

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN ALEMANIA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Por CRISTINA ELÍAS MÉNDEZ

SUMARIO

ÍNDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS. I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CUESTIÓN DE LA MADUREZ A EFECTOS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: II.a) *La Ley Fundamental de Bonn*. II.b) *El Derecho ordinario*. II.c) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*. II.d) *La doctrina*. II.e) *Resumen y consideración crítica*.—III. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS MENORES DE EDAD: III.a) *La Ley Fundamental de Bonn*. III.b) *Las Constituciones de los Estados federados o Länder*. III.c) *El Derecho ordinario*. III.d) *El Derecho internacional*. III.e) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*: III.e).1. Jurisprudencia relacionada con el fundamento constitucional. III.e).2. Jurisprudencia relacionada con las leyes de desarrollo. III.f) *La doctrina*: III.f).1. Opiniones doctrinales en torno a los artículos relacionados con los menores de la Ley Fundamental de Bonn. III.f).2. Opiniones doctrinales sobre el Derecho ordinario de menores. III.f).3. Opiniones de la doctrina en relación al Derecho internacional de menores. III.g) *Resumen y consideraciones críticas*.—BIBLIOGRAFÍA: a) *Bibliografía sobre la cuestión de la madurez a efectos del ejercicio de los derechos fundamentales*. b) *Bibliografía sobre la protección constitucional de los menores de edad*.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch - (Código Civil alemán)
BGBL	Bundesgesetzblatt - (Boletín de leyes federales)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - (Recopilación oficial de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts - (Recopilación oficial de la jurisprudencia del Tribunal Federal contencioso-administrativo)
CDN	Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948

EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
FamRZ	Zeitschrift für Familienrecht
GG	Grundgesetz - (Ley Fundamental de Bonn)
InfAusIR.	Informationsbrief Ausländersrecht
JZ	Juristen Zeitung
LFB	Ley Fundamental de Bonn
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
RGBl.	Reichsgesetzblatt - [Boletín de leyes del Imperio (o del <i>Reich</i>)]
Rn.	Randnummer - (Número de margen)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

I. INTRODUCCIÓN (1)

En el ordenamiento jurídico alemán los menores de edad, excepto en el caso del derecho de sufragio, son titulares de idénticos derechos constitucionales que los adultos. No cabe constatar diferencias a ese respecto entre uno y otro grupo en cuanto a la titularidad. Sin embargo, a nadie se le escapa que los niños poseen una capacidad psíquica y física aún por desarrollar y, por tanto, según la regla general, inferior a los adultos. De esta afirmación podemos derivar dos puntos de partida. Por un lado, hay que contar con que los menores no pueden ejercer desde el momento del nacimiento los derechos fundamentales de la misma manera que los mayores. Se trata de una capacidad que se va desarrollando con el proceso paulatino de crecimiento y madurez. Por otra parte, es un hecho irrefutable que los niños son más débiles y, por tanto, requieren mayor protección.

De estas reflexiones cabe inferir dos aseveraciones básicas. El alcance del ejercicio de los derechos fundamentales por los menores debe ser precisado en atención a sus características específicas. En este contexto es esencial no olvidar que tales matizaciones podrían hacer peligrar la universalidad de los derechos y libertades, por lo que habrá que ser sumamente cauto en este terreno. Asimismo es preciso considerar que los niños requieren un especial cuidado de sus padres, del Estado y de la sociedad en atención a su vulnerabilidad.

El objeto de este trabajo consiste en una aproximación a cómo se ha enfrentado un ordenamiento jurídico vecino a estos dos problemas. El análisis comparado y el observar la resolución en otros Estados de cuestiones que también a nosotros se nos plantean puede siempre suponer un enriquecimiento de nuestras soluciones jurídi-

(1) Quede aquí constancia de mi agradecimiento tanto a la Prof.^a Remedio Sánchez Ferriz de la Universidad de Valencia, como al Prof. Tomuschat y al Prof. Schlink de la Universidad Humboldt de Berlín por la supervisión de este trabajo, así como al DAAD (Servicio de Intercambio Académico Alemán) por las facilidades para la realización del mismo. Este artículo se enmarca en el proyecto I + D «Las garantías no jurisdiccionales de los derechos constitucionales frente a la actuación administrativa», referencia GV 99-95-1-08.

