Derecho y familia

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL DERECHO

Una mirada comparada

Nicolás Espejo Yaksic
Editor

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
K310
R476r

La responsabilidad parental en el derecho : una mirada comparada / editor Nicolás Espejo Yaksic ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; [autores y autoras] Amira Aftab [y otros diecinueve] ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; preámbulo John Eekelaar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (li, 778 páginas : ilustraciones, cuadros ; 23 cm.). – (Derecho y familia)

Contenido: Principios y Avances Regionales. Potestades, derechos y responsabilidades parentales : comprendiendo la responsabilidad parental / Nicolás Espejo Yaksic – Relaciones jurídicas entre progenitores e hijos desde la perspectiva legislativa latinoamericana / Marisa Herrera y Fabiola Lathrop – La responsabilidad parental en Europa / Josep Ferrer-Riba – Perspectivas Constitucionales y Legales Comparadas. La responsabilidad parental en Irlanda / Louise Crowley – La responsabilidad parental en la Argentina vista desde el bloque de constitucionalidad / Aída Kemelmajer de Carlucci – Paternidad y responsabilidad parental en el derecho constitucional familiar alemán / Anne Sanders -- La responsabilidad parental en la jurisprudencia constitucional de Colombia / Alma Beltrán y Puga – Derechos, responsabilidades parentales y la Constitución de Sudáfrica / Julia Sloth-Nielsen, Rachel Sloth-Nielsen – La aplicación del modelo de la responsabilidad parental en México / Daniel Delgado Ávila -- La responsabilidad parental en Australia / Meda Couzens y Amira Aftab – Temas Sobre Responsabilidad Parental. El escrutinio judicial sobre los derechos parentales / Margaret Ryznar -- Responsabilidad parental y decisiones médicas en el derecho inglés / Jonathan Herring -- Responsabilidades parentales en plural : conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos / Marisa Herrera – La doble regulación jurídica del poder familiar en Brasil y su carácter selectivo y discriminación en contra de los negros y los pobres / Rafael de Sampaio Cavichioli – Estrategias que promueven la responsabilidad parental de padres y madres privados de libertad / Alejandra Cortázar, Joseph Strauss, Karla Rost – Corresponsabilidad parental post-separación en Chile / Fabiola Lathrop Gómez

Material disponible en PDF.

ISBN 978-607-552-198-5

1. Paternidad – Responsabilidad – Derecho comparado – Ensayos 2. Interés superior de la niñez – Patria potestad – Normas constitucionales 3. Sujetos del derecho de familia – Protección de los Derechos humanos 4. Progenitores – Hijos – Obligaciones reciprocas 5. Perdida de la patria potestad 6. Guarda y custodia I. Espejo Yaksic, Nicolás, editor II. Aftab Amira, autor III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. Eekelaar, John, escritor de prólogo V. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales VI. ser.
LC K705

Primera edición: agosto de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO VI
Paternidad y responsabilidad parental en el derecho constitucional familiar alemán*

Anne Sanders**

* Título original "Parenthood and parental responsibility in German constitutional family law", traducido al español con autorización de la autora por el Centro de Lenguas Extranjeras y Traducción, S.C.
** Anne Sanders estudió Derecho en la Universidad de Oxford y es doctora por la Universidad de Colonia. Ostenta la Cátedra de Derecho Civil, Derecho Empresarial y Estudios Judiciales Comparados en la Universidad de Bielefeld, Alemania.

Resumen

Aunque la redacción del artículo 6o. de la Constitución alemana no ha cambiado desde 1949, las familias y sociedades alemanas sí lo han hecho. La jurisprudencia constitucional alemana ha formado un puente entre la cambiante sociedad alemana y el derecho familiar. Este capítulo aborda el desarrollo y la profunda conexión entre el derecho familiar alemán y el derecho constitucional familiar relativo a la paternidad legal (*legal parenthood*) y las responsabilidades parentales. El texto comienza con la presentación de ciertos conceptos básicos de derecho familiar alemán, incluida la importancia de la paternidad legal como condición previa para obtener derechos y responsabilidades parentales. Las partes principales del capítulo presentan el desarrollo de la interpretación sobre la paternidad y la responsabilidad parental en el derecho familiar constitucional, por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*, TCF). El texto concluye con la condición del niño y la niña en el derecho constitucional alemán y sus derechos en relación con el Estado y sus padres.

Palabras clave:

Paternidad; responsabilidad parental; Alemania; custodia compartida; derecho familiar alemán.

1. Introducción

El derecho familiar alemán moderno tiene una profunda influencia del derecho constitucional, según la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante TCF). Este artículo trata de la evolución de la paternidad y la responsabilidad parentales en el derecho constitucional y el derecho familiar alemanes.

En el derecho familiar alemán y en el derecho constitucional de la familia, la paternidad legal y las responsabilidades parentales están inseparablemente vinculadas. Por tanto, el lugar que ocupan las madres y los padres en el derecho constitucional alemán requiere una comprensión básica del derecho familiar, a nivel legal. Así, el apartado 2 describe los primeros conceptos básicos del derecho familiar alemán, incluida la importancia de la paternidad legal (de madres y padres) como condición para los derechos y responsabilidades parentales (2.1). Luego se explica las normas específicas que establecen sobre la paternidad en el caso de los varones *(fatherhood)* (2.2) y la maternidad (2.3).

Mientras que la parte 2 ofrece una introducción basada en el derecho actual, las partes 3 y 4 destacan la evolución del derecho familiar constitucional alemán y su influencia en el derecho familiar del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, comúnmente abreviado como "BGB"). En la parte III, el capítulo presenta la interpretación de la paternidad en el derecho familiar constitucional por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*, o TCF) (3). En esta parte se explica el artículo 6o. de la Ley Fundamental, que protege el matrimonio, la familia y la relación entre padres/madres e hijos e hijas (3.1). A continuación, se describe cómo la definición de paternidad se fue alejando de los padres, entendidos como una pareja casada (3.2), permi-

tiendo incluir en ella, a las madres y padres solteros y a parejas del mismo sexo, destacando el desafío de las situaciones multiparentales (3.3).

2. Conceptos básicos sobre la paternidad en el derecho alemán

A continuación se discuten dos aspectos sobre la paternidad. En primer lugar, se explica la legislación vigente en relación con las nociones de paternidad y maternidad legal, que permita construir una base fundamental para las secciones siguientes de este trabajo. En segundo lugar, se discute la protección de la paternidad en el derecho constitucional alemán y la condición jurídica de la niñez. Esta última es importante porque los derechos y deberes parentales existen en beneficio de la niña o el niño.

2.1. La importancia de la paternidad en la legislación alemana

En el derecho alemán, como en la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil, la paternidad no se entiende como hecho natural sino como un estatus legal (*Statusprinzip*)[1] derivada de las reglas de ascendencia/parentalidad (*Abstammungsrecht*)[2] del derecho familiar. Dejando a un lado la adopción, la paternidad se asigna según criterios generales como la ascendencia biológica, las circunstancias sociales y las presunciones.[3] En lugar de seleccionar al mejor padre o madre posible en cada caso, la ley asigna rápidamente la paternidad a dos padres legales en orden la responsabilidad legal para con el niño o la niña.[4]

Según la legislación vigente, por principio, una persona que es padre/madre de un niño o niña, de conformidad con los artículos 1591-1600d

[1] Wanitzek, U., 2002, p. 152; Sanders, A., 2018, p. 11; Sanders, A., 2019, p. 121.
[2] Schwab, D., 2020, párrs. 53, 56; Helms, T., 2014, p. 228; Sanders, A., 2018, p. 11; Sanders, A., 2019, p. 121.
[3] Helms, T., 2014, *op. cit.*, p. 226.
[4] Gernhuber/Coester-Waltjen, 2020, párr. 52; Sanders, 2018, pp. 104-111; Sanders, 2019, p. 139; Helms 2014, p. 228.

del Código Civil, tiene derecho a tener contacto con él/ella (*Umgang*, conforme al artículo 1684 del Código Civil); a la custodia parental (*Elterliche Sorge*, que literalmente significa "cuidado parental", de conformidad con los artículos 1626-1698b del Código Civil) y al deber de mantener al niño o la niña (*Unterhalt*, de conformidad con los artículos 1601-1615 del Código Civil). Así, la responsabilidad parental se deriva de la paternidad legal.[5] La custodia parental incluye el derecho a representar al niño o a la niña y tomar decisiones con respecto a su residencia, educación, formación religiosa y atención de la salud. La parte 4 de este capítulo aborda la evolución del derecho de custodia de padres/madres bajo el título "responsabilidad parental". Salvo en circunstancias extraordinarias, éstos deben estar de acuerdo con la adopción de su hijo o hija.[6] La adopción de un niño o una niña destruye toda conexión legal con la antigua familia y establece una nueva paternidad.[7] Además, los hijos e hijas han de recibir la herencia de sus padres legales intestados. Los padres legales no son completamente libres al escribir un testamento, ya que los hijos e hijas tienen derecho al valor de una cierta porción del patrimonio.[8]

Por tanto, todos los derechos y deberes parentales se derivan de la paternidad legal. Aquellas personas no reconocidas por la ley como padres legales no tienen tales derechos y deberes. Los hermanos, abuelos y otras personas importantes para el niño o la niña pueden —bajo ciertas condiciones— tener derechos de visita de acuerdo con el artículo 1685 del Código Civil, pero en general, los padres legales toman todas las decisiones importantes respecto de sus hijos e hijas. Por tanto, la paternidad legal tiene una importancia fundamental para el derecho familiar alemán.

---

[5] Schwab, 2020, § 56.

[6] Véase un caso en el que la Corte Suprema de Alemania aplicó esta norma a un hombre que había donado informalmente su esperma a una pareja de lesbianas. BGH, 18.2.2015 - XII ZB 473/13 - NJW 2015, p. 1820 con una nota de caso de Heiderhoff, véanse las notas del caso en la decisión (Wellenhofer, 2015, p. 653).

[7] Schwab, 2020, §§ 79-82; Sanders, 2018, p. 17.

[8] Artículo 2303 1) del Código Civil alemán; véase una introducción al alcance de la libertad de declaración en el derecho alemán, en inglés: Sanders, 2015, pp. 213, 219.

Salvo en el caso de adopción por parejas del mismo sexo[9] y la paternidad de personas trans,[10] bajo la ley alemana vigente, sólo un padre y una madre pueden ser padres legales de un niño o niña.[11] Aunque cada vez se discute más el tema,[12] el principio de: "sólo puede haber uno(a)" continúa siendo la norma.

