

# Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán <sup>1</sup>

**JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA**

Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Málaga

*Wo Anmaßung mit wohlgefällt?  
An Kindern: denen gehört die Welt*

Goethe, LYRISCHE DICHTUNGEN

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Evolución legislativa.*—III. *Protección estatal del menor.*—IV. *Medidas civiles para la protección del menor.*—V. *La reciente reforma legislativa en materia de protección del menor.*—VI. *El Derecho de corrección después de la Ley de 7 de noviembre de 2000.*—VII. *La actuación del Juzgado de Familia. Las medidas provisionales.*—VIII. *Intervención del Jugendamt.*—IX. *Protección penal del niño.*—X. *La voluntad del menor.*—XI. *El bien del menor en la Jurisprudencia alemana:* A) Grupos de casos recogidos por la jurisprudencia alemana al aplicar el principio del interés superior del menor o bien del niño. B) Interpretación del BGB por los Tribunales alemanes al aplicar el del principio del interés superior del menor o bien del niño.—XII. *La adopción del menor por persona homosexual tras la reforma de 15 de diciembre de 2004.*

## I. INTRODUCCIÓN

Al estudiar el «interés superior del menor» o «el bien del niño» tratamos una materia de gran actualidad en nuestro Ordenamiento

---

<sup>1</sup> Este trabajo es fruto de las investigaciones realizadas en la Universidad Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt am Main (Alemania) durante dos estancias que tuvieron lugar los meses de marzo a junio de 2003 y agosto a septiembre de 2004. Agradecemos encarecidamente la ayuda prestada por el Prof. Dr. Dr. h.c. HANS LEO WEYERS en la realización de este estudio, así como la colaboración de la Prof. Dra. GISELA ZENZ miembro del *Institut für Sozialpädagogik und Erwachsenenbildung* de la Universidad J. W. Goethe de Frankfurt en cuyo Seminario sobre «Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung» pude participar entre los meses de marzo y junio de 2003.

lo cual justifica el trabajo que presentamos ahora sobre la aplicación de dicha materia en el Derecho alemán. Podemos afirmar al respecto que Alemania es el país más avanzado de nuestro entorno europeo en la regulación de la protección jurídica del menor. Efectivamente la doctrina alemana se ha centrado en el estudio del «interés del menor» desde los primeros años setenta resultando que lo que para ellos es un tema muy tratado, para nosotros supone una materia novedosa. Si a ello unimos la reciente reforma que paulatinamente se ha venido operando en el Derecho de familia alemán en los últimos años, podemos concluir que el análisis de los avances conseguidos en dicho Ordenamiento nos puede servir de gran ayuda ahora que nosotros también nos encontramos en un período de reforma legislativa del Derecho de familia. En todo caso, debemos reseñar el espíritu avanzado que la doctrina alemana ha demostrado tener durante el último tercio del siglo xx al tratar el bien del niño. Igualmente procede considerar el modelo que la reforma realizada por el legislador alemán nos ofrece al procurar introducir en el BGB los nuevos avances normativos del Derecho de familia antes que reducirlos a disposiciones contenidas en leyes especiales.

Al iniciar este estudio, la primera cuestión que debemos señalar es que la doctrina alemana considera temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor <sup>2</sup>. Se trata éste de un concepto que no puede acotarse debido a su propia naturaleza. Es decir, la ciencia jurídica alemana no aporta una definición de este concepto sino que lo contempla como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Si no media conflicto, no ha lugar a aplicarlo. Por tanto, los autores alemanes se ciñen a recoger los distintos supuestos en los que pueda existir un conflicto entre el menor y su entorno para ofrecer una simple pauta: Por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor, el bien del niño. Y ello teniendo en cuenta que cada niño, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta, por ello no es posible buscar conceptos abstractos, sino concretar, centrarse en cada supuesto planteable <sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Por todos, ZITELMANN, Maud, *Kindeswohl und Kindeswille: im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht*, Münster, 2001, pp. 127-128: «Una definición exacta del interés del menor ni es razonable ni es posible...», considera que todo intento legislativo o doctrinal de acotar en una definición este principio generaría grandes riesgos tanto de imprecisión como de omisión de supuestos. Lo que nos importa es su función de contrapeso (protección del menor considerado parte débil en sus relaciones sociales) y de control (ante toda amenaza que le afecte).

<sup>3</sup> GERNHUBER, Joachim, y COESTER-WALTJEN, Dagmar, *Lehrbuch des Familienrechts*, Munich, 1994, 57, IV, «Das Wohl des Kindes», p. 164, señalan que el «*Kindeswohl*» sólo posee un contenido concreto cuando se observa un caso particular.

El estudio de esta materia en Alemania se realiza principalmente por civilistas centrándose en el ejercicio de la patria potestad y especialmente en el derecho de corrección de los padres, lo cual es lógico, pues dicho derecho está regulado en el artículo 1631 BGB. Sin embargo, en otros ordenamientos parece ser una materia reservada al Derecho Penal, lo cual no debería obstaculizar su tratamiento civil. No obstante, en el Derecho alemán el juego que proporciona este instrumento es mucho mayor que el mero control del derecho de corrección, siendo un auténtico principio básico del Derecho de familia que obliga a su completa reinterpretación.

El primer paso para aplicar este «instrumento de resolución de controversias» es acotar un determinado conflicto de intereses en el que esté inmiscuido el niño o el joven menor de edad. Normalmente será un conflicto en el seno familiar, fruto de un incorrecto ejercicio de la patria potestad, si bien encontramos otras muchas posibilidades. En estos casos, el interés superior del menor, el bien del niño, legitima la intervención del Estado <sup>4</sup>, es un principio que dirige la intervención y fija pautas para los tribunales. Por ello la doctrina alemana ha señalado que «el bien de menor» es la pieza clave que resuelve las tensiones que se crean entre los padres y las autoridades estatales encargadas de velar por el niño <sup>5</sup>. La directriz fundamental es la prioridad del interés del menor sobre cualquier otro interés. Tiene una doble función, dirigir y vigilar, obligando a adoptar medidas orientadas hacia el bien del menor rechazando los puntos de vista ajenos a dicha finalidad. Además implica la prioridad de la justicia adaptada al caso concreto sobre la regla general, teniéndose en cuenta que se trata de una materia condicionada por el espíritu propio de cada época, pues se formulan modelos sociales que cambian con el tiempo <sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> El Estado al interpretar el interés del menor tiene la facultad de fijar cuál ha de ser el cuidado básico que debe recibir el niño teniendo en cuenta la sociedad en que está integrado. En ocasiones será la propia unidad familiar la que sufra de una situación social marginal, en estos supuestos el problema puede devenir de la situación social de la familia, lo cual exigirá medidas de apoyo a dicha unidad familiar antes que la separación del menor de sus padres. ZITELMANN, MAUD, ob. cit., pp. 128-129.

La intervención estatal para proteger al niño es necesaria e imprescindible, se trata de un avance en el estado social de derecho, sin embargo este logro ha sido en su momento duramente criticado por los autores que anclados en concepciones decimonónicas de la familia consideraban toda intervención como un auténtico «intrusismo» estatal, autores que en muchas ocasiones llegaban a fundar en el «derecho natural» sus posiciones involucionistas considerando abusiva toda intervención del Estado, desde cualquier posible separación del menor de su familia al injustificado «monopolio estatal» del sistema educativo. Véase GIESEN, DIETER, *Familienrecht*, Tübingen, 1994, pp. 613-614.

Por el contrario, hoy es comúnmente admitido que es precisamente el bien del niño el que justifica y legitima la intervención del estado en el ámbito familiar. DETTENBORN, Harry, *Kindeswohl und Kindeswille, Psychoflogische und rechtliche Aspekte*, Munich, 2001, p. 49.

<sup>5</sup> DETTENBORN, Harry, *Kindeswohl und Kindeswille*, München 2001, p. 46

<sup>6</sup> GERNHUBER, Joachim, y COESTER-WALTJEN, Dagmar, ob. cit., 57, IV. «Das Wohl des Kindes», p. 164.

En el actual momento evolutivo de nuestra sociedad es exigible que de mediar amenazas corporales, mentales o espirituales sobre el menor se adopten medidas válidas y proporcionadas para neutralizarlas <sup>7</sup>. Normalmente dichas amenazas supondrán riesgos cumulativos, dado que se darán varios conjuntamente, pero sólo con que un elemento amenace el interés del menor queda legitimada la intervención del tribunal. El gran problema que nos encontramos en este materia es la superficialidad con la que normalmente es tratado al reducirlo al aspecto corporal, excluyendo el espiritual (entiéndase el psicológico también). En la literatura alemana encontramos la opinión de Zitelmann <sup>8</sup> quien propone superar dicha superficialidad y centrarnos especialmente en los problemas mentales, sus secuelas y consecuencias. Desde esa perspectiva considera que a la hora de tomar medidas, debe de tenerse en cuenta el estado de salud y las perspectiva de futuro del menor, añadiendo que dichas medidas deben procurar el total desarrollo armónico de la personalidad del menor. Por su parte Gernhuber y Coester-Waltjen señalan que todo ello implica que el juez ha de ser capaz de apreciar la importancia que en esta materia tienen las aportaciones de la psicología y las ciencias sociales, el gran problema se dará cuando se dicten decisiones judiciales prefijadas ideológicamente fundadas en posiciones que se autodefinan incontestables, posiciones que en realidad navegan ajenas a los cambios sociales <sup>9</sup>. Es decir, el bien del menor le exige al juez remitirse a ámbitos extrajudiciales por tratarse de una materia interdisciplinar <sup>10</sup>. La intervención del psicólogo resulta decisiva por ser él un auténtico intérprete del lenguaje, querencias y necesidades del niño, lenguaje y circunstancias que sólo un experto podrá comprender y concretar

Los juristas se concentran en la ideas guías del artículo 1666 BGB. Entre las situaciones problemáticas y de riesgo para los niños que llegan a los tribunales destacan: el maltrato del niño, abandono del niño, abuso sexual, conflictos de autonomía, conflictos de relaciones (el niño en ocasiones llega a no saber de quien depende). Estos criterios están igualmente recogidos por la doctrina alemana a

<sup>7</sup> Así lo ordena el artículo 1666 BGB.

<sup>8</sup> ZITELMANN, Maud, ob. cit., pp. 122-123.

<sup>9</sup> GERNHUBER, Joachim, y COESTER-WALTJEN, DAGMAR, ob. cit., p. 164. Autores que desconfían del poder absoluto que en ocasiones tiene el juez, refieren especialmente la experiencia del régimen anterior en el que en muchas ocasiones los jueces fueron excesivamente complacientes con las opiniones y voluntades estatalmente dirigidas por la ideología imperante respecto al tratamiento, educación y desarrollo de los menores. Añaden que actualmente no se tiene suficientemente en cuenta las influencias que el entorno social y psicológico suponen sobre el menor, pues, a fin de cuentas, el comportamiento paterno se proyecta sobre el menor.

<sup>10</sup> ZITELMANN, Maud, ob. cit., p. 128.

la hora de determinar el bien del niño, criterios que por otro lado se encuentran anclados en la Constitución en tanto a educación, auto-responsabilidad, voluntad racional y emocional del niño, formación, lazos de consanguinidad, relaciones de cuidado y educativas.

Concluimos señalando que el bien del niño, el interés del niño es una materia interdisciplinaria: desde el punto de vista jurídico es un concepto indeterminado, una cláusula general que debe ser interpretada y aplicada en cada supuesto, y desde el punto de vista psicológico implica que partiendo de un apreciable conjunto de factores conectados unos con otros que resultan perjudiciales para el menor, debe buscarse un punto de referencia que oriente al menor reduciendo la intensidad y complejidad de dichos factores. Si se tiene en cuenta dicho punto de referencia (*v. gr.* el tipo de relaciones que serían beneficiosas para el menor) resultará posible adoptar una decisión correcta. En todo caso lo acertado de la decisión dependerá tanto de si se logra una correcta comprensión de las causas que provocan la concurrencia de dichos factores perjudiciales como de si se logra apreciar correctamente la dimensión o alcance de éstos <sup>11</sup>. Finalmente señalar que debe siempre individualizarse teniendo en cuenta el niño concreto en cada caso determinado. Intentar aislar el aspecto jurídico al tratar el interés del menor equivaldría a cosificar al niño e impediría alcanzar conclusiones fundadas.

## II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Desde la perspectiva decimonónica el ámbito de la protección del menor comienza y termina en el seno familiar. En dicho período histórico no encontramos normas que prevean una intervención del Estado, sin embargo, lentamente fue consolidándose la idea de que la protección del menor (sea niño, sea joven) es competencia estatal <sup>12</sup>. Con anterioridad a la publicación del BGB encontramos las llamadas Fürsorgegesetze, leyes de carácter patriarcal contra-

---

<sup>11</sup> DETTENBORN, Harry, *ob. cit.*, p. 45, autor que señala que desde el campo de la psicología se ha intentado definir este concepto, refiriendo que el bien del niño será lo que convenga al desarrollo de la personalidad del niño y se dará cuando medie una relación «adecuada» entre las necesidades del menor y las condiciones de vida que lo rodean. No obstante añade dicho autor que la desventaja de esta definición está en que queda por determinar cuándo dicha relación será «adecuada» y cuándo no. En realidad también en el campo de la psicología finalmente encontramos que no se trata de un ideal imaginario o una medida constante sino de un concepto flexible que ha de interpretarse teniendo en cuenta tanto los múltiples casos como los múltiples factores de riesgos planteables lo cual nos lleva a individualizar el concepto en el caso concreto.

<sup>12</sup> ZENZ, Gisela, *Kindesmißhandlung und Kindesrechte*, Frankfurt am Main, 1979, p. 90.

rias a todo trato cruel del menor. Posteriormente, el Código civil alemán incluyó en su libro IV ciertas medidas protectoras del menor. A partir de este momento se considera que es el Estado el último garante del menor y fruto de ello fue la Jugendwohlfahrtsgesetz<sup>13</sup> que sería remplazada por la Kinder- und Jugendhilfegesetz<sup>14</sup>. No obstante los mayores avances logrados se ha debido a una serie de leyes recientes, en primer lugar la Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts<sup>15</sup>, continuada por la Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung<sup>16</sup>, la Gewaltschutzgesetz<sup>17</sup> y la Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten<sup>18</sup>. Concluimos que actualmente presenta Alemania un período de frenética actividad legislativa (en absoluto terminada) en lo que al interés del menor respecta, actividad que da respuesta a la necesidad ineludible de reconocer al menor como el sujeto más desprotegido en nuestra sociedad, el sujeto necesitado de la mayor protección.

Por otro lado añadir que con esta sucesión de normas el legislador ha querido adaptar el Derecho alemán a los patrones internacionales, especialmente a lo acordado en la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas<sup>19</sup>, que establece el interés superior del menor e impide todo maltrato corporal, mental o espiritual del niño<sup>20</sup>. De hecho, la Ley de 6 de julio de 2000 al reformar el BGB ha seguido estas pautas prohibiendo todo tipo de violencia en la educación del menor. En general se considera que todo el Derecho de familia (y especialmente la patria potestad) ha de ser reinterpretado a la luz de dicha Convención para reforzar la posición del menor en una sociedad en la que el concepto tradicional de familia ha sido superado. Es decir el fomento y fortalecimiento de la posición del menor obligan a considerarlo como un ser humano con creciente madurez intelectual que cuando por tener

<sup>13</sup> JWG de 9 de julio de 1922.

<sup>14</sup> SGB VIII de 26 de junio de 1990.

<sup>15</sup> KindRG que entró en vigor el primero de julio de 1998. Dicha reforma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, finalmente el Tribunal constitucional alemán en sentencia de 29 de enero de 2003 consideró que la norma no se apartaba de lo constitucionalmente permitido. La causa del recurso fue que tras la reforma se le da prioridad a la madre soltera para el ejercicio de la patria potestad del menor respecto al otro progenitor, otra cuestión sería que ambos progenitores de mutuo acuerdo decidieran ejercer la patria potestad de forma compartida (anteriormente a la reforma se le negaba al padre no casado toda posibilidad de ejercer la patria potestad del menor). MOTZER, Stefan, «Gesetzgebung und Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahr 2001», *FamRZ*, 15 de junio de 2003, p. 793.

<sup>16</sup> Ley de 6 de julio de 2000.

<sup>17</sup> GewSchG de 11 de diciembre de 2001

<sup>18</sup> KindEVerbG de 12 de abril de 2002.

<sup>19</sup> Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

<sup>20</sup> KÖSTER, Thomas, *Sorgerecht und Kindeswohl. Ein vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts*, Frankfurt am Main, 1996, p. 1

capacidad natural pueda tomar decisiones racionales ha de poder decidir por sí mismo<sup>21</sup>. Igualmente la observación de la Convención de los Derechos del niño implica que ha de darse prioridad al interés superior del niño, es decir, hay que primar el bien del niño.

La diversidad normativa que en materia del Derecho del niño encontramos en Alemania si bien impide la existencia de un cuerpo legal homogéneo, no obstante encuentran un referente común en la Constitución de 1949<sup>22</sup>, puesto que el Tribunal constitucional alemán ha interpretado el artículo 6 GG<sup>23</sup> considerándolo garante de la primacía del interés del menor. Ya en la sentencia de 3 de noviembre de 1982<sup>24</sup> señaló el Alto Tribunal que el artículo 6 GG recoge un derecho-deber de los padres dirigido en primer lugar al cuidado y protección de los hijos, añadiendo la sentencia de 13 de mayo de 1986<sup>25</sup> que en absoluto supone un poder incontrolado de los padres sobre los hijos. En realidad la reforma legislativa ha sido reiteradamente exigida por la doctrina alemana que desde hace más de treinta años otorgaba un nuevo enfoque al derecho del menor (siguiendo en gran medida las pautas marcadas por los autores norteamericanos). Por ello, no es de extrañar que el Tribunal constitucional alemán ya en 1968 incidiese en esta perspectiva al afirmar que el respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad el niño influye en la interpretación del derecho de los padres permitiendo al Estado actuar como vigilante, el niño tiene un derecho a ser protegido por el Estado<sup>26</sup>. El Tribunal constitucional ha mantenido esta línea evolutiva incidiendo en el interés del menor como pauta para resolver distintos supuestos, a título de ejemplo señalemos el caso en que se discutía entre los padres biológicos y los

<sup>21</sup> KÖSTER, Thomas, ob. cit., p. 1-5.

<sup>22</sup> GRUNDGESETZ (GG)

<sup>23</sup> Artículo 6 GG: «El matrimonio y la familia se encuentran bajo la especial tutela del ordenamiento estatal.

(2) El cuidado y la educación de los niños corresponden por derecho natural a los padres y suponen obligaciones para los padres. Al Estado le corresponde controlar su cumplimiento.

(3) En contra de la voluntad de los titulares de la patria potestad sólo pueden ser separados los menores bajo el amparo de las leyes de familia cuando los titulares de la patria potestad fracasen en sus funciones o cuando los menores por otros motivos presenten riesgos de abandono o dejadez.

(4) Toda madre tiene el derecho a la protección y ayuda de la sociedad.

(5) Los hijos extramatrimoniales merecen el mismo trato legislativo para lograr su evolución física y síquica, y su situación en la sociedad, que los hijos matrimoniales.»

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 3 de noviembre de 1982. BVerfGE 61, 358 (371).

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 13 de mayo de 1986. BVerfGE 72, 155 (172).

<sup>26</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 29 de julio de 1968. BVerfGE 24, 119 (144). Pensemos en el derecho a la intimidad personal del menor que determina una esfera mínima en la que los padres no deben inmiscuirse especialmente a determinadas edades.

padres adoptivos la posible relación de los primeros con el menor<sup>27</sup>. De hecho, son reiterados los pronunciamientos del Alto Tribunal en el sentido de considerar que el artículo 6 GG incluye la exigencia de observar el interés superior del menor<sup>28</sup>.

D'Heur<sup>29</sup> señala que además debemos considerar el conjunto de derechos constitucionales de los que es portador todo niño en tanto ser humano, los cuales van a constituir el núcleo de cualquier reflexión constitucional sobre el alcance del bien del menor. Como indica Salgo<sup>30</sup> toda actuación de los padres que no sea conforme con el interés del menor quedará fuera del ámbito constitucionalmente permitido.

### III. PROTECCIÓN ESTATAL DEL MENOR

Se considera que el artículo 6 GG otorga a la comunidad una función de vigilancia y control sobre el menor. La cuestión es determinar cuándo dicho control justificaría una intervención encaminada a separar al niño de sus padres. La sentencia del Tribunal constitucional alemán de 5 de noviembre de 1980<sup>31</sup> (seguida por la de 31 de enero de 1989<sup>32</sup>), intentó dar respuesta a esta cuestión entendiendo que debe partirse de la imagen que la Constitución tiene del hombre en tanto ser humano autorresponsable y pleno. Los padres han de procurar que su hijo pueda evolucionar, formarse y llegar a ser un auténtico reflejo del ideal pensado en la carta magna, por ello cuando causen al menor perjuicios síquicos o físicos que le impidan evolucionar y formarse como persona queda legitimada la intervención estatal.

Se trata de una doble tarea dirigida tanto a combatir un peligro presente, como a paliar el daño ya sufrido<sup>33</sup>. Por ello la función estatal recogida en el artículo 6.3 GG es doble tanto de guarda como de protección y permite separar al niño de sus padres aun

<sup>27</sup> Cuestión resuelta por el Tribunal constitucional alemán dando preferencia al bien del niño. BVerfGE 68, 176.

<sup>28</sup> BVerfGE 1998, p. 612, *EuGRZ*.

<sup>29</sup> D'HEUR, Bern Jean, «Kindeswohl staatliches Wächteramt und Reform des Kinder- und Jugendhilferechts», *RdJB*, 1992, p. 165.

<sup>30</sup> SALGO, Ludwig y HEILMANN, Stefan; «Der Schutz des Kindes durch das Recht. Eine Betrachtung der deutschen Gesetzeslage», en *Das misshandelte kind*. Frankfurt am Main, 2002, p. 958. Se trata de un capítulo añadido en la versión alemana de la obra original inglesa: *The battered child*, Autores varios, dirigida por KRUGMAN, Richard, y Kempe, Ruth, Chicago-Londres, 1997.

<sup>31</sup> BVerfGE 55,171 (179).

<sup>32</sup> BVerfGE 79, 256 (268).

<sup>33</sup> D'HEUR, Bernd Jean, *Der Kindeswohl-Begriff aus verfassungsrechtlicher Sicht*, Bonn, 1991, p. 33.

contra la voluntad de éstos cuando han fracasado en sus tareas paternales o el niño está de hecho amenazado por diversos motivos con grave riesgo para su integridad física, para el correcto desarrollo de su personalidad, o incluso se encuentra afectiva y socialmente desarraigado. Pero, se señala que esta medida extrema (la separación del menor de sus padres) no busca que el menor obtenga la mejor educación posible en las mejores condiciones, sino que sólo queda justificada cuando se protege al menor de un daño concreto, y siempre ha de ser proporcional y apta para el logro de la meta querida <sup>34</sup>.

La proporcionalidad exige optar por la medida menos severa lo cual implica agotar antes de la separación del menor toda medida de apoyo y asistencia que pueda paliar el fracaso parental. Como señala el Tribunal constitucional alemán <sup>35</sup>, sólo cuando estas medidas no son suficientes, como último remedio, procede la intervención y aplicación de medidas más severas, intervención que deberá ser gradual.

Debemos partir del hecho de que normalmente donde mejor cuidado está un niño es en una familia, así lo señaló ya el Tribunal constitucional en la sentencia de 3 de octubre de 1979 <sup>36</sup>, en el seno familiar es donde normalmente el menor recibe todo lo necesario para su bienestar. Como ya tiene señalado dicho Alto Tribunal <sup>37</sup>, las medidas estatales de protección han de dirigirse en primer lugar a procurar que la relación entre los padres e hijos funcione correctamente. Pero en ocasiones la separación del hijo es inevitable debido al riesgo que supone mantenerlo en el seno familiar, se trata de supuestos en los que el bien del menor se encuentra seriamente amenazado. Evidentemente han de juzgarse las ventajas y desventajas de tal medida y calcular la probabilidad de que los riesgos persistan y se materialicen. En este punto nos parece muy interesante la opinión de Heilmann <sup>38</sup> quien considera que lo importante es determinar la gravedad del peligro, la magnitud de la lesión que el menor pueda sufrir, porque cuando la lesión que pueda sufrir el niño es muy grande queda justificada la adopción de medidas preventivas aunque la probabilidad de que el daño efectivamente se llegue a dar sea pequeño.