cas. En el ámbito penal de nuevo se ha emprendido en España una modificación de la legislación de menores. En Alemania se llevó a cabo recientemente una importante reforma de la legislación relativa a la protección de los mismos. El estudio del sistema alemán posee un especial interés por cuanto, además de la ya larga experiencia democrática, es la Ley Fundamental de Bonn uno de los modelos de nuestra Constitución, y de la doctrina y jurisprudencia constitucional alemana ha extraído nuestro Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones figuras e instituciones técnicas útiles para la resolución del caso planteado. A esto se suma el hecho de que el paulatino proceso de integración europea impone el conocimiento o por lo menos, la aproximación, a los ordenamientos jurídicos del resto de países comunitarios. No olvidemos que nos encontramos actualmente ante la elaboración de lo que puede ser una decisiva Carta europea de derechos fundamentales en el seno de la Unión. Vamos a examinar, pues, qué tipo de protección ofrece el Derecho a los menores de edad en Alemania desde un prisma constitucional.

A lo largo de estas páginas vamos a estudiar las dos cuestiones mencionadas —capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los menores y necesidad de los mismos de una especial protección constitucional— en primer lugar a la luz de las disposiciones de la Ley Fundamental de Bonn. Analizaremos si estos aspectos están regulados en la Constitución alemana y, si así fuere, de qué manera, resultando particularmente interesante investigar si puede hallarse una base constitucional a la especial protección de los menores. El marco del Estado social de Derecho es de gran trascendencia en relación con esta última cuestión. Igualmente imprescindible es acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que vela por una aplicación del Derecho acorde a la Ley Fundamental y que procura la evolución y el desarrollo de la misma. Veremos a continuación la regulación del tema en el Derecho ordinario: ¿existen leyes de protección de los menores de edad? ¿Qué clase de garantías ofrecen estas disposiciones normativas a los niños? En este apartado nos aproximaremos además al Derecho internacional.

Tras la exposición de la postura de la doctrina alemana acerca de estas dos cuestiones trazaremos una valoración crítica sobre el tema para fijar algunas conclusiones sobre la protección constitucional de los menores de edad en la República Federal de Alemania.

II. LA CUESTIÓN DE LA MADUREZ A EFECTOS DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según el artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante, LFB), todas las personas son iguales ante la ley. Este principio de igualdad no exige, sin embargo, un trato idéntico a todos. El no discriminar significa a menudo tener en cuenta las peculiaridades que obstaculizan o impiden la igualdad material. Sería ilógico e injusto no considerar que los niños no poseen la misma capacidad física y psíquica que los adultos.

No cabe ninguna duda de que los menores de edad son desde el momento del nacimiento titulares de los derechos contenidos en la Constitución (2). La diferencia reside en el ejercicio de los mismos. Nos enfrentamos, pues, a un concepto muy discutido: el de la capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales o la dependencia de dicho ejercicio de una determinada edad o madurez, traducción aproximada del término alemán «*Grundrechtsmündigkeit*». Esta precisión debe ser hecha de forma muy cautelosa a fin de no dañar la universalidad de los derechos fundamentales.

II.a) *La Ley Fundamental de Bonn*

En la Ley Fundamental de Bonn no hallamos referencias expresas a la vigencia de los derechos y libertades fundamentales para los menores, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que no cabe establecer diferencias en la garantía a los niños de los derechos contenidos en la Constitución.

Las únicas dos menciones específicas a la edad las encontramos en los artículos 12.a).1 y 38.2 LFB. Según el tenor literal del artículo 12.a).1 LFB, el deber de cumplir el servicio militar o, en su caso, la prestación civil sustitutoria únicamente vincula a los sujetos mayores de dieciocho años. Estrechamente relacionado con esto está el artículo 4.3 LFB: obviamente el derecho a la objeción de conciencia frente al deber militar sólo cobra sentido cuando éste afecta al particular (3). Asimismo es requisito indispensable acreditar la mayoría de edad para poder ser titular y ejercer el derecho al sufragio (artículo 38.2 LFB) (4).

II.b) *El Derecho ordinario*

En el marco de la legislación ordinaria se reconoce en el artículo 106 del Código civil alemán un derecho limitado a la capacidad de contratar a partir de los siete años de edad. Hallamos, además, otras dos menciones expresas a la edad relacionadas con la libertad religiosa (artículo 4.1 LFB). Según la disposición 5.2 de la Ley de enseñanza religiosa a los niños, a partir de los doce años no puede una persona en contra de su voluntad ser educada en una doctrina religiosa distinta a la deseada por ella. A partir de los catorce años, todos tienen el derecho a decidir a qué confesión religiosa pertenecen (artículo 5.1 de la Ley de enseñanza religiosa a los niños) (5).