2.2. La paternidad según la legislación alemana

Al igual que en muchos otros sistemas jurídicos, el derecho familiar alemán utiliza presunciones para determinar el padre (varón) legal. Según el artículo 1592 del Código Civil alemán, el padre de un niño es el hombre casado con la madre de dicho niño(a), al momento del nacimiento (artículo 1592, n. 1 del Código Civil alemán).[13] Si la madre no está casada, el hombre que reconoce al niño(a) con el consentimiento de la madre se considera como el padre legal (artículo 1592, n. 2 del Código Civil, artículos 1594-1598 del Código Civil).[14] Si la mujer no está casada y ningún hombre reconoce al niño(a), deberá determinarse al padre genético de éste mediante una prueba de paternidad (artículo 1592, n. 2 del Código Civil).[15]

Un hombre casado con la madre, o que reconoce al niño(a) como propio, puede no ser el padre biológico. Sin embargo, la ley no exige que el marido o el hombre dispuesto a reconocer al niño o a la niña se someta a una prueba de paternidad. Si más tarde el hombre descubre que el niño(a) no es suyo, tiene derecho a impugnar la paternidad en un tribunal familiar

---

[9] Las parejas del mismo sexo que viven en asociación registrada pueden convertirse en padres conjuntos de un niño si uno de los dos adopta al niño del otro.
[10] Véase OLG Cologne 30.11.2009 - Wx 94/09, NJW 2010, 1295.
[11] BGH, 10.12.2014 - XII ZB 463/13, NJW 2015, 479, 481 párr. 36; Brudermüller, 2020, § 1591 párrafo 1.
[12] Helms, 2016; Sanders, 2018; Sanders, 2019.
[13] Para una introducción, véase: Schwab, 2020, §§ 58, 59; Dethloff, 2015, § 10, párrs. 10-13; Brudermüller (2020) sección 1592, párr. 3.
[14] Schwab, 2020, §§ 58, 60; Dethloff (2015) § 10, párrs. 15-27; Brudermüller (2020), sección 1592, párr. 4.
[15] Dethloff, 2015, § 10, 57-65; Brudermüller, 2020, sección 1592, párr. 5.

(artículos 1599 (1), 1600 (1) no. 1 Código Civil). La madre y el niño(a) también pueden impugnar la paternidad de un hombre que se convirtió en padre por reconocimiento o por matrimonio con la madre. Un hombre que cree ser el padre del niño(a), antes que alguien que fue reconocido como tal sólo por matrimonio o reconocimiento, podría impugnar la paternidad sólo si no hay relación familiar entre el presunto padre y el niño(a) (párrafo 1 del artículo 1600, apartados 2 y 4 del Código Civil). Si hay una relación establecida con el padre legal, el padre biológico no puede convertirse en padre legal.[16] Así pues, el derecho familiar alemán privilegia al hombre que asumió la responsabilidad de un niño o una niña, con el consentimiento de la madre; se convierte en el padre legal y queda protegido contra la impugnación del padre genético.[17]

Si un niño o niña nace tras una inseminación artificial, el marido de la madre se convierte en el padre legal. Si la madre no se casó, su pareja aún puede reconocer al niño(a). Si él y la madre acuerdan recurrir a la inseminación artificial, ni la madre ni el padre legal tienen derecho a impugnar la paternidad (artículo 1600 (5) del Código Civil). Como no hubo dudas sobre la paternidad desde el principio, los padres legales no son libres de cambiar de opinión sobre la paternidad ficticia.[18]

El artículo 1598a del Código Civil permite al padre legal, al niño(a) y a la madre solicitar la cooperación de cada uno para comprobar la paternidad del niño sin efecto legal.[19]

---

[16] Dethloff, 2015, § 10, párrs. 28-56.

[17] Para una discusión de la condición del padre biológico, véase: Helms, 2016, pp. 39-51; Heiderhoff, B. 2010, p. 8.

[18] Para una discusión sobre el tema Helms, 2016, pp. 11-38.

[19] La ley no prevé el mismo derecho frente a un hombre cuyo hijo(a) cree que es su padre biológico. Sin embargo, el niño(a) puede impugnar la paternidad del padre legal y luego hacer que se determine la paternidad del segundo en el tribunal. El TCF sostuvo, en una decisión del 19 de abril de 2016, que el legislador no tenía el deber de proporcionar un derecho para determinar el padre biológico sin consecuencias legales: BVerfG, 19.04.2016 - 1 BvR 3309/13 - Traducción al inglés disponible en: «https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160419_1bvr330913en.html».

2.3. La maternidad de acuerdo con la legislación alemana

Aunque la ley siempre se ha basado en presunciones para determinar el padre (varón) en relación con la madre, la frase *mater semper certra est* solía ser correcta durante mucho tiempo. Esto ha cambiado con el desarrollo de la donación de óvulos y la maternidad subrogada moderna. Según el artículo 1591 del Código Civil alemán, la madre de un niño es la mujer que da a luz al niño. La mujer donante de óvulos, la madre genética, no se considera la madre del niño.[20] Mientras que las normas sobre paternidad (del padre) se centran en la paternidad biológica, el legado genético es irrelevante en la legislación que regula la maternidad.[21] Esta norma se introdujo en 1998 para desalentar la subrogación y evitar una "maternidad dividida".[22] Cuando se introdujo la ley, el legislador argumentó que sólo una persona podía ser la madre de un niño o una niña. Por tanto, podría decirse que la ley establece un principio de "paternalidad única" con respecto a las madres.[23]

3. La paternidad y los hijos en la Constitución alemana

3.1. El artículo 6o. de la Constitución

El legislador alemán sólo puede promulgar leyes en el marco de la Constitución, que constituye la Ley Fundamental. En la jerarquía de la legislación nacional alemana, la Constitución está en la cima. Una ley inconstitucional puede ser declarada nula por una sentencia de la Corte constitucional, la que resulta vinculante para todos los poderes del gobierno.

---

[20] Dethloff, 2014, pp. 922, 930.
[21] Importante: Gaul, H., 1997, p. 1441. No obstante, la maternidad genética de la madre legal puede probarse sin efectos legales según el artículo 1589a del Código Civil alemán: Wellenhofer, 2012, sección 159a, párr. 22; Schwab, D., 2008, p. 24.
[22] BT-Drucks. 13/4899 pp. 51-52, 82.
[23] Sanders, 2018, pp. 84-90.

El artículo 6o. de la Constitución protege el matrimonio, la familia y la paternidad.[24] Todo concepto jurídico de paternidad y responsabilidad parental debe basarse en los principios establecidos en el párrafo 1o. del artículo 6o., que ampara al matrimonio[25] y a la familia. El párrafo 2o. del artículo 6o. contiene el derecho y el deber fundamental de los padres de cuidar y educar a sus hijos. Tal derecho fundamental existe en beneficio de la niña y el niño, no de los padres, por lo que éstos deben ejercer su derecho siempre en el interés superior de la niña o el niño.[26]

El artículo 6o. constitucional de 1949 establece que:

(1) El matrimonio y la familia gozarán de protección especial por parte del Estado.
(2) El cuidado y la educación de los hijos(as) es un derecho natural de los padres y un deber que les incumbe primordialmente a ellos. El Estado velará por el cumplimiento de este deber.
(3) Los niños y las niñas pueden ser separados de sus familias en contra de la voluntad de sus padres o tutores sólo de conformidad con una ley, y sólo si los padres o tutores no cumplen con sus obligaciones o las niñas y los niños corren el riesgo de sufrir una grave negligencia.
(4) Toda madre tendrá derecho a la protección y el cuidado de la comunidad.
(5) Las niñas y los niños nacidos fuera del matrimonio recibirán, en virtud de la legislación, las mismas oportunidades para su desarrollo físico y mental, así como de la misma posición social, que disfrutan aquellos nacidos dentro del matrimonio.[27]

---

[24] Para este capítulo, véase: Sanders, 2018, pp. 103-196.
[25] Véase Sanders, 2012, p. 911.
[26] BVerfG, 9.2.1982 – 1 BvR 845/79 – BVerfGE 59, 360, 377; BVerfG, 3.11.1982 – 1 BvL 25/80, 1 BvL 38/80, 1 BvL 40/80, 1 BvL 12/81 – BVerfGE 61, 358, 327; BVerfG 7.5.1991 – 1 BvL 32/88 – BVerfGE 84, 168, 180; Badura, 2020, art. 6, párr. 94, 109; Brosius-Gersdorf, 2013, art. 6, párr. 142. Los padres se describen como "fideicomisarios" (*Treuhänder*) del derecho. Sin embargo, es importante señalar que el derecho alemán no conoce el fideicomiso en su forma de derecho anglosajón.
[27] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Basic Law], 23 de mayo, 1949, BGBl. I, art. 6.

Como tantas otras disposiciones de la Ley Fundamental, este artículo se vio influido por las horribles experiencias del Tercer Reich, donde la familia, la crianza de los hijos(as) y la educación se consideraban como un medio para crear niños y niñas "racialmente sanos", destinados a ser soldados y colonos en los territorios ocupados.[28] Para servir a estos fines, los niños y las niñas debían crecer bajo la supervisión del Estado, en organizaciones como el *Hitler-Jugend* y el *Bund Deutscher Mädel*, en lugar de hacerlo en familias con sus propios sistemas de valores. Después de la guerra, se introdujo el artículo 6o. de la Ley Fundamental para proteger la esfera privada del matrimonio y la familia contra la intervención pública.[29] La Ley Fundamental hace hincapié en los derechos y deberes naturales de los padres —no del Estado— para criar a sus hijos e hijas. El Estado sólo puede intervenir si los niños y las niñas están gravemente descuidados y en peligro, como lo dispone el artículo 6(3),[30] y no para presionarlos a que se incorporen a organizaciones del Estado.[31] Si un niño o una niña es maltratado, el Estado debe intervenir y, en casos graves, puede incluso sustituir al consentimiento de los padres en el proceso de adopción.[32] Las niñas y los niños sólo pueden ser separados de sus padres si se observa estrictamente el principio de proporcionalidad y si no hubiere otras medidas que permitieran ayudarles en forma adecuada.[33] El TCF estableció este principio en un caso de 1982, cuyo hecho evoca la película de 2001, *Yo soy Sam* [*I am Sam*]. En lugar de separar a una niña

[28] Véase el desarrollo de la protección del matrimonio en el párrafo 1 del artículo 6: Sanders, 2012, p. 914.
[29] BVerfG, 17.1.1957 – 1 BvL 4/54 – BVerfGE 55, 71.
[30] La llamada "función de vigilancia del Estado" ["state's watchdog function"] BVerfG, 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67 – BVerfGE 24, 119 = en Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, Vol 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the FCC, Nomos (2013) 51, 64.
[31] Para una discusión véase desarrollo del art. 6(2), (3) Brosius-Gersdorf, 2013, art. 6, para 12-14.
[32] BVerfG, 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67 – BVerfGE 24, 119 = in: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, Vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, Nomos (2013) 51, 64.
[33] BVerfG, 17.2.1982 – 1 BvR 188/80 – BVerfGE 60,79 = in: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constitutional Court – Federal Republic of Germany, Vol 5: Family Related Decisions 1957-2010, Nomos (2013) 191, 198; sobre la protección del menor, véase: Gernhuber/Coester-Waltjen (2020) § 62.