<sup>34</sup> SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan, ob. cit., p. 960.

<sup>35</sup> Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 17 de febrero de 1982, BVerfGE, 60, 79 (85).

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 3 de octubre de 1979, BVerfGE, 52, 214 (217).

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 29 de julio de 1968, BVerfGE, 24, 119 (145).

<sup>38</sup> HEILMANN, Stefan, «Das staatliche Wächteramt im Spannungsfeld zwischen Elternrecht und Kindeswohl», *U.S.*, 2001, p. 417.

#### IV. MEDIDAS CIVILES PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR

Los artículos 1666 y 1666a BGB suponen una concreción del mandato constitucional contenido en el artículo 6 GG dirigido a proteger al menor. Son normas que legitiman intervenir al Juzgado de familia para adoptar las medidas necesarias para neutralizar toda amenaza física o síquica cuando los padres no puedan o no quieran rechazarlas<sup>39</sup>. El legislador ha optado por recoger en estos artículos supuestos generales, auténticas cláusulas generales, lo cual ha dado lugar a una ardua discusión doctrinal en Alemania porque al optarse por conceptos indeterminados faltos de concreción se afirma que queda perjudicada la seguridad jurídica.

Por un lado, se considera que este es el único medio para lograr una efectiva, completa e integral protección del menor, pues todo supuesto planteable queda comprendido en el supuesto de hecho de la norma. Aún más se considera que al recogerse conceptos genéricos se deja libre el acceso a nuevos conocimientos extrajurídicos (de la psicología, pedagogía...) que sucesivamente nutrirán el ámbito de aplicación de la norma<sup>40</sup>. Pero, por otro lado, en los últimos treinta años se ha venido criticando que al optarse por un sistema de cláusula abierta se dejaba un gran espacio al juego interpretativo lo cual podía dar lugar a decisiones injustas e incluso no suficientemente previsibles en un marco sumamente sensible<sup>41</sup>. Al respecto la doctrina mayoritaria considera que en realidad no hay alternativa a la cláusula general cuando se quiere conseguir la protección exigida por el artículo 6 de la Constitución<sup>42</sup>, pues ya hemos señalado que el interés del menor es un concepto que no puede reducirse a una mera fórmula descriptiva.

Al cuestionarnos sobre el interés del menor planteamos una pregunta explosiva pues se trata de prever el supuesto de hecho que habilite al Juzgado para la adopción de las medidas protectoras del menor, medidas en principio subordinadas a las que los propios padres puedan tomar en un primer momento<sup>43</sup>. Pero dicho supuesto de hecho queda vinculado no sólo al campo jurídico sino también y en gran medida al

<sup>39</sup> HEILMANN, Stefan, *Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht*, Neuwied, 1998, p. 261.

<sup>40</sup> SIMITIS, Spiros, «Familienrecht» en *Rechtswissenschaft der Bonner Republik*, COO. SIMON, DIETER, Frankfurt am Main, 1994, p. 431.

<sup>41</sup> MNOOKIN, Robert H., «Was stimmt nicht mit der Formel Kindeswohl?», *FamRZ*, 1975, 1-6.

<sup>42</sup> SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan; «Der Schutz...», p. 963.

<sup>43</sup> PALANDT, Otto, y DIEDERICHSEN, Uwe, Comentario al artículo 1666 BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 61 Auflage, Munich, 2001.

extrajurídico, de hecho juez deberá solicitar al Jungamt<sup>44</sup> un informe que le deberá orientar para ponderar tanto la intensidad del peligro que amenaza al niño como la probabilidad de su persistencia<sup>45</sup>.

El artículo 1666 BGB prevé en su supuesto de hecho cuatro grupos de amenazas o peligros que habilitan la intervención judicial, dichas amenazas pueden deberse al ejercicio abusivo de la patria potestad, al estado de dejadez del niño, al fracaso no culpable de los padres o al comportamiento perjudicial de un tercero<sup>46</sup>. Con esta fórmula abierta considera el Tribunal Constitucional alemán que quedan englobados todos los supuestos posibles para proteger el bien del niño (especialmente porque queda incluido el daño producido por un comportamiento no culpable)<sup>47</sup>. Heilmann y Salgo han comentado esta norma<sup>48</sup>, señalan que al prever el ejercicio abusivo de la patria potestad se hace referencia a un comportamiento activo que daña al niño incluyendo tanto los maltratos físicos y síquicos como los abusos sexuales; por su parte al referirse al estado de dejadez del niño la norma recoge un comportamiento pasivo que implica un abandono de hecho del niño cuando los deberes que conlleva la patria potestad exigirían actuar, principalmente para procurar alimentos al pequeño y mantenerlo en unas condiciones de higiene mínimas. Respecto al tercer grupos de casos recogidos, esto es el fracaso no culpable de los padres, se trata de una fórmula abierta y supletoria que busca garantizar la efectiva protección del menor en aquellos supuestos en que los padres han intentado lograr el desarrollo armónico del menor en el seno familiar sin conseguirlo por diversos motivos. Incluye todo tipo de incumplimiento no culpable de los padres y puede deberse a un conflicto entre ambos, a que

---

<sup>44</sup> Servicio público de protección de la juventud. Dicho informe será elaborado por un equipo de trabajadores sociales siendo relevante la intervención de los psicólogos.

<sup>45</sup> Así lo ha señalado el BGH (Tribunal Supremo federal) FamRZ, 1956, 350.

<sup>46</sup> Artículo 1666 BGB: «Medidas judiciales ante una amenaza al bien del niño: Cuando el bien corporal, mental o espiritual del niño o su patrimonio resulten amenazados por un ejercicio abusivo de la patria potestad, por la desatención del menor, por un fracaso no culpable de los padres o por el comportamiento de un tercero, y los padres no estén dispuestos a evitar dicho peligro, o bien no estén en situación de poderlo evitar, podrá el Juzgado de familia tomar las medidas que sean necesarias para evitarlo.

Se considera que el patrimonio del niño resulta amenazado si el titular de la patria potestad sobre los bienes del menor (la patria potestad “*elterliche sorge*” se puede desglosar en Alemania en dos partes según recaiga sobre la persona del menor “*personensorge*” o sobre sus bienes “*vermögensorge*”), no cumple con su deber de alimentos respecto al menor o infringe los restantes deberes que le son propios o no obedece las órdenes que en consideración al menor le haya impuesto el Juzgado que le hubiera atribuido dicha patria potestad.

El Juzgado podrá privar de la patria potestad a su titular.

En relación con la patria potestad sobre la persona del menor podrá también el Juzgado tomar medidas que tengan efecto sobre un tercero.»

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 17 de febrero de 1982, BVerfGE 60, 79 (90).

<sup>48</sup> SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan, «Der Schutz...», p. 964.

padezcan una enfermedad notoria (Salgo y Heilmann incluyen en este supuesto incluso el alcoholismo o una drogodependencia). Finalmente la referencia al comportamiento de un tercero supone un verdadero cajón de sastre y acompañará normalmente al fracado de los padres en la educación y cuidados del menor. Podemos pensar en los supuestos en que medien amenazas del padrastro o del propio abuelo cuando su relación con los padres sea tensa. Amenazas que pueden sustanciarse en daños físicos o síquicos y pueden llegar a perjudicar al niño al sufrir tensiones que impiden su desarrollo equilibrado.

Cuando medie una de las amenazas previstas en el supuesto de hecho del artículo 1666 BGB el juez deberá adoptar la medida necesaria para neutralizarla, disponiendo de una gran libertad de actuación, pues puede escoger entre una amplia gama de posibilidades siendo la más extrema la intervención para apartar al menor de su progenitor<sup>49</sup>. Evidentemente la actuación judicial deberá fundarse en el principio de la proporcionalidad optándose por la medida viable menos dañosa, puede privarse a un progenitor de ciertos derechos sobre su hijo (*v. gr.*: se le priva de la posibilidad de decidir sobre su residencia<sup>50</sup>), o puede llegar a optarse por privarle de la patria potestad<sup>51</sup>. Las posibilidades son diversas, si se opta por privar total o parcialmente a uno de los progenitores de la patria potestad, corresponderá ésta al otro progenitor (art. 1680 BGB), cuando se opte por privar a ambos progenitores de la patria potestad, deberá nombrar el juez un tutor (arts. 1773 y 1774 BGB) y si finalmente el Juzgado opta por privar parte de la patria potestad sin que haya lugar a su transmisión al otro progenitor deberá nombrarse un «cuidador»<sup>52</sup> en virtud de lo dispuesto por el artículo 1909 BGB.

<sup>49</sup> ZENZ, Gisella, *ob. cit.*, p. 352. En muchas ocasiones se opta por asignar la vivienda familiar al cónyuge con quien permanecerán los menores, obligando al otro, causante del daño al bien del menor, a abandonar la casa, medida normalmente acompañada de la prohibición hecha al padre violento de entrar en la vivienda familiar.

<sup>50</sup> STAUDINGER, y SALGO, Ludwig, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, art. 1631, n. 21a., Berlín, 2002.

<sup>51</sup> Preferimos identificar la expresión «*elterliche Sorge*» con patria potestad, si bien podría también ser guardia y custodia: En el Derecho alemán no se disocia entre patria potestad y guardia y custodia. El progenitor que pierde la guardia y custodia se ve privado de la patria potestad igualmente. Podemos plantearnos si en realidad tal opción es más realista que la prevista por nuestros legisladores; pues cuando un progenitor pierde la guardia y custodia cabe preguntarse por cuál es el efectivo alcance de la patria potestad residual, más aún si tenemos en cuenta que la relación paterno-filial (y los deberes básicos que conlleva) perdurará aunque el progenitor se haya visto privado de la patria potestad (arts. 110 ó 160 CC).

Sin embargo la «*elterliche Sorge*» si se disocia entre «*Personensorge*» en cuanto se extiende sobre la persona del menor y «*Vermögensorge*» en cuanto se extiende sobre el patrimonio del menor.

<sup>52</sup> «*Ergänzungspfeger*». No olvidemos que en ocasiones la urgencia de la situación provoca que el Jugendamt actúe como auténtico tutor o curador *ad hoc* (supuestos encuadrables en los arts. 1791b y 1915 BGB).

Consecuentemente el artículo 1666a BGB<sup>53</sup> señala que sólo habrá lugar a la retirada de la patria potestad cuando la amenaza al bien del niño no pueda evitarse por otros medios, este artículo recoge la necesidad de intentar proporcionar ayuda social a la familia con carácter previo<sup>54</sup>. Normalmente será el Jugendamt el encargado de prestar esta ayuda prioritaria, entre estas medidas destacan, aparte de las que impliquen aportación material de alimentos y bienes, las dirigidas a la educación de la familia (arts. 16 y ss. SGB VIII) y a la ayuda en la educación del menor (arts. 27 y ss. SGB VIII). No obstante, las estadísticas informan que no siempre se logra el fin perseguido y estas medidas sociales no son suficientes para neutralizar el daño, ello da lugar a la aplicación de los artículos 1666 y 1666a del BGB<sup>55</sup>, no obstante en muchas ocasiones se prefiere suspender temporalmente el ejercicio de la patria potestad ex 1674 BGB antes de proceder a su privación ex 1666 BGB.

## V. LA RECIENTE REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MENOR

En Alemania se ha producido una paulatina y reciente reforma del Derecho de familia encaminada a garantizar la efectiva protección del interés del menor. En primer lugar referiremos la Ley 18 de julio de 1979<sup>56</sup> que reformó la regulación de la patria potestad. La patria potestad (*elterliche sorge*) comprende en el Derecho alemán tanto el cuidado de la persona del hijo (*personensorge*) como el cuidado del patrimonio del hijo (*vermögenssorge*) como su representación (arts. 1626, 1629 BGB). Además la patria potestad se identifica con la guarda y custodia del menor, de forma que el titular de la patria potestad tiene siempre la guarda y custodia del menor. El único supuesto en que hay previsión de una patria potestad «inactiva» es decir sin ejercicio de la guarda y custodia del menor se dará,

---

<sup>53</sup> Artículo 1666a BGB: «Separación del menor de sus padres. Privación completa de la patria potestad sobre la persona del menor: Las medidas que impliquen una separación del niño de sus padres sólo serán admisibles, cuando no pueda ser neutralizada la amenaza sobre el menor de otro manera, incluyendo la ayuda social.

La patria potestad conjunta sólo podrá ser retirada cuando las otras medidas resulten infructuosas o sea previsible que no son suficientes para evitar el peligro.»

<sup>54</sup> ZENZ, Gisella, ob. cit., p. 351, considera que la ayuda pública es prioritaria pues lo primero es procurar que la familia retome su estabilidad y cubra sus necesidades mínimas, sería ésta normalmente la mejor ayuda al interés del menor.

<sup>55</sup> HEILMANN, Stefan, «Hilfe oder Eingriff? Verfassungsrechtliche Überlegungen zum Verhältnis von staatlichem Wächteramt und Jugendhilfe», *ZfJ*, 2000, s. 41-50. Señala que siempre debe buscarse la proporcionalidad y la idoneidad de la medida teniendo en cuenta el fin buscado.

<sup>56</sup> Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge de 18 de julio de 1979.

en su caso, cuando el padre sea incapaz (art. 1673 BGB). En caso de separación o divorcio, uno de los padres podrá conservar la patria potestad con su facultad de guarda y custodia de la persona y bienes del menor, entonces el otro perderá la patria potestad al verse privado de la guarda y custodia, lo cual no afectará a la relación paterno-filial entre este último y el menor que subsistirá con todas las obligaciones que le corresponden.

Pues bien, la reforma de 1979 supuso considerar la patria potestad desde una nueva perspectiva. Hasta entonces se había considerado que era una institución a favor de los padres (o en su caso del cabeza de familia), institución en la que los intereses de los padres se consideraba prioritarios implicando una sumisión del menor a la voluntad paterna. Institución fundada en el derecho de corrección de los padres, derecho que justificaba la fuerza (incluso violencia) sobre el menor. La voluntad del niño y sus intereses quedaban en un segundo plano totalmente secundario. Se trataba de una idea de autoridad paterna que se aproximaba a la idea romana de patria potestas. Por ello su denominación era «*elterliche Gewalt*» expresión que podemos traducir tanto como «poder paterno» como «fuerza paterna» o como «violencia paterna». De hecho una traducción literal de los términos latinos «patria potestad» equivaldría a «poder-fuerza del padre» (pensemos que la patria potestad romana otorgaba al Pater Familias un señorío sobre su hijo que incluía poder decidir sobre su vida y su muerte).

La reforma de 1979 supuso adaptar la legislación a la nueva realidad social y significó que el centro de gravedad de la relación paterno filial se trasladó desde la posición del padre a la posición del hijo. A partir de ese momento ya no son prioritarios los intereses del padre, por el contrario adquiere prioridad el interés superior del menor. El cuidado y protección del menor aparecen en un primer plano en la relación paterno-filial, ello implicó que se diera una nueva denominación a la institución desechándose tanto la denominación latina «patria potestas» como su traducción literal alemana «*elterliche Gewalt*», expresiones que fueron sustituidas por la de nuevo cuño «*elterliche Sorge*» que podríamos literalmente traducir como «cuidado paterno»<sup>57</sup>. Es cierto que en la práctica ya se había producido el cambio de una concepción paternalista de la «patria potestas» a una concepción tuitiva y protectora del menor, y ello precisamente obligó al legislador a reformar la ley, empezando por la propia terminología.

En segundo lugar referir la reciente equiparación legislativa del hijo extramatrimonial al matrimonial. Evidentemente se ha conside-

---

<sup>57</sup> HENRICH, DIETER, *Familiefecht*, Regensburg, 1995, p. 215.

rado que lo mejor para el menor será garantizar una relación estable con su padre con independencia de que éste sea marido de su madre. Ya al entrar en vigor la Ley de 19 de agosto de 1969 sobre el correcto trato legislativo de los hijos extramatrimoniales<sup>58</sup> se consiguió dar un primer paso, hasta ese momento legalmente no se consideraba pariente del padre al hijo extramatrimonial. Dicho hijo carecía tanto de derechos hereditarios como de toda posibilidad de participar del nivel de vida de su progenitor, el cual únicamente quedaba obligado a una deuda alimenticia, era lo que se ha venido a llamar un *Zahlvater* o padre pecuario. Con la reforma de 1969 se consiguió que el parentesco natural también lo fuera legal. Sin embargo la posición del hijo extramatrimonial no llegó a equiparse a la del hijo matrimonial, así la patria potestad le correspondía a la madre no casada (1705 BGB<sup>59</sup>) y se contemplaba una especial regulación del derecho de alimentos para el supuesto de que se tratase de un hijo extramatrimonial, hechos en su día criticados por la doctrina que exigía una total equiparación entre los hijos con independencia de su condición matrimonial o no matrimonial<sup>60</sup>. Precisamente este trato discriminatorio provocó que el Tribunal constitucional alemán dictase la importante sentencia de 7 de mayo de 1991<sup>61</sup> exigiendo el padre no

<sup>58</sup> Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder de 19 de agosto de 1969.

<sup>59</sup> Artículo 1705 BGB en la redacción que le dio la Ley de 18 de julio de 1979: «El hijo extramatrimonial, en tanto sea menor de edad, está bajo la patria potestad de la madre. La regulación de la patria potestad para el hijo matrimonial vale (es aplicable) a la relación entre el hijo extramatrimonial y su madre, en lo que no contradiga lo dispuesto en este Título» [se refiere al Título sexto cuyo encabezamiento rezaba: «Patria potestad para el hijo no matrimonial» (actualmente el BGB ha cambiado la terminología y prefiere denominarlo hijo extramatrimonial)].

En dicho Título sexto se recogían las siguientes previsiones: El artículo 1706 preveía el nombramiento de un «curador» (*Pfleger*) para determinados supuestos (averiguación de la paternidad, cambio de apellidos, reclamación de alimentos (que podría pactarse en una suma global que sustituyera el pago continuado) y la reclamación de la legítima del menor. Por su parte el artículo 1707 preveía que a petición de la madre podría limitarse o anularse el nombramiento previsto por el artículo anterior. El artículo 1708 preveía que el Juzgado de menores pudiera nombrar dicho «curador» antes del nacimiento del hijo extramatrimonial. Por su parte el artículo 1709 preveía que el «curador» referido en el artículo 1706 fuera el *Jugendamt* cuando el menor al nacer residiera en Alemania, ello salvo que ya se le hubiera nombrado otro «curador» o que por no corresponder la patria potestad a la madre procediera nombrar un tutor. Quizá la norma más discutida (y perjudicial para el padre biológico) de las contenidas en este Título era la recogida en el artículo 1711 que regulaba el trato personal del padre con su hijo extramatrimonial disponiendo que en estos supuestos quien fuera titular de la patria potestad (sólo podía serlo la madre) podía decidir el trato que el menor tuviera con su progenitor biológico, incluso podía negarle todo tipo de contacto. Dicho artículo remitía al artículo 1634 que establecía como excepcionalmente (cuando fuera conveniente para el bien del niño) podría el Juzgado de menores permitir una relación del niño con su padre biológico (redacción conforme a la Ley de 1979). Evidentemente todo este Título ha quedado derogado al entrar en vigor la nueva normativa reguladora del Derecho del niño (nos referimos a la reforma del BGB lograda con la *KindRG*).

<sup>60</sup> HENRICH, DIETER, *Familiefecht*, Regensburg, 1995, p. 9.

<sup>61</sup> BVerfGE 84,168.

casado pueda ser titular de la patria potestad, es decir exigiéndose que la patria potestad sea común en estos supuestos (supuestos en los que *v. gr.* los padres eran una pareja de hecho que convivía en un mismo hogar). Resultaba que según el artículo 1705 BGB cuando no mediaba matrimonio la patria potestad del niño sólo correspondía a la madre, el padre no tenía derecho a la misma. El bien del menor exigía que esta situación no perdurase<sup>62</sup>.

Finalmente la Ley para la reforma del Derecho del niño (KindRG), que entró en vigor el primero de julio de 1998, introdujo el artículo 1626a BGB que refiere que corresponde la patria potestad compartida a los padres que al nacer su hijo no estuvieran casados uno con otro si manifiestan ambos que quieren ejercerla conjuntamente o si se casan uno con otro, añade el artículo que en otro caso tendrá la madre la patria potestad. Precisamente en este contexto se comprende la reforma del artículo 1626 BGB prevista por la Ley de 16 de diciembre de 1997, fecha en la que se le añadió un tercer párrafo que refiere: «El bien del niño exige, por regla, su relación con sus dos progenitores...» Ciertamente el texto dado al artículo 1626a BGB no llega a igualar la posición del hijo extramatrimonial respecto al matrimonial en lo que concierne al trato con su padre. En un caso la posibilidad de ser titular de la patria potestad depende del consentimiento materno y en otro no. Ello dio lugar a que dicha reforma fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, finalmente el Tribunal constitucional alemán en sentencia de 29 de enero de 2003 consideró que la norma no se apartaba de lo constitucionalmente permitido. La prioridad a la madre soltera para el ejercicio de la guarda y custodia del menor (es decir, para ser titular de la patria potestad) respecto al otro progenitor se consideraba constitucional<sup>63</sup>. Finalmente señalar que el nuevo tratamiento dado a la patria potestad implica considerar al hijo como un ser humano joven con creciente madurez intelectual, que cuando esta dotado de capacidad natural es capaz de tomar decisiones racionales, motivo por el que se hace particularmente necesario el conocimiento de la psicología infantil. Todo ello supone que la reorganización de la patria potestad ha de fundarse en el respeto a la autonomía de voluntad del menor, no sólo los padres sino también el niño ha de poder decidir y por ello debe ser oído y tenido en cuenta en todas las cuestiones que le afecten<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> KÖSTER, Thomas, *Sorgerecht und Kindeswohl*. Ein Vorschlag zur Neuregelung des Sorgerechts, Frankfurt, 1996, p. 2.

<sup>63</sup> En este punto es obligado referirse al artículo 1671 BGB que tras la reforma introducida por la KindRG ha permitido que, si es conforme al bien del niño, tras el divorcio de los padres puedan mantener éstos compartida la patria potestad (que en la práctica se traduce en compartir la guarda y custodia del menor). Nos detendremos en esta norma posteriormente.

<sup>64</sup> KÖESTER, Thomas, *ob. cit.*, p. 4.

El concepto «interés del menor» o «bien del niño» ha sido finalmente insertado en el Código civil alemán, fue la Ley para la reforma del Derecho del niño (KindRG) de primero de julio de 1998<sup>65</sup>, Ley que ya anteriormente hemos referido, dicho normativa modificó distintos artículos del BGB<sup>66</sup>, en concreto el principio del interés superior del menor o bien del niño se comprende en el nuevo artículo 1697a BGB, artículo que refiere que el tribunal tomará toda decisión en el proceso en el que se resuelva sobre cuestiones reguladas en el Título de la patria potestad teniendo en cuenta lo que más se adecue a los fundados intereses propios del bien del niño. Se aprecia que al enunciar este principio, el legislador ha huido de todo concepto abstracto para observarlo como instrumento para resolver un determinado conflicto de intereses. La exigencia de buscar «lo que más se adecue al interés del niño» implica que se le da prioridad a dicho intereses sobre cualquier otro concurrente, y ésta es la pauta general en la aplicación del interés del menor.

Para lograr comprender el alcance de la Ley para la reforma del Derecho del niño debemos proceder a los motivos incluidos en el Proyecto de Ley que fue presentado ante el Bundestag en tanto las leyes alemanas carecen en su redacción final de una exposición de motivos<sup>67</sup>.

