tiene una función residual y puede intervenir para evitar que los padres actúen fuera de los límites apropiados de su autoridad, pero los padres tienen la responsabilidad *primaria* por sus hijos y una amplia discreción para cumplir con esa responsabilidad. Siempre que los padres actúen dentro del amplio espectro de enfo-

ques razonables y legales del bienestar de sus hijos, el tribunal no tiene necesidad de intervenir simplemente porque el, o un tercero, tiene preferencia por una interpretación diferente. Antes bien, la función del tribunal es apoyar a los padres que actúan de manera congruente con sus deberes parentales.

La distinción mencionada no está claramente expresada en la jurisprudencia, quizá porque hay relativamente pocos casos en los que las decisiones conjuntas de los padres sean puestas en tela de juicio. No obstante, sí proporciona una buena explicación de la manera como los tribunales abordan el bienestar en los casos que sí son presentados ante ellas. El caso de Ashya King (*Re King* (2014)), en el que se basaron los padres en el caso *Gard*, es un ejemplo de ello. En ese caso, los padres deseaban que se aplicara una forma relativamente nueva de terapia de protones para tratar el tumor cerebral de su hijo y habían recaudado los fondos para hacerlo. El equipo médico tratante había recomendado el uso de radioterapia convencional, pero, para cuando el caso llegó a la Corte, el equipo médico no se opuso al plan de los padres. A pesar de que no se trataba de una disputa activa, la Corte decidió intervenir, porque Ashya había sido declarado "pupilo" de la Corte debido a la incertidumbre previa sobre su paradero y su seguridad. Como resultado, se requería la aprobación de la Corte para que Ashya pudiera viajar para recibir tratamiento en Praga y la aprobación solamente se podía dar sobre la base del bienestar de Ashya. En lugar de considerar las pruebas y hacer un análisis completamente independiente del bienestar o interés superior del niño, como sería el caso para resolver una disputa, al Juez Baker le pareció que "no había razón para obstaculizar la propuesta de los padres".⁶⁴ Haciendo una comparación del caso con aquellos en los que los padres buscaban "un tratamiento completamente irrazonable", Baker justificó su enfoque sobre la base de que:

⁶⁴ Véase *Re King* (2014), párr. 34, *supra* nota 46.

Ambos tratamientos son razonables y son los padres quienes tienen la pesada responsabilidad de tomar la decisión. No corresponde a esta Corte, ni a ninguna otra autoridad pública, interferir en su decisión.

De esa manera, la obligación de la Corte de actuar en el interés superior de Ashya se cumplió, porque reconoció la responsabilidad primaria de los padres y respetó su razonable decisión sobre el bienestar de su hijo. Un enfoque similar se puede ver en *BC v EF* (2017). En ese caso, que comenzó debido a la disputa entre los padres sobre la vacunación de los hijos, la Corte resolvió la disputa expresando su parecer de que el interés superior de los hijos sería que fuesen vacunados como lo deseaba el padre. Inusitadamente, después de la conclusión del caso, el padre cambió de opinión, por lo que ambos padres trataron de que se modificara la orden, mientras que el tutor designado de los hijos buscó que se hiciera cumplir. Con todo, a pesar de que antes había decidido que la vacunación era lo mejor para los niños, la Corte se rehusó a hacer que se cumpliera la orden y, en cambio, decidió que se trataba ya de un asunto que correspondía a la responsabilidad conjunta de los padres. Esos casos ilustran la renuencia de los tribunales a intervenir en las decisiones conjuntas de los padres en lo concerniente al bienestar de sus hijos. Si bien, para la Corte, la prueba sigue siendo el bienestar de los niños, antes bien que lo razonables que puedan ser los padres en sus decisiones al respecto (*Re T (A Minor)* (1997)), los tribunales se rehusarán a intervenir si los padres se comprometen conjuntamente a tratar de comprender razonablemente qué significa el bienestar de sus hijos.

El respeto por la importancia de la función de los padres también se puede ver en los casos en que existe un conflicto entre los padres y los terceros que son titulares de deberes, lo cual está bien ilustrado por la jurisprudencia en desarrollo sobre la toma de decisiones de las autoridades locales cuando se trata de los niños que están bajo su cuidado. Una orden de cuidado otorga la responsabilidad parental a la autoridad local que la