de sus padres en situación de discapacidad mental, el TCF sostuvo que se debía brindar apoyo para asegurar el cuidado adecuado y la estimulación mental de la niña. El TCF reafirmó estos principios en una serie de decisiones en 2014,[34] declarando que la Constitución no daba derecho al Estado a seleccionar a los mejores padres posibles para un niño o una niña o a sustituir los valores e ideas de los padres. Dejando de lado los peligros concretos, la situación socioeconómica de los padres es el destino y el riesgo de sus hijos e hijas.[35]

3.2. Las definiciones de paternidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF)

La Constitución no proporciona una definición de "familia" o de "padres".[36] Esto es desafiante, porque las familias no sólo existen como instituciones sociales, sino que también están fundamentalmente condicionadas por el derecho familiar. Sin embargo, una definición constitucional no puede basarse completamente en el derecho familiar del Código Civil, si así fuera, no podría haber control constitucional de las disposiciones del derecho familiar.[37]

Si bien la relación entre el derecho constitucional y las normas de rango legal sobre derecho familiar se concibe acertadamente como jerárquica, el derecho familiar constitucional no evolucionó de manera completamente

[34] Véase BVerfG, 17.3.2014 – 1 BvR 2695/13 – juris; BVerfG, 24.3.2014 – 1 BvR 160/14 - juris, para 30-31; BVerfG, 7.4.2014 – 1 BvR 3121/13 - juris; BVerfG, 22.5.2014 – 1 BvR 2882/13 - juris; BVerfG, 22.5.2014 – 1 BvR 3190/13 - juris; BVerfG, 14.6.2014 – 1 BvR 725/14 - juris; BVerfG, 27.8.2014 – 1 BvR 1822/14 - juris; BVerfG, 22.9.2014 – 1 BvR 2108/14 - juris; esta línea de casos suscitó un animado debate, especialmente entre los jueces de familia: véase, por ejemplo, la crítica: Heilmann, 2014, p. 2904; Riegner, 2014, p. 625.

[35] Véase BVerfG, 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14 - juris, para 38.

[36] Jestaedt (2006) argumenta que en el momento en que se redactó la Constitución, estaba bastante claro quiénes eran los padres de una persona, por lo que no se consideró necesaria una definición de paternidad.

[37] Véase Holzhauer, 1982, p. 111 y 112; Jestaedt, 1995, p. 70; véanse las definiciones de matrimonio en el derecho constitucional alemán y en el derecho familiar: Sanders, 2012, p. 911.

independiente del derecho familiar. Más bien, la relación podría describirse como interdependiente. El derecho familiar con frecuencia sirvió de inspiración al derecho constitucional porque reflejaba el entendimiento común de su época. No obstante, el Tribunal Constitucional no siempre aceptó el derecho familiar vigente, sino que estuvo dispuesto a cuestionar su constitucionalidad basándose en los valores constitucionales y en un entendimiento afectado por los importantes cambios sociales ocurridos desde 1949.

a. Padres casados

Desde el principio no hubo duda de que los dos padres biológicos de un niño, padres legales según el Código Civil, casados entre sí, serían los padres y conformaban una familia en el sentido constitucional. La posición de los padres no casados, sin embargo, era más difícil de determinar.

b. Solo la madre soltera

En su fallo del 23 de octubre de 1958, el TCF reconoció la relación familiar entre la madre y el hijo nacido fuera del matrimonio.[38] Sin embargo, un padre no casado con la madre no era considerado parte de la familia según el artículo 6(1) de la Ley Fundamental. "El matrimonio y la familia" seguían viéndose como una unidad. Esto reflejaba la visión de familia según el Código Civil alemán de la época. Un padre que no estaba casado con la madre de su hijo no se consideraba legalmente relacionado con el niño o la niña, aunque tuviera que ocuparse de la manutención. Esto cambió sólo hasta 1970. Así, por ejemplo, en una decisión del TCF del 29 de julio de 1968, el padre soltero no se reconocía como padre en el sentido constitucional.

> Los padres, según el artículo 6(2) de la Ley Fundamental, son ante todo los padres de sus hijos legítimos; sin embargo, la madre

[38] BVerfG, 23.10.1958 – 1 BvL 45/56 - BVerfGE 8, 210, 215.

> de un niño nacido fuera del matrimonio también está protegida por la Constitución.[39]

Esto parece indicar que el TCF asumió, en ese momento, que una niña o un niño nacido fuera del matrimonio sólo podía tener un padre en el sentido constitucional, o sea, su madre. [40]

c. Madre y padre cuidador

En un caso de fecha 7 de mayo de 1991,[41] el TCF se ocupó de la cuestión de si el legislador debía conceder custodia conjunta a un padre y una madre no casados. La decisión se discutirá con más detalle luego. En este punto es interesante advertir como el TCF concibió la paternidad en el sentido constitucional. El tribunal tuvo que decidir si el padre soltero, quien —como preveía el Código Civil alemán desde 1970— era el padre legal del niño se encontraba o no protegido como padre según el artículo 6 (2) de la Ley Fundamental. La FCCEl TCF sostuvo que un padre soltero que cuidaba efectivamente de su hijo debía ser considerado como padre según el artículo 6(2) de la Constitución. Sin embargo, el TCF dejó abierta la cuestión de si un padre soltero que no vivía con el niño estaría amparado como padre por el artículo 6(2) constitucional.

> El derecho de los padres conforme al artículo 6(2) de la Ley Fundamental ampara a los "padres". La Constitución asume que un niño(a) normalmente vive con sus padres casados en una familia, donde la madre y el padre cuidan y educan conjuntamente de él. (BVerfGE 56, 363 <382>; 61, 358 <372>). Sin embargo, el artículo 6(2) de la Ley Fundamental también aplica si no se cumplen esas condiciones previas. La madre de un niño(a) ilegítimo también queda amparada (véase BVerfGE 24, 119 <135>). No es necesario que el tribunal responda a la pregunta de si todo padre

[39] BVerfG, 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67 – BVerfGE 24, 119.
[40] Hahnzog, 1971, p. 336.
[41] BVerfG, 7.5.1991 – 1 BvL 32/88- BVerfGE 84, 168.

> de un hijo ilegítimo está también amparado por el párrafo 2 del artículo 6 de la Ley Fundamental. Sin embargo, no puede negarse el amparo de la Constitución si el padre vive con la madre y cumple con la condición previa de asumir la responsabilidad parental (Véase BVerfGE 56, 363 <384>; 79, 203 <210>).[42]

Entonces, al menos en un sentido constitucional, el padre que vivía con su hijo o hija y lo cuidaba se consideraba como el padre. Su condición de padre legal no era aparentemente suficiente para el TCF. El Tribunal subrayó la importancia de una cercanía real entre padre e hijo y la asunción de responsabilidad para con el niño(a), de la misma manera que en un caso relativo a la condición de padres adoptivos de fecha 29 de junio de 1968.[43] Con respecto al caso referido a los padres adoptivos, el Tribunal sostuvo que la adopción concedía a un niño abandonado, por primera vez, "unos padres" que debían ser reconocidos como tales por la Constitución. Los padres biológicos de tal niño, en cambio, no debían ser considerados como padres en un sentido constitucional. Para el TFC, los padres adoptivos debían ser considerados como padres al estar dispuestos a asumir la responsabilidad inextricablemente vinculada al concepto de paternidad, conforme a la Constitución. Si bien se puede estar de acuerdo con este enfoque a nivel emocional, el mismo concede demasiado poder al tribunal para precisar cómo deben comportarse unos "padres adecuados", para ser aceptados como sujetos de protección bajo la Ley Fundamental.

d. Madre y padre

Un avance jurisprudencial destacable es aquel que observa una decisión del TCF adoptada el 7 de marzo de 1995. Lo que el Tribunal tenía que decidir en dicho caso era si el artículo 1747 (2) del Código Civil era o no constitucional. El artículo permitía la adopción de un niño nacido fuera

[42] BVerfG, 7.5.1991 – 1 BvL 32/88 - BVerfGE 84, 168, 179, traducción de la autora.
[43] BVerfG, 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67 - BVerfGE 24, 119, 150.

del matrimonio y sin el consentimiento del padre legal no casado con la madre. El Tribunal sostuvo que el artículo era efectivamente inconstitucional y que los derechos de ese padre no podían ser anulados mediante una adopción no consensuada. Un padre legal no casado con la madre, aun cuando no cuidase del niño, estaba amparado por el artículo 6(2) de la Constitución como padre.[44] El Tribunal señaló:

> Según su uso cotidiano, el término 'padres' incluye a los padres biológicos de un niño(a) nacido fuera del matrimonio. Ni la redacción ni el significado del artículo requieren una condición previa para conceder amparo a ese derecho fundamental.[45]

Para el TFC la única condición previa era la paternidad legal, en conformidad con lo establecido por la ley.[46] El Tribunal subrayó, sin embargo, que el legislador no estaba obligado a conceder igualdad de derechos a la madre y al padre, pero que tenía mucho margen de maniobra para regular los derechos de los padres, de modo tal de garantizar una cooperación parental en aras del interés superior de la niña o el niño. [47]

Con esta decisión de 1995, el TFC avanzó hacia una comprensión de la noción de "padres", en el sentido constitucional, como dos padres legales, independientemente de si estaban casados, divorciados, cohabitando o ni siquiera eso. En decisiones posteriores adoptadas en 2003[48] y 2010,[49] en las que el TFC abordó de nuevo la responsabilidad parental conjunta de padres no casados, el Tribunal nunca dudó de la posición constitucional del padre legal no casado.

En consecuencia, los tiempos hicieron cambiar la comprensión que el TFC tenía de la familia y la paternidad. De acuerdo con el entendimiento

---

[44] BVerfG, 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, 540, 866/92 - BVerfGE 92, 158, 177f.
[45] BVerfG, 7.3.1995 – 1 BvR 790/91, 540, 866/92 - BVerfGE 92, 158, 177, traducción del autor.
[46] BVerfG, 7.3.1995 – 1 BvR 790/9, 540, 866/92 - BVerfGE 92, 158, 177.
[47] BVerfG, 7.3.1995 – 1 BvR 790/9, 540, 866/92 – BVerfGE 92, 158, 178f.
[48] BVerfG, 29.1.2003 – 1 BvL 20/99, 1 BvR 933/01 – BVerfGE 107, 150.
[49] BVerfG, 21.7.2010 – 1 BvR 420/0 - BVerfGE 127, 132.

actual, la familia es la unión de los padres y sus hijos, sin importar si ellos están casados o si su paternidad biológica es reconocida legalmente.[50] Se considera como "padres" a los padres legales de un niño o una niña. Sin embargo, este enfoque de la paternidad legal puso de relieve la cuestión de cómo la paternidad legal debe ser concedida según el derecho familiar. Además, ¿qué papel debería desempeñar la paternidad biológica sin reconocimiento legal en el derecho constitucional de familia?

e. Padre biológico y padre legal

En una decisión adoptada el 3 de abril 2003,[51] el TFC discutió la situación del padre biológico por un lado y del marido de la madre por otro, quien sería el padre legal del niño (como se discute en II, 2). El TFC declaró que el padre biológico de un niño o una niña estaría protegido por la Constitución, aunque el derecho familiar no lo reconociera. La Constitución designó al cuidado de un niño como "derecho y deber natural" de los padres. Esto significaba, por un lado, que la paternidad no era concedida por el Estado, sino que era preexistente. Por otro lado, dejaba claro "que las personas que dan vida a un niño(a) están por naturaleza fundamentalmente preparadas y llamadas a asumir la responsabilidad de su cuidado y crianza. Por consiguiente, el legislador debe orientar la asignación de la situación jurídica de los padres a la ascendencia o parentesco *(parentage)* del niño."[52]

---

[50] BVerfG, 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01 - BVerfGE 108, 82 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constituttional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, Nomos (2013) 642, 660; BVerfG, 19.2.2013 - 1 BvL 1/11, BvR 3247/09 - BVerfGE 133, 59, 82 para 60-62; véase también Brosius-Gersdorf, 2013, art. 6, párrs. 104 a 106.