(2) La problemática de la subjetividad del *nasciturus* a efectos de los derechos fundamentales, campo de por sí muy extenso, no se trata en este trabajo en aras a la profundización en el tema elegido.

(3) HERDEGEN: *FamRZ*, 1993, 374, 375.

(4) PIEROTH, SCHLINK: *Rn.* 123 o *STERN*: 1069.

(5) PIEROTH, SCHLINK: *Rn.* 123.

II.c) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*

Al acercarnos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán es importante comenzar resaltando que éste no ha incorporado el concepto de «mayoría de edad a efectos de los derechos fundamentales», aunque sí se ha pronunciado acerca de la cuestión de la especial posición constitucional de los menores. Ya en una antigua sentencia sostenía el Tribunal que el menor es por sí mismo titular de derechos fundamentales, afirmación que, al fin y al cabo, no hace sino reflejar el mandato constitucional (6).

Sin embargo, el Tribunal ha ampliado la reflexión al considerar también el paulatino proceso de maduración psíquica: «El joven tiene desde un principio y de forma progresiva a medida que avanza en edad una personalidad independiente, protegida por el artículo 2.1 LFB en relación con el 1.1 LFB» (7). O expresado de otro modo: «El niño goza con base en el artículo 2.1 LFB de un derecho lo menos restringido posible al libre desarrollo de su personalidad, subordinado en todo caso a las limitaciones mencionadas en la citada disposición constitucional» (8).

Encontramos, además, pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre otro tema relevante: la capacidad procesal o la capacidad para interponer un recurso de amparo. En aras a la claridad expositiva trataremos esta cuestión más adelante.

II.d) *La doctrina*

A pesar de que no se dedica excesiva atención al tema, hallamos siempre una referencia a la cuestión de la madurez a efectos del ejercicio de los derechos fundamentales en los principales manuales de Derecho público. Los tratadistas hacen referencia a las disposiciones normativas pertinentes de la Constitución y de las leyes, tratan de definir el complejo concepto de «madurez a efectos de los derechos fundamentales» y se centran en diferentes aspectos de la cuestión.

Los autores Pieroth y Schlink describen el sentido del término como el intento por determinar «si los menores sufren alguna limitación en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales y, en caso afirmativo, definir sus contornos» (9). Proponen dos caminos posibles para enfrentarse al problema: puede tomarse en consideración el grado de madurez psíquica de cada menor de edad (mínimo de edad variable) o bien se precisa legalmente una determinada edad con efectos generales, independientemente de las peculiaridades de cada persona (mínimo de edad fijo).

(6) *BVerfGE* 24, 119 - *FamRZ* 1968, 578.

(7) *BVerfGE* 47, 46 (74). El artículo 2.1 LFB consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el artículo 1.1 LFB proclama constitucionalmente la dignidad de la persona.

(8) *BVerfGE* 59, 360 (382) y *BVerfGE* 53, 185 (203).

(9) PIEROTH, SCHLINK: Rn. 124.

Stern ha expresado sus dudas acerca de la conveniencia del concepto en cuestión, ya que puede prestarse a confusión. «La titularidad de derechos fundamentales no significa automáticamente la capacidad para hacer uso autosuficiente de los mismos. Con relación a una serie de derechos es preciso cumplir una serie de requisitos añadidos para poder hacerlos valer o ejercerlos responsablemente» (10). Por eso Stern recomienda otros términos como «capacidad de percepción» («*Grundrechtswahrnehmung*») o «capacidad de ejercicio» («*Grundrechtsausübung*») de los derechos fundamentales. Los criterios aportados por este autor para la determinación de dicha capacidad distinguen entre la actuación jurídica y la actuación física o natural. En el campo de la actuación jurídica son los límites fijados legalmente los que determinan la capacidad de ejercicio. En este sentido cabe señalar los derechos fundamentales recogidos en los artículos 2.1 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), 6.1 (protección constitucional del matrimonio y la familia), 9 (libertad de asociación), 11 (libertad de circulación), 12.1 (libertad de elección de trabajo o profesión) y 14.1 (derecho a la propiedad privada). En cuanto a las actuaciones no reguladas formalmente, por el contrario, la capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales depende únicamente de las facultades psíquicas de cada persona. Es el caso de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 2.1 (derecho al libre desarrollo de la personalidad), 4 (libertad de conciencia y de creencia), 5 (libertad de expresión y de prensa), 8 (libertad de reunión), 10 (derecho al secreto de las comunicaciones), 16 (derecho a conservar la nacionalidad alemana y a no ser extraditado a otro país) y 17 (derecho de petición). Todos estos derechos mantienen una estrecha dependencia respecto al grado de madurez individual. De forma coherente con esta exposición de la problemática, Stern se pronuncia en contra del requisito de una edad determinada, ya que esta solución no toma en cuenta la progresiva formación de la personalidad del menor.