En dichos motivos se recogen los dos objetivos básicos de la Ley que eran, en primer lugar, el activar el desarrollo del Derecho del niño para conseguir lograr en la mejor forma posible el bien del menor, y en segundo lugar, suprimir todas las diferencias jurídicas existentes hasta la fecha entre los hijos matrimoniales y los hijos no matrimoniales. Para lograr tales objetivos se proponían como líneas directrices de la reforma las siguientes: Potenciar el bien del menor teniendo muy en cuenta su entorno y el trato con las personas que le son importantes y le suponen puntos de referencia. Subordinar toda relación del menor con sus familiares (incluyendo en caso de acogimiento a la familia biológica) al bien del niño, incluso se prevé que el propio menor pueda instar ante la oficina de protección del menor que se mantengan sus relaciones con sus

<sup>65</sup> Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (KindRG) de primero de julio de 1998.

<sup>66</sup> El bien del niño o interés superior del menor está presente en los siguientes artículos del BGB como veremos más adelante, a título de ejemplo señalamos los siguientes: 1666, 1632, 1671, 1672, 1678, 1680.2, 1681.2, 1684.4, 1685.2, 1686, 1688.3, 1696, 1697a, 1741, 1751, 1761 y 1757. También la KJHG lo encontramos presente en los artículos 27 (derecho de asistencia y subsidios para la educación), 38 (intervención del Jugendamt para tutelar la guarda y custodia del menor), 42 y 44 (respecto a la guarda del menor).

<sup>67</sup> Se trata del impreso (drucksache) del Bundestag 13/4899, de 13 de junio de 1996, en cuyo texto se recogen tanto los motivos que justifican la reforma como el propio Proyecto de Ley.

parientes y allegados. Posibilitar que la patria potestad del hijo extramatrimonial pueda ser compartida, estableciendo una igualdad de trato jurídico a todo tipo de hijo, sea matrimonial o no. Se consideraba en dicho documento que la patria potestad en lo sucesivo no podría tener un rol tan amplio como el que anteriormente se le había reconocido y por otro lado, se señala que el progenitor que no conviva con el niño debe poder relacionarse con el menor en todo caso (medie matrimonio o no).

Se señala que el bien del menor deberá ser determinante para decidir a que progenitor le corresponderá el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre el hijo común en los supuestos de separación y divorcio. Dicho bien del menor deberá sopesarse teniendo en cuenta los lazos afectivos del menor con sus padres y hermanos. Incluso si media acuerdo de los padres, el Juzgado de familia podrá no tenerlo en cuenta si lo considera contrario al interés del menor, pudiendo el hijo que tenga catorce años cumplidos igualmente oponerse a tal acuerdo<sup>68</sup>. Igualmente será el interés del menor el que decida si en el supuesto de fallecimiento del progenitor titular de la patria potestad ésta se trasmite al otro progenitor del menor<sup>69</sup>.

Tras la reforma que supuso la Ley de 1998 el concepto *Kindeswohl* (que podemos traducir como «bien del niño» o interés del menor») ha quedado incorporado en numerosos artículos del Código civil alemán, podemos señalar los siguientes: El artículo 1666 que prevé una serie de medidas dirigidas a apartar al menor de distintos peligros y riesgos para su desarrollo, el artículo 1632 sobre la permanencia del menor con la familia de acogida o su restitución a la familia de origen, los artículos 1671, 1672, 1678, 1680.2, 1681.2 en materia de patria potestad, los artículos 1684.4, 1685.2 que regulan la relación del niño con sus padres, parientes y allegados, el artículo 1686 que refiere el derecho de información de los padres, el artículo 1688.3 referido a la intervención del Juzgado de familia, 1696 igualmente referido a la intervención del Juzgado de familia en relación con las medidas previstas en los artículos 1666 y 1666a, el artículo 1697a que recoge el principio general del interés superior del niño al que ya hemos hecho referencia, los artículos 1741, 1751, 1761 sobre adopción y determinados consentimientos y audiencias del menor, y finalmente el artículo 1757 sobre el cambio de apellidos del menor.

Nos interesa ahora detenernos en el artículo 1671 BGB porque su actual texto recoge una de los mayores logros conseguidos por la reforma introducida por la KindRG en 1998. Se trata de la posi-

<sup>68</sup> Se corresponde con el artículo 1671 BGB.

<sup>69</sup> Se corresponde con el artículo 1678.2 BGB.

bilidad de que tras el divorcio los padres puedan mantener compartido el ejercicio de la patria potestad del menor si ello es conveniente para el bien del menor (recordemos que en Alemania no se distingue entre patria potestad y guarda y custodia). Dicho artículo 1671 BGB titulado vida separada con patria potestad compartida (es decir, ejercicio de patria potestad compartido) señala que si en la convivencia de los padres, a los que corresponde el ejercicio conjunto de la patria potestad, se produce una separación no transitoria, podrá solicitar cada uno de ellos al Juzgado de familia que se le adjudique de forma exclusiva el completo ejercicio la patria potestad o bien una parte de él.

Añade el párrafo segundo de dicho artículo que dicha solicitud será atendida si el otro progenitor está de acuerdo salvo que el hijo común con catorce años cumplidos se oponga, o si el bien del niño exige que se suspenda el ejercicio de la patria potestad conjunta. Termina el artículo señalando que si no hay lugar a admitir tal solicitud, el ejercicio de la patria potestad se regirá de acuerdo a otras consideraciones.

Se aprecia que el bien del niño resulta ser la piedra angular para decidir, se parte de la idea de que lo mejor para el menor es que el ejercicio de la patria potestad tras la separación o divorcio de sus padres se mantenga compartido (1671.2.2 BGB). La excepción a la regla precisamente la da el propio inciso segundo del párrafo segundo de esta norma al señalar que «no habrá lugar al ejercicio de la patria potestad compartida si así lo exige el bien del niño».

Evidentemente en Alemania tras la entrada en vigor de la KindRG en 1998 se ha producido un notable giro en las decisiones judiciales que ahora en los procedimientos de divorcio tienden a conceder la guarda y custodia (patria potestad) compartida. De hecho, Motzer, Stefan<sup>70</sup> ha realizado un seguimiento de la aplicación del artículo 1671 BGB y los resultados han sido contundentes a favor de la guarda y custodia compartida. En el año 2000 del total de divorcios habidos en Alemania resultaron los siguientes porcentajes: En el 69,35 por 100 de los casos hubo lugar a una guarda y custodia compartida de los padres. En el 21,62 por 100 la guarda y custodia correspondió exclusivamente a la madre y en el 1,52 por 100 correspondió exclusivamente al padre. Es claro que el bien del niño se relaciona en Alemania con la guarda y custodia compartida, opción que podría seguirse en otros ordenamientos.

<sup>70</sup> MOTZER, Stefan, «Die Entwicklung des Rechts der elterliche Sorge und des Umgangs seit 2002», *FamRZ*, 2004, p. 1145.

No obstante, señalar que el propio Tribunal constitucional alemán ha optado en la sentencia de 18 de diciembre de 2003<sup>71</sup> por interpretar el artículo 1671.2 BGB en el sentido de que la necesidad de que la guarda y custodia compartida no perjudique al bien del niño implica que debe mediar una mínima armonía entre los padres. En el mismo sentido el Tribunal Supremo Federal alemán ha considerado que el ejercicio de la patria potestad conjunta exige que medie una «relación social firme entre los padres» que haga posible el consenso y la cooperación necesarias para posibilitar el correcto desarrollo del niño<sup>72</sup>.

Del numeroso articulado referido se deduce que el «bien del niño» o «interés superior del menor» cumple muy distintas funciones en el ámbito del Derecho de familia y ello precisamente puede ser fuente de complicaciones y confusiones a la hora de intentar acotar este concepto<sup>73</sup>. Como ya hemos señalado en el comienzo de este trabajo, en esta materia es peligroso intentar buscar definiciones abstractas, por el contrario lo adecuado es centrarse en el caso concreto, en el niño concreto y ante el conflicto de intereses en el que se encuentre inmerso, hacer prevalecer su interés sobre los otros concurrentes.

En unos supuestos el bien del niño obligará en su caso a fijar cual de las medidas que permite tomar el artículo 1666 BGB será la más adecuada en caso de que medie un peligro o riesgo para el menor, teniendo en cuenta que no se trata de buscar lo mejor para el menor (la medida que le proporcione el máximo beneficio posible), sino de buscar una medida suficiente, una medida que baste para neutralizar el perjuicio que acecha al niño. En este sentido señalar que a título de ejemplo sólo habrá lugar a la adopción cuando sirva al «interés del menor», es decir, se busca la proporcionalidad, la adopción (separación del menor de su familia de origen) sólo podrá justificarse como última medida posible. Ésta es la interpretación que debemos dar al término *Kindeswohl* (bien del niño) en los artículos 1741.1, 1680.2 y 1685 BGB<sup>74</sup>.

En otros supuestos, el término *Kindeswohl* aparece en el BGB como principio informador del Derecho de familia (en concreto la regulación de la patria potestad) (art. 1697a). Norma, ya referida, que obliga a reinterpretar todas las disposiciones conexas teniendo en cuenta el interés superior del menor.

<sup>71</sup> BverfG, *FamRZ*, 2004, p. 354.

<sup>72</sup> BGH, *FamRZ*, 1999, 1646.

<sup>73</sup> DETTENBORN, Harry, ob. cit. p. 52.

<sup>74</sup> Idem, p. 57.

También se ha señalado que el Kindeswohl contiene una «metafunción» a la luz del artículo 1696.1 BGB, parágrafo que señala que los Juzgados han de cambiar sus decisiones cuando aprecien que, (a pesar de tales decisiones), el bien del niño es perjudicado por causas persistentes. Se trata de una norma que obliga a revisar todo proceso que afecte a un menor, norma directamente dirigida al juez que ha de estar alerta en la búsqueda del bien del niño mediante la adopción de la medida que mejor se adecue a su interés<sup>75</sup>.

En otras ocasiones este término se utiliza como pauta para determinar si es conveniente la relación entre el menor y un familiar o allegado. Así el artículo 1626.3 BGB en su texto vigente señala que el bien del niño exige, por regla, su relación con sus dos progenitores. Añade que también exige su relación con otras personas, con las que el mismo tenga ya relaciones, si su mantenimiento es conveniente para su desarrollo. Este artículo debemos conectarlo con el artículo 1685 BGB que señala que los abuelos y hermanos tendrán el derecho a relacionarse con el menor cuando ello sirva al bien del niño. En este punto, debemos felicitar al legislador alemán que lejos de guiarse por criterios biológicos fundados en «el deber ser de las cosas» o el llamado «orden natural» se centra en el bien del niño, y en su caso, en la previa existencia de una relación afectiva, porque es en estos supuestos en los que la ruptura de dicha relación puede dañar al menor<sup>76</sup>.

En todo caso, debemos señalar que aunque los supuestos legales que recogen el interés del menor son múltiples, ni encontramos en el articulado del BGB una escala que fije los criterios concretos que determinen su aplicación, ni debemos buscarla (v. gr.: Ninguna norma establecerá cual es el nivel de maltrato que haya de sufrir un menor para que quede justificada su separación de sus padres). El legislador se ha limitado a introducir un principio informador en un

<sup>75</sup> DETTENBORN, Harry, ob. cit., , pp. 57-58.

<sup>76</sup> Me remito al trabajo que con el título «El artículo 160.2 y 3 del Código civil: Norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos» publiqué en el diario *La Ley* en fecha 26 de abril de 2001, núm. 5296. En dicha ocasión consideraba que la relación entre el menor y sus abuelos debía fundarse en vínculos afectivos antes que biológicos, por ello consideraba que ante un conflicto de intereses entre los padres y los abuelos (supuestos en los que se niega el derecho de visita), debía primar el interés superior del menor y ello implicaba que no procedía una presunción de conveniencia de la relación entre el menor y sus abuelos fundada en razones biológicas (presunción que, en dicho conflicto, sería en contra de los padres titulares de la patria potestad) sino que dicha presunción sólo podría fundarse en la existencia de una previa relación afectiva. De no existir relación previa entre el menor y su abuelo, de no conocerse, no cabría aplicar una presunción fundada en el lazo biológico, sino que el juez sin prejuicio alguno debería libremente sopesar cuál sería en ese punto el interés superior del menor, pues en todo caso se trataría de un derecho de visita en beneficio del menor, y no en beneficio del abuelo.

marco determinado (el Derecho de familia) y a incorporar dicho instrumento en la reformulación de determinadas normas para utilizarlo como criterio resolutorio de determinados conflictos<sup>77</sup>.

## VI. EL DERECHO DE CORRECCIÓN DESPUÉS DE LA LEY DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2000

Es evidente que el interés superior del menor, el bien del niño, es hoy pieza clave de todo el Derecho de familia alemán, las consecuencias del nuevo tratamiento que merecen las relaciones paterno-filiales a la luz de tal principio no se han hecho esperar. Nos centraremos en el nudo gordiano de esta regulación, es decir en el artículo 1666 BGB, norma cuyo texto actual se debe a la Ley para la reforma del Derecho del niño (KindRG) de primero de julio de 1998. Ya sabemos que el artículo 1666 BGB recoge en su supuesto de hecho que tanto el ejercicio de daño corporal como de daño psicológico pueden dar lugar a una intervención estatal. Nos centramos ahora en dichos daños y nos planteamos hasta qué punto pueden considerarse como un ejercicio permitido del derecho de corrección de los padres y hasta qué punto pueden ser considerados como un maltrato del niño, porque ésta ha sido una cuestión muy debatida en Alemania últimamente.

Creemos que este tema fue correctamente tratado por Honig<sup>78</sup> al considerarlo como el resultado final de una lenta evolución. El castigo corporal fue en un principio descartado en el derecho penal, posteriormente también fue socialmente rechazado en las relaciones entre adultos, finalmente queda reducido como medida aparentemente justificada al ámbito de la educación del menor. Efectivamente, la modernización y democratización de la sociedad supuso el abandono a principios del siglo xx de ciertas medidas de fuerza del empresario sobre sus subalternos medidas que implicaban el castigo corporal y que anteriormente había sido socialmente aceptadas, posteriormente se dejó de considerar la fuerza como medida correctora, anteriormente tolerada, que el marido pudiera ejercer sobre su mujer y ahora, en los albores del siglo XXI encontramos que el último grupo sobre el que el ejercicio de la violencia ha

<sup>77</sup> Por último, debemos referir aquí la *Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts* de 15 de diciembre de 2004 que entró en vigor el primero de enero de 2005; ley que ha modificado tanto la *Lebenspartnerschaftsgesetz* como el propio BGB, otorgando a las parejas de hecho registradas determinados derechos sobre el menor cuando así lo exija en interés superior del niño (incluyendo la adopción en determinados supuestos). Dicha normativa es tratada en el último capítulo de este trabajo.

<sup>78</sup> HONIG, Sebastian, *Verhäuslichte Gewalt*, Frankfurt am Main, 1986, p. 261.

resultado aun legítimo es el de los niños, quienes son precisamente los seres socialmente más desprotegidos e indefensos<sup>79</sup>.

Consecuentemente, la doctrina alemana últimamente venía abogando por una reforma de su Código civil para prohibir sin excepciones todo tipo de violencia sobre el menor. El primer intento se produjo en 1998 momento en que se reformó el artículo 1631 del BGB cuyo texto paso a decir que las medidas de educación humillantes, especialmente el maltrato físico y síquico eran inadmisibles. Dicho texto evidentemente no aclaraba cuál era la frontera hasta la cual podría llegar el derecho de corrección de los padres, en realidad el objetivo de la reforma era meramente aclarar que ni el maltrato físico ni el síquico podrían ser medios aptos en la educación de un menor, pero no entraba en determinar que podría considerarse maltrato en un supuesto concreto. En todo caso si nos remitimos a las discusiones habidas en el Parlamento alemán deducimos que se consideró maltrato como todo trato inadecuado que perjudicase el bienestar de la salud corporal y síquica del menor en un grado que no fuera irrelevante<sup>80</sup>. En dicha ocasión (XIII legislatura) los partidos de la oposición no pudieron imponer sus reivindicaciones que exigían la prohibición total y general de todo tipo de violencia (fuerza) en las relaciones paternofiliales. El problema, como señalan Salgo y Heilmann<sup>81</sup>, es que con el texto que en 1998 se le dio al artículo 1631 resultaba que una medida educativa de fuerza sólo llegaría a ser inadmisibile cuando traspasara el umbral de lo permitido, dejando a los padres un amplio margen difícilmente controlable en el que podían ejercer castigos físicos a sus hijos. En absoluto se había conseguido vetar el uso de violencia en la educación del menor, por el contrario ésta quedaba consagrada como legítimo ejercicio del derecho de corrección de los padres. La coalición gubernamental alegó que ése era el precio que había que pagar para lograr un derecho de educación adecuado<sup>82</sup>.

Posteriormente, la Ley de 7 de noviembre de 2000, ley para la ilegalización de la violencia en la educación y modificación del derecho de alimentos del niño, ha vuelto a reformar el artículo 1631 del BGB<sup>83</sup> vetando definitivamente y sin excepciones todo

<sup>79</sup> SCHUMACHER, Sylvia, «Mehr Schutz bei Gewalt in der Familie», *FamRZ*, 2002, p. 645; SCHWIKERT, Birgit, «Wer schlägt, der geht?; Das geplante Gewaltschutzgesetz- Hintergrund, Chancen und offene Fragen», *Streit* 2001, p. 51. PRENGEL, Annedore, «Gewaltfreies Erziehen in Familien –Widerspruch von Freiheit und Strukturierung», *Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend*, in *Materialien zur Familienpolitik*, nr.8, Bonn, 2001, p. 20.

<sup>80</sup> BT-Drucks 13/8511, p. 65.

<sup>81</sup> SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan, ob. cit., p. 969.

<sup>82</sup> BT-Drucks 13/8511.

<sup>83</sup> Artículo1631 BGB, texto vigente: «Inhalt und Grenzen der Personensorge. Die Personensorge umfasst insbesondere die Pflicht und das Recht, das Kind zu Pflegen, zu

tipo de fuerza o violencia sobre el menor. Dicha norma actualmente refiere que los niños tienen derecho a una educación libre de violencia, castigo corporal, ofensas síquicas u otros comportamientos humillantes por ser inadmisibles<sup>84</sup>. Se trata de una prohibición en términos absolutos porque el legislador premeditadamente ha querido evitar que en lo sucesivo subsistan terrenos fronterizos que den lugar a la ambigüedad. El niño tiene derecho a una educación libre de todo tipo de fuerza o violencia, al igual que la mujer tiene derecho a una convivencia con su pareja libre de todo tipo de fuerza o violencia o el trabajador a una relación laboral libre de toda fuerza o violencia, sin duda se trata del punto final de una larga, lenta y tortuosa evolución. Las medidas correctoras en Alemania y en lo sucesivo deberán fundarse en la inteligencia antes que en la fuerza, cualquier tipo de azote ha quedado prohibido. De hecho, se considera que no es la mejor forma de educar la fundada en la fuerza, pues puede provocar secuelas físicas y síquicas indelebles. El legislador germano ha seguido la línea marcada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha venido condenando el castigo corporal tanto en el sistema penal de sanciones, como en el ámbito escolar como muy particularmente en las medidas correctoras de los padres, convirtiéndose en el primer legislador europeo que prohíbe de forma radical todo tipo de castigo físico o psíquico sobre el menor<sup>85</sup>.

Quizá, en este punto, el concepto más difícil de definir sea el de «maltrato psíquico» recogido en el artículo 1631 BGB, concepto condicionado por múltiples factores entre los que han de tenerse muy en cuenta tanto la edad como el sexo del menor; se considera que el maltrato síquico puede darse por las siguientes causas: Por un comportamiento enfermizo del padre que continuamente desmoralice a su hijo o lo trate con extrema frialdad, por el hecho de que se le prive de toda comunicación durante un cierto

---

erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.

Das Familiengericht hat die Eltern auf Antrag bei der Ausübung der Personen sorge in geeigneten Fällen zu unterstützen.»

«Contenido y límites de la patria potestad. El ejercicio de la patria potestad comprende especialmente el deber y el derecho, de cuidar al niño, educarlo, vigilarlo y fijar su residencia.

Los niños tienen derecho a una educación libre de violencia, castigo corporal, ofensas síquicas u otros comportamientos humillantes por ser inadmisibles.

El Juzgado de familia ha de ayudar a los padres para lograr el adecuado ejercicio de la patria potestad.»

<sup>84</sup> PESCHEL-GUTZEIT, Lore-Maria, «Das Kind als Träger eigener Rechte», *Frühe Kindheit*, 2001, p. 6.

<sup>85</sup> EHRHARDT-RAUCH, Andrea, «Das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung und seine Auswirkungen auf die soziale Arbeit», *ZfJ*, núm. 2/2004, p. 60.

período de tiempo, por zarandearlo delante de sus amigos o terceros, por burlarse del hijo, por atacarlo con ironías o sarcasmos o finalmente por el mantenimiento de un comportamiento ambiguo con el menor<sup>86</sup>.

Igualmente el texto del artículo 1631.2 BGB se refiere a otros «comportamientos humillantes», entre los cuales la doctrina incluye los que produzcan al menor la pérdida de su autoestima o de su dignidad, comportamientos que incluyen no sólo la coacción para realizar actividades criminales o para prostituirse, sino también atar al menor o determinados castigos no tolerables, como p. ej. raparle el cabello<sup>87</sup>.

Esta prohibición absoluta de toda fuerza o violencia física o síquica conlleva determinadas consecuencias jurídicas, que se materializan no sólo en forma de sanciones previstas tanto en el ámbito civil como en el penal, sino igualmente en el derecho a una indemnización de daños y perjuicios materiales y morales contra el autor del maltrato<sup>88</sup>. Sanciones que en el ámbito civil no están totalmente perfiladas, si bien cuando hayan mediado malos tratos severos se considera que lo razonable es impedir todo futuro contacto entre el maltratador y su víctima<sup>89</sup>, en otros casos en los que se ha ejercido violencia de «baja intensidad» la solución adecuada parece que ha de ser otra. Se propone en esta línea la toma de soluciones alternativas a la separación del menor de sus padres mediante la privación de su guarda y custodia o incluso de su patria potestad. Sanciones que impliquen vincular a toda la familia en la correcta educación del menor mediante diversos mecanismos tales como una intervención terapéutica de la familia, o la obligación de someterse a un curso dirigido a aprender técnicas de comunicación, por todo ello se considera que queda una larga tarea por desarrollar<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> EHRHARDT-RAUCH, Andrea, ob. cit., p. 61. Al respecto comenta el debate habido con razón de la aprobación de la Ley de 7 de noviembre de 2000 (véase: BT-Drucks 14/1247, p. 8).

<sup>87</sup> EHRHARDT-RAUCH, Andrea, ob. cit., p. 61. Autor que considera que hay otras vías para educar distintas a las que conllevan amenazas o castigos síquicos o físicos. De esta forma los elogios, las recompensas deben administrarse racionalmente en la educación del menor. Considera que otras medidas como las que puedan implicar la prohibición de una determinada actividad (como p. ej. la prohibición de ver la televisión o de usar el ordenador) o la retirada de la paga semanal pueden resultar válidas y adecuadas.

<sup>88</sup> Por un lado, encontramos las medidas previstas por los artículos 1666 y 1666a BGB ya referidas, por otro lado y en el ámbito penal lo dispuesto por los artículos 185, 223 y ss., 239 y 240 StGB, y finalmente respecto a la indemnización de daños y perjuicios lo previsto por los artículos 823 y 847 BGB.

<sup>89</sup> HÖFLINGER, Astrid, «Bei Partnerschaftsgewalt kein elterliches Umgangsrecht nach der Trennung». FFM, *ZfJ*, núm. 2/2004, p. 63.

<sup>90</sup> EHRHARDT-RAUCH, Andrea, ob. cit., p. 63.