[51] BVerfG, 9.4.2003 - 1 BvR 1493/96, 1724/01 - BVerfGE 108, 82 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constituttional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, Nomos (2013) 642, 651

[52] BVerfG, 9.4.2003 - 1 BvR 1493/96, 1724/01 - BVerfGE 108, 82 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constituttional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, Nomos (2013) 642, 651-652.

Sin embargo, el mero hecho de ser padre biológico de un niño o una niña no le otorgaba derechos parentales en virtud del artículo 6(2).[53] Este sería el padre legal. En opinión del TCF, los derechos parentales no podían ser posibles sin los deberes parentales.[54] El padre legal y el padre biológico no podían ser ambos titulares de derechos parentales.[55] Tener más de dos padres (o madres) con derechos parentales llevaría a conflictos en detrimento del niño o la niña.[56] Los titulares de los derechos parentales, según el artículo 6(2), sólo podían ser un padre y una madre. En la traducción al inglés del Tribunal hay una frase que dice: "El hecho mismo de que un niño(a) sólo pueda tener dos padres [un padre y una madre] lleva a la conclusión de que la legislatura que creó la Constitución pretendía otorgar derechos parentales sobre un niño(a) sólo a dos padres. [...] Los derechos parentales pertenecen a cada uno de los padres, pero equivalen al derecho del otro padre, que posee el mismo valor."[57] Así, aunque esté amparado por el artículo 6(2), el padre biológico no puede asumir derechos parentales por el mero hecho de su relación genética con el hijo o hija. Sin embargo, el padre biológico tenia el derecho constitucional de convertirse en padre legal y, por tanto, ser titular de derechos parentales.[58] Sin embargo, este derecho no garantizaba que el padre biológico pudiera asumir la paternidad legal en todos los casos. Más bien, el legislador era libre de amparar a la familia y la situación del padre legal que había asumido la responsabilidad social del niño.[59] Este último aspecto, especialmente si se considera en el contexto de las otras resoluciones del Tribunal, muestra que éste —al igual que la legislatura alemana— considera que la familia social y legalmente reconocida de un niño o una niña merece ser amparada, incluso en detrimento del padre biológico.

---

[53] *Ibid.*, 642, 651.
[54] *Ibid.*, 642, 653.
[55] *Ibid.*, 642, 653-654.
[56] *Ibid.*, 642, 654.
[57] *Ibid.*, 642, 652.
[58] *Ibid.*, 642, 653-655.
[59] *Ibid.*, 642, 656-658.

3.3. ¿Un concepto conservador de paternidad?

Esta discusión sobre la paternidad biológica de una sola madre y un solo padre en la resolución de 2003 podría sugerir que el TFC ha adoptado un concepto muy conservador de la paternidad. La decisión podría ser entendida como si asumiera, primero, que un niño o una niña sólo puede tener padres de sexo mixto y, segundo, que sólo puede haber una madre y un padre.

Con respecto a la cuestión de la constitucionalidad de los "padres del mismo sexo", el TFC reconoció en 2013, que los padres pueden ser del mismo sexo, por ejemplo, cuando la pareja del mismo sexo de un padre haya adoptado al hijo o hija de su pareja.[60] La Constitución no menciona a "la madre y el padre" sino a "los padres", declaró el TFC.[61] Los derechos parentales se concedían en interés de las niñas y los niños. Como ninguna otra persona o institución se preocupaba tanto por un niño o una niña como sus padres, la Constitución protege los derechos parentales frente al Estado, en beneficio de niñas y niños. Para esta protección, el sexo de los padres es irrelevante.[62] Sin embargo, el tribunal sostuvo que una persona que forma parte de una familia compuesta por un padre y un hijo no posee el derecho constitucional de convertirse en el padre legal del niño. Para el tribunal, el legislador es libre de conceder el derecho de adopción o negarlo.

En cuanto a la cuestión de si un niño o una niña puede tener sólo dos padres amparados por la Constitución, cabe señalar que la traducción al inglés del Tribunal de la decisión de 2003 no es muy clara. En alemán dice "dass ein Kind nur von einem Elternpaar abstammen kann". *Abstammen* significa no sólo "tener", sino, en este contexto, más bien significa

[60] BVerfG, 19.2.2013 - 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 - BVerfGE 133, 59; Jestaedt ha argumentado que, al referirse al derecho 'natural' de padres, el párr. 2 del art. 6 de la Ley Fundamental sólo se podría aplicar a parejas de padres de distinto sexo. Jestaedt, 2006, pp. 88-92.
[61] BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 78, párr. 51.
[62] *Ibid.*, 77-78, párr. 49.

"descender de". Por tanto, la traducción debería decir: "sólo puede descender de dos padres (biológicos)". Por ende, la resolución de 2003 no dice nada en concreto sobre padres del mismo sexo, sino sólo sobre los padres biológicos de un niño o una niña. Hasta ahora, el tribunal sólo ha examinado la situación del padre (varón) biológico no legal. Las situaciones constitucionales de la madre biológica y la madre genética, es decir, la donante de óvulos, aún no son claras.[63] Si bien la valoración de 2003 no tiene en cuenta el hecho de que tanto la donante de óvulos como la madre biológica "dan vida" a un niño o niña, nada dijo sobre los padres sociales y legales y su sexo. Al explicar su sentencia de 2003, el TFC señaló que dicha resolución se había centrado en limitar la responsabilidad parental, en vez de excluir a los padres del mismo sexo.[64]

En la sentencia de 2003, el TFC no dijo que sólo un padre (varón) podía ser objeto de protección del artículo 6(2) de la Ley Fundamental. El padre biológico no legal estaba amparado sólo por su conexión biológica con el niño. Sin embargo, no tenía derechos y responsabilidades parentales conforme al artículo 6(2), sino sólo el derecho a sustituir al padre legal en determinadas circunstancias. [65] La sentencia señala: "El padre [varón] natural de un niño que no es el padre legal también está amparado por la primera frase del artículo 6(2) de la Ley Fundamental. Sin embargo, el mero hecho de ser el padre de un niño no le convierte en titular de derechos parentales según el artículo 6(2.) frase 1 de la Ley Fundamental."[66] Así, el tribunal asumió en su sentencia que puede haber dos padres [varones] amparados por el artículo 6(2), pero sólo uno con derechos parentales. Parece que, en lugar de hablar de un padre solitario, el tribunal asumía que ambos padres podían sentarse bajo la protección del artículo 6(2), como si estuvieran en un automóvil en el que, sin embargo, sólo uno

[63] Véase Duden (2015): 151.
[64] BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 78, párr. 52.
[65] BVerfG, 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1724/01 – BVerfGE 108, 82 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constituttional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC editado por el BverfG , Nomos (2013) 642, 651.
[66] *Ibid*., 642, 651.

de ellos podía estar al volante de la paternidad legal, conforme al derecho familiar y asumir la responsabilidad parental mediante el derecho de custodia.

Esta distinción entre la titularidad de los derechos parentales ("estar al volante") y la protección del artículo 6(2) de la Ley Fundamental[67] ("estar sentado en el auto") también se observó en la sentencia del TFC del 19 de febrero de 2013 sobre la paternidad de padres del mismo sexo. En este caso, el TFC afirmó que la multiplicidad de personas con derechos parentales podía incrementar el conflicto provocado por roles y responsabilidades poco claras, lo que podría perjudicar el desarrollo del niño o la niña.[68]

4. Custodia y responsabilidad parental

En el apartado III, *supra*, se examinó el concepto de paternidad tal como lo entiende el Tribunal Constitucional alemán. Sin embargo, como ya se ha dicho, la responsabilidad parental ha desempeñado un papel en la determinación de los padres de un niño o una niña. El apartado IV se refiere a la forma en que los padres ejercen dicha responsabilidad. El artículo se centra en la custodia, el derecho a cuidar del niño y a representarlo legalmente, no en el derecho de visita. Los derechos de visita también gozan de amparo constitucional y sólo pueden restringirse con una buena justificación, es decir, si los padres ponen en peligro al niño.

Desde un inicio, el derecho constitucional alemán de la Ley Fundamental de 1949, en la interpretación del TFC, ha ejercido una influencia considerable en el derecho de custodia alemán que había permanecido casi inalterado desde la entrada en vigor del Código Civil alemán en 1900. Si bien la Constitución de la llamada República de Weimar (1919-1933) ya había exigido la igualdad entre hombres y mujeres y el amparo de

[67] Véase Jestaedt, 2006, p. 79.
[68] BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 78, para 52.

madres solteras y de las niñas y los niños, fue necesario esperar más tiempo para una modernización profunda. En esta modernización, el TFC ha desempeñado un importante papel.

4.1. Derechos parentales en los "buenos viejos tiempos"

Cuando se fundó la República Federal Alemana en 1949, no existían los derechos conjuntos de ambos padres a la representación legal del niño(a) y a la toma de decisiones relativas a su educación. El Código Civil alemán de 1900 asignó el *elterliche Gewalt* ("poder parental"), que incluía el derecho a decidir sobre la educación, residencia, atención sanitaria y representación legal del niño(a), a una sola persona, el padre o la madre viuda. Las madres solteras no tenían derecho al "poder parental", por lo que se requería un tutor. Los padres (varones) solteros debían mantener a sus hijos e hijas, pero no se consideraban legalmente ligados a ellos. El término *elterliche Sorge*, que puede traducirse literalmente como "cuidado parental", sustituyó al término *elterliche Gewalt* en 1980,[69] para subrayar el hecho de que los hijos y las hijas no son objetos de poder parental.

4.2. La igualdad parental y la decisión del TFC de 1959

Gracias a la presión ejercida por las redactoras implicadas, la Ley Fundamental estableció la igualdad entre hombres y mujeres en el párrafo 2 del artículo 3. Los redactores de la Constitución se habían dado cuenta de que era necesaria una reforma fundamental para adaptar el derecho familiar alemán a los nuevos requisitos constitucionales. Con el fin de disponer de tiempo suficiente para un proyecto tan importante, el artículo 117 estableció un "periodo de gracia" que finalizaría el 31 de marzo de 1953.[70]

---

[69] Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18.7.1979, BGBl. I, 1061.