Fehrmann distingue en un extenso trabajo entre la titularidad de los derechos fundamentales, en cuyo caso la capacidad jurídica es necesaria pero en sí misma suficiente, y el ejercicio de la defensa de los mismos, en cuyo caso la capacidad de obrar es imprescindible. Como «la capacidad que permite a las personas físicas ejercer de modo independiente o autónomo sus derechos fundamentales» define Mutius la «madurez» frente a las así llamadas capacidad, titularidad o subjetividad a efectos de los derechos fundamentales (11). Para este autor la capacidad o titularidad de toda persona física comenzaría como máximo con el nacimiento, si no antes. Algo más complicado resulta determinar cuándo comienza la mayoría de edad o madurez suficiente a efectos de los derechos fundamentales.

La trascendencia y, por tanto, el sentido práctico del concepto examinado por la doctrina alemana son puestos de manifiesto por Pieroth y Schlink. Estos autores afirman que pueden surgir conflictos en tres ámbitos: en la relación directa de un

(10) STERN: 1066.

(11) VON MUTIUS: *Jura*, 1987, 272.

menor de edad respecto a los poderes públicos, circunstancia para la que la ley no contempla limitación alguna por motivos de falta de madurez; en el derecho de los padres a la educación de sus hijos (artículo 6.2 LFB), que puede conducir de forma progresiva con el transcurso del tiempo a colisiones con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2.1 LFB); y, por último, hay que resolver la cuestión de si un menor puede o no interponer un recurso ante el Tribunal Constitucional.

La relación de un menor con el Estado se desarrolla principalmente en el marco de la escuela, pero aquélla también se hace patente cuando el niño o joven participa, por ejemplo, en una manifestación. Especialmente conflictiva puede ser la madurez a efectos de los derechos fundamentales frente al derecho de los progenitores de cuidado y educación de los hijos (artículo 6.2 LFB). El constante e imparable aumento del grado de madurez a efectos de los derechos fundamentales conlleva irremediablemente una correlativa reducción progresiva del alcance del derecho paterno. Que el bienestar del niño deba ser la pauta de decisión que trace la difícil frontera entre los derechos de los hijos y de los progenitores (12), o que los padres tengan la obligación de ejercer todos aquellos aspectos de su deber de cuidado y protección desde el principio fundamental de respeto a la dignidad de la persona del artículo 1 de la LFB (13), son efectivamente criterios muy notables a considerar, que, aunque no excluyen el conflicto, sí muestran que tropezamos con los límites de la esfera privada de la familia.

Pero el problema esencial a resolver es, sin lugar a dudas, siguiendo a Pieroth y Schlink, la concurrencia o no de capacidad procesal (14). La madurez a efectos de los derechos fundamentales es importante especialmente para determinar si existe legitimación activa por parte de un menor para interponer un recurso de amparo. En este sentido, el Tribunal Constitucional sostenía ya en 1951: «La capacidad para la interposición de un recurso de amparo depende en parte de la configuración o estructura de cada uno de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en el caso de vulneración del derecho de libertad religiosa del artículo 4 de la LFB habría que considerar que la Ley de 15 de julio de 1921, de Enseñanza religiosa a los niños (RGBl. pág. 939), prevé la exigencia de una determinada edad para la libre elección de una confesión religiosa» (15). «Concurre efectivamente legitimación activa de los recurrentes en amparo, a pesar de que ambos tenían únicamente veinte años de edad en el momento de interposición del recurso y, por lo tanto, no habían alcanzado aún la mayoría de edad», afirmó el Tribunal Constitucional en una sentencia de 1970, cuando se requería tener veintiún años para ser mayor de edad. «La Ley del Tribunal Constitucional no contiene regulación alguna de la capacidad procesal (16). En el ámbito del recurso de amparo debe por tanto determinarse la capacidad para interpo-

(12) STERN: 1074.