obtiene⁶⁵ y, aunque los padres conservan su responsabilidad parental, a la autoridad local se le otorga la facultad de determinar la manera en la que los padres pueden ejercer su responsabilidad para proteger el bienestar de sus hijos.⁶⁶ La orden de cuidado parece otorgar una facultad legal clara a las autoridades locales para imponer su voluntad sobre la de los padres en casi todas las decisiones, siempre y cuando actúen con el propósito de fomentar el bienestar de los niños. No obstante, los tribunales han hecho hincapié en que, tratándose de decisiones importantes, todos aquellos que tengan la responsabilidad parental deben ser capaces de contribuir a tomar las decisiones importantes y en que los desacuerdos deben ser referidos a la Corte, antes bien que depender de la posición de predominio otorgada a las autoridades locales. En consecuencia, en el caso *Re C (Children)* (2016), por ejemplo, la autoridad local deseaba evitar que la madre diera el nombre de *Cyanide* a uno de sus hijos gemelos. La autoridad local tenía una orden de cuidado provisional que le otorgaba la facultad evidente para evitar que lo hiciera, pero la Corte determinó que la importancia fundamental de dar nombre a los hijos significaba que se requería su aprobación antes de que se pudiera invalidar la decisión de la madre. Es importante destacar que ese caso tenía una dimensión constitucional en el sentido de que invalidar la decisión de la madre sin supervisión judicial comprometería sus derechos de conformidad con el artículo 80. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. El mismo argumento, basado en esos derechos, también ha influido en otros casos, incluidos aquellos relacionados con tratamientos médicos. Las autoridades locales deben obtener la aprobación judicial en los casos de desacuerdo con los padres sobre la vacunación de sus hijos⁶⁷ (y sobre el tratamiento médico de los niños bajo el cuidado de esas autoridades).⁶⁸ Los casos mencionados ilustran dos aspectos impor-

⁶⁵ Esa responsabilidad está sujeta a un pequeño número de restricciones legales relacionadas principalmente con la salvaguardia de los elementos fundamentales de la identidad y la relación del niño con su familia. *Children Act*, 1989, secc. 33 (3) (a).

⁶⁶ Reino Unido, *Children Act*, 1989, secc. 33.

⁶⁷ Corte Suprema de Reino Unido, caso *London Borough of Barnet vs SL* (2017), párr. 49.

⁶⁸ (*Re Jake (A Child)* (2015)). Véase también el caso *Re AB* (2018), en el que la autoridad local inició los procedimientos para obtener una orden de cuidado en un caso que implicaba una disputa sobre

tantes. En primer lugar, los tribunales alientan la colaboración cuando se trata de la protección del interés superior de los niños, antes bien que simplemente limitarse a confiar en la jerarquía técnica de la autoridad para tomar decisiones con base en lo que dice la ley.⁶⁹ En segundo lugar, se considera que la función de los padres es de gran importancia, incluso en los casos en que ha habido un riesgo de daño grave, dado que frecuentemente los padres están mejor situados para conocer al niño como a que la relación entre los padres y los hijos está protegida por el artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Esa dimensión constitucional de los derechos humanos es la que ahora se aborda.

VIII. La responsabilidad parental y los derechos humanos

La importancia de la responsabilidad de los padres por sus hijos se reconoce en la legislación inglesa, no mediante unas barreras firmes para evitar la intervención judicial, sino mediante el respeto prudente de la relación entre los padres y los hijos cuando se trata de determinar el interés superior de los niños. De esa manera, la tensión y el equilibrio entre los dos significados de la responsabilidad parental identificados al comienzo de este capítulo, se concilia de una mejor manera tanto en la ley como ante la justicia. Esa es la clara respuesta que el derecho inglés da a la cuestión constitucional de la relación entre la familia y el Estado. La senda más clara para poner en tela de juicio como "inconstitucional" esa ley establecida sería a través del reclamo de violación a los derechos

el tratamiento médico en curso del niño. La solicitud de la orden de cuidado fue retirada con la aprobación de la Corte, lo que dejó en claro que, por lo general, sería inapropiado e ineficaz que una autoridad local solicite una orden de cuidado con el propósito de consentir al tratamiento médico en contra de los deseos de los padres; véase, en especial, el párr. 24.

⁶⁹ Se puede argumentar algo similar con respecto a las disputas entre los padres debidas al tratamiento médico. A pesar de que el consentimiento de uno de ellos parece ser suficiente conforme a la ley, las disputas por casos graves pueden requerir la autorización del tribunal, antes bien que depender únicamente de la responsabilidad paterna técnica: *An NHS Trust vs. SR* [2012] EWHC 3842.

humanos protegidos por la *Human Rights Act* (Ley de los Derechos Humanos). En el caso *Gard*, los padres intentaron, precisamente, hacer eso y para ello, invocaron principalmente el artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (derecho al respeto de la vida privada y familiar). Sin embargo, su denuncia fue rechazada tanto por la Corte de Apelaciones, como por la Corte Suprema del Reino Unido y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos reconoce que los padres tienen derechos y responsabilidades en lo concerniente a la crianza de sus hijos.⁷⁰ Esa función de los padres exige "respeto", pero no absoluto. En el caso de *Gard*, los padres argumentaron que, para respetar la función parental, el Estado debía abstenerse de intervenir en las decisiones conjuntas y legítimas de los padres, a menos que sus decisiones perjudiquen al hijo. Tal argumento fue rechazado por todos los tribunales que lo consideraron. Aunque no había ningún precedente directo relacionado con los tratamientos experimentales, el enfoque coherente del TEDH fue considerar al niño como un ciudadano y como titular de derechos, exactamente de la misma manera que al padre. La interrelación de la familia y la importancia de los padres para los niños significan que las decisiones concernientes al tratamiento médico de los hijos deben implicar plenamente a sus padres para respetar los derechos, tanto de los padres como de los hijos, consagrados en el artículo 8o. (*Glass vs. Reino Unido* (2004)). Sin embargo, por muy bien intencionada que sea la decisión de los padres, los intereses de sus hijos tienen una importancia independiente y no puede ser incluirlos en los de los padres. Cuando se corre el riesgo de que los derechos de los padres y los de uno de sus hijos entren en conflicto, el amplio consenso en el derecho internacional es que el interés superior del niño es primordial en las decisiones que le conciernen. Ello también está reflejado en la jurisprudencia del TEDH. Como resultado, la decisión tomada en el caso del