[70] Véase la conferencia del ex Juez Scheffler del TFC, 1951.

La nueva ley del 18 de junio de 1957[71] previó un derecho conjunto de los cónyuges al "poder parental" y, por consiguiente, a representar al niño(a) y a cuidarle. En caso de desacuerdo, el padre y la madre debían buscar un entendimiento mutuo. Sin embargo, si los padres no se ponían de acuerdo, el padre tenía derecho a tomar una decisión final y a representar al niño(a) solo. Si bien el legislador reconoció la necesidad de un cambio en la legislación parental, la idea de una completa igualdad parecía poco práctica y extraña. El proyecto oficial explicaba que, en beneficio de los niños y niñas, la ley tenía que ofrecer una solución para aquellos padres que no se pusieran de acuerdo. El argumento era que involucrar a un juez de derecho familiar en tales casos, tomaría demasiado tiempo en casos de emergencia,[72] e involucraría también al Estado en la crianza de los niños y niñas.[73] Así pues, la única solución era otorgar a uno de los padres un voto decisivo. El "orden natural" y el "orden cristiano" insistían en que esta posición "sólo se podía dar al padre".[74]

Con su sentencia del 29 de julio de 1959, el TFC[75] declaró inconstitucional este voto decisivo del padre. El TFC describió el derecho a la paternidad según el artículo 6(2) de la Ley Fundamental como una responsabilidad indivisible con respecto al niño(a).[76] Considerado en conjunto con el derecho a la igualdad consagrado en los párrafos 2 y 3 del artículo 3 de la Ley Fundamental, la responsabilidad parental indivisible según el artículo 6(2) exigía la completa igualdad entre ambos padres. Ambos padres estaban obligados a asumir conjuntamente esta responsabilidad y a completarse mutuamente en ella.[77] Ningún argumento de orden natural podía justificar un voto decisivo del padre. Había muchos

[71] Gesetz v. 18.6.1957 (BGBl. I, 609), in Kraft getreten am 1.7.1958.
[72] BT-Drucks. 2/220, p. 57f.
[73] BT-Drucks. 2/220, p. 58.
[74] BT-Drucks. 2/220, p. 59.
[75] BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59.
[76] BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59, 67.
[77] BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59, 67; véase al respecto de la necesidad de los padres de llegar a un acuerdo BVerfG, 15.6.1971 – 1 BvR 192/70 – BVerfGE 31, 194, 207.

sistemas diferentes de leyes y valores naturales, pero sólo la Ley Fundamental era vinculante.[78] En el caso de que los padres no se pudieran poner de acuerdo, un tribunal de derecho familiar podía ayudar. Ésta no se consideró como una intervención objetable por parte del Estado. Ayudar a los padres a coordinar sus decisiones en el mejor interés del niño(a) era una responsabilidad del Estado en virtud del artículo 6(2) de la Ley Fundamental, que convertía al Estado en guardián de la crianza de los niños y niñas.[79] Sin embargo, el TFC asumió que tales casos de desacuerdo fundamental eran excepcionales. Se partía del supuesto que los padres encontrarían soluciones dentro de la familia. Sin embargo, la situación era psicológicamente diferente si uno de los padres ya sabía que tenía el voto final y por tanto no era necesario cooperar con el otro.[80] Hoy en día, los padres que no llegan a un acuerdo sobre alguna cuestión importante relativa a la crianza de su hijo o hija, pueden acudir al tribunal de derecho familiar.

Preisner ha destacado que esta decisión, por primera vez, reconocía la coordinación de ambos padres, en igualdad de derechos, como una cuestión de derecho familiar.[81] En el caso de las parejas casadas, la institución del matrimonio podía servir de base para tal solución. Requirió aún más tiempo, sin embargo, resolver la responsabilidad parental conjunta de padres divorciados y no casados.

4.3. La custodia compartida para padres divorciados

El Código Civil de 1900 disponía que la responsabilidad parental de los hijos de padres divorciados debía pertenecer al padre/madre no culpable del divorcio. Si ambos padres habían sido declarados culpables, la ley

[78] BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59, 69.
[79] BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59, 84.
[80] BVerfG, 29.7.1959 – 1 BvR 205, 332, 333, 367/58, 27, 100/58 – BVerfGE 10, 59, 87.
[81] Preisner (2014): 209-210; véase también Gernhuber (1962): 95-96.

ofrecía diferentes soluciones para las niñas y los niños. Sin embargo, el poder de representación legal seguía recayendo únicamente en el padre varón. Las reformas jurídicas de 1938 y 1946 establecieron que el juez encargado del divorcio debía asignar la responsabilidad parental, incluido el derecho a la representación legal a uno solo de los padres, ya fuera el padre o la madre. Aunque la culpabilidad del divorcio no se consideró decisiva en las leyes de 1938 y 1946, la nueva ley del 18 de julio de 1957 dispuso que el cónyuge culpable no debía obtener la responsabilidad parental, salvo en circunstancias excepcionales. Por otra parte, el juez debía elegir libremente entre la madre y el padre de acuerdo con el interés superior del niño o la niña. La propuesta de los padres sobre el lugar de residencia del niño debía ser de especial importancia para determinar la custodia.[82]

La jurisprudencia y los académicos coincidieron en que los tribunales no podían aceptar la propuesta de los padres de asignar el "poder parental" simplemente a ambos.[83] Hasta entonces, en 1946, el "poder parental" todavía se consideraba indivisible. Incluso después de que la responsabilidad parental compartida se convirtiera en ley en la década de 1950, los tribunales sostuvieron que los padres divorciados no podían dividir las responsabilidades entre ellos y acordaron que la ley de parejas casadas debía regir la familia divorciada.[84] El divorcio acababa con la unidad de la familia y la custodia de sólo uno de los padres, redundaría en beneficio de los hijos e hijas. El Estado no podía intervenir cada vez que los padres divorciados no estaban de acuerdo en los asuntos de educación de los hijos e hijas.[85]

---

[82] Meckling (2009) 52 ff.

[83] Véase Meckling (2009): 61; Véase para el desarrollo BGH, 16.10.1951 - IV ZB 46/51 - BGHZ 3, 220, 222 y sig.

[84] BGH, 16.10.1951 – IV ZB 46/51 – BGHZ 3, 220, 221f; OLG Hamburg, 23.2.1956 – 2 W 45/56 – FamRZ 1956, 241 con comentarios de Schwoerer y Bosch; jurisprudencia adicional, véase Meckling, 2009, p. 63 fn. 200; OLG Celle, 24.9.1959 – 5 Wx 74/59 – NJW 1960, 151f.

[85] OLG Hamburg, 23.2.1956 – 2 W 45/56- FamRZ 1956, 241, con comentarios de Schwoerer y Bosch.

Tras la resolución del TFC de 1959 descrita anteriormente, algunos académicos y tribunales consideraron que la responsabilidad parental compartida era posible también después del divorcio,[86] otros tribunales discreparon.[87]

En las décadas siguientes, la pregunta de si la constitución debía exigir la custodia conjunta de los padres divorciados llegó dos veces al TFC. En una resolución del 15 de junio de 1971, el TFC consideró la asignación de responsabilidad parental a un solo padre como aceptable, en función del interés de las niñas y los niños.[88] En consecuencia, la nueva *Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge* de 18 de julio de 1979 y vigente desde el 1 de enero de 1980,[89] sólo permitió a los padres divorciados compartir la responsabilidad financiera sobre un niño o una niña, es decir, administrar sus bienes, sin compartir otras decisiones propias de padres casados. Sin embargo, en 1982, el TFC consideró inconstitucional negar categóricamente la custodia compartida a padres divorciados.[90] Aunque la custodia compartida fue concedida por los tribunales sobre la base de la jurisprudencia del TFC, se requirió más tiempo para que el legislador regulara la materia. Fue hasta 1998 que entró en vigor una reforma fundamental de la relación parento-filial, modificando tanto las normas sobre paternidad como la de custodia para parejas divorciadas.

Hoy en día, los padres divorciados suelen mantener la custodia mientras el niño resida con uno de ellos. La decisión del lugar de residencia del niño puede ser objeto de acalorados debates en los tribunales, mientras

---

[86] Vgl. LG Mannheim, 11.12.1970 – 4b T 15/70 –FamRZ 1971, 185 referente a: Schwoerer, 1956, pp. 242-243 y 1960, pp. 122-123.

[87] See LG Tübingen, 15.1.1960 – 3 Gr 16/59 – FamRZ 1960, 121; OLG Celle, 24.9.1959 – 5 Wx 74/59, X – NJW 1960, 151; BayObLG, 28.12.1962 – BReg. 1 Z 6/62 – NJW 1963, 590; OLG Frankfurt, 31.1.1962 – 6 W 558/61- NJW 1962, 920; OLG Neustadt, 24.4.1963 – 3 W 2/63 – FamRZ 1964, 91, 92; KG Berlin, 4.1.1979 – 15 UF 4685/78– FamRZ 1979, 539; vgl. auch Dieckmann, 1978, p. 304; Knöpfel, 1983, p. 906; relevante: Evans-von Krbek, 1975, pp. 20, 21; vgl. m.w.N. Meckling, 2009, p. 63, fn. 200.

[88] BVerfG, 15.6.1971 – 1 BvR 192/70 – BVerfGE 31, 194, 205.

[89] Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18.7.1979, BGBl I, 1061; Meckling, 2009, p. 35.

[90] BVerfG, 3.11.1982 – 1 BvL 25, 38, 40/80, 12/81 – BVerfGE 61, 358.

que éstos intentan encontrar la mejor solución para el bienestar del niño(a) (artículo 1671 del Código Civil). La situación del niño o niña en estos procedimientos se examina al final de este capítulo. En la actualidad, cada vez más padres desean compartir la custodia, ya que un niño va y viene de un hogar a otro, pasando casi la misma cantidad de tiempo en cada lugar. A estos efectos, se debate en el parlamento una ley orientada a facilitar los acuerdos en este campo.

4.4. La custodia compartida de madres y padres no casados

Como ya se ha dicho, el reconocimiento de los padres no casados como familia, así como la precisión del concepto de "padres" en el sentido del artículo 6 de la Ley Fundamental, ha causado algunos problemas al TFC. Sin embargo, el tribunal ha estado a la altura de las circunstancias y evolucionado gradualmente su interpretación de la Constitución, conforme a los tiempos cambiantes de la sociedad alemana. Mientras la discusión del apartado 2 de este capítulo se centró en el reconocimiento de los hombres no casados como padres, en el sentido del artículo 6(2), esta sección se centrará en la responsabilidad parental de las madres y padres no casados.