(13) FEHNEMANN: 58.

(14) PIEROTH-SCHLINK: Rn. 130.

(15) BVerfGE 1, 87 (89).

(16) BGBl. I pág. 1473 y BGBl. I pág. 1823.

ner las actuaciones procesales pertinentes según la estructura o configuración de los derechos fundamentales alegados y su relación respecto a la situación jurídica en conflicto que ha originado la reclamación» (17). De este modo se reconoció la capacidad procesal a unos soldados menores de edad. A esto debemos añadir una sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo Federal que permitió a un menor de edad presentar una demanda de asilo (18).

Para Fehnemann, la competencia para interponer por uno mismo, de forma autónoma e independiente un recurso de amparo depende de las facultades de actuación materiales y procesales de cada persona (19). La presentación del mismo corresponderá al representante legal mientras el menor no tenga capacidad de actuación o ésta sea sólo limitada. En todo caso, la carencia de capacidad de actuación procesal excluye totalmente la posibilidad de interponer un recurso de amparo.

II.e) *Resumen y consideración crítica*

En esta primera parte del trabajo hemos tratado de describir cuál es la vigencia real y efectiva de los derechos fundamentales para los menores de edad. Ante todo es preciso no olvidar que la Ley Fundamental de Bonn no hace ninguna referencia expresa al tema. Es una afirmación, por tanto, incuestionable que toda persona es titular o sujeto de los derechos fundamentales, exceptuando el derecho de voto, desde el momento mismo del nacimiento, como máximo. Sin embargo, no sería realista ignorar la reducida capacidad intelectual de los menores, ya que ésta tiene decisivas consecuencias para el ejercicio consciente de los derechos fundamentales. ¿Qué sentido real puede tener, por ejemplo, la libertad de confesión religiosa (artículo 4.1 LFB) si un individuo no puede siquiera comprender los principios de un determinado credo? A dar una solución a esta problemática debe contribuir el concepto de «madurez a efectos de los derechos fundamentales».

Tal y como ya advertimos al principio, esta reflexión requiere una cierta precaución, de modo que queden salvaguardados con todas las garantías precisas los derechos de los enfermos o incapaces mentales. El principio a seguir debe ser el máximo grado posible de reconocimiento de capacidad a efectos de titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, a fin de garantizar la universalidad de los mismos.

En los conflictos que surjan en la relación de los menores respecto al Estado o a los progenitores sería tal vez lo más conveniente, a pesar de la dificultad de su aplicación práctica, atender al grado de madurez de cada niño, jugando el bienestar del menor y el principio de máxima libertad posible como criterios decisivos. Las obligaciones de los poderes públicos del Estado comprenden un especial deber de protección de los derechos de los niños y del libre desarrollo de su personalidad. En lo

(17) *BVerfGE* 28, 243 (254) y 264 (274) y 282 (288).

(18) *BVerwGE* 7, 66 (67) - JZ 1987, 508.

(19) FEHNEMANN: 58 (59).

referente a la resolución de los problemas que se plantean en el marco de las relaciones con los padres se añade la dificultad que entraña el prevenir e impedir la vulneración de la privacidad de la esfera familiar, al entrar a regular jurídicamente dicho ámbito.

No obstante, la verdadera demostración de que un derecho está vigente y es efectivo la proporciona exclusivamente su garantía procesal, la posibilidad de invocarlo ante los tribunales. La legitimación para interponer un recurso de amparo constituye el aspecto decisivo que prueba el completo y efectivo ejercicio del derecho. Son también aplicables en este terreno los principios citados en el párrafo anterior para la resolución de posibles dificultades: el bienestar del menor y la máxima libertad posible. No obstante, los problemas se plantean cuando la capacidad de actuación procesal del menor pueda originar consecuencias económicas, ya que entran entonces en juego la dimensión de la libertad y la dimensión patrimonial. En razón de la especial vulnerabilidad y necesidad de protección del niño, la legitimación para la interposición del recurso de amparo únicamente se regirá por un principio de máxima autonomía mientras no le suponga un perjuicio económico.