La actividad legislativa dirigida a la prohibición de la violencia sobre menores no se ha agotado con la reforma del artículo 1631 BGB, por el contrario ha continuado dando lugar a la Ley para el mejoramiento de la protección civil por actos de violencia o persecución y de adjudicación de vivienda familiar en el caso de separaciones, Ley de 11 de diciembre de 2001 que entró en vigor el primero de febrero de 2002<sup>91</sup>. Se trata de una normativa dirigida contra la violencia doméstica, que procura mejorar la protección preventiva y que incidentalmente afecta al niño. Decimos incidentalmente porque en principio cuando la persona que cause un daño físico o síquico al menor sea titular de su patria potestad o su tutela se aplicará directamente el artículo 1666 BGB, sólo cuando el causante del daño sea un tercero a quien no corresponda el cuidado del menor procederá la aplicación de la Ley de 11 de diciembre de 2001<sup>92</sup>. En virtud de esta normativa se puede lograr que dicho tercero sea obligado a salir del hogar familiar (en el supuesto de que allí residiera), y da lugar a las llamadas órdenes de protección para evitar que el autor del daño pueda volver a entrar en la vivienda familiar así como para evitar que pueda volver a relacionarse en el futuro con la persona ofendida.

Finalmente recogemos la Ley de primero de febrero de 2002 para el mejoramiento de los derechos del niño<sup>93</sup> que ha venido a ampliar el artículo 1666 BGB. Esta Ley protege al niño respecto al causante del daño, la novedad la encontramos en que no sólo afecta al progenitor causante del daño al que podrá prohibírsele el acceso a la vivienda donde resida su hijo, sino también al tercero ajeno a la patria potestad o a la tutela del menor que le hubiera causado el daño (puede ser un vecino) quien igualmente verá judicialmente vetado el acceso al bloque donde resida el menor. Se trata de una normativa que abre muchas vías de actuación al juez, quien en lo sucesivo tendrá un amplio margen de actuación.

## VII. LA ACTUACIÓN DEL JUZGADO DE FAMILIA. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

La intervención estatal usualmente se realizará mediante la intervención del Juzgado de familia. En el procedimiento previsto

---

<sup>91</sup> Gesetz zur Verbesserung des zivilgerichtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehwohnung bei Trennung de 11 de diciembre de 2001, conocida como Gewaltschutzgesetz (GewSchG).

<sup>92</sup> Podemos pensar en el supuesto de que el daño lo cause el padrastro o incluso el padre privado de Patria Potestad.

<sup>93</sup> Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz) KindRVerbG.

el juez podrá conocer de oficio<sup>94</sup> si bien su intervención podrá haber sido impulsada por el Jugendamt, por un tercero relacionado con el menor (médico, responsable de guardería...) o incluso anónimamente. En dicho procedimiento se prevén una serie de audiencias a los padres, cuidadores y al propio menor<sup>95</sup>, está última ha cobrado últimamente gran importancia y busca –según señala Weyers<sup>96</sup>– el trato humano del niño que no puede quedar cosificado. Se trata de facilitar al Juzgado un mayor entendimiento de su personalidad y situación, de sus necesidades y sentimientos<sup>97</sup>.

En todo caso, cuando el menor haya cumplido catorce años deberá ser oído siempre, y si no llega a tal edad deberá dársele audiencia si «las inclinaciones, compromisos o deseos del niño tuvieran significado en la decisión a tomar...»<sup>98</sup>. La cuestión podría ser determinar la edad mínima en la que el menor en todo caso podría ser oído, en este punto encontramos autores que consideran que incluso un niño de tres o cuatro años ha de ser oído, si bien lo importante sería saber valorar e interpretar la voluntad y querencias del niño<sup>99</sup>. El Tribunal constitucional alemán considera que la voluntad del menor ha de tenerse en cuenta cuando se tomen decisiones que le afecten<sup>100</sup> y si bien es cierto que han de tenerse en cuenta la situación en que se encuentre el niño al expresar su voluntad (edad, estado de desarrollo, condición mental), también es cierto que los jueces alemanes cada vez tienen más en cuenta la voluntad del niño<sup>101</sup>.

Cuando medie proceso civil en el que se entienda sobre un maltrato de menores la Ley impone la participación del Jugendamt que es una oficina pública para la protección de la juventud. Los artículos 49 y 50 SGB VIII<sup>102</sup> prevén una audiencia para que el Jugenda-

<sup>94</sup> Artículo 12 FGG.

<sup>95</sup> Artículos 50a, 50b y 50c FGG.

<sup>96</sup> WEYERS, Hans Leo, Seminario sobre *Kindeswohl*, Frankfurt am Main, marzo-julio 2003.

<sup>97</sup> STAUDINGER y COESTER, ob. cit., (comentario al art. 1666 BGB) núm. 215.

<sup>98</sup> Artículo 50b ap. I, FGG.

<sup>99</sup> ZITELMANN, Maud, ob. cit., p. 126.

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de noviembre de 1980, BVerfGE 55, 171 (182). Ante todo se considera que el niño es una persona provista de derechos fundamentales, persona que ha de ser oída al tomarse decisiones que le conciernen.

<sup>101</sup> Así lo refieren STAUDINGER y COESTER en su comentario al artículo 1666 BGB, ob. cit., núm. 71.

<sup>102</sup> *Sozialgesetzbuch (SGB) Achtes Buch (VIII) Kinder- und Jugendhilfe* (entró en vigor el primero de enero de 1991, reforma el 8 de diciembre de 1998), artículo 50:

«(1) El servicio de ayuda a la juventud (Jugendamt) apoyará tanto al Juzgado tutelar como al Juzgado de familia en todas las medidas que sean necesarias adoptar para garantizar el cuidado personal de niños y jóvenes. Igualmente intervendrá en los procesos que tanto del Juzgado tutelar como del de familia se deriven y sean referidos en los artículos 49 y 49.<sup>a</sup> de la Ley sobre jurisdicción voluntaria.

(2) El servicio de ayuda a la juventud informará especialmente sobre resultados ofrecidos y producidos, aportará puntos de vista pedagógicos y sociales para el desarrollo del niño o joven e indicará sobre ulteriores posibilidades de ayuda.

mt tenga la oportunidad de expresar su opinión y colaborar con el Juzgado. El Jugendamt ayudará al juez en la indagación de las circunstancias necesarias para la toma de decisiones y su participación tiene como objetivo establecer los puntos jurídicos, educativos y sociales claves para el desarrollo del niño o joven. El Jugendamt no es una mera oficina auxiliar para la ayuda judicial sino de un organismo dotado de autonomía con un *status* propio<sup>103</sup>.

Ya hemos indicado que no hay lugar a tratar el interés superior del menor si no se contempla como instrumento para la resolución de los distintos conflictos de intereses en los que pueda quedar inmiscuido el menor. Pero cuando el conflicto se da entre los intereses de los padres y los intereses del menor se produce un desequilibrio procesal que obliga al Estado a intervenir. Para estos supuestos encontramos en nuestro Ordenamiento la figura del defensor judicial y en Alemania tras la reforma del derecho procesal operada por la Ley de primero de julio de 1998 que ha dado nueva redacción al artículo 50 FGG<sup>104</sup> se dispone de la figura del *Verfahrenspfleger*<sup>105</sup> para cuando exista una notable contraposición de intereses entre los padres y el menor, dicha norma señala que el Juzgado sólo podrá omitir tal nombramiento fundamentando su decisión. La doctrina, no obstante, sigue considerando que tal previsión legal no es suficiente en tanto que no está previsto que dicho «abogado del menor» deba acreditar una determinada formación, por el contrario en principio podría ser defensor del menor cualquier persona. Por ello se afirma que la Ley debería haber optado por prever el nombramiento de un «defensor de oficio» experto en la materia y concededor de los derechos del menor<sup>106</sup>.

Cuando el Jugendamt conoce la existencia de un menor necesitado de ayuda por hallarse en cualquiera de los supuestos previstos por el artículo 1666 BGB lo comunicará al Juzgado. En un primer momento se tomarán las medidas provisionales pertinentes en un procedimiento de urgencia, para ello basta con que las alegaciones hechas sean creíbles, si bien la decisión definitiva deberá fundarse

(3) Al servicio de ayuda a la juventud le corresponde mantener una posición activa ante el Juzgado en lo que sea necesario para evitar una amenaza al bien del niño o del joven, es decir acudir ante el Juzgado a los efectos expuestos en el párrafo segundo.»

<sup>103</sup> WIESNER, Reinhard, y MÖRSBERGER, Thomas, *SGB VIII –Kinder- und Jugendhilfe*, Munich, 2000, p. 50.

<sup>104</sup> FGG, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

<sup>105</sup> La palabra *Verfahrenspfleger* podría traducirse como curador judicial, en la práctica desarrolla las mismas funciones que corresponden al defensor judicial en el caso de conflicto de intereses del titular de la patria potestad con su hijo.

<sup>106</sup> SALGO, LUDWIG, *Der Anwalt des Kindes*, Frankfurt am Main, 1996, p. 5 y ss. y en «Die Implementierung der Verfahrenspflegschaft», *FPR*, 1999, pp. 313-321. También WEYERS, Hans Leo, Seminario sobre Kindeswohl, marzo-julio 2003.

en alegaciones probadas. Entre las medidas previstas por los artículos 1666 y 1666a del BGB que pueden ser adoptadas, la más extrema será la de separar al menor de sus padres, medida que sólo se justifica cuando se han practicado todas las pruebas necesarias y se ha comprobado la veracidad de los hechos alegados, pudiendo razonablemente evaluarse las circunstancias concurrentes y el grado de la amenaza al bien del niño<sup>107</sup>. Estas decisiones podrán cambiarse en todo momento en tanto se compruebe que se favorece el interés del menor<sup>108</sup>.

Estas medidas provisionales en principio carecen de un plazo legal, sólo perderán vigencia cuando sean sustituidas por las definitivas. Este hecho ha sido duramente criticado por la doctrina, pues se afirma que existe un deber constitucional de añadir un plazo a cualquier decisión provisional<sup>109</sup>. Sin embargo, en la práctica judicial ocurre justamente lo contrario, en ocasiones estas medidas civiles para la protección del menor dan lugar a efectos definitivos, pensemos que en ocasiones el menor alcanza la mayoría de edad sin que el proceso haya terminado y resulta que una decisión provisional se convierte en decisión final.

Además debemos tener en cuenta el sentimiento infantil del tiempo, un año en la vida de un niño tiene distinto significado a un año en la vida de un adulto, de hecho un lapso pequeño de tiempo puede significarle una eternidad. Pero además si se opta por separar al pequeño de sus padres para insertarlo en una familia de acogimiento se debería ser muy cauto. No debe jugarse con los sentimientos del menor y en principio debemos considerar contrario al interés del menor el que tras un período de tiempo estimable en el seno de una familia de acogimiento el menor fuera separado de ésta<sup>110</sup>.

Finalmente señalar que en Alemania están totalmente separadas la jurisdicción civil y la jurisdicción penal, siendo posible que de mediar maltratos simultáneamente se desarrollen dos procedimientos, uno civil para privar a los padres de la patria potestad y otro penal para enjuiciar el delito. Sólo hay lugar a iniciar previamente la vía penal si se tratase del ejercicio de una acción civil para reclamar una indemnización de daños y perjuicios por la comisión de un

---

<sup>107</sup> Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional alemán repetidamente: BVerfG, *FamRZ*, 1994, 233 y BVerfG, *FamRZ*, 2002, 1021.

<sup>108</sup> WEYERS, Hans Leo, Seminario sobre Kindeswohl, marzo-julio 2003.

<sup>109</sup> HEILMANN, Stefan, *Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht*, Neuwied, 1998, p. 257.

<sup>110</sup> Recogemos la opinión de SALGO, Ludwig, en *Pflegekindschaft und Staatintervention*, Darmstadt, 1987, p. 50 y ss., autor que considera que el tiempo en los procedimientos sobre el bien del menor se presenta como problema nuclear del Derecho de familia.

hecho tipificado como delito. En todo caso, de mediar maltratos, el juez de lo civil no estará obligado a dar parte al juez de lo penal de los maltratos causados al menor <sup>111</sup>.

## VIII. INTERVENCIÓN DEL JUGENDAMT

El Jugendamt es un servicio público para la protección de la juventud que presenta oficinas tanto a nivel municipal como comarcal, su función principal consiste en la adopción de las medidas necesarias para la protección del niño y del joven (Jugendhilfe), destacando su intervención en los supuestos de maltrato de niños. Se rige por la SGB VIII de 1991 <sup>112</sup>, norma que sustituyó la JWG de 1922 <sup>113</sup>, frente al carácter administrativo e intervencionista de esta última destaca el carácter protector y asistencial de la primera. La nueva Ley antes que perseguir la intervención busca el ofrecimiento de prestaciones asistenciales. Se trata de una apertura hacia los padres en busca de su cooperación en la formación del menor mediante una serie de ayudas principalmente educativas. Wiesner considera que existe una exigencia constitucional que obliga a la protección preventiva del menor –sea niño o joven– mediante un apoyo familiar en lo que pueda servir para neutralizar determinadas amenazas para el desarrollo del menor <sup>114</sup>.

La SGB VIII prevé un amplio abanico de medidas a considerar, de entre ellas tienen especial relevancia las previstas en el artículo 16.1.3 enfocadas al fomento de la educación, destaca la exigencia legal de aleccionar a la familia en la búsqueda de vías de solución de conflictos familiares <sup>115</sup>. Por otro lado encontramos las prestaciones ofertadas a los responsables del menor por los artículos 27 y siguientes SGB VIII, entre estas ayudas destacan el asesoramiento en la educación (art. 28), la asistencia pedagógica-social (art. 31), el cuidado del niño a tiempo completo (art. 33). Por su parte el artículo 34 SGB VIII prevé la posibilidad de prestar viviendas colectivas a los jóvenes menores de edad, en ellas éstos vivirán

<sup>111</sup> Queda al libre arbitrio del juez de lo civil decidir si los hechos son los suficientemente graves como para dar lugar a un proceso penal, en absoluto está obligado a poner en conocimiento del juez de lo penal tales hechos. Además en ocasiones puede juzgarse que, ante una conducta irregular de los padres pero no reiterada, no sea lo mejor para el bien del niño el inicio de una causa penal contra sus padres.

<sup>112</sup> SGB VIII, Sozialgesetzbuch Achtes Buch. Kinder –und Jugendhilfe, de primero de enero de 1991, reformada el 8 de febrero de 1998.

<sup>113</sup> JWG, Jugendwohlfahrtsgesetz de 1922.

<sup>114</sup> WIESNER, Reinhard, *SGB VIII –Kinder-und Jugendhilfe*, Munich, 2000, pp. 15 y ss.

<sup>115</sup> Medidas introducidas por la *Gesetz zur Ähtung der Gewalt in der Erziehung* de 6 de julio de 2000.

en comunidad asistidos por un «curador»<sup>116</sup>, de esta forma se les deja a los jóvenes un amplio campo para su propia iniciativa bajo un control asistencial. Por otro lado, el artículo 8.3 SGB VIII permite al joven o niño (a cualquier edad) dirigirse al Jugendamt para pedir una consulta privadamente, sin conocimiento del titular de su patria potestad o tutela, siempre que considere que el conflicto existente con sus padres o tutor es grave y exige la adopción urgente de medidas<sup>117</sup>.

Considera Heilmann<sup>118</sup> que aunque la SGB VIII (art. 3) prevé que estas funciones asistenciales puedan en ocasiones ser realizadas también por organizaciones no gubernamentales de carácter asistencial, sin embargo la responsabilidad para el ejercicio de esta función de guarda estatal (que comprende tanto la vigilancia como el control) corresponde en última instancia al Estado a través del Jugendamt.

Cuando la amenaza al bien del niño no puede neutralizarse mediante ayudas educativas en el ambiente de origen procede una intervención de crisis dirigida a la protección del menor, pero tal opción de por sí crea tensiones estructurales<sup>119</sup>. De la lectura de la SGB VIII y de la Constitución resultan antinomias, por un lado se propone no intervenir con demasiada intensidad en el ámbito de actuación de los padres, por otro se exige neutralizar la amenaza al interés del menor a tiempo y con eficacia. En la práctica surge un conflicto entre la eficacia buscada y el principio de intervención mínima, lo cual ha dado lugar a no pocos reproches por quienes no han comprendido la orientación buscada por el servicio de asistencia al menor. En todo caso ha de distinguirse entre el derecho constitucional a reactivar las relaciones paterno-filiales y el deber constitucional de proteger al menor separándolo de su familia cuando ello sea obligado.

El Jugendamt podrá actuar directamente en casos de urgencia<sup>120</sup>, en dichos supuestos el Jugendamt podrá decidir tanto la residencia del menor como las tareas educativas pertinentes (art. 42 SGB VIII), se trata de medidas a tomar durante un espacio de tiempo limitado. Dicho artículo establece como función primordial en estos supuestos la de informar y aconsejar al menor sobre su situa-

---

<sup>116</sup> Betreuer.

<sup>117</sup> WIESNER, Reinhard, ob. cit., p. 8.

<sup>118</sup> HEILMANN, Stefan, «Hilfe oder Eingriff?», *ZfJ*, 2000, p. 41. Refiere a título de ejemplo instituciones tales como Caritas, Cruz Roja u otras especializadas.

<sup>119</sup> MÜNDER, Johannes, *Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz*, Münster, 2000, p. 113.

<sup>120</sup> WIESNER, Reinhard, ob. cit., p. 42, nos informa que en año 2000 hubo lugar a 31.124 intervenciones de urgencia del Jugendamt en Alemania.

ción ofreciéndosele las medidas de ayuda y apoyo necesarias. Entre las medidas que provisionalmente puede adoptar el Jugendamt encontramos la entrega en custodia del niño a una familia de acogimiento o su ingreso en una comunidad de jóvenes, siempre y cuando conste un daño inminente para el bien del menor (art. 42.3) o el mismo pida la aplicación de tales medidas (art. 42.2). En ambos supuestos el Jugendamt deberá informar a los titulares de la patria potestad (o tutela) sin retraso, si éstos no se oponen la medida se mantendrá (y no hay previsto plazo legal <sup>121</sup>), si se oponen a la actuación del Jugendamt resultará que si bien los padres conservan la «guarda y custodia» el niño no habitará con ellos, pues la controversia será elevada por el Jugendamt a la autoridad judicial para que decida sobre el mantenimiento de la medida o la toma de otras medidas necesarias para el bien del niño.

La separación del niño de su familia de origen debe regirse por el principio de la proporcionalidad teniendo muy en cuenta tanto los efectos colaterales y consecuencias negativas que puede producir tal intervención <sup>122</sup> como el alcance de la amenaza que se cierne sobre el niño. Nos movemos entre el peligro que supondría una separación prematura y el error que supondría dar demasiadas oportunidades a una familia problemática cuando los reiterados esfuerzos por lograr una rehabilitación social de la familia podrían convertir al niño en un objeto experimental de la sociedad y experimentar durante demasiado tiempo con medidas de ayuda puede contribuir a que cuando ya en un último momento se decida la intervención el niño este dañado ya irreversiblemente <sup>123</sup>. Se impone consecuentemente una cuidadosa planificación de la ayuda (art. 36 SGB VIII).

Podemos resumir estas líneas diciendo que las funciones primordiales del Jugendamt son la de prestación de ayuda a menores y la participación en el procedimiento judicial que afecte al menor, con carácter excepcional se prevé también la intervención en el seno familiar para separar al niño de sus padres cuando lo exija razones de urgencia y peligrosidad. Esta institución ha sido implantada en Alemania siguiendo el modelo de la oficina de protección de menores de los Estados Unidos <sup>124</sup>, sin embargo, a diferencia de

<sup>121</sup> Esto motiva la crítica de SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Stefan, en ob. cit., p. 977, pues consideran que la Ley debería prever un límite temporal para esta medida del *Jugendamt*.

<sup>122</sup> ZENZ, Gisella, ob. cit. p. 370.

<sup>123</sup> COESTER, Michael, «Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilferechts (KJHG) für das Familienrecht», *FamRZ*, 1991, pp. 253-263.

<sup>124</sup> En Estados Unidos, las normas de los distintos Estados son estrictas y exigen siempre poner en conocimiento del juez cualquier maltrato que haya sufrido el menor.

su precedente americano el Jugendamt no tiene un deber general de informar al juez de todo maltrato de que conozca <sup>125</sup>. El artículo 50 SGB VIII deja al libre criterio del Jugendamt decidir si es necesario o no informar a la autoridad judicial, pues el legislador alemán ha querido otorgarle esta competencia, sin embargo esta decisión no puede ser indiscriminada, pues puede ser recurrida por quien se considere perjudicado. Por ello en última instancia será el juez el responsable de decidir si hay lugar o no a la intervención, es tarea del juez, y no del Jugendamt, el concretar cuál es el bien del niño en cada caso y cuáles son los peligros que le amenazan, si bien en esta tarea será preciosa la aportación del personal asistencial del Jugendamt quien podrá contribuir activamente en la indagación de los hechos <sup>126</sup>.

Terminamos el estudio del ámbito de actuación del Jugendamt centrándonos en el ámbito de responsabilidad de un colaborador de dicho organismo. Referimos unos hechos que dieron lugar a un acalorado debate, a la publicación de un libro: *Der Tod eines Kindes* («La muerte de un niño») <sup>127</sup> y que han sido enjuiciados penalmente. El hecho desencadenante fue la muerte de un lactante en el año 1994, dicho menor se encontraba a cargo del Jugendamt, su fallecimiento se debió a que no le proporcionaron alimentos suficientes para su subsistencia. La cuestión era determinar si mediaba o no un delito de omisión del colaborador del Jugendamt. No se trataba de un abandono sino de la no realización de la conducta que era obligada, en todo caso se trataría de un delito de omisión no genuino. Finalmente se entendió que el colaborador del Jugendamt era el encargado de proteger al lactante y tenía una posición de garante del mismo, dicha posición exigía la realización de una conducta –alimentar correctamente al recién nacido– que omitió, y esto fue lo decisivo para entender que sí mediaba un delito de omisión tipificado por el artículo 323 CtGB <sup>128</sup>.

## IX. PROTECCIÓN PENAL DEL NIÑO

Ya hemos señalado que en Alemania la jurisdicción civil y penal funcionan con independencia pudiendo ser que ante unos

<sup>125</sup> Téngase en cuenta que el Jugendamt informará y colaborará con la jurisdicción civil, en el ámbito penal carece de competencias, ejerciendo en parte sus funciones el Ministerio Fiscal.

<sup>126</sup> D'HEUR, Bernd Jean, «Kindeswohl, staatliches Wächteramt und Reform des Kinder- und Jugendhilferechts», *RdJB*, 1992, p. 165.

<sup>127</sup> BRINGEWAN, Peter, *Der Tod eines Kindes*, Baden-Baden, 1997.

<sup>128</sup> WESSELS, Johannes, *Straferecht- Allgemeine Teil*, Heidelberg, 1998, p. 221.

maltratos se sigan simultáneamente dos procedimientos distintos, uno civil para privar a los padres de la patria potestad y otro penal para enjuiciar el delito. Más aún hemos señalado que, en principio, el juez de lo civil no está obligado a informar al juez de lo penal cuando conozca sobre un niño maltratado.

No obstante, en el marco de protección del niño tiene la ley penal un especial significado con una serie de medidas recogidas tanto en el Código penal<sup>129</sup> como en la Ley procesal penal<sup>130</sup>. La cuestión que se plantea es determinar cuándo procede la sanción penal del autor del daño al niño teniendo en cuenta la existencia de múltiples conductas tipificadas<sup>131</sup>. Cuando media un maltrato de un menor, puede serlo por causas cualificadas como una lesión al deber de asistencia o educación (art. 170d StGB), o una lesión corporal causada por el propio responsable del menor (art. 225StGB), o una lesión causada por un tercero ajeno a la patria potestad o tutela resulta que tal comportamiento no se considera agravado, pues el legislador alemán no distingue si la víctima es menor o adulto (a diferencia del supuesto en que el daño lo causaran los padres) lo cual ha dado lugar a no pocas críticas entre la doctrina (pensemos que las lesiones las cause el compañero sentimental de la madre)<sup>132</sup>.