Como ya se ha mencionado, en 1970, la ley intentó regular de mejor forma las relaciones parento-filiales el padre varón soltero y su hijo. Antes de ello, el niño nacido fuera del matrimonio y su padre se consideraban no relacionados legalmente. Con la ley de 1970 fue necesario plantearse como regular la relación del padre y madre no casado y el derecho a tomar decisiones para el niño(a), así como su representación.[91] En primer lugar, el elterliche *Gewalt*/poder parental se asignaba a la madre junto con un tutor público oficial (*Amtspfleger*) que tenía derecho a reclamar del padre la manutención del niño(a) y a determinar la existencia

[91] Preisner, 2014, p. 209.

legal del padre, por ejemplo, exigiendo pruebas de paternidad. El legislador temía que la madre no persiguiera al padre tan ferozmente como fuese necesario, bien por ser demasiado orgullosa o porque todavía tenía la esperanza de que se casara con ella.[92] A su vez, la ley no preveía ninguna oportunidad para que el padre ejerciera la custodia del hijo(a) juntamente con la madre, ni siquiera con su consentimiento. En circunstancias excepcionales, el padre podía solicitar que se declarara legítimo al niño, pero si ello se concedía, la madre perdía todos los derechos de crianza y de representación del niño.

En una decisión adoptada el 7 de mayo de 1991, el TFC declaró inconstitucional dicha ley. Como ya se ha dicho, el tribunal reconoció que el padre (varón) soltero que cuidaba de su hijo(a) estaba amparado por el artículo 6(2) de la Ley Fundamental. Si el padre asumía realmente la responsabilidad de su hijo(a), "su paternidad en el sentido de la Ley Fundamental no podía ser negada".[93] El derecho a la paternidad, continuó el tribunal, exigía que el legislador proporcionara normas de derecho familiar que permitieran el ejercicio adecuado de este derecho. El legislador no podía negarse a proporcionar normas de derecho familiar que permitieran al padre soltero ejercer los derechos constitucionales a cuidar de sus hijos(as), junto con la madre.[94] El hecho de que esas relaciones pudieran volver a romperse no bastaba para asignar responsabilidad parental a solo uno de los padres en todos los casos.[95] La ley de agencia, que permitía a la madre facultar al padre para que la representara, no resultaba suficiente.[96] Las disposiciones del derecho familiar que no permitían la custodia compartida de los padres varones no casados, violaban sus derechos constitucionales. El legislador tenía el deber de legislar de conformidad a esta interpretación.[97]

---

[92] BT-Drucks. 5/2370, p. 66f.
[93] BVerfG, 7.5.1991 – 1 BvL 32/88 – BVerfGE 84, 168, 179.
[94] *Ibid.*, 168, 179 - 180
[95] *Ibid.*, 168, 182-183.
[96] *Ibid.*, 168, 180.
[97] *Ibid.*, 168, 180.

Esta línea de argumentación muestra la conexión que el TFC observó entre el derecho constitucional de los padres, como derecho humano, a cuidar de sus hijos e hijas y el deber del legislador a proporcionar un derecho familiar adecuado y sujeto a la Constitución.

El TFC no consideró problemático que el legislador hubiera asignado, por defecto, la custodia del niño(a) a la madre soltera. En opinión del tribunal, no se podía suponer que los padres no casados estuvieran siempre dispuestos y fueran capaces de criar a un niño(a), al igual que una pareja casada. Sin embargo, si los padres estaban dispuestos a ejercer la custodia conjunta, no había razón para negársela.[98] La postura del Estado como guardián de la crianza de los niños y niñas no justificaba interferir con el derecho de los padres a criar a sus hijos e hijas en común, como padres divorciados con custodia compartida.[99]

Si bien la custodia compartida se hizo posible inmediatamente después de la decisión del TFC, el legislador proporcionó un marco jurídico adecuado, sólo hasta la nueva ley de 1998, que modificó fundamentalmente tanto la ley de filiación como la de responsabilidad parental. La nueva ley disponía que las parejas no casadas podían acordar la custodia conjunta. A su vez, no sería posible la custodia conjunta sin el consentimiento de la madre.

En 2003 y 2010 el tribunal tuvo que decidir si negar la custodia conjunta sin el consentimiento de la madre violaba o no los derechos constitucionales de los padres varones no casados. En su decisión de 2003, el TFC todavía sostenía que la ley era constitucional porque no había evidencia de que las madres negaran la custodia conjunta por otras razones que no fueran la protección del mejor interés del niño o la niña. Los padres requerían un mínimo de acuerdo mutuo para decidir sobre la crianza de un niño. Sin embargo, en 2010, después de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) decidiera que la ley alemana violaba los derechos

[98] *Ibid.*, 168, 181.
[99] *Ibid.*, 168, 182.

de los padres varones solteros según el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Fundamentales, el TFC sostuvo que la ley efectivamente violaba los derechos de los padres solteros. Sin embargo, el tribunal no exigió que los padres legales varones legales obtuvieran automáticamente la custodia compartida. Según la nueva ley introducida en 2013, la custodia compartida podía lograrse por consentimiento o por decisión del tribunal familiar (§ 1626a del Código Civil). El juez de derecho familiar concedería la custodia compartida a petición del padre, a menos que la madre presentara razones de peso para rechazarla, por ser perjudicial para el niño o la niña. Saber cuándo el desacuerdo entre los padres es demasiado intenso como para negar la custodia compartida, es una cuestión muy difícil para los jueces de derecho familiar.[100]

4.5. Algunas observaciones

La discusión sobre la evolución de la jurisprudencia del TCF sobre la paternidad y la responsabilidad parental muestra cómo el tribunal ha desarrollado su enfoque en concordancia con los tiempos cambiantes. Así, el tribunal evolucionó desde la igualdad entre hombres y mujeres en el derecho familiar, hasta los derechos de las parejas divorciadas y no casadas, a cuidar de los niños(as) fuera del matrimonio. Así como la sociedad se volvió cada vez más tolerante con respecto a las uniones informales, la paternidad y la responsabilidad parental se convirtieron cada vez más en una cuestión de biología y de derecho de adopción y no un anexo del matrimonio. Además, la última decisión relativa a las parejas no casadas de 2010, muestra la creciente influencia del TEDH en la jurisprudencia del TFC.

5. La protección constitucional de la niñez

Los derechos y deberes de los padres existen en beneficio de los niños. Por tanto, la descripción de los principios básicos de la paternidad ale-

[100] El caso principal en este ámbito es ahora BGH, 15.6.2016 – XII ZB 419/15 – NJW 2016, 2497.

mana estaría incompleta sin una discusión de los derechos de los niños.[101] Los niños son seres humanos y como tales son sujetos de derechos constitucionales igual que los adultos. Sin embargo, sólo podrán ejercerlos en contra de los deseos de sus padres (que normalmente son llamados a representar a un niño) cuando el niño haya alcanzado la perspicacia y comprensión necesarias.[102] En cuanto a sus padres, el niño está amparado por una serie de normas tanto en el derecho penal como en el derecho familiar. Por ejemplo, los niños tienen derecho a una educación no violenta (párrafo 2 del artículo 1631 del Código Civil) y a tener contacto con ambos padres (párrafo 3 del artículo 1626 del Código Civil). Los padres también deben tomar decisiones por el niño tomando en cuenta su creciente comprensión y desarrollo, si es posible después de haber discutido con el niño la cuestión, de manera apropiada a su edad (párrafo 2 del artículo 1626 del Código Civil). Adicionalmente, la patria potestad debe ejercerse en el interés superior del niño.

5.1. El derecho de la niña y el niño a conocer su propio origen

Basándose en el artículo 2(1) y el artículo 1(1) de la Ley Fundamental, el TFC ha desarrollado el llamado "derecho general de la personalidad" (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*).[103] En una decisión de 2007, el TFC evocó su jurisprudencia de la siguiente manera: "En virtud del párrafo 1 del artículo 2, en conjunción con el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley Fundamental, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la obligación de respetar y proteger la dignidad humana garantizan a toda persona una esfera independiente de vida privada, en la que su individualidad pueda ser preservada".[104] Según el TFC, conocer el propio origen genético

[101] Véase derechos e intereses de los niños en el derecho público: Wapler, 2015; Sanders, 2018, pp. 341-358.
[102] Véase, por ejemplo: Kirchhof, 2007, p. 149.
[103] Straub, 2019.
[104] BverfG, 13.2.2007 - 1 BvR 421/05 - BVerfGE 117, 202 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constituttional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related

es un factor necesario para el desarrollo de la identidad.[105] Basándose en este supuesto, el TFC ha desarrollado un derecho a conocer la propia ascendencia y que se deriva del artículo 2(1) en combinación con el artículo 1(1) de la Ley Fundamental, como parte del derecho general de la personalidad.[106] Por tanto, el interés de un niño o niña por obtener información sobre la identidad de sus padres, por ejemplo, de su padre biológico, se encuentra, en principio, reconocido por la Constitución.[107] Sin embargo, el derecho a conocer la propia ascendencia "no otorga el derecho absoluto a obtener dicho conocimiento, sino que sólo ofrece amparo contra la negativa de los órganos gubernamentales a proporcionar información asequible".[108] Cuando la información crucial sólo puede ser proporcionada por otra persona, por ejemplo, por una madre que revela la identidad de sus parejas sexuales, la Constitución exige que los tribunales decidan entre la conveniencia de que la madre no revele información personal y la conveniencia de que el niño conozca su ascendencia.[109] Por otra parte, en una decisión del 19 de abril de 2016, el TFC sostuvo que la Constitución no exigía que el legislador concediera a un niño o una niña el derecho a comprobar la paternidad biológica de aquella persona que el niño o la niña creyera ser su padre. La ley preveía la posibilidad de determinar la paternidad biológica y legal del padre varón mediante una prueba de paternidad. No era necesario, en consecuencia, otorgar también el derecho a comprobar la paternidad sin consecuencias jurídicas.[110]

Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, editado por el BverfG , Nomos (2013) 759, 764-765.

[105] BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 74-75, párr. 43.

[106] Ramm (1996, pp. 987, 994) criticó el concepto, argumentando que se basaba en vestigios del pensamiento feudal y no coincidía con el concepto moderno de personas que deciden su propio destino.

[107] Sanders, 2018, pp. 344-358.

[108] BVerfG, 6.5.1997 - 1 BvR 409/90 – No. 24, BVerfGE 96, 56 = en Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constituttional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, editado por el BverfG , Nomos (2013) 364, 369.

[109] BVerfG, 6.5.1997 - 1 BvR 409/90 – No. 24, BVerfGE 96, 56 = Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constituttional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, editado por el BverfG , Nomos (2013) 364, 371.