⁷⁰ TEDH, caso *Nielsen vs. Dinamarca*, cit., párr. 61, *supra* nota 5.

proceso doméstico en el que se consideró cuidadosamente los puntos de vista de los padres de Charlie, pero al final se adoptó una visión independiente con respecto al interés superior del niño, no se consideró contraria a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.⁷¹ Esta conclusión refuerza la importancia de reconocer al niño como un titular de derechos independiente y la importancia de la colaboración entre los padres y el Estado para proteger los derechos e intereses de los niños.

IX. Conclusión

En este capítulo se consideró la cuestión constitucional respecto al grado en que el Estado, especialmente los tribunales, pueden inmiscuirse legítimamente en las decisiones conjuntas y legítimas de los padres en lo concerniente a sus hijos. En el caso de Gard, los padres buscaron respuesta a esa interrogante, solicitando que se impusieran límites a la jurisdicción de los tribunales por medio del test o prueba del daño significativo. Ese argumento fue rechazado justificadamente en cada etapa del proceso judicial. La prueba del daño significativo está reservada para los procedimientos de cuidado en los que el Estado busca obtener una autoridad discrecional continua para intervenir en la vida de un niño. Fuera de esa situación específica, la Corte resolverá los casos relacionados con la crianza de los niños de conformidad con el principio del interés superior o bienestar del niño, sin que haya la necesidad adicional de que se demuestre el daño. El límite de esa jurisdicción se encuentra en la necesidad de que el solicitante obtenga la autorización de parte del tribunal para acceder al procedimiento (*leave*) o demuestre un interés genuino en el niño, independientemente de que el solicitante sea un individuo o una institución estatal, como un Fideicomiso del Servicio Nacional de Salud. Por medio de esos procedimientos, los tribunales pueden filtrar las solicitudes indebidas o que carezcan de justificación, pero no significan un

⁷¹ TEDH, caso *Gard y Otros vs. United Kingdom*. Sentencia de 27 de junio de 2017. Appl. No. 39793/17, párrs. 105-110.

obstáculo substancial para un solicitante que tiene una preocupación genuina por el bienestar de un niño.

Esta respuesta puede sorprender a muchos padres cuya experiencia común y corriente es que están en libertad de actuar como lo deseen, siempre y cuando lo hagan de conformidad con la ley y sin correr el riesgo de causar un daño grave a sus hijos. Sin embargo, la ley considera, fundamentalmente, que la crianza de los niños no es una cuestión de derechos exclusivos de los padres, que debe defenderse a menos que se pierda el derecho a hacerlo, sino como una responsabilidad de colaboración en la que los padres tienen la función principal. Esa posición está reconocida en la legislación nacional y refleja las leyes sobre los derechos humanos tanto europeas como internacionales. En el caso de *Gard*, la argumentación buscaba hacer de los padres los únicos árbitros del bienestar de su hijo dentro de los firmes límites establecidos, diseñados para limitar la supervisión judicial. Esa argumentación ponía en tela de juicio los fundamentos del derecho infantil y fue rechazada justificadamente por cada una de las Cortes que lo consideraron. Las relaciones pueden ser perjudiciales para los niños, no únicamente cuando los padres son crueles o negligentes, sino también cuando los ciega el amor más profundo. En ocasiones, será necesario proteger los intereses de los niños de decisiones producto del amor, pero erróneas, como el caso de unos padres que desean someter a su hijo a un tratamiento doloroso e inútil porque la pérdida del hijo es algo que no pueden ni siquiera imaginar. El reconocimiento de los hijos como individuos diferentes de sus padres, con intereses que en ocasiones pueden entrar en conflicto con los de sus padres, es de capital importancia para los niños cuyas relaciones familiares representan un riesgo para ellos.

Existe la preocupación comprensible de que esa conclusión socave la libertad de los padres. Pero la ley reconoce ese valor, porque hace hincapié en la función primaria de los padres en la determinación de lo concerniente al interés superior de sus hijos, antes bien que permitir que se tome decisiones conforme las que se declare que los padres son inmunes

a que se ponga en tela de juicio sus derechos. Los tribunales rara vez intervendrán si los padres adoptan conjuntamente una interpretación razonable del bienestar de sus hijos. La tragedia en el caso de Gard fue que no existía un tratamiento viable que ofreciera una alternativa razonable para Charlie, a pesar de los arduos esfuerzos de sus padres, sinceros y amorosos.