Quizá la mayor problemática que se nos presente en materia de maltratos se dará cuando los padres justifiquen su actuación alegando que se trata del ejercicio de un legítimo derecho de corrección sobre el menor, que excluiría toda sanción por violencia corporal. Así lo consideran Tröndle y Fischer<sup>133</sup> autores de una de las obras más usadas en Alemania, en cuya edición de 1999 leíamos: «En el artículo 1631 BGB (evidentemente en su versión anterior a la reforma de 2000) encontramos una norma programática en forma de pauta de comportamiento sin sanción puesto que el abanico de conductas educativas prohibidas no se ha visto alterado por dicha norma. Dicho principio no implica que cualquier tipo de castigo corporal, por ejemplo el ejecutado con una caña, haya de ser

<sup>129</sup> StGB, Strafgesetzbuch.

<sup>130</sup> StPo, Strafprozeßordnung.

<sup>131</sup> Puede haber lugar a lesiones corporales (arts. 223 y ss. StGB), homicidio (art. 212 StGB), Asesinato (art. 211 StGB), merece especial referencia el *Kindestötung*, referido al asesinato del niño en el acto del parto por su madre (art. 217 StGB), abandono (art. 221 StGB), omisión de asistencia (art. 323c StGB), así como una serie de delitos sexuales: cohabitación entre parientes (art. 173 StGB), abuso sexual por la persona encargada de cuidar al niño menor de doce años (art. 174 StGB), abuso sexual del niño (art. 176 StGB), fomento de actos sexuales al menor de edad (art. 180StGB) y abuso sexual de joven menor de edad (art. 182StGB).

<sup>132</sup> Ver ZENZ, Gisella, ob. cit., p. 28, y STUMPF, Thomas W., *Opferschutz bei Kindesmißhandlung*, Neuwied, 1995, p. 190. Evidentemente el juez podrá graduar la pena de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 StGB.

<sup>133</sup> TRÖNDLE, Herbert, y FISCHER, Thomas, *Strasgesetzbuch und Nebengesetze*, Munich, 1999, p. 223, núm. 11.

un acto humillante. El pedir la abolición legal del derecho de los padres a castigar es tan poco realista como inadecuado desde el punto de vista pedagógico y no puede ser sancionado con medidas de tipo penal.»

Sin embargo, como ya sabemos, al año siguiente dicho artículo 1631 BGB fue modificado por la Ley para la ilegalización de la violencia en la educación y modificación del derecho de alimentos del niño<sup>134</sup>, estableciendo una prohibición absoluta de todo tipo de castigo corporal sobre el menor y estableciendo el principio del derecho de todo niño a una educación libre de todo tipo de fuerza o violencia. Por ello, ya en 2001 ha escrito Hoyer<sup>135</sup> que la causa clásica de justificación del derecho de los padres a castigar físicamente a los hijos fundada en un pretendido derecho de corrección en lo sucesivo no será admisible. Como señalan Salgo y Heilmann, el legislador se ha impuesto sobre los penalistas tradicionales y escépticos que se negaban a admitir las exigencias propias de unos tiempos modernos y una sociedad en avance<sup>136</sup>. Es decir –seguimos a Bussmann<sup>137</sup>– una bofetada o azote del padre al hijo no puede ser penalmente valorada de forma distinta a una bofetada o azote entre adultos en aras del principio de uniformidad de la norma.

Aunque es claro que tras la reforma del año 2000 se ha suprimido de raíz el derecho al castigo físico sobre los hijos, desde la perspectiva penal quedan pendientes algunas interrogantes. Como señala Weyers<sup>138</sup>, cuando el padre o la madre hayan castigado físicamente a su hijo mediante un azote o bofetada parece inadecuado acudir a las sanciones penales tradicionales, es decir, la solución pasa por establecer un modelo moderno de sanciones que ofrezca un abanico de posibilidades mayor al hoy existente. Ante esta criminalización automática de la familia, la Comisión sobre la violencia<sup>139</sup> ya realizó hace años distintas propuestas que podrían encontrar acomodo en el artículo 153<sup>a</sup> StPO, medidas tales como el sometimiento del autor a terapias educacionales, se trata de intentar rehabilitar enseñando caminos alternativos para la resolución de los conflictos familiares sin violencia<sup>140</sup>.

<sup>134</sup> Ley de 7 de noviembre de 2000.

<sup>135</sup> HOYER, Andreas, «Im Strafrecht nichts Neues? – Zur strafrechtlichen Bedeutung der Neufassung des 1631.2 BGB», *FamRZ*, 2001, p. 523.

<sup>136</sup> SALGO, Ludwig, y HEILMANN, Steffan, ob. cit., p. 981.

<sup>137</sup> BUSSMANN, Kai-D., *Verbot familialer Gewalt gegen Kinder*, Colonia, 2000, p. 446.

<sup>138</sup> WEYERS, Hans Leo, Seminario sobre *Kindeswohl*, Frankfurt am Main, marzo-julio 2003.

<sup>139</sup> Refiere sus conclusiones SCHWIND, Hans-Dieter, *Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt*, Berlín, 1990, p. 318.

<sup>140</sup> En realidad es la misma meta que busca el *Jugendamt* mediante su actuación asistencial.

En todo caso, minimizar el azote al menor puede equivaler a no querer ver la punta del iceberg, no debe subestimarse la posibilidad de una escalada de violencia, teniendo en cuenta su aspecto de maltrato mental y espiritual con sus efectos traumáticos, lesiones mentales que no son menos graves que las físicas <sup>141</sup>. Además una educación con penas corporales no se correspondería a la imagen del hombre prevista en la Constitución, le negaría al menor su dignidad humana <sup>142</sup>.

Queremos ahora traer aquí algunas cuestiones que nos parecen relevantes, por un lado el carácter expansivo del derecho penal en cuanto al delito de omisión, por otro el carácter preventivo del derecho penal alemán que no impone un deber general de denunciar y finalmente el tratamiento procesal «especial» que merece en menor. Ya hemos referido la problemática que se nos presenta a la hora de calificar como delito la omisión de determinados cuidados necesarios para la subsistencia del menor al tratar la responsabilidad penal del colaborador del Jugendamt. Se considera que cuando se actúa ejercitando una función estatal –caso de los colaboradores del Jugendamt– se adquiere una posición de garante que exige actuar diligentemente. No cabe alegar que no se es un experto en dicho trabajo sino un mero colaborador pues inhibiríamos de la debida protección penal al menor <sup>143</sup>.

En Alemania el ciudadano no está obligado a denunciar un acto criminal cuando ya ha sido cometido, sólo está obligado a denunciarlo con anterioridad a su comisión dado el carácter preventivo de dicho Ordenamiento. El argumento esencial contra un presunto «deber» de denunciar es que tal obligación podría hacer peligrar la necesaria relación de confianza que ha de existir en determinadas circunstancias, a título de ejemplo pensemos en la relación entre un médico y su paciente, los padres del menor y el médico que lo atiende o entre el Jugendamt y la familia del menor <sup>144</sup>. Precisamente por ello el Jugendamt tampoco tiene un deber de denunciar los actos delictivos de que conozca ante la Justicia penal.

El niño víctima de actos criminales puede sufrir un trauma secundario causado por su asistencia al proceso penal en el que se

---

<sup>141</sup> PRENGEL, Annedore, «Gewaltfreies Erziehen in Familien –Widerspruch von Freiheit und Strukturieum» en BMFSFJ, *Gewaltfreie Erziehung. Materialien zur Familienpolitik*. Bonn, 2000, p. 9.

<sup>142</sup> STAUDINGER y SALGO, LUDWIG, ob. cit., comentario al artículo 1631 BGB, núm. 71. Consideran que las penas corporales no son aptas para el fomento de la persona y son siempre perjudiciales.

<sup>143</sup> BRINGEWALT, ob. cit., p. 33.

<sup>144</sup> ZENZ, Gisella, «Sekundärtraumatisierung von mißhandelten und mißbrauchten Kindern im gerichtlichen Verfahren» en la obra dirigida por KLOSINSKI, Günter, *Macht, Machtmißbrauch und Macht verzicht*, Berlín, 1995, p. 91.

enjuicie a sus agresores, por ello se busca minimizarle al menor las cargas que suelen acompañar al procedimiento en la medida que ello sea posible <sup>145</sup>. De hecho en la Ley para la protección de los testigos en su toma de declaración en el proceso penal y mejoramiento de la protección de las víctimas de 30 de abril de 1998 <sup>146</sup> se ha introducido la novedad (art. 58a StPo) de tomar declaración a un testigo mediante soporte audiovisual gravado en determinados supuestos, entre ellos cuando se trate de un menor de dieciséis años lesionado por los hechos criminales o cuando la toma de declaración delante del acusado implique un daño grave para el testigo, peligro no evitable de otra forma <sup>147</sup>. Considera la doctrina alemana que quizá por estos medios se consiga descargar a los testigos infantiles de las tensiones propias de todo procedimiento penal minimizando los posibles traumas secundarios del niño, no obstante –se señala– que debemos calcular si los costes que tales medidas pueden llevar son asumibles, pues no debemos olvidar que al fortalecer la posición de la víctima disminuimos los derechos del acusado <sup>148</sup>.

Las grandes antinomias que existen en Alemania entre el proceso civil y el proceso penal en materia de menores son evidentes y graves. En ocasiones no existe cooperación alguna entre el tribunal civil y el penal, pensemos que el juez civil no está obligado a poner en conocimiento del juez penal los indicios de criminalidad que observe y ello puede dar lugar a peligrosas disfunciones. A título de ejemplo podemos traer a colación una resolución de fecha 13 de febrero de 1987 de un juzgado de primera instancia de Hamburgo <sup>149</sup> que al conocer de un caso de abuso sexual de un padre sobre sus dos hijos de nueve y doce años (abusos reconocidos por el propio padre), optó por negarse a comunicar los hechos a la fiscalía a fin de que iniciara un procedimiento penal. En este caso la jueza consideró que se trataba de un proceso civil sobre la patria potestad con el fin de ayudar al menor y no con el fin de perseguir un crimen. Éste es exactamente el núcleo del problema, mientras el proceso civil busca únicamente procurar ayuda y protección al menor (y en lo posible a su entorno familiar), el proceso penal tiene fines muy distintos dirigidos a castigar al autor del delito.

<sup>145</sup> ZENZ, Gisella, «Sekunärtraumatisierung...», p. 91.

<sup>146</sup> Zeugenschutzgesetz (ZSchG).

<sup>147</sup> Se prevé la posibilidad de grabar en soporte audiovisual la audiencia particular del testigo que haya de estar separado del acusado, no obstante se tratará de una transmisión simultánea de imagen y sonido.

<sup>148</sup> SARGO, Ludwig, y HELMANN, Stefan, ob. cit., p. 987.

<sup>149</sup> 114 VIII W 11645, 114 VIII S 16648.

La frontera entre lo civil y lo penal está sin trazar y cuando un trabajador del Jugendamt contempla la posibilidad de denunciar el maltrato de un niño ante la jurisdicción penal en ocasiones se encuentra especialmente sensibilizado hasta el punto de preguntarse si el provocar que el padre vaya a prisión es realmente lo mejor para el niño y su familia, familia que en ocasiones quedará sin la fuente de ingresos necesaria para su supervivencia. Finalmente apreciamos que no es que se renuncie a la protección penal de los derechos del menor, es que dicha protección no será siempre activada, encontrar un equilibrio en esta materia exige dosis extremas de cuidado y atención teniendo en cuenta el caso concreto a valorar.

En muchas ocasiones el maltrato del menor es fruto del aislamiento social y alta frustración de los padres que se descargan mediante actos violentos sobre los menores, la pobreza y la ausencia de empleo son detonadores que pueden dar lugar a conductas violentas, por ello junto con las medidas concretas para el caso dado encontramos otras muchas medidas que han de procurarse en política social para mejora estas situaciones y evitar que estos caldos de cultivo de maltratos se reproduzcan. En todo caso, la puesta en marcha de las nuevas medidas adoptadas en Alemania deberá ir acompañada de medidas que logren arraigar el cambio en la sociedad.

## X. EL BIEN DEL NIÑO Y LA VOLUNTAD DEL MENOR

Ya hemos señalado que el juez de familia tendrá que dar audiencia al menor en los procedimientos que el afecten<sup>150</sup>. Como señalan Staudinger y Coester se trata de facilitar al Juzgado un mayor entendimiento de su personalidad y situación, de sus necesidades y sentimientos<sup>151</sup>. Ahora bien, aunque legalmente sólo debe de oírse al menor obligatoriamente una vez que haya cumplido catorce años (edad en la que parece que es normal que ya tenga capacidad natural), también cuando no tenga tal edad deberá ser oído por el juez cuando le afecte la decisión a tomar<sup>152</sup>. De hecho encontramos doctrina que señala que incluso un niño de tres o cuatro años debería ser oído, si bien lo importante sería saber valorar e interpretar la voluntad y querencias del niño<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> Artículos 50a, 50b y 50c FGG.

<sup>151</sup> STAUDINGER y COESTER, ob. cit., (comentario al art. 1666 BGB), núm. 215. En palabras de WEYERS debe de tratarse humanamente al niño para evitar que sea cosificado. WEYERS, Hans Leo, Seminario sobre *Kindeswohl*, Frankfurt am Main, marzo-julio 2003

<sup>152</sup> Artículo 50b ap. I, FGG.

<sup>153</sup> ZITELMANN, Maud, ob. cit., p. 126.

La cuestión que ahora nos planteamos ha dado lugar a duras discusiones entre la doctrina alemana y es la determinación de si la voluntad del niño puede servir como criterio decisorio en los casos que se presenten como dudosos. Al respecto se han formulado dos tesis, por un lado la de quienes consideran que el bien del niño no puede ser contrario a la voluntad del niño y por otro, la de quienes estiman que la realización de los deseos del niño puede perjudicar al propio bien del niño.

Respecto a la primera tesis decir que se llegó a afirmar que el deseo o la voluntad del niño era el contenido esencial del «bien del niño» considerado subjetivamente este concepto como bienestar del menor. Otros autores consideraron que el respeto a la voluntad del niño debía estimarse como requisito para conseguir el interés del menor únicamente en tanto derecho de autodeterminación del menor dotado de capacidad natural. Los seguidores de la segunda tesis afirman que el ser humano bajo determinadas presiones e influencias puede no ser objetivo respecto a su propio interés <sup>154</sup>.

Dettenborn <sup>155</sup>, propone seguir el siguiente principio: Por mucho que se plantee la posibilidad de respetar la voluntad del niño, habrá de tenerse en cuenta que la intervención estatal en ocasiones es necesaria para el logro del propio bien del niño. Evidentemente hay supuestos en los que los deseos del niño son contrarios a las necesarias medidas protectoras que las circunstancias exigen. En este marco encuadra el artículo 1666.1 BGB y las medidas en el previstas, pues el significado del deseo del niño puede corresponderse con sus necesidades objetivas, o puede ser contrario a tales necesidades (puede pretender mantener el contacto con su maltratador).

Pero en los supuestos dudosos ¿Qué valor tendrá la voluntad del menor? En estos casos es usual que los psicólogos se fijen en las relaciones que rodean al menor y los juristas en las posibilidades de mejora del mismo. En todo caso, en los supuestos dudosos, la voluntad del menor adquiere una relevancia especial (determinante si tiene capacidad natural) en la toma de la medida más adecuada; las manifestaciones que haga el menor sobre sus relaciones con sus familiares y allegados han de ser tenidas muy en cuenta <sup>156</sup>.

En todo caso no debemos olvidar que el niño pequeño posee un mundo propio de querencias y deseos, un lenguaje propio que ha de ser interpretado por un especialista, es decir se hace imprescindible la colaboración del psicólogo o del pedagogo que ayudará al

---

<sup>154</sup> DETTENBORN, Harry, ob. cit., p. 78.

<sup>155</sup> Idem, ob. cit., p. 79.

<sup>156</sup> Idem, ob. cit., p. 80.

jurista a interpretar y determinar esas querencias que el menor quiere manifestar. En todo caso, el Tribunal constitucional alemán ha señalado reiteradamente que la voluntad del menor ha de tenerse en cuenta cuando se tomen decisiones que le afecten <sup>157</sup>, lo cual sí bien no implica que dicha voluntad sea siempre determinante (deberá tenerse muy en cuenta el informe del especialista en todo caso) sí que implica que la Jurisprudencia alemana cada vez tiene más en cuenta la voluntad del niño <sup>158</sup>.

El Tribunal Constitucional alemán igualmente ha estudiado el trato que ha de darse a los deseos expresados por el menor <sup>159</sup> considerando que si bien la norma es que el menor debe ser oído, lo importante es saber interpretar el lenguaje, querencias y necesidades del niño, teniendo en cuenta que en ocasiones podrá haber sido influido el menor por uno de sus progenitores para que hable en contra del otro. Por ello se considera que cuando el Juzgado de familia no tiene clara cuál es la interpretación que ha de dar a los deseos del niño (especialmente cuando se niega a ver a uno de sus progenitores) resulta imprescindible la consulta a un experto perito en la materia, es decir a un psicólogo especialista en el trato con menores <sup>160</sup>.

Finalmente señalar que será el juez en cada caso concreto quien tendrá que valorar (teniendo en cuenta el informe de los especialistas, ya sean psicólogos o pedagogos) el reconocimiento que en un momento dado pueda prestarse a la voluntad del menor. Al respecto podemos traer a colación el asunto resuelto por el Tribunal territorial de Schleswig en el año 2003 <sup>161</sup> en el que la pieza angular fue la valoración de la voluntad de un menor de diez años. En este caso el padre que ejercía la patria potestad con exclusividad, tomó la decisión unilateral de cambiar la residencia familiar trasladándose a otra ciudad, y en principio su hijo no se opuso a tal decisión. Sin embargo dicho cambio domiciliario supuso una ruptura del menor con su entorno familiar y afectivo que le causó un cambio de carácter que no pasó inadvertido. De hecho, el experto que trató al

<sup>157</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de noviembre de 1980, BVerfGE 55, 171 (182). Ante todo se considera que el niño es una persona provista de derechos fundamentales, persona que ha de ser oída al tomarse decisiones que le conciernan. Evidentemente ha de tenerse en cuenta la situación en que se encuentre el niño al expresar su voluntad, (edad, estado de desarrollo, condición mental).

<sup>158</sup> Así lo refieren STAUDINGER y COESTER en su comentario al artículo 1666 BGB, ob. cit., núm. 71.

<sup>159</sup> BVerfG, *FamRZ*, 2001, p. 1057. Se valoró la negativa de una niña de seis años a mantener toda relación con su padre como una influencia negativa de la madre sobre la menor.

<sup>160</sup> MOTZER, Stefan, «Gesetzgebung und Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahr 2001», *FamRZ*, 15 junio 2003, p. 798.

<sup>161</sup> OLG Schleswig, *FamRZ*, 2003, pp. 1494, 1495.

menor consideró que los verdaderos deseos del niño no habían sido apreciados quedando totalmente inadvertidos, siendo su dictamen que el menor presentaba un síndrome de inadaptación a su nuevo entorno (PA-Syndrom) lo cual no impedía que presentase una absoluta solidaridad con su padre. El Tribunal, al oír al niño, apreció que como resultado del traslado carecía éste de todo punto de referencia, y que en realidad se encontraba totalmente manipulado por su padre, por lo que la voluntad manifestaba no se correspondían con sus verdaderas necesidades. El Tribunal consideró que el niño no puede ser nunca un mero objeto de medidas forzadas impuestas por los padres, sino que ha de ser considerado como portador de derechos fundamentales cuyo respeto es necesario para lograr un correcto desarrollo de su personalidad.

En esta línea podemos también recoger el pronunciamiento del Tribunal territorial de Frankfurt am Main <sup>162</sup> que resolvió sobre un caso en el que el menor de dieciséis años se negaba a vivir junto a su madre (que ejercitaba con exclusividad la patria potestad) solicitando vivir con su padre. En este caso se consideró que no resultaba ni pedagógico ni educativo ignorar la postura del menor totalmente contraria a la convivencia con su madre.

Finalmente debemos señalar que el respeto de la voluntad del menor presenta especial relevancia cuando se trata del ejercicio de sus derechos fundamentales, materia en la que el menor tiene un ámbito propio decisorio necesario para el desarrollo de su personalidad. En esta línea D'Heur <sup>163</sup> pone de relieve que todo niño debe ser considerado como portador de un conjunto de derechos constitucionales en tanto ser humano, evidentemente dichos derechos fundamentales van a constituir el núcleo de cualquier reflexión constitucional sobre el alcance del bien del menor

Los Tribunales alemanes consideran que cuando la relación entre los padres y el menor causa a este último profundas perturbaciones en sus derechos fundamentales puede ser retirada la patria potestad. En esta línea se ha señalado que en ocasiones el joven tiene deseos de independencia que se corresponden con su edad, deseos que deben ser respetados y comprendidos, de hecho ciertos comportamientos autoritarios de los padres pueden dar lugar a que pierdan la patria potestad. Se trata del respeto no solo de los derechos fundamentales del menor sino de un ámbito de intimidad que le es propio y donde no deben inmiscuirse los padres. Tal fue el caso enjuiciado en Colonia en el que los padres naturales de Koso-

<sup>162</sup> OLG Frankfurt am Main, *FamRZ*, 2003, pp. 1314, 1315.

<sup>163</sup> D'HEUR, Bern Jean, «Kindeswohl staatliches Wächteramt und Reform des Kinder- und Jugendhilferechts», *RdJB*, 1992, p. 165.

vo pretendían casar con urgencia a su hija de diecisiete años con un hombre de su mismo círculo cultural <sup>164</sup>.

El respeto a la autonomía del menor se manifiesta también en otros pronunciamientos judiciales. Tal es el supuesto enjuiciado por el Tribunal territorial de Schlewig en el año 2003 <sup>165</sup>, en el que ante un desacuerdo absoluto de los padres sobre la religión que debía profesar su hija de tres años se solicitó por la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, solicitud denegada por considerarse que dicha disputa no la justificaba. Sin embargo, lo que nos interesa ahora en este punto es que ante la negativa del padre de religión musulmana a que su hija fuera bautizada se optó por el Tribunal por posponer la decisión sobre su bautismo hasta que la menor cumpliera catorce años, pues con dicha edad se le considera en Alemania con «mayoría de edad religiosa» por tener capacidad natural para decidir sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales. Se consideró que el que la menor participase en la comunidad cristiana de su madre sin ser bautizada en nada contradecía el interés del menor. Al contrario sería cuando dicha menor tuviese suficiente madurez cuando podría decidir libremente sobre la religión a la que quisiera pertenecer <sup>166</sup>.

## XI. EL BIEN DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA ALEMANA

El bien del niño es la clave para entender el reciente tratamiento jurisprudencial del Derecho de familia en Alemania. Recogemos aquí una serie de pronunciamientos en los que las decisiones se han tomado subordinando otros intereses al superior interés del menor.

<sup>164</sup> OLG de Colonia, *FamRZ*, 2001, p. 1087.

<sup>165</sup> OLG Schkeswig, *FamRZ*, 2003, p. 1948.

<sup>166</sup> Se trata ésta de una cuestión estudiada entre nosotros por SANTOS MORÓN en «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio, *La Ley*, núm. 5675, 12 de diciembre de 2002. p. 4. Autora que señala que en Alemania ante la colisión entre el derecho constitucionalmente reconocido por el artículo 6.2 GG por el que los padres pueden educar a sus hijos y la propia capacidad de los menores para ejercer sus derechos fundamentales se ha optado por considerar que los padres sólo pueden decidir cuando el niño no esté en condiciones de hacerlo por sí mismo (cita a PESCHEL-GUTZEIT en Staudingerr Kommentar, libro 4.º, 1992, 1626, núm. 18). Respecto al derecho a la libertad religiosa, ya desde la Ley de educación religiosa de 15 de julio de 1921, se ha distinguido entre tres edades: Una vez que el menor ha cumplido diez años ha de ser oído cuando se plantee cualquier conflicto sobre su educación religiosa. Una vez que el menor ha cumplido doce años no puede obligársele a participar en una creencia religiosa distinta a la que hasta entonces estuviera practicando y una vez que haya cumplido catorce años es libre para decidir por sí mismo qué religión adoptar. De hecho MOTZER, Stefan ob. cit., p. 1146, refiere que se trata de una auténtica mayoría de edad religiosa.