[110] BVerfG, 19.04.2016 - 1 BvR 3309/13 - La traducción al inglés está disponible en «https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160419_

El TFC aún no ha resuelto los casos relativos a donantes de óvulos y madres sustitutas (subrogación). Sin embargo, conocer a la donante de óvulos debería ser tan importante como conocer al padre genético. La condición de la madre biológica es menos clara. Nina Dethloff ha argumentado enérgicamente que el derecho a saber el propio origen debería extenderse también a la madre biológica. El desarrollo de la identidad es un proceso complejo y bien podría incluir la exigencia de conocer la forma en que una persona llegó al mundo.[111] Sin embargo, los tribunales están considerando el derecho constitucional en la aplicación del derecho civil. En una decisión de 2015, el Tribunal Federal de Justicia alemán (FCJ) decidió que un niño nacido después de una inseminación artificial tenía derecho frente a la clínica a que se le revelara información sobre el donante de esperma, incluso si sus padres habían acordado que no se entregase dicha información.[112]

Así como un niño tiene derecho a conocer su propia ascendencia, un padre varón tiene —en principio— el derecho a saber si un niño es su hijo biológico. Esto ha sido confirmado por el TFC, que ha reconocido el derecho de un padre legal a aclarar su paternidad biológica en un procedimiento legal particular, fuera de un procedimiento de impugnación.[113]

5.2. El derecho de la niña y el niño a los cuidados parentales y a la educación

En 2013, el TFC reconoció explícitamente que los artículos 2(1) y 6(2) de la Ley Fundamental otorgaban al niño o la niña el derecho a que el Gobierno y el Poder Legislativo garantizaran cuidado y educación parental (*Recht*

1bvr330913en.html» (acceso 25.9.2020).

[111] Dethloff (2014): 928.

[112] BGH, 13.01.2015 - XII ZR 201/13, 68 – NJW 1098 (2015).

[113] BVerfG, 13.2.2007 – 1 BvR 421/05 – BVerfGE 117, 202 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constituttional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC, editado por el BverfG, Nomos (2013) 759, 76.

des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung).[114] El artículo 2(1)[115] protege el derecho a desarrollar la propia personalidad. El TFC sostuvo en 2013 que el derecho de los padres previsto en el artículo 6(2) se justifica en el interés del niño o la niña y es ejercido por los padres. El niño(a) puede desarrollar su personalidad sólo con ayuda de otras personas; por tanto, los artículos 2(1) y 6(2) establecen conjuntamente los derechos del niño(a) a ser asistidos en su desarrollo. Si dicho niño o niña tiene padres, el Estado (es decir, el Gobierno y el Poder Legislativo) debe respetar que ellos asuman esta responsabilidad. Si el Estado aleja al niño o a la niña de sus padres, infringe los derechos de éstos tanto como los del propio niño o niña. En este sentido, este derecho de niñas y niños es un derecho humano clásico que otorga al individuo protección contra el gobierno y la legislatura.[116] Además, el derecho establece deberes para el gobierno y la legislatura. En primer lugar, como muestra el párrafo 3 del artículo 6 de la Ley Fundamental, el Estado debe velar que los padres no abusen de sus derechos y, por consiguiente, garantizar que los padres ejerzan sus derechos en aras del interés superior del niño y la niña.[117] Si los padres de un niño o niña mueren o incumplen su responsabilidad, el párrafo 1 del artículo 2 y el párrafo 2 del artículo 6 de la Ley Fundamental conceden al niño(a) el derecho a que el Estado ayude a los padres a superar sus problemas o a permitir que otra persona asuma tal responsabilidad.[118]

---

[114] BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 73-77, párrs. 40-46. En un artículo extrajudicial, el Juez Britz, relator de los casos de derecho familiar en el TFC, discutió el nuevo derecho: Britz, 2014, pp. 1069-1074; Sanders, 2018, p. 342.

[115] "Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de los demás ni atente contra el orden constitucional o la ley moral", Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Basic Law], Mayo 23, 1949, BGBl. I, art. 2 (1).

[116] Britz (2014) 1069, 1070.

[117] BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – BVerfGE 133, 59, 73-74, párrs. 42-43.

[118] BVerfG, 31.1.1989 – 1 BvL 17/87 – BVerfGE 79, 256; BVerfG 26.4.1996 – 1 BvR 1299/89, 1 BvL 6/90 – BVerfGE 90, 263, 270-271 ; BVerfG 6.5.1997 – 1 BvR 409/90 – BVerfGE 96, 56 = en: Decisions of the Bundesverfassungsgericht – Federal Constituttional Court – Federal Republic of Germany, vol. 5: Family Related Decisions 1957-2010, translated and edited by the TFC editado por el BverfG , Nomos (2013) 364, 369; véase también di Fabio, 2001, art. 2, párr. 212.

Como se ha señalado anteriormente, los padres tienen el derecho y el deber fundamental de criar a sus hijos e hijas sin la intervención del gobierno. Sin embargo, el Estado tiene el deber de actuar como guardián en la crianza de niños y niñas (párrafos 2 y 3 del artículo 6 de la Ley Fundamental). Además, los niños y las niñas, al igual que todas las personas, tienen derecho a que el Estado los proteja de todo daño. Por tanto, el Estado tiene el deber de acudir en ayuda de niños y niñas que son maltratados por sus padres. Como ya se mencionó en el apartado 2.1, el TFC es a menudo llamado a decidir sobre casos que surgen en el triángulo entre instituciones gubernamentales, los niños(as) y los padres. Si bien es evidente que los niños y las niñas deben ser alejados de todo daño, en una sociedad libre, es generalmente responsabilidad de los padres decidir cómo educar a sus hijos e hijas. La Constitución confía en que los padres y las madres conocen que es aquello que satisface el interés superior de sus hijos(as) y de mejor forma que el Estado.

5.3. La creciente autonomía de las niñas y los niños

La niña y el niño es su propia persona, con derechos humanos según la Constitución. Esta parte trata de cómo se tiene en cuenta la creciente autonomía de las niñas y los niños en los tribunales de familia, específicamente en los casos de custodia y conflicto con los padres.

a. El punto de vista de la niña y el niño, especialmente en casos de custodia

El problema de los tribunales que toman decisiones respecto de los niños y las niñas se describe de manera conmovedora en la novela de Ian McEwan, *The Children Act*. La historia también pone de relieve el problema de cómo respetar mejor la creciente independencia de un niño o una niña y cómo determinar sus opiniones y su interés superior. En los tribunales de familia alemanes, las decisiones relativas a las niñas y los niños también deben hacerse en pos de su interés superior. A diferencia

de la práctica descrita en la novela, en Alemania los niños(as) a partir de los 14 años deben ser escuchados en los procedimientos del derecho familiar (artículo 159 de la *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelgenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*). Los niños más pequeños deben ser escuchados, en la medida que ello sea necesario para conocer sus opiniones, ideas y deseos. Esto resulta especialmente difícil tratándose de niñas y niños muy pequeños. Sin embargo, las juezas y los jueces de derecho familiar escuchan regularmente incluso a niños y niñas muy pequeños, haciendo todo lo posible para que se sientan cómodos en su despacho después de haberlos conocido en la sala de juegos del tribunal. Las juezas y jueces pueden jugar un poco con ellos, para establecer un nivel básico de confianza, antes de empezar a hablar del caso. Los jueces a menudo informan en conversaciones personales lo difícil que resulta comprobar una perspectiva no influenciada de un niño o una niña que se siente dividido entre ambos padres, quienes pueden ejercer una presión considerable e incluso sobornarles con juguetes o mascotas caras. Especialmente en los casos en que los jueces tienen que decidir sobre la custodia, ellos dicen a los niños(as) que, aunque sus opiniones son importantes, la decisión final sigue siendo del juez o la jueza, de modo que el niño o la niña no tiene que sentir la carga adicional de tener que elegir entre los dos padres que ama.

A medida que el niño crece, su opinión respecto al lugar donde quiere residir, posee un peso mayor. El TFC ha reforzado la posición del niño(a) en los procedimientos del derecho familiar, sosteniendo que, en cada decisión que le afecta, éste(a) debe ser reconocido(a) como una persona con derechos constitucionales por sí mismo(a).[119] En una decisión de 2008, el TFC sostuvo que los deseos de un niño de 11 años de mudarse con el otro padre debían respetarse si no había ninguna señal de que tal adulto fuese incapaz de cuidar del niño.[120]

[119] BVerfG, 21.5.1974 – 1 BvL 22/71, 21/72 – BVerfGE 37, 217, 252; BVerfG, 5.11.1980 – 1 BvR 349/80 – BVerfGE 55, 171, 179.
[120] BVerfG, 27.06.2008 – 1 BvR 311/08 – BeckRS 2008, 39043.

b. Desacuerdos entre padres e hijos/hijas

Los padres y los hijos e hijas no siempre están de acuerdo. Cuando un niño o una niña de tres años decide que no quiere ir al médico, estamos de acuerdo en que los padres tienen el derecho a tomar esa decisión por él. Los adultos pueden decidir hacer y no hacer todo tipo de cosas con las que sus padres no están de acuerdo. ¿Pero qué pasa con la etapa intermedia? Según el artículo 1626(2) del Código Civil alemán, los padres deben respetar la creciente necesidad de sus hijos e hijas de tomar decisiones independientes y responsables y tratar de llegar a un entendimiento mutuo. Sin embargo, todos los que tienen un hijo o una hija adolescente saben que es más fácil decirlo que hacerlo. ¿Puede un niño o niña, por ejemplo, hacerse un tatuaje en contra de los deseos de sus padres?[121]

El conflicto entre el creciente derecho del niño y la niña a la independencia y la pérdida de autoridad de los padres sigue siendo objeto de debate en Alemania.[122] Si los padres se niegan a que el niño o la niña tome una determinada decisión, esta negativa puede considerarse —en los casos más extremos— como una amenaza para el bienestar del niño (artículo 1666 del Código Civil). En este caso, los tribunales pueden ordenar a los padres que cooperen.

El tema es especialmente importante en las decisiones relacionadas con los tratamientos médicos y la religión. Según el artículo 5 de la *Gesetz über die religiose Kindererziehung*, los niños y las niñas pueden elegir su propia religión a la edad de 14 años. Después de los 12 años, los niños no pueden ser instruidos en una nueva fe religiosa sin su consentimiento. La educación religiosa de los niños y las niñas más pequeñas está en manos de los padres, quienes deben tomar una decisión conjunta. Si no pueden llegar a un acuerdo, los padres pueden recurrir a los tribunales. La circuncisión de niños muy pequeños por motivos religiosos se ha

[121] AG München, 17.3.2011 – 213 C 917/11 – NJW 2012, 2452; Hauck, 2012.
[122] Gernhuber/Coester-Waltjen, 2020, § 59, párr. 18.

reglamentado como parte del derecho familiar (artículo 1631d del Código Civil).