El desarrollo de este estudio jurisprudencial lo haremos distinguiendo dos apartados. En primer lugar nos referiremos a una serie de cuestiones que podemos calificar como claves en el tratamiento del interés del menor, cuestiones tales como el deber de cooperación de los padres, la elección del domicilio conyugal en relación con el «principio de la continuidad» (pieza clave en la materia), la toma unilateral de decisiones por el padre o la madre en los supuestos de ejercicio conjunto de la patria potestad (supuestos en los que media conflicto entre los padres), la separación del menor del padre no casado y la relación del menor con su familia biológica. En segundo lugar estudiamos la interpretación que hace la jurisprudencia germana de determinados artículos del BGB debido a la repercusión que las aplicación de dichas norma supone para determinar el alcance y contenido del interés del menor en cada uno de los casos enjuiciados. En concreto se trata de los artículos 1618, 1632, 1666 y 1671 BGB.

A) Grupos de casos recogidos por la jurisprudencia alemana al aplicar el principio del interés superior del menor o bien del niño:

– Deber de cooperación de los padres en el cuidado del menor:

El Tribunal Federal Supremo alemán (BGH)<sup>167</sup> ha señalado que los padres tienen la obligación de cooperar, de actuar coordinadamente para conseguir que el desarrollo y el bien del niño sean efectivos y ello tanto mientras vivan juntos como tras su separación<sup>168</sup>. Cuando se produce un divorcio de los padres, éstos tienen un deber de facilitar el contacto del hijo común con el otro progenitor. Se trata de un deber que cada vez adquiere mayor intensidad e implica que el progenitor que tiene la guarda y custodia debe actuar activamente para lograr la efectiva relación del menor con el otro progenitor, y ello hasta el punto que en aquellos supuestos en los que no se procura este contacto sino que se actúa dificultándolo puede llegar a exigirse una indemnización de daños y perjuicios por el progenitor perjudicado<sup>169</sup>.

Dicho parecer del Alto Tribunal alemán se recoge también en las decisiones que los tribunales territoriales alemanes (OLG)<sup>170</sup>

<sup>167</sup> Bundesgerichtshof (BGH).

<sup>168</sup> BGH, *FamRZ*, 1999, p. 1646 y *FamRZ*, 2001, p. 1034.

<sup>169</sup> La *Kinder und Jugendhilfegesetz* de 26 de julio de 1990 al redactar el artículo 17 SGB VIII, estableció que los padres en los supuestos de separación o divorcio han de ser asesorados para que puedan llegar a un acuerdo sobre la patria potestad del menor.

<sup>170</sup> Oberlandesgericht (OLG).

dan al resolver los recursos planteados ante el Juzgado de familia. En dicha jurisprudencia menor se considera que en los supuestos de separación y divorcio resulta lógico que los padres mantengan conversaciones para encontrar soluciones a los principales problemas que el desarrollo del menor pueda plantear (y ello aunque la guarda y custodia corresponda sólo a uno de ellos). Se trata de lograr una formación concensuada del menor lo cual difícilmente se logrará si ambos progenitores no se hablan o únicamente se comunican a través de sus abogados<sup>171</sup>. Cooperación que debe regir los desplazamientos del menor, especialmente cuando realice viajes en época de vacaciones. Todo ello implica que se ha de tratar de una formación basada en la tolerancia, es decir que cada padre ha de tener la capacidad de permitir un contacto libre de tensiones del niño con el otro progenitor<sup>172</sup>, sólo cuando el padre carente de la guarda del menor no muestre interés por cumplir con su derecho de visita o mantener cierta relación con el menor podría entenderse una actitud pasiva del progenitor con quien conviva el niño<sup>173</sup>. Pero por regla general se deberá permitir una relación continuada del menor con su otro progenitor pues se considera que ello «es importante para conseguir un estable y sano desarrollo psicológico del niño».

– Elección del domicilio familiar y el llamado «principio de continuidad».

Con estas premisas se entiende que en ocasiones el derecho de libre elección de residencia del progenitor con quien conviva el menor queda mermado, especialmente cuando de producirse un cambio de residencia radical ello implicaría que el padre de hecho se viera privado de poder mantener toda relación con su hijo<sup>174</sup>. Se trata de una regla formulada por los Juzgados de familia según la cual el derecho de visita implica que el progenitor que conserve la guarda y custodia del menor no puede permanecer pasivo sino que ha de favorecer el trato del niño con su otro progenitor de forma que cuando se traslade el hogar familiar a otra ciudad para dificultar la relación entre el menor y su otro progenitor quiebra la regla según la cual los gastos de transporte y estancia son a cargo de

<sup>171</sup> OLG Naumburg, *FamRZ*, 2002, pp. 564,565.

<sup>172</sup> OLG Brandenburg, *FamRZ*, 2001, pp. 1021, 1022.

<sup>173</sup> OLG Dresden, *FamRZ*, 2002, pp. 974,974.

<sup>174</sup> OLG Brandenbrug, *FamRZ*, 2001, pp. 1021, 1022, supuesto en que hubo lugar a admitir una indemnización de daños y perjuicios, ante un desplazamiento totalmente injustificado del hogar familiar (la madre pidió en el trabajo su traslado a otra ciudad en otro Land, el padre reclamó que se le indemnizaran los gastos de transporte y hotel necesarios para poder pasar los fines de semana cerca de sus hijos).

quien visita al menor, pues ante la falta de colaboración que supone el cambio de residencia injustificado es el progenitor causante del perjuicio quien ha de colaborar y pagar<sup>175</sup>.

De hecho, la doctrina alemana considera que en los supuestos de separación de los padres el interés del menor exige que el entorno afectivo del niño no resulte alterado manteniendo el contacto y la relación hasta entonces existentes con sus dos padres. Es lo que Motzer, Stefan<sup>176</sup> denomina «principio de continuidad». Partiendo de dicho principio, el derecho de fijación de residencia que en su caso podría corresponder al padre que ejerciera con exclusividad la patria potestad podría quedar muy mediatizado. Igualmente, al decidirse sobre la fijación del domicilio familiar, encontramos pronunciamientos judiciales que señalan que han de ser considerados los abuelos cuando éstos se hubieran ocupado en gran medida del cuidado del menor por no poder hacerlo los padres debido a sus actividades profesionales. Es decir, ha de procurarse que en niño pueda seguir manteniendo un contacto regular con sus abuelos que lo han cuidado y educado<sup>177</sup>. Igualmente señala la jurisprudencia que dicho «principio de continuidad» implica que desde que se produce la separación de los padres, hasta que se decide sobre el ejercicio de la patria potestad ex 1671 BGB, el interés superior del niño exige que se conserve la situación hasta entonces existente, permaneciendo las relaciones y contactos del menor con las personas que le son cercanas<sup>178</sup>. El «principio de continuidad» también ha de ser tenido en cuenta cuando en un proceso judicial sobre ejercicio de la patria potestad se tome una medida de carácter temporal<sup>179</sup>. Finalmente señalar que se ha indicado que la defensa de la «continuidad» del entorno del menor tras la separación de sus padres supone que el artículo 1687 BGB antes que facultar para decidir arbitrariamente sobre la fijación de la residencia del menor a uno de los padres, en realidad prevé principalmente la posibilidad de tomar decisiones sobre las cuestiones que plantea la vida diaria<sup>180</sup>.

No obstante, dicho «principio de continuidad» no puede ser interpretado como una regla absoluta que impida al progenitor tomar cualquier tipo de decisión sobre el cambio de residencia

---

<sup>175</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 19 de junio de 2002 (BGH, *FamRZ*, 2002, 1099, 1100) y sentencias OLG Karlsruhe, *FamRZ*, 2002, 1210, OLG Braunschweig, *FamRZ*, 2002, 1351, OLG. Karlsruhe, *FamRZ*, 2002, 1056, OLG Karlsruhe, *FamRZ*, 2002, 1125, también BVerfG, *FamRZ*, 2002, 809.

<sup>176</sup> MOTZEN, Stefan, en «Die Entwicklung des Rechts der elterlichen Sorge und des Umgangs seit 2002», *FamRZ*, 2004, p. 1146.

<sup>177</sup> OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, pp. 1949, 1950.

<sup>178</sup> OLG Brandenburg, *FamRZ*, 2003, pp. 1949, 1950.

<sup>179</sup> OLG Dresden, *FamRZ*, 2003, pp. 1306, 1307.

<sup>180</sup> OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, pp. 1950-1952.

familiar. En realidad el padre que ejerza la patria potestad podrá fijar su domicilio familiar en otra ciudad, lo único que se le exige es que en aras del interés del menor garantice que el contacto entre el niño y su otro progenitor se va a poder mantener de forma regular. Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional alemán al resolver sobre dicha cuestión. En concreto se trataba de un supuesto en el que la madre fue autorizada para fijar su residencia en otro país (Francia) a donde se traslado junto a sus dos hijos. Ante estos hechos el padre consideró que se habían infringido su derecho a visitar a sus hijos oponiéndose a dicho cambio del domicilio familiar. Finalmente el Tribunal Constitucional resolvió considerando que no es que existiera una prohibición general de tal tipo de decisiones unilaterales, sino que el interés superior del niño lo que exigía era que al producirse dicho cambio del domicilio familiar se garantizase simultáneamente el contacto regular entre los menores y su otro progenitor<sup>181</sup>.

Siguiendo esta línea, en ocasiones los juzgados alemanes optan por establecer ciertas limitaciones al derecho de elección de domicilio del cónyuge separado con quien queden los niños. Se trata de supuestos en los que se dan pautas para concretar cuando queda perjudicado el interés del menor. Tal es el supuesto resuelto por el Tribunal territorial de Frankfurt<sup>182</sup> en el que la madre que ejercía la patria potestad con exclusividad sobre su hijo de cuatro años y pretendía mudarse con él a los Estados Unidos. El Tribunal consideró que si bien la madre podría decidir libremente sobre un cambio del domicilio familiar dentro de Alemania, de querer fijarlo en el extranjero necesitaría la conformidad del padre del menor, pues en otro caso el bien del niño podría quedar amenazado<sup>183</sup>.

Finalmente indicar que el «principio de continuidad» cobra un especial significado cuando se produce una separación entre los hermanos por quedar uno al cuidado del padre y otro al cuidado de

<sup>181</sup> BverG, *FamRZ*, 2003, p. 1731.

<sup>182</sup> OLG Frankfurt am Main, *FamRZ*, 2003, p. 1491. Aunque podría parecer que en este supuesto el Tribunal territorial de Frankfurt se aparta de la doctrina del Tribunal constitucional alemán expuesta justo en el caso anterior, en realidad debemos centrarnos en el caso concreto. No es lo mismo un traslado de domicilio a un país limítrofe como Francia, (dándose la circunstancia de que en muchos casos las distancias entre determinadas ciudades alemanas y francesas son muy pequeñas), que un cambio de domicilio que implique establecerse en otro continente. En unos casos el derecho de visita regular del otro progenitor podrá de hecho realizarse con cierta frecuencia, y en otros quedará imposibilitado totalmente.

<sup>183</sup> En el mismo sentido: OLH Schleswig, *FamRZ*, 2003, pp. 1494, 1495, en el que se denegó al padre que ejercía la patria potestad la posibilidad de cambiar el domicilio familiar al extranjero. También en los Juzgados de primera instancia: AmtsG Korbach, *Jamt* 2002, 526, en este supuesto el padre que ejercía la patria potestad con exclusividad pretendía trasladar el domicilio a Afganistán. Igualmente AmtsG Saarbrücken, *FamRZ*, 2003, pp. 1859, 1860 se le denegó a la madre la posibilidad de fijar el domicilio familiar en Suecia.

la madre. En estos supuestos se considera que el interés superior del niño exige que los hermanos puedan seguir disfrutando de un contacto regular entre ellos aunque habiten en domicilios separados. En estos casos los juzgados alemanes optan por imponer al cónyuge que salga del domicilio originario que establezca su residencia en un domicilio cercano para que los hermanos no resulten perjudicados. Tal fue el supuesto enjuiciado en Munich<sup>184</sup> en el que se condicionó el derecho de elección de domicilio del padre a que se estableciera en las cercanías de Munich, ciudad donde con anterioridad había residido la familia y donde permanecía la madre con el otro hermano. A igual solución llegó el Tribunal territorial de Dresden<sup>185</sup> respecto a la fijación del domicilio por el padre, cuando el acuerdo al que se llegó en el divorcio fue que el hijo viviera con el padre y la hija con la madre.

– Toma de decisión unilateral del padre o la madre en los supuestos de ejercicio conjunto de la patria potestad.

En ocasiones y en supuestos en los que si bien están separados, ambos padres ejercen conjuntamente la patria potestad, surgen controversias en las que no llega a ser posible la adopción conjunta de una decisión que afecta al hijo menor. En estos casos la decisión a tomar puede afectar de forma notoria al menor lo cual justifica la intervención del juez de familia, que ha de actuar en aras de la protección del bien del niño. Normalmente el juez de familia optará (según lo dispuesto por el art. 1628 BGB) por otorgar a uno sólo de los padres el derecho a decidir sobre la cuestión controvertida. Ciertamente en estos supuestos *prima facie* resulta difícil establecer pautas orientativas que determinen el resultado de la intervención judicial. Podemos referirnos al asunto observado por el Tribunal territorial de Bamberg<sup>186</sup> en el que ante la disputa entre los padres tuvo que mediar una intervención judicial. En concreto resultó que el asistente médico-social detectó en el menor un síndrome hipocinético cuyo tratamiento exigía la previa conformidad de ambos padres que ejercían la patria potestad conjuntamente (aunque estaban separados). En estos casos se considera que tiene prioridad la decisión del progenitor con quien conviva el menor respecto a los asuntos y problemas cotidianos que puedan afectar al menor. En estos supuestos, y más aún si se trata de una irregularidad sanitaria grave, el juez de familia no puede tomar una decisión independiente de la voluntad de los padres. Dicha decisión extrali-

---

<sup>184</sup> OLG de Munich, *FamRZ*, 2003, p. 1494.

<sup>185</sup> OLG Dresden, *FamRZ*, 2003, p. 1494.

<sup>186</sup> OLH Bamberg, *FamRZ*, 2003, p. 1403.

mitaría las facultades del juez según tiene señalado el Tribunal Constitucional en sentencia de 4 de diciembre de 2002<sup>187</sup>. Por tanto, el juez únicamente queda facultado para determinar cuál de los dos progenitores en un momento determinado resulta más apto para la toma de una decisión urgente en beneficio del interés superior del niño. De rebasarse esta frontera se violarían los derechos que el artículo 6 GG reconoce a los padres titulares de la patria potestad.

– Separación del menor de su padre no casado.

Al respecto nos debemos referir a la sentencia del Tribunal europeo de Derechos humanos de 11 de octubre de 2001<sup>188</sup> en la que se condenó a la República Federal de Alemania a indemnizar al padre biológico de una menor de doce años por habersele denegado la posibilidad de mantener el más mínimo contacto con su hija. Se trataba de una menor nacida en el seno de una pareja de hecho dándose la circunstancia de que terminada dicha relación la madre se casó con otro hombre (el padrastro de la menor). En estos supuestos la legislación alemana y hasta fechas recientes mantenía al margen de la educación de la menor al padre biológico cuando no mediaba matrimonio con la madre, no sólo se le negaba la patria potestad sino que la mera negativa de la madre a que la niña se relacionase con su padre bastaba para impedirlo. Evidentemente se trataba de una normativa que marginaba al padre soltero siendo contraria al interés del menor, normativa ya reformada, que dio lugar a que el alto tribunal europeo condenase al Estado alemán al pago de una fuerte indemnización.

Evidentemente tras la reforma del BGB obrada por la KindRG esta materia está hoy regularizada pudiendo el padre no matrimonial participar del ejercicio de la patria potestad conjunta del menor. El problema fue la ausencia de toda disposición transitoria aplicable a los supuestos existentes con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley. Finalmente el propio Tribunal Constitucional alemán en sentencia de fecha 29 de enero de 2003<sup>189</sup> ha manifestado que el progenitor no matrimonial tendrá derecho a ejercer conjuntamente la patria potestad sobre su hijo aun en contra de la voluntad de la madre también en los supuestos que tengan origen en fecha anterior a la reforma. Se trata de hacer primar el interés superior del menor.

---

<sup>187</sup> BVerfG, *FamRZ*, 2003, p. 511. En este caso discutían los padres sobre el tipo de colegio al que debía asistir su hijo.

<sup>188</sup> EuGHMR, 2002, 381, 341, 1034, 1040.

<sup>189</sup> BVerfG 29.1.2003, *FamRZ*, 2003, p. 287.

– Relación del menor con su familia biológica.

El Tribunal europeo de Derechos humanos en la sentencia de 26 de febrero de 2002<sup>190</sup> resolvió sobre un asunto planteado contra la República Federal Alemana y que ha sido reiteradamente referida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina alemanas. En dicha resolución se considera que el niño sólo puede estar con una familia de acogimiento temporalmente, es decir hay que procurar que siempre que sea posible vuelva con la familia biológica y por ello debe evitarse que los vínculos entre el menor y su familia de origen se corten o se obstaculicen porque ha de partirse del principio de que siempre es posible que el menor vuelva con su familia biológica. Se trataba de dos niñas de dos y cinco años que en un principio fueron insertadas en el seno de una familia de acogimiento totalmente desconocida por los padres, sólo posteriormente consiguieron éstos poder ver a sus hijas durante una hora mensual, finalmente el Tribunal europeo de Derechos humanos les dio la razón a los padres, pudiendo mantener una relación regular con los menores.

En todo caso señalar que cuando el niño sea separado de su familia de origen deberá mantenerse la ayuda social al menor bajo la supervisión del Juzgado de familia, es decir, al responsable de la guarda del menor no podrá privársele de dicha ayuda<sup>191</sup>. Al decirse que la guarda del menor corresponda a una familia de acogida, perderá la familia de origen su patria potestad sobre el mismo, si bien en ocasiones podrá el juez ordenar que la familia fije su residencia en una determinada zona para permitir que el menor no pierda su contacto con su familia biológica. En estos supuestos encontramos que los intereses de la familia de acogida pueden divergir tanto de los intereses de la familia de origen como del interés del propio menor (la pérdida de contacto con su familia de origen podría traumatizarlo), y ello exige la toma de decisiones judiciales fundadas en el principio de la proporcionalidad, entre éstas parece equilibrada y justa la de obligar a fijar la residencia familiar cerca de la zona donde habite la familia biológica<sup>192</sup>.

B) Interpretación del BGB por los Tribunales alemanes al aplicar el del principio del interés superior del menor o bien del niño:

- Interpretación del artículo 1618 BGB.

El artículo 1618 BGB prevé que en el supuesto de que uno de los padres de un niño no matrimonial ejerza con exclusividad la

<sup>190</sup> EuGHMR, *FamRZ*, 2002, p. 1393.

<sup>191</sup> BverwG, *FamRZ*, 2002, p. 668.

<sup>192</sup> OLG Frankfurt, *FamRZ*, 2002, pp. 1277, 1278.

patria potestad pueda éste conceder al niño su apellido familiar. Se trata de supuestos que presentan especial relevancia cuando es la madre la que tiene a su cargo al menor y otorga a éste su apellido de casada mediante comparecencia ante el funcionario encargado de la oficina del registro civil, evidentemente se tratará de un apellido de una persona unida matrimonialmente a la madre que no guarda vínculo biológico alguno con el menor que recibe su apellido. Pues bien, al respecto el Tribunal Supremo alemán<sup>193</sup> ha dado tres pronunciamientos en fechas recientes para señalar que en estos supuestos en los que el menor recibe el nuevo apellido familiar se necesita al menos el consentimiento del otro progenitor del menor y que se considere que dicho cambio o adjudicación de apellido no perjudica al interés superior del niño. Se trata estas de decisiones jurisprudenciales que vienen exigidas por las recientes modificaciones que en materia de Derecho de familia se han introducido en el BGB. No olvidemos que hasta fecha reciente el padre de un hijo no matrimonial podía quedar privado del ejercicio de todo derecho sobre su hijo (incluso del derecho a relacionarse con el mismo), si así lo exigía la madre. Considera la jurisprudencia alemana que en el supuesto de otorgamiento del apellido familiar de la madre, sólo puede prescindirse del consentimiento del otro progenitor del menor cuando las concretas circunstancias así lo exijan para apartar al menor de un daño ineludible<sup>194</sup>.

En esta línea, el Tribunal territorial de Colonia<sup>195</sup> ha considerado que dicha adjudicación de apellido por parte de la madre que ha contraído un ulterior matrimonio no deja de suponer una intervención en los derechos del otro progenitor, por ello se exige el consentimiento de ambos progenitores, y en su caso del menor<sup>196</sup>. Así sólo en casos muy concretos, como cuando se desconociera el domicilio del otro progenitor, ignorándose cuál es su paradero, podría prescindirse de su consentimiento. En tales supuestos consideran los tribunales alemanes<sup>197</sup> que es necesario preguntar por el paradero del progenitor no localizado tanto a sus parientes cercanos como a las autoridades encargadas de la oficina de empadronamiento y de la seguridad social. La otra exigencia que se recoge en estas decisiones jurisprudenciales es que tal adjudicación de apellido no perjudique al bien del niño, en cada supuesto concreto será el juez el que decidirá si la adjudicación de dicho apellido o el cam-

<sup>193</sup> BGH *FamRZ*, 2002, p. 94, *FamRZ*, 2002, p. 1330, *FamRZ*, 2002, p. 1331.

<sup>194</sup> OLG Saarbrücken, *OLGR*, 2002, p. 367, y OLG Brandenburg, *FamRZ*, 2003, p. 631.

<sup>195</sup> OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, p. 630.

<sup>196</sup> En esta línea también OLG Hamm, *FamRZ*, 2003, p. 1411.

<sup>197</sup> OLG Naumburg, *FPR*, 2003, p. 92.

bio del apellido que ya ostentara el menor puede resultar perjudicial para sus intereses.

Recientemente el Tribunal Supremo alemán ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación del artículo 1618 BGB. Se trata de la decisión de 14 de enero de 2004<sup>198</sup> en la que se consideró que en los supuestos en los que al menor se le hubiera concedido el nuevo apellido familiar, y se produjera la disolución del nuevo matrimonio o el fallecimiento del padrastro del menor, el niño seguirá conservando su nuevo apellido sin que tales hechos den lugar a que el menor recobre su apellido de nacimiento. Solución que igualmente vale para cuando el padre o la madre deciden dejar de usar el apellido que se le ha otorgado al niño, no por ello dicho menor recobrará su apellido originario. Considera el Tribunal Supremo que no resulta satisfactorio para los intereses del menor un continuo cambio de su apellido y que prima el respeto al «principio de la continuidad del apellido»<sup>199</sup>. Esta materia igualmente ha sido objeto de regulación por la reciente reforma de 15 de diciembre de 2004 respecto a los menores que convivan en el seno de familias homosexuales<sup>200</sup>.

– Interpretación del artículo 1632 BGB.

El artículo 1632 BGB señala que el ejercicio de la patria potestad comprende el derecho de exigir que el niño sea liberado de toda retención ilegal que sufra, igualmente implica decidir sobre las relaciones del menor con terceros. Estableciendo que en caso de litigio decidirá el juez de familia sobre la cuestión a petición de uno de los padres del menor. En relación a ello añade dicha norma que en el supuesto de que el menor haya vivido durante un período de tiempo extenso con una familia de acogida y los padres del menor deseen separar al menor de dicho acogimiento, podrá el Juzgado de familia de oficio o a petición del encargado de la guarda del menor ordenar que el niño permanezca con su familia de acogida si el bien del niño podría peligrar de volver con su familia biológica.

Se trata, esta de una cuestión que se da con gran frecuencia en los juzgados alemanes. La cuestión es determinar cuando procede

---

<sup>198</sup> BGH, *FamRZ*, 2004, pp. 449,450.

<sup>199</sup> «...Gründen der Namenskontinuität».

<sup>200</sup> En concreto nos referimos al artículo 9.5 de la *LpartG* tras su reciente reforma. En el nuevo texto de dicha norma se refiere si el progenitor ejerce de forma exclusiva la patria potestad sobre un hijo no matrimonial, y dicho hijo convive en el hogar familiar con la pareja homosexual del progenitor, podrá otorgársele al menor el apellido familiar (*Lebenspartnerschaftsnamen*) mediante declaración oficial ante la autoridad competente. Desarrollamos esta materia en el último capítulo de este trabajo.

dictar una orden de permanencia del menor con su familia de acogimiento (que implica mantener al menor fuera de su familia de origen). En este sentido el Tribunal territorial de Hamm<sup>201</sup> ha considerado que una orden de permanencia del menor con la familia de acogida sólo puede quedar justificada en supuestos muy concretos, siendo una medida muy severa. Posición que refleja el parecer del Tribunal Constitucional alemán que ha tenido opción de manifestarse al respecto en la sentencia de 25 de noviembre de 2003<sup>202</sup>. Considera el Alto Tribunal que el acogimiento del menor por una familia no puede implicar que los padres biológicos hayan de temer constantemente que el niño permanecerá siempre con dicha familia de acogida. Si bien es cierto que se estima que la salida del menor de su familia de acogida puede implicar un cambio traumático en su entorno (en ocasiones el menor se opone a tal medida y han de llegarse a tomar medidas de fuerza), no debe olvidarse que el artículo 6 GG concede a los padres la patria potestad del menor, ostentando ellos unos derechos constitucionales que han de respetarse. En todo caso, los efectos perjudiciales que podría causar la vuelta del menor a su familia de origen podrían mitigarse realizando la salida del hogar de acogida con cautela y de forma progresiva, de esta forma el bien del niño quedaría salvaguardado.

En todo caso señalar que éste es uno de los supuestos en los que el factor tiempo se considera básico y definitivo. Se debe decidir con premura, pues un retraso excesivo puede implicar que una medida provisional se conviertan «de hecho» en definitiva. De forma que cuando se decida volver al menor con su familia de origen, tenga éste ya una edad, y unos lazos afectivos con la familia de acogida que ineludiblemente provoquen un conflicto de afectos para el mismo<sup>203</sup>. Precisamente éste es el motivo por el que determinados autores (cuestión ya señalada) abogan por añadir un plazo a toda decisión provisional, exigencia que consideran de carácter constitucional<sup>204</sup>. Recordemos que indicábamos en su momento que debe tenerse muy en cuenta el sentimiento infantil del tiempo,

---

<sup>201</sup> OLG Hamm, *FamRZ*, 2003, p. 1858.

<sup>202</sup> BVerfG, *FamRZ*, 2004, p. 771. Se trataba de un supuesto en el que solicitaba la guarda del menor su abuela en calidad de tutora del mismo. Si bien en la sentencia se recoge la doctrina de que debe prevalecer el derecho constitucional de los padres de educar y asistir a su hijo personalmente sobre los deseos que la familia de acogida pudiera tener de mantener al menor con ellos por los lazos afectivos existentes, debemos señalar que en este supuesto se consideró que no es comparable la situación de los padres biológicos del menor que pueden reclamar la vuelta del niño a su hogar de origen, con la de otras personas que puedan ejercer la guarda del menor, como es el caso de la abuela que fuera tutora de su nieto.

<sup>203</sup> MOTZER, Stefan, ob. cit., pp. 802-802.

<sup>204</sup> HEILMANN, Stefan, *Kindliches Zeitempfinden und Verfahrensrecht*, Neuwied, 1998, p. 257.

pues un año en la vida de un niño tiene distinto significado a un año en la vida de un adulto, de hecho un lapso pequeño de tiempo puede significarle una eternidad. Pero además si se opta por separar al pequeño de sus padres para insertarlo en una familia de acogimiento se debería ser muy cauto. Precisamente estas razones llevan al profesor Salgo a defender una postura contraria a la recogida por esta jurisprudencia constitucional, pues afirma que no debería jugarse con los sentimientos del menor, considerando contrario al interés del niño el que tras un período de tiempo estimable en el seno de una familia de acogimiento el menor fuera separado de ésta<sup>205</sup>.

– Interpretación del artículo 1666 BGB.

Ya hemos estudiado en otro apartado el artículo 1666 BGB el cual puede ser considerado pieza clave de este estudio. Dicho artículo prevé en su supuesto de hecho cuatro grupos de amenazas o peligros que habilitan la intervención judicial, en concreto y esquematizando la norma recoge los siguientes supuestos: ejercicio abusivo de la patria potestad, estado de dejadez del niño, fracaso no culpable de los padres y comportamiento perjudicial de un tercero. Ahora procede analizar la interpretación y aplicación que del artículo 1666 BGB hacen los tribunales alemanes.

La privación del ejercicio de la patria potestad a uno de los padres (o a ambos) supone una intervención extrema. La decisión de tal tipo de medida se presenta especialmente difícil y los tribunales alemanes consideran que la adopción de tal medida no puede justificarse en la mera presencia de un peligro abstracto para el bien del niño sino en la existencia de un peligro presente respecto al cual es razonable esperar que con bastante seguridad cause daño al niño<sup>206</sup>. Al respecto el Tribunal Constitucional alemán ha subrayado que la toma de estas decisiones ha de venir presidida por la observación del principio de la proporcionalidad<sup>207</sup>. En esta línea en determinados supuestos en los que de hecho el progenitor no pueda asistir adecuadamente a su hijo (*v. gr.* el caso en que la madre resulte circunstancialmente impedida para ocuparse en el día a día de su hijo), los tribunales alemanes prefieren en primer lugar, y ante de optar por la privación del ejercicio de la patria potestad previsto en el artículo 1666 BGB, suspender temporalmente dicho ejercicio de la patria potestad aplicando la medida prevista en el artículo 1674 BGB. Tal fue el caso de la decisión

<sup>205</sup> Recogemos la opinión de SALGO, Ludwig en *Pflegekindschaft...*, pp. 50 y ss.

<sup>206</sup> En esta línea OLG Celle, *FamRZ*, 2003, p. 1490.

<sup>207</sup> BVerfG, *FamRZ*, 2002, p. 1021.

adoptada por el Tribunal territorial de Dresden<sup>208</sup> en el que el padre del menor resultó encarcelado para el cumplimiento de una larga condena, ante la imposibilidad del padre en tal supuesto para atender debidamente a su hijo y en aplicación del principio de la proporcionalidad se optó por suspender el ejercicio de la patria potestad antes que privar directamente de la misma. Igual decisión adoptó el Tribunal territorial de Hamburgo<sup>209</sup> en un supuesto similar, si bien al volver el menor con su padre una vez que este fue puesto en libertad (había permanecido el menor durante su encarcelación al cuidado de una familia de acogida), se hizo mucho hincapié en procurar realizar el cambio del entorno del niño de forma graduada por los perjuicios que un cambio brusco podría causar al bien del niño.

Parece presidir en el Ordenamiento alemán una preferencia por mantener al menor con sus padres siempre que sea posible. Nos referimos ahora a la decisión del Tribunal territorial de Celle<sup>210</sup> que revocó la sentencia dada en primera instancia por la que se retiraba el ejercicio de la patria potestad de un niño de un año al padre siendo recibido por una familia de acogida. En este supuesto el padre presentó ante la segunda instancia un certificado de una Institución protectora de menores (documento realizado por un terapeuta) que acreditaba su idoneidad para asistir y cuidar de su hijo. En este caso con la sola presentación de dicho documento bastó para que se revocará la medida tomada por el juez de primera instancia. El Tribunal no accedió a la petición de la familia de acogida, que quería que el niño permaneciera con ellos y consideró que en aplicación del principio de la proporcionalidad y del mandato constitucional contenido en el artículo 6GG procedía devolver al menor a su padre. La misma decisión se toma por el Tribunal territorial de Frankfurt<sup>211</sup> en un caso similar en el que si bien se devolvió al menor a la familia de origen, se consideró que en interés superior del niño exigía que dicho cambio del entorno familiar del menor se realizara paulatinamente.

El Tribunal Constitucional alemán<sup>212</sup> ha señalado reiteradamente que la separación del niño de sus padres es una medida de intervención extrema que ha de tomarse (teniendo en cuenta el informe del Jugendamt), sólo cuando no quede otra posibilidad, pues han de tenerse en cuenta las otras medidas que pueden tomarse al aplicarse los artículos 1666 y 1666a BGB. La proporcionali-

<sup>208</sup> OLG Dresden, *FamRZ*, 2003, p. 1038.

<sup>209</sup> OLG de Hamburgo, *ZfJ* 2003, p. 155.

<sup>210</sup> OLG Celle, *FamRZ*, 2003, p. 549.

<sup>211</sup> OLG Frankfurt am Main, *FamRZ*, 2003, p. 1316.

<sup>212</sup> BVerfG, *FamRZ*, 2002, p. 1021.

dad exige optar por la medida menos severa lo cual implica agotar antes de la separación del menor toda medida de apoyo y asistencia que pueda paliar el fracaso parental. Sólo cuando estas medidas no son suficientes, como último remedio, procede la intervención y aplicación de medidas más severas, intervención que deberá ser gradual<sup>213</sup>. A título de ejemplo, señala el Alto Tribunal que la separación del menor durante su primer año de vida supone una medida especialmente delicada pues en dicho período y por regla general el menor sienta las bases de su orientación ante el mundo.

Sólo cuando la salvaguarda del interés del menor hace imprescindible separar al menor de sus padres procede privar a éstos del ejercicio de la patria potestad. Al respecto podemos traer a colación la decisión del Tribunal territorial de Frankfurt am Main<sup>214</sup> en la que se estimó necesario confiar al menor a una familia de acogida rechazando la posibilidad de que se mantuviera el ejercicio de la patria potestad por los padres. El motivo fue que al tiempo de la separación de los padres se detectó que desde hacía muchos años la madre presentaba una severa enfermedad fruto del alcoholismo, adicción que también afectaba al padre, constatándose que por dicho motivo la relación familiar era traumática. Más aún el juez en primera instancia decidió privar a la madre de todo contacto con su hijo de dos años para evitar tanto que éste fuera víctima del conflicto existente entre sus padres (calificado como un auténtico conflicto de lealtades que podría perjudicar al menor) como que el niño pudiera quedar afectado por dicha situación calificada de «desoladora». En ocasiones se consideró que es el progenitor el auténtico responsable de que el menor rechace todo contacto con él. En estos supuestos se considera que dicho progenitor puede ser privado parcialmente del ejercicio de la patria potestad si mantiene desavenencias continuas con el otro padre del menor sobre la forma de educar y asistir al niño o si es previsible que de mantener el ejercicio de dicha patria potestad se producirá un daño al menor con bastante seguridad<sup>215</sup>.

En relación con el artículo 1666 BGB encontramos distintos pronunciamientos judiciales que son de interés, en primer lugar referimos ahora a un caso enjuiciado por el Tribunal Territorial de Hamburgo<sup>216</sup> en el que el abuelo planteó ante un problema de alcoholemia de la madre la posibilidad de separarla del menor en contra de su voluntad. La cuestión era que si bien no todo fracaso

---

<sup>213</sup> Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 17 de febrero de 1982, *BVerfGE*, 60, 79 (85).

<sup>214</sup> OLG Frankfurt am Main, *FamRZ*, 2003, p. 1317.

<sup>215</sup> En este sentido OLG de Colonia, *OLGR*, 2003, p. 302.

<sup>216</sup> OLG Hamburg, *FamRZ*, 2002, p. 1021.

parental justificaría la adopción de tal medida, «el interés del menor en todo caso tenía que ser tenido en cuenta con primacía al interés de los padres», más aún si se tiene en cuenta que respetar la voluntad de los padres podría implicar importantes perjuicios para el menor.

En ocasiones, un mismo órgano judicial dicta sentencias contradictorias, así es el caso de dos sentencias dadas por el OLG de Hamm en el año 2002, por un lado se consideró que el artículo 1666 BGB sólo preveía la privación del ejercicio de la patria potestad del menor en supuestos muy concretos como el caso en que el estado de salud del menor exigiera unos cuidados médicos especiales para los cuales no estuvieran preparados los padres; señalando que la ausencia de higiene o falta de aseo diario del menor en ningún caso podría justificar la privación a los padres del ejercicio de la patria potestad sobre el niño<sup>217</sup>, y por otro lado, dicho órgano judicial posteriormente consideró que sí habría lugar a privar del ejercicio de la patria potestad del menor cuando mediara una relación problemática entre la madre y el menor causada por una forma de vida caótica que impidiera a la madre permanecer en la casa de forma regular, pues ello en un alto grado daría lugar a perturbar y traumatizar al niño por lo que el interés del menor exigiría de privar a la madre de la guarda y custodia del menor<sup>218</sup>.

Por otra parte, el hecho de que el padre sufriera una privación de libertad consecuencia del cumplimiento de una condena judicial por la comisión de un delito, si bien es cierto que dificulta en gran medida el ejercicio de la patria potestad, no suele considerarse por los tribunales alemanes como causa suficiente que justifique la privación de dicho ejercicio de la patria potestad al padre en beneficio de la madre, que sería por tanto la titular exclusiva de dicha patria potestad<sup>219</sup>. En realidad ya hemos estudiado que dicha situación normalmente da lugar a la mera suspensión del ejercicio de la patria potestad. Lo mismo podría decirse cuando se diera la circunstancia de que los padres vivieran en puntos geográficos muy distanciados, tal motivo por sí sólo no justificaría la privación del ejercicio de la patria potestad de uno de los progenitores a favor del otro, si bien es cierto que podría dificultarla en gran medida, y que posiblemente se relentizaría en gran medida la toma de medidas que el cuidado del menor exige<sup>220</sup>.

<sup>217</sup> OLG Hamm (7 FamS) *FamRZ*, 2002, p. 691.

<sup>218</sup> OLG Hamm (5.FamS), *FamRZ*, 2002, p. 692.

<sup>219</sup> OLG Naumburg, *FamRZ*, 2003, p. 1947.

<sup>220</sup> OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, pp. 1036-1037.

Cuando se trata de menores que crecen en el seno de familias originarias de otros países (o en las que al menos uno de los progenitores tiene tal procedencia), se considera que el artículo 1666 BGB habilita al juez a prohibir el desplazamiento del menor al extranjero cuando se constate que existe un alto riesgo de que el menor no vuelva a Alemania. En estas ocasiones se considera que el progenitor que permanezca en el país tiene derecho a oponerse al viaje del niño, pudiendo ser retirado el pasaporte en su caso, se trata de medidas de carácter temporal<sup>221</sup>. Nos parece especialmente relevante la sentencia del Tribunal territorial de Dresden<sup>222</sup> que aplicó el artículo 1666 BGB para limitar a la madre el derecho a fijar la residencia de su hija de cinco años. Se trataba de una familia originaria de Gambia, deseando la madre que su hija fuera escolarizada y educada en su ciudad natal. El Tribunal consideró que el derecho de la madre a decidir sobre la residencia de su hija quedaba suprimido cuando se trataba de enviar a la menor a un país en el que es común –ésta fue la convicción del tribunal– hacer la circuncisión a las niñas. Se estimó que existía una amenaza seria sobre la menor y que el respeto a una cultura foránea no justificaba la mutilación genital de la pequeña lo cual se consideraba una vulneración de los derechos humanos, un atentado al bien del niño y un acto contrario al orden público alemán.

– Interpretación del artículo 1671 BGB.

Estudiaremos ahora la sentencia del Tribunal constitucional alemán de 18 de diciembre de 2003<sup>223</sup> en la que se matiza la aplicación del artículo 1671 BGB en aras a proteger el bien del niño. Dicho artículo ha sido reformado por la KindRG de 1998, en su nueva redacción establece que tras el divorcio el ejercicio de la patria potestad del menor podrá ser compartido, estableciendo los supuestos en los que excepcionalmente corresponderá a uno solo de los padres. Pues bien, el Tribunal constitucional alemán ha considerado que dicha norma queda matizada, pues para que haya lugar a la patria potestad compartida se precisa que exista una armonía mínima entre los padres<sup>224</sup>. Se considera que resulta contrario al interés superior del menor vincularlo al ejercicio de una

<sup>221</sup> OLG Karlsruhe, *FamRZ*, 2002, pp. 1272, 1273.

<sup>222</sup> OLG Dresden, *FamRZ*, 2003, 1862.

<sup>223</sup> BVerfG, *FamRZ*, 2004, p. 354. Véase también la sentencia del Tribunal constitucional alemán de 29 de enero de 2003, BVerfG, *FamRZ*, 2003, pp. 285-287.

<sup>224</sup> Refieren el deber de colaboración de los padres separados las sentencias de los Tribunales territoriales siguientes: OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, pp. 1492,1493; OLG de Brandenburg, *FamRZ*, 2003, pp. 1952,1953.

patria potestad compartida cuando los padres no presentan el más mínimo interés en cooperar por lograr el bien del niño.

No obstante, esta falta de colaboración entre los padres ha de ser matizada, no se trata simplemente de que se alegue que «no pueden hablar entre ellos» o que «sólo se comunican por medio de sus abogados»<sup>225</sup>, sino que ha de tratarse de una falta de comunicación real y persistente. Tal es el caso observado por el Tribunal territorial de Celle en el que se planteó la imposibilidad de que los padres separados llegasen a un acuerdo sobre el futuro escolar de su hija, dándose la circunstancia de que los padres no se hablaban generalmente no sólo durante semanas, sino incluso durante períodos de varios meses. Ante esta realidad se optó por otorgar el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva a la madre, pues su capacidad para el cuidado y la educación de su hija no fueron objeto de discusión<sup>226</sup>.

Uno de los más graves problemas que planteó la reforma del BGB obrada por la KindRG fue la ausencia de toda disposición transitoria que resolviera sobre las parejas que ya al tiempo de la entrada en vigor de la Ley estuviesen separadas. Esto provocó que en primera instancia los juzgados rechazasen las prestaciones de todo padre por conseguir el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre los hijos tenidos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley. Al respecto podemos traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de fecha 29 de enero de 2003<sup>227</sup> en la que se resolvió sobre una cuestión similar que ya hemos estudiado anteriormente. Si bien se trataba de una pareja no matrimonial, lo cierto era que habían convivido juntos durante muchos años haciéndose cargo ambos del menor, la situación era similar a la que estudiamos aquí, puesto que se habían separado con anterioridad a la entrada en vigor de la KindRG. Esto provocó que la madre se negará al ejercicio conjunto de la patria potestad, por entender que no le era aplicable lo dispuesto en la reforma. Finalmente el Tribunal constitucional alemán estimó que a pesar del deseo de la madre procedía conceder la patria potestad conjunta por ser lo que interesaba al bien del niño.

Para concluir este estudio del trato que merece el interés del menor en la jurisprudencia alemana recoger las siguientes ideas señaladas por Motzer al referir las líneas fundamentales seguidas

---

<sup>225</sup> Así, en distintos pronunciamientos de Tribunales territoriales se ha considerado que dichas alegaciones no son suficientes para privar a uno de los progenitores de la patria potestad: OLG de Colonia, *FamRZ*, 2003, pp. 1492, 1493; OLG de Karlsruhe, *FamRZ*, 2002, p. 1209; OLG Naumburg, *FamRZ*, 2002, pp. 564, 565.

<sup>226</sup> OLG Celle, *FamRZ*, 2003, pp. 1488, 1489.

<sup>227</sup> BVerfG 29.1.2003, *FamRZ*, 2003 p. 287.

por los Tribunales alemanes: Por un lado el factor tiempo se considera básico y definitivo. Continuamente se reitera que hay que decidir con premura, un retraso excesivo puede empeorar aún más la posición del menor. Igualmente ha de evitarse que las medidas provisionales se conviertan «de hecho» en definitivas. Por otro lado en los casos de falta de acuerdo entre los padres se afirma que debe buscarse un equilibrio teniendo en cuenta ante todo el bien del niño. No obstante, ante la presencia de actos violentos se estima que la medida más adecuada será la prohibición de todo contacto del progenitor responsable de la violencia con el resto de la familia, antes que tener que sacar al menor de su hogar para insertarlo en un ambiente que le es extraño<sup>228</sup>.

## XII. LA ADOPCIÓN DEL MENOR POR PERSONA HOMOSEXUAL TRAS LA REFORMA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2004

Finalmente trataremos un tema que por su actual relevancia merece un estudio separado. Esto es el trato que merece la adopción de menores por homosexuales teniendo en cuenta el bien del niño. En primer lugar nos referiremos a la Ley alemana que regula las uniones homosexuales<sup>229</sup>, Ley que entró en vigor el primero de agosto de 2001. Dicha Ley aunque equiparó las uniones homosexuales al matrimonio en todos sus derechos y obligaciones, optó por no regular la adopción de menores por parejas homosexuales. Precisamente dicha omisión dió lugar a duras críticas, pues se con-

<sup>228</sup> MOTZER, Stefan, ob. cit., pp. 802-802.

<sup>229</sup> *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LpartG) de primero de agosto de 2001. La doctrina opinó que se había realizado una reforma «a medias», porque no se llegó a equiparar totalmente la pareja homosexual a la heterosexual. No debe olvidarse que el propósito inicial de la reforma era legalizar el matrimonio homosexual (Homo-Ehe), sin embargo dado lo extremo de las posiciones existentes se optó por hacer una reforma «suave», GRZIWOTZ, Herbert, «Die Lebenspartnerschaft zweier Personen gleichen Geschlechts», *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 2001, núm. 4, p. 281.

Señala la doctrina germana que la adopción de menores por la pareja homosexual de su progenitor ha sido legalmente admitida en distintos ordenamientos, no sólo en determinados derechos europeos, sino incluso en los Estados Unidos, donde ya en 1985 se autorizó por primera vez este tipo de adopciones (A.O.L. núm. 1-JU-85-25.P/A. Alaska 1, Jud. Dist. July 23, 1985), habiéndose permitido hasta la fecha dicho tipo de adopciones por los Tribunales territoriales de Nueva York, Nueva Jersey, Masschusetts, Illinois, Vermont, Pennsylvania y en el distrito de Columbia. En otros estados, han sido los Juzgados de primera instancia los que lo han autorizado, tal es el supuesto de Oregón y Washington. DETHLOFF, Nina, «Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare», *ZPR*, 2004, p. 198. Añade que también en distintas provincias de Canadá, en los territorios australianos de Tasmania y Western Australia y Sudáfrica ha sido permitida. En todos los supuestos la razón esgrimida para permitir la adopción ha sido el interés superior del niño.

sideró que se daba a los miembros de parejas homosexuales un trato discriminatorio respecto a los miembros de parejas heterosexuales, considerándose que dicho trato desigual no era acorde con la Constitución alemana. Además se afirmó que no se podía ignorar la realidad, esto es la existencia de muchos menores que convivían en el seno de familias homosexuales y que el bien del menor debía imponer regularizar dichas situaciones<sup>230</sup>. Ello llevó a que la coalición gubernamental formada por la izquierda y los verdes anunciara tras ganar las elecciones del 2002 que mejoraría la Ley en dicho punto. Dicho propósito finalmente ha dado lugar a la presentación por la Ministra Federal de Justicia en fecha 27 de octubre de 2004 de un Proyecto de Ley para reformar el Derecho de familia, reforma encaminada a cubrir las lagunas legales que la redacción original de la Ley de parejas de hecho alemana creó. Se trata de consolidar y ampliar los derechos de la pareja homosexual permitiendo, entre otras cuestiones, que finalmente pudieran adoptar en determinados supuestos. Dicho Proyecto de Ley finalmente se ha convertido en Ley dando lugar a la Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts de 15 de diciembre de 2004 que ha entrado en vigor el primero de enero de 2005. Dicha Ley ha modificado tanto la LpartG como el propio BGB regulando, entre otros puntos, la adopción por el «padrastró» del hijo de su pareja homosexual. Se trata de supuestos en los que uno de los miembros de la pareja tiene ya un hijo fruto de una relación de carácter heterosexual anterior o concebido por otros medios (v. gr. inseminación artificial). Supuesto que igualmente puede darse cuando el menor nazca una vez iniciada la vida en común de la pareja homosexual. En alemán se denomina a este tipo de adopción «Stiefkindadoption» estando regulada en el artículo 1741.2 BGB respecto a las parejas heterosexuales. En el Debate parlamentario que originó la aprobación de dicha Ley se expusieron los motivos que justifican la reforma señalándose que en este punto sólo se busca el bien del niño que de hecho vive ya en dicha pareja.