La cuestión de si los padres o un tribunal pueden decidir si se trata a un niño(a) enfermo(a) y cómo se le trata, es el tema central de la novela de Ian McEwan, *The Children Act.* Los tribunales alemanes han tenido que ocuparse de casos similares. Los tribunales coinciden en que los padres, bajo ninguna condición, ni siquiera por convicción religiosa, tienen derecho a decidir si un niño puede vivir o morir.[123] Hubo un caso en el que, un niño pequeño moribundo en coma, un tribunal permitió que los padres detuvieran el tratamiento y dejaran morir al niño. Sin embargo, el TFC anuló esa decisión y exigió que el tratamiento procediera, en contra de los deseos de los padres.[124]

Las operaciones o intervenciones médicas serias son otra cuestión. ¿Qué pasa si ambos padres están de acuerdo en que un niño o una niña debe ser operada, pero este último no está de acuerdo? En Alemania aún se debate respecto a qué edad y qué tipo de madurez debe existir, para que la decisión de un niño o niña tome precedencia. Actualmente, los tribunales examinan las circunstancias específicas del caso y al niño particular, pero se mueven en un terreno incierto.[125]

Un tema muy delicado es la cuestión de si los padres pueden oponerse o no a que una adolescente aborte. Hay consenso en que esa decisión tan personal debe ser tomada por esa adolescente y no por sus padres.[126] En caso de que los padres prohíban el aborto a su hija, los tribunales de familia pueden intervenir cuando estén convencidos de que la niña ha tomado la decisión de forma libre y responsable.[127]

---

[123] OLG Celle, 21.2.1994 – 17 W 8/94 – NJW 1995, 792, 793; OLG Düsseldorf, 1.7.1992 – 3 Wx 217/92 – DAVorm 1992, 878; OLG Hamm, 10.10.1967 – 3 Ss 1150/67 – FamRZ 1968, 221.
[124] OLG Hamm, 25.05.2007 – 1 UF 78/07 - FamRZ, 2007, 2098 (= NJW 2007, 2704); BVerfG, 6.6.2007 – 1 BvQ 18/07 – FamRZ 2007, 2046.
[125] Véase Gernhuber/Coester-Waltjen, 2020, § 59 párrs. 18-19; Lorenz, 2017.
[126] Gernhuber/Coester-Waltjen, 2020, § 62 párr. 13; véase también Amend-Traut/Bongartz (2016): 5.
[127] Véase con más referencias: Gernhuber/Coester-Waltjen, 2020, § 62 fn. 70.

6. Retos y conclusiones

Las familias cambian constantemente. Los niños y las niñas nacen y crecen, fundan sus propias familias y mueren. Las familias cambian con el tiempo. Con la igualdad de género, la aceptación del divorcio, la cohabitación no matrimonial y las parejas del mismo sexo, el derecho familiar también ha debido cambiar. Además, el derecho familiar ha debido prever la creciente consideración de que las niñas y los niños son sujetos con derechos propios, en lugar de objetos del poder parental. Se trata de un proceso que aún no ha concluido.

Si bien el derecho familiar alemán ha cambiado constantemente desde que la Ley Fundamental entró en vigor en 1949, el artículo 6o. constitucional se mantuvo notablemente estable en su redacción. Sin embargo, aunque las palabras "familia", "matrimonio", "padres" e "hijos" siguen siendo las mismas, la interpretación del Tribunal Constitucional ha cambiado. No sólo los cónyuges del mismo sexo pueden ahora adoptar niños, sino que también los padrastros solteros pueden adoptar a los hijos de sus parejas. El TFC ha jugado un rol como motor para adaptar el derecho familiar a las demandas de una sociedad cambiante.

Se puede esperar que el rumbo del tribunal vaya más lejos con el cambio de la familia en una sociedad en constante evolución. Por ejemplo, es esperable que la responsabilidad parental de los padres trans, las donaciones de óvulos, la gestación por subrogación y la pluriparentalidad llegue al Tribunal Constitucional, tarde o temprano. Con ello, la posición de la niñez en todas estas cuestiones evolucionará también.

Bibliografía

Amend-Traut, A., Bongartz, J. (2016), "Der Schwangerschaftsabbruch bei Minderjährigen – rechtliche Perspektiven zwischen Selbstbestimmung und elterlicher Verantwortung", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 63, 1.

Badura, P. (2020), "Artikel 6", en Maunz, T., Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, 81st ed. Munich: C.H. Beck.

Britz, G. (2014), "Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Juristenzeitung*, 69, 1069.

Brosius-Gersdorf, F. (2013), "Artikel 6", en Dreier, H. (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 3rd ed., Tübingen: Mohr Siebeck.

Brudermüller, G. (2020), "Einf. v. § 1591", en Palandt, O. (ed), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 79th ed., Munich: C.H. Beck.

Dethloff, Nina (2014), "Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder", *Juristenzeitung*, 69 (29), 922.

_____ (2018), *Familienrecht,* Munich: C.H. Beck.

Dieckmann, A. (1978), "Betrachtungen zum Recht der elterlichen Sorge", *Archiv für die civilistische Praxis*, 178 (2/3).

Di Fabio, U. (2001), "Artikel 2'. In: Maunz, T., Dürig, G. (eds.), *Grundgesetz Kommentar*, Munich, C.H. Beck.

Duden, K. (2015), "Leihmutterschaft im internationalen Privat-und Verfahrensrecht", Tübingen: Mohr Siebeck.

Evans-von Krbek, F.-S. (1975), "Die gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung?", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 22 (1).

Gaul, Hans F. (1997), "Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht,* 44 (23),

Gernhuber, J., y Coester-Waltjen, D. (2020), *Familienrecht,* Munich: C.H. Beck.

_____ (1962), "Elterliche Gewalt heute", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 9 (3).

Hahnzog, K. (1971), "Inhaber des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht,* 18 (7).

Hauck, R. (2012), "Der Schutz von Minderjährigen bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechte und Rechtsgüter", *Neue Juristische Wochenschrift*, 65 (33).

Heiderhoff, B. (2010), "Die Vaterschaftsklärung und ihre Folgen – von der Vaterschaftsanfechtung zur Vaterschaftsbeendigung", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 57 (1).

Heilmann, S. (2014), "Schützt das Grundgesetz die Kinder nicht?", *Neue Juristische Wochenschrift,* 67 (40).

Helms, Tobias (2014), "Abstammungsrecht und Kindeswohl", *Das Standesamt*, 67.

_____ (2016), "Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen", Gutachten F zum 71, *Deutschen Juristentag*, Munich, C.H. Beck.

Holzhauer, H. (1982), "Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge", *29 Zeitschrift für das gesamte Familienrecht,* 29 (2).

Jestaedt, M. (1995), "Artikel 6", In: Kahl, W., Waldhoff, C., Walter, C. (eds.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 74th ed., Heidelberg, C.F. Müller.

_____ (2006), "Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz", in Geis, M.-E., Umbach, D. C. (eds.), *Festschrift für Richard Bartlsperger zum 70*, Geburtstag, Berlin, Duncker & Humblot.

Kirchhof, G. (2007), "Kinderrechte in der Verfassung – zur Diskussion einer Grundgesetzänderung", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 40 (5).

Knöpfel, G. (1983), "Zum gemeinsamen Sorgerecht der Eltern nach der Scheidung - Folgerungen aus dem Urteil des BVerfG", *Neue Juristische Wochenschrift*, 36 (17).

Lorenz A. (2017), "Das Selbstbestimmungsrecht des einsichtsfähigen Minderjährigen bei Eingriffen in die körperliche Integrität", *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 4 (17).

Meckling S. (2009), *Die gemeinsame Trennungssorge*, Berlin: Duncker & Humblot.

Preisner, M. (2014), "Das gesetzliche mittreuhänderische Schuldverhältnis kraft gemeinsamer Elternschaft", Tübingen: Mohr Siebeck.

Ramm, T. (1996), "Kindschaftsreform?", *Juristenzeitung*, 51 (20).

Riegner, K. (2014), "Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Trennung des Kindes von den Eltern wegen Kindeswohlgefährdung", *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 1 (14).

Sanders, A. (2012), "Marriage, Same Sex Partnership and the Constitution", *German Law Journal*, 13 (8).

_____ (2015), "Sanders, A., Company Law and the Law of Succession in Germany", Kalss, S. (ed), *Company Law and the Law of Succession*, Heidelberg: Springer.

_____ (2018), "*Mehrelternschaft*", Tübingen: Mohr Siebeck.

_____ (2019), "Multiple Parenthood: Towards a new Concept of Parenthood in German Family Law", Willekens, H., Scheiwe, K., Richarz, T., Schumann, E. (eds.), *Motherhood and the Law*, 119-152, Göttingen, Universitätsverlag Göttingen.

Scheffler, E. (1951), "Die Gleichberechtigung der Frau", Verhandlungen des 38, Deutschen Juristentages, Tübingen: Mohr.

Schwab, Dieter (2008), "Abstammungsklärung–Leicht gemacht oder: neuer Dialog in der Familie", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 55 (1).

_____ (2020), *Familienrecht,* Munich, C.H. Beck.

Schwoerer, J. (1956), "Anmerkung zum Beschluss v. 23.2.1956 – 2 W 45/56", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 3 (7/8)*.

_____ (1960), "Anmerkung zum Beschluss v. 15.1.1960 – 3 Gr. 16/59", *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 7 (3).

Straub, C. M. (2020), *Das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und seine Einbettung in das Abstammungsrecht*, Baden-Baden: Nomos.

Wanitzek, Ulrike (2002), *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter,* Reproduktion, Bielefeld, Gieseking Verlag.

Wapler, F. (2015), *Kinderrechte und Kindeswohl,* Tübingen: Mohr Siebeck.

Wellenhofer, M. (2012), "§ 159a", Säcker *et al*. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 6th ed., Munich: C. H. Beck.

_____ (2015), "Familienrecht: Adoption nach privater Samenspende", *Juristische Schulung*, 55 (7).

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Agosto de 2021.

http://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/

Este libro es resultado de la continuidad al trabajo de investigación comparada sobre derecho constitucional familiar impulsado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de México. Desde el año 2019, el Centro ha venido impulsando una reflexión teórica y crítica sobre las prácticas jurisdiccionales en materias normadas por el sistema constitucional y el derecho familiar. Si en la publicación *La Constitucionalización del Derecho de Familia* se buscaba dar cuenta de las diversas formas en que las relaciones familiares han pasado a ser una materia de especial preocupación constitucional, la presente obra entra en un campo de especial interés para este debate: las relaciones jurídicas entre los progenitores y sus hijos e hijas.

Los trabajos aquí contenidos dan cuenta de una suerte de desplazamiento progresivo del eje de las relaciones parento-filiales: desde la potestad o poder paterno, hacia el ejercicio equitativo y permanente –entre padres y madres– de una responsabilidad específica por el cuidado y bienestar integral de sus hijos e hijas. Este desplazamiento consolida una tendencia, ya de larga data, respecto a la disminución y recomprensión de los antiguos poderes omnímodos concedidos históricamente al padre sobre sus hijos. En su concepción moderna, representada en varios ejemplos del derecho comparado que se revisan en esta obra, las facultades, autoridades o derechos parentales no desaparecen, pero se justifican y ejercen en función de la protección de los derechos de los niños y las niñas y su desarrollo holístico. Esto resulta imprescindible para comprender la noción misma de parentalidad y su relación con los derechos fundamentales, en un sistema constitucional y democrático de derecho.

Suprema Corte
de Justicia de la Nación