En dicho debate se señaló que el artículo 1741 BGB permite que cualquier persona no casada pueda adoptar un menor indivi-

---

<sup>230</sup> DANUSER, Markus, «Kindschaftsrechtliche Regelungen des Lebenspartnerschaftsgesetzes», *Gleichgeschlechtliche Paare leben mit Kindern – auch mit Pflege- und Adoptivkindern?*, publicación del Fachtagung der Zentralen Adoptionsstelle de 3 de julio de 2002. Landesjugendamt Köln-Deutz, p. 18, autor que criticó la redacción originaria de la LpartG pues afirmó que en virtud de lo dispuesto por la Constitución alemana debería de haberse regulado la posibilidad de adoptar en la LpartG, pues consideró que no debía interpretarse el artículo 6 GG en el sentido de impedir este tipo de adopciones, considerando que es un hecho que en muchas ocasiones existen dos mujeres a cargo del menor, situación que no debería ignorar la ley. Ver también, SCHOMBURG, Gerd, «Die Kindschaftsrechtlichen Regelungen des Lebenspartnerschaftsgesetzes», *Kind-Prax*, 2001, p. 103. DITTBERNER, Mareike, «Lebenspartnerschaft und Kindchaftsrecht. Die», p. 195. DETHLOFF, Nina, ob. cit., p. 195.

dualmente, evidentemente una persona homosexual puede individualmente adoptar un menor. Por otro lado, se puso de manifiesto que en muchos supuestos el padre o la madre biológicos del menor inician una relación afectiva con otra persona de su mismo sexo. En estos supuestos se considera que lo mejor para el bien del niño es que dicha situación «de hecho» reciba reconocimiento y protección legal. Se considera que de esta forma el menor, de fallecer su progenitor biológico o su adoptante individual podría mantener sus lazos afectivos con la pareja de su padre o madre, pareja que tendrá asumidas las obligaciones que de la patria potestad devienen. Éste ha sido el criterio del legislador alemán al reformar la legislación vigente y permitir dichas adopciones, si bien hay que reconocer que ha optado por seguir una política cauta al permitir sólo las adopciones en un caso muy concreto. Se afirma que, en primer lugar, se trata de aceptar una realidad para encauzarla legalmente, pues las estadísticas demuestran que la quinta parte de los homosexuales son padres o madres<sup>231</sup>.

– Normas aplicables a este supuesto de hecho con anterioridad a la reforma de 15 de diciembre de 2004.

Nos centramos ahora en el articulado del BGB que *prima facie* podría aplicarse a estos supuestos aun antes de la reforma, para seguidamente analizar el alcance de dicha reforma a la luz del interés del menor. Para ello, nos es de gran valía el estudio hecho por Dethloff, Nina<sup>232</sup> al comentar la iniciativa gubernamental para regularizar jurídicamente las familias homosexuales con hijos, autora que señala que se trata principalmente de considerar el bien del niño, pues cuando un niño no conoce a su padre biológico (*v. gr.* por haber sido éste un donante anónimo de material reproductivo) y crece desde pequeño en el seno de una familia homosexual existe regularmente una relación afectiva de hecho que debe formalizarse.

De hecho, partiendo de la regulación existente con anterioridad a la reforma afirma que deben tenerse presente las siguientes cuestiones: Que en el caso de fallecimiento del progenitor el artículo 1682.2 BGB establece una auténtica «orden de permanencia»

---

<sup>231</sup> WELLENHOFER-KLEIN, Marina, *Die eingetragene Lebenspartnerschaft*, Hamburgo, 2003, p. 95, señala que sólo en Alemania existen 43.000 hogares formados por parejas del mismo sexo de los que 7.000 tienen niños en su seno. Por su parte, DETHLOFF, Nina, *ob. cit.*, p. 195, refiere que en Alemania más de 13.000 menores crecen al cuidado de parejas homosexuales según las estadísticas publicadas (Statistische Bundesamt 2004, resultado del censo de 2003, p. 21). Añadir que WELLENHOFER-KLEIN, Marina, *ob. cit.*, p. 95, igualmente recoge el informe publicado por DANNECKER y DIMSKI *ZEuP*, 1995, p. 465, en el que se señala que en Estados Unidos conviven con parejas homosexuales entre cuatro y seis millones de niños.

<sup>232</sup> DETHLOFF, Nina, *ob. cit.*, p. 195.

del menor con la pareja de hecho del progenitor, siempre que dicha relación de hecho estuviese previamente inscrita. Que en el día a día es la pareja del progenitor del niño quien toma muchas decisiones sobre su cuidado y asistencia ejercitando de hecho una «guarda y custodia minorada» sobre el menor. Que se ha modificado recientemente el artículo 1685.2 BGB para incluir a la pareja de hecho del progenitor (no sólo en los supuestos en que se trate de una convivencia registrada, sino también aún en el supuesto de que no lo esté), entre las personas que tienen derecho a relacionarse con el menor, supuesto que principalmente se plantea cuando se produce una ruptura de dicha convivencia de hecho<sup>233</sup>.

– La reforma de 15 de diciembre de 2004.

La Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts de 15 de diciembre de 2004 que ha entrado en vigor el primero de enero de 2005, ha reformado el artículo 9 de la LpartG. Bajo el título «normativa respecto al hijo de un compañero de hecho (homosexual)», dicha norma actualmente contiene siete párrafos, cinco respecto a familias homosexuales en las que no se haya adoptado el menor que en ellas conviva, y dos respecto al caso en que sí haya sido adoptado.

En primer lugar se refiere que cuando el progenitor ejerza con exclusividad la patria potestad sobre su hijo, su pareja de hecho homosexual podrá bajo su consentimiento participar en la toma de decisiones sobre las cuestiones cotidianas que afecten a dicho menor (siendo aplicable en este caso lo dispuesto por el artículo 1629.2 BGB). En segundo lugar, se afirma que en tal caso, el compañero homosexual del progenitor podrá realizar cuando así lo exija el interés superior del niño todo tipo de actos jurídicos para proteger al menor de un peligro inminente, añade la norma que dicho progenitor deberá ser inmediatamente informado de tales hechos.

En el tercer párrafo del referido artículo 9 se refiere que el juez de familia podrá restringir o incluso suprimir las facultades reconocidas en el párrafo primero de este artículo al compañero homosexual del progenitor (es decir intervenir en la toma de decisiones sobre cuestiones cotidianas que afecten al menor). Igualmente, se refiere en el párrafo cuarto que dicha facultad no se perderá por el hecho de que se produzca una separación momentánea entre el progenitor y su pareja homosexual (a *sensu contrario* debemos

---

<sup>233</sup> El artículo 1685.2 BGB ha sido reformado en fecha 30 de abril de 2004 (art. 1, núm. 7 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vordrücken für die Vergütung von Berufsbetreuern).

interpretar que si se extinguirá dicho derecho cuando la separación no sea transitoria).

En el quinto párrafo se señala que si el progenitor ejerce de forma exclusiva la patria potestad sobre un hijo no matrimonial, y dicho hijo convive en el hogar familiar con la pareja homosexual del progenitor, podrá otorgársele al menor el apellido familiar (*Lebenspartnerschaftsnamen*) mediante declaración oficial ante la autoridad competente (en este supuesto resulta aplicable lo dispuesto por el art. 1618 BGB).

Evidentemente en estos supuestos se otorga a la pareja homosexual del progenitor unos derechos para intervenir en el cuidado y en la educación del menor que suponen una auténtica guarda próxima al ejercicio de la patria potestad. Por otro lado el hecho de que se otorgue el apellido familiar de la pareja de hecho homosexual, debe considerarse como una manifestación del reconocimiento por parte del legislador de una unidad familiar totalmente equiparable al «matrimonio entre heterosexuales», puede afirmarse que tras la reforma de 15 de diciembre de 2004 prácticamente ambas figuras sólo difieren en la denominación.

El párrafo sexto del referido artículo 9 LpartG refiere que en el caso de adopción individual de un menor por un miembro de la pareja de hecho se necesitará el consentimiento del otro conviviente de hecho. Finalmente el último párrafo de dicho artículo permite al conviviente homosexual adoptar al hijo de su pareja (se señala que en este supuesto resultan aplicables los arts. 1743.1, 1751.2 y 4, 1754.1 y 3, 1755.2, 1756.2, 1757.2 y 1772.1 BGB).

– Crítica a la reforma de 15 de diciembre de 2004 <sup>234</sup>.

Señala Dethloff, Nina <sup>235</sup> que la adopción del menor regulada en el nuevo artículo 9 LpartG implica el ejercicio pleno de la patria potestad, incluyendo la «guarda y custodia» por parte de la pareja del progenitor (señalar que la autora en su artículo se refiere al Proyecto de Ley anunciado por el Gobierno). Considera que en estos supuestos la adopción implica ex artículo 1755.1 BGB la extinción de cualquier tipo de relación o parentesco del menor con su familia del progenitor biológico ausente. Evidentemente la adopción permanecerá aún en el supuesto que de ruptura de la relación de convivencia que la haya originado. En estos supuestos considera que deberá repartirse el ejercicio de la patria potestad en atención al interés del

<sup>234</sup> Recogemos aquí la crítica que distintos autores han realizado sobre la iniciativa gubernamental y el Proyecto de Ley en su día presentado. En tanto la Ley finalmente aprobada se ajusta al Proyecto inicialmente anunciado, podemos considerar que se trata de opiniones y críticas vigentes.

<sup>235</sup> DETHLOFF, Nina, ob. cit., pp. 197-199.

niño, especialmente cuando desde temprana edad haya sido cuidado y atendido por la pareja de su progenitor. En el caso de inseminación artificial afirma que el mero consentimiento hecho por la mujer lesbiana para que se practique dicha técnica de reproducción asistida en su pareja debería tener algún tipo de efecto jurídico. También se plantea el supuesto en que uno de los miembros de la pareja adopte individualmente a un menor, por tanto no se trataría ya de su hijo biológico, sino de un hijo de otro origen. En estos casos afirma que el «bien del niño» exigiría que éste pudiera ser adoptado por el otro miembro de la pareja, cuando de hecho esta siendo educado por él, en tanto sólo podría repercutirle ventajas dicha adopción.

Precisamente esta realidad, ha dado lugar a las mayores críticas que se han realizado respecto a la reforma operada pues se considera que éste hubiera sido un momento adecuado para incluir en la reforma la adopción conjunta del menor por pareja homosexual. En Alemania actualmente y en virtud del artículo 1741 BGB sólo pueden adoptar conjuntamente las parejas matrimoniales [recordemos que la *Lebenspartnerschaftsgesetz* (LpartG), ha optado por denominar de forma distinta a la unión de convivencia homosexual]. Tras la reforma de 15 de diciembre de 2004 una pareja homosexual seguirá sin poder adoptar un menor en Alemania, dicha omisión legislativa ha sido muy criticada por la doctrina, al respecto Dethloff, Nina<sup>236</sup> parte del hecho de que existen hoy en Alemania multitud de niños al cuidado de parejas homosexuales con las que no guardan parentesco biológico. En estos supuestos es el bien del niño el que exige que pudieran ser adoptados conjuntamente los menores y dar reconocimiento jurídico a dichas situaciones.

Al llegar a este punto, que evidentemente es interdisciplinar, considera la doctrina alemana que es obligado tener en cuenta las aportaciones que tanto la psicología como la sociología hacen, pues sólo después de haber comprendido el alcance psicológico y social de la cuestión será posible estudiarla desde el punto de vista jurídico. Lo cierto es que tradicionalmente se han presentado ciertas objeciones en contra de la posibilidad de la adopción de menores por homosexuales, por ello habrá que estudiar si desde las perspectivas psicológica y social dichas objeciones son fundadas. Señalan los autores alemanes que el claro prejuicio con el que es tratado este tema parte de la creencia de que los hijos que crezcan en el seno de una pareja homosexual están condicionados a desarrollar una tendencia homosexual (consideración de la homosexualidad como una patología antinatural contagiosa). Sin embargo, a parte del hecho de que no puede considerarse antinatural una orientación

---

<sup>236</sup> DETHLOFF, Nina, ob. cit., p. 199.

que se da en la propia naturaleza, concluye la doctrina germana señalando que los estudios realizados han demostrado que los niños que han crecido en una familia homosexual no presentan un mayor porcentaje de homosexualidad que los nacidos en parejas heterosexuales. De hecho dichos informes señalan que su desarrollo emocional, intelectual, social y moral de los niños no difiere según hayan crecido en uno u otro tipo de familias, por el contrario en el caso de los niños crecidos en una familia homosexual lo que si se ha constatado es su mayor predisposición a la tolerancia<sup>237</sup>.

Por otro lado se afirma que otro de los grandes temores que se manifiestan ante la legalización de este tipo de adopciones es que el niño sufra en mayor o menor medida discriminación por vivir en el seno de una pareja homosexual. Se ha señalado que los padres de otros niños pueden prohibir a sus hijos que se relacionen con dicho menor por razón de la condición homosexual de su familia o que entre los propios niños pueden mediar comportamientos discriminatorios por dicho motivo. Al respecto señala Wellenhofer-Klein que si bien es cierto que el niño afectado sufrirá una etapa de desorientación e inseguridad, los estudios realizados han demostrado que las relaciones y amistades de los niños crecidos en familias homosexuales no presentan particularidades respecto a las de otros niños, por otro lado se ha visto que desarrollan estrategias para superar tales problemas. En todo caso, los problemas que pueda tener un niño en una familia homosexual no difieren de los que pueda tener en una familia heterosexual. En ocasiones el menor se convierte en una víctima de las tensiones que sus padres heterosexuales crean en su separación o divorcio en la lucha respecto a quien corresponda la guarda y custodia del menor. Evidentemente no es la homosexualidad de los padres sino la complejidad de la relación lo que puede repercutir negativamente en el menor. Lo que realmente debe de tenerse en cuenta es la capacidad afectiva de los padres, su estabilidad, la armonía creada en el hogar, y no las tendencias sexuales de éstos<sup>238</sup>.

Igualmente se considera que en este supuesto el derecho de adopción lo será en interés del menor antes que en interés de los adoptantes. Esto implica que sólo habrá lugar a la adopción cuando beneficie al menor. Se trata de un derecho a favor del niño y no a

<sup>237</sup> NAVE-HERZ, *Praxis der Rechtspsychologie*, 13 (1) 2003, 45 (50); SIELERT en *Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in sozialerhischer Perspektive*, ob.coor. por KEIL/HASPEL, 2000, p. 45; WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 98, DIMSKI, ob. cit., p. 465. NAVE-HERZ Bosinski/Kirchhof, p. 26 recoge los estudios hechos en Estados Unidos donde toda una generación de menores ha crecido ya en el seno de familias homosexuales (Fthenakis en BASEDOW/HOPT/KÖTZ/DOFFEL, *Die Rechtstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, 2000, p. 351, señala que la cifra supera los dos millones de niños.

<sup>238</sup> MUSEHELER, *Das Recht der Eigenträgigen Lebenspartnerschaft*, 2001, p. 177. WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 99, se remite al informe Fthenakis, pp. 387-379. HOLZHAUER, JZ, 2000, p. 1076.

favor de los adoptantes. Ello nos obliga a estudiar cada caso individualmente para determinar si una posible adopción beneficia o no al menor en un supuesto determinado, lo cual dependerá en gran medida de la capacidad que tengan los futuros adoptantes de dar afecto al menor. Por ello se afirma que lo que no podrá hacerse será utilizar la tendencia sexual del futuro adoptante como criterio discriminatorio para determinar su idoneidad. El bien del niño supondrá que antes de crecer en un orfanato o en condiciones infrahumanas pueda desarrollarse en el seno de una familia estable de la que reciba afecto y ello con independencia de si esta familia esté compuesta por personas de una u otra tendencia sexual<sup>239</sup>.

Por tanto concluimos que en esta materia la ciencia jurídica aporta un criterio claro, la adopción ha de ser siempre en beneficio del menor teniendo muy presente su interés superior. En cada caso concreto deberá determinarse si el posible adoptante es idóneo teniendo en cuenta el bien del niño. Hasta este límite llega la ciencia jurídica, el siguiente paso es responsabilidad de la psicología y en su caso de la sociología y es determinar si el carácter homosexual de un posible adoptante puede dañar el bien del niño, por ello en este punto las investigaciones que la psicología aporta son determinantes, y han de ser asumidas por los juristas. Tales investigaciones y estudios indican que en abstracto no se detecta un perjuicio o anomalía en el desarrollo de los menores crecidos en el seno de una familia homosexual. Por tanto desde la perspectiva jurídica dichas investigaciones deben asumirse y debe primar el principio constitucional que impide toda discriminación por razón de la inclinación sexual de la persona. No se puede discriminar a una parte de la sociedad alegando protegerse el interés del menor cuando dicha discriminación no se funda en estudios científicamente probados. Por el contrario, el análisis del caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias del menor y del posible adoptante (especialmente su capacidad afectiva), será el que determine si este último es idóneo o no para adoptar.

Precisamente la doctrina alemana ha señalado que respecto al bien del niño lo importante es que pueda llegar a darse una relación afectiva enriquecedora para el menor independientemente de la orientación sexual de los padres<sup>240</sup>. Ésta es una premisa que ya se estableció en 1984 en una sentencia calificada de «histórica»<sup>241</sup> en la que ante la solicitud del ejercicio de la patria potestad (la guarda y custo-

<sup>239</sup> DETHLOFF, Nina, «Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare», *ZPR*, 2004, p. 195.

<sup>240</sup> WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 101.

<sup>241</sup> Sentencia dada ya en el año 1984 por el Juzgado de primera instancia de Mettmann (puede consultarse en *FamRZ*, 1985, p. 529). Sentencia muy comentada por la doctrina alemana por constituir un auténtico precedente en tanto se consideró que el menor puede desarrollarse sanamente en una familia homosexual.

dia) del menor hecha por su madre que era soltera y convivía afectivamente con otra mujer se decidió concedérsele dicha «guarda y custodia» explicando la sentencia que el hecho de que la madre conviviera con otra persona de su mismo sexo no la descalificaba para poder tener la «guarda y custodia» de su hijo, pues se apreciaba una buena relación emocional entre el niño y ambas mujeres, que lo cuidaban y asistían correctamente<sup>242</sup>. Partiendo de esta posición se señala que la adopción de cualquier medida prevista en el artículo 1666 BGB nunca podrá fundarse en la tendencia homosexual del progenitor pues dicha circunstancia nunca podrá ser considerada como perjudicial para el bien del niño<sup>243</sup>. Una vez que no hay lugar a discutir el derecho de todo padre o madre homosexual a ostentar la «guarda y custodia» de su hijo y a educarlo en el seno de una familia homosexual, el siguiente paso no se ha hecho esperar. Esto es, la exigencia planteada por la doctrina de que dicho niño que vive con su progenitor tenga derecho a ser adoptado por la pareja del mismo. Si la homosexualidad del padre no perjudica al menor, tampoco puede perjudicarle la homosexualidad del compañero del padre. Se trata de reconocer legalmente una situación que se da de hecho. El bien del niño exige garantizar que si falta el progenitor, su pareja pueda seguir atendiendo al menor, rige el llamado «principio de la continuidad»<sup>244</sup>. En última instancia una vez que se acepta que la homosexualidad no influye negativamente en el menor, no perjudica al bien del niño, no se encuentra razón para negar el derecho de adoptar a una pareja homosexual. Por el contrario el bien del niño obliga a considerar la capacidad afectiva del adoptante, la armonía y equilibrio del hogar que se ofrece al menor, entendiéndose que no se trata de buscar para el menor exclusivamente la familia que reúna las mejores condiciones posibles, sino de encontrar una familia adecuada en la que el menor pueda desarrollarse con plenitud como persona.

Al respecto concluye su trabajo Dethloff, Nina<sup>245</sup>, señalando que en Alemania debe reformarse el Derecho de familia con urgencia para adaptarse a una realidad social que comprende nuevos

<sup>242</sup> FTHENAKIS, Wassillios E., en *Vater –tomo II– Zur Vater-Kind Beziehung in verschiedenen Familienstrukturen*. München, 1988, p. 374, comenta la sentencia considerando que la decisión judicial debe valer tanto para el supuesto en que se trate de una pareja del mismo sexo formada por hombres como por mujeres.

<sup>243</sup> WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 102. Autora que señala que en su momento se discutió si el supuesto de hecho previsto en el apartado primero del artículo 1666 BGB al referir como supuesto habilitante para la intervención judicial el «fracaso no culpable de los padres» incluía la homosexualidad. Ya hemos referido que se incluían determinadas enfermedades e incluso al alcoholemia (ver jurisprudencia recogida en *BGH FamRZ*, 1956). Finalmente esta discusión doctrinal se ha resuelto en el sentido de excluir tajantemente la homosexualidad del supuesto de hecho previsto en la norma. Evolución y solución igual a la conseguida en el ámbito judicial.

<sup>244</sup> WELLENHOFER-KLEIN, Marina, ob. cit., p. 102.

<sup>245</sup> DEHLOFF, Nina, ob. cit., p. 200.

tipos familiares. Ello tiene distintas implicaciones entre ellas el reconocimiento del derecho a adoptar al niño por la pareja homosexual de su progenitor, cuando por existir de hecho una relación afectiva así lo exija el interés del menor. Junto a esta realidad, objeto de la reforma de 15 de diciembre de 2004, añade Dethloff la necesidad de regular la adopción conjunta de menores por parejas homosexuales, aceptando las actuales tendencias sociales y siempre en interés del menor. Finalmente destacar que el Tribunal Constitucional alemán ha señalado al resolver el recurso de inconstitucionalidad presentado ante la *Lebenspartnerschaftsgesetz*<sup>246</sup> que el derecho constitucional al matrimonio (por pareja heterosexual) no exige una diferenciación especial respecto al derecho al *Lebenspartnerschaft* (convivencia familiar afectiva entre personas del mismo sexo). Más aún considera que el artículo 6 GG no sólo no prohíbe la adopción de menores por parejas homosexuales sino que más bien la habilita la toma de medidas para impedir la vigente discriminación de las familias homosexuales, y ello respecto tanto de los padres como de los niños que viven en ellas.

## RESUMEN

*En este trabajo se analiza la progresiva reforma que ha experimentado el Derecho de familia alemán en los últimos años para introducir el principio del interés superior del menor en dicho Ordenamiento. Reforma iniciada a partir de la Ley 18 de julio de 1979 sobre la patria potestad, mereciéndonos especial consideración la KindRG de 1998 que da un nuevo tratamiento a los derechos del niño; la Ley de 7 de noviembre de 2000 que ha prohibido en términos absolutos y sin excepciones todo tipo de ejercicio de fuerza o violencia sobre el menor y la Ley de 15 de diciembre de 2004 sobre adopción de niños en el seno de familias homosexuales. Dicho estudio legislativo se completa con un pormenorizado análisis tanto de la doctrina como de la jurisprudencia alemanas centrado en los supuestos de mayor relevancia práctica, tales como, las circunstancias que pueden justificar el desamparo del menor, el ejercicio de la guarda compartida del menor en las crisis matrimoniales, el deber de cooperación de los padres en tales supuestos, el respeto a la voluntad del menor y el alcance de su capacidad natural, entre otros.*

---

<sup>246</sup> BVerfG, NJW, 2002, 2543 (2548).