A modo de conclusión podríamos señalar que los menores, al igual que los adultos, son titulares de los derechos fundamentales, disfrutan de plena personalidad constitucional. El ejercicio de éstos por parte de los menores debe, sin embargo, ser matizado en aras a la adecuación a la capacidad y a su propio interés.

III. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS MENORES DE EDAD

Un niño es, por regla general, física y psíquicamente más débil que un adulto y requiere, por tanto, una especial protección. ¿Presta el Derecho alemán actual ese particular e imprescindible cuidado a los menores? Ésta es la cuestión que queremos dilucidar en las siguientes páginas a la luz de la regulación constitucional y legal, sin olvidar los tratados de Derecho internacional ratificados por Alemania, considerando a continuación las líneas jurisprudenciales dibujadas por el Tribunal Constitucional Federal, así como las opiniones de significativos autores.

III.a) *La Ley Fundamental de Bonn*

El artículo 6.2.1 de la Constitución alemana reza así: «El cuidado y la educación de los hijos constituyen un derecho natural de los padres y su primordial obligación.» A pesar de que el modo de redacción de este precepto hace referencia a un derecho y a una obligación de los progenitores, puede derivarse directamente sin dificultad de esta disposición un derecho de los menores a una particular protección y a recibir una educación (20).

(20) GERNERT, W.: pág. 235.

«La comunidad estatal vigilará el efectivo cumplimiento de dicha obligación», añade el artículo 6.2.2 de la LFB, indicando así las especiales obligaciones que debe asumir el Estado frente a los menores. A pesar de que el derecho natural al cuidado y la educación de los niños corresponde a los padres y de que los poderes públicos deben atenerse a ello, no incurriendo en intromisiones injustificadas en la vida familiar, lo cierto es que el Estado no sólo está legitimado, sino también está obligado por la Constitución a supervisar y garantizar el cumplimiento de los deberes paternos frente a los hijos. Constatamos así que al Estado le corresponde un papel activo. Al contrario que en el caso del Estado liberal del siglo XIX, el marco del Estado social de Derecho, garantizado en el artículo 20.1 LFB, fundamenta el deber de vigilancia de los poderes públicos sobre la efectiva realización no sólo del mandato del artículo 6.2 de la Ley Fundamental, sino también del adecuado ejercicio de los derechos fundamentales, de los cuales son obviamente titulares también los menores de edad (21). El artículo 20.1 constituye, además, el fundamento constitucional que permite la intervención del Estado en la esfera privada de la familia.

El artículo 1.1 de la LFB confiere a la inviolabilidad de la dignidad de la persona un lugar central en la Constitución y, por lo tanto, en el conjunto del ordenamiento alemán. Este principio resulta, pues, particularmente adecuado para extraer y legitimar un mandato constitucional de especial protección de los menores en atención a sus especiales características. El hecho de prestar una significativa atención a la dignidad del menor refuerza y facilita el ejercicio por su parte de los derechos fundamentales. Estrechamente relacionado con el anterior está el derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho que presupone e implica la especial protección y promoción de los derechos fundamentales de los niños y los jóvenes.

Por otro lado, el poder constituyente previó en su día algunas medidas especiales de protección para los posibles y previsibles perjuicios que pudiera ocasionar el ejercicio de algunas libertades fundamentales en el bienestar de niños y jóvenes. Es el caso del artículo 5.2 de la Ley Fundamental, que señala la protección de la juventud como uno de los límites a la libertad de expresión, de prensa y radiodifusión. En este mismo sentido, la libre circulación de los ciudadanos alemanes por todo el territorio nacional (artículo 11 LFB) y la inviolabilidad del domicilio (artículo 13 LFB) podrán ser sólo limitadas por circunstancias excepcionales, como es, por ejemplo, la salvaguarda de los menores frente al desamparo (artículo 11.2) o frente a situaciones de peligro (artículo 13.7).

No será, por último, superfluo recordar el artículo 3 de la LFB, que contiene el principio de igualdad. A pesar de no estar recogida expresamente entre las condiciones o circunstancias que no deben suponer trato discriminatorio alguno, la minoría de edad tampoco puede ser motivo de exclusión o postergación, a menos que exista una debida justificación a esos efectos.

(21) GERNERT, W.: pág. 237.

III.b) *Las Constituciones de los Estados federados o Länder*

El derecho de los padres a educar a sus hijos, el derecho a la enseñanza y la protección de la juventud están expresamente garantizados en las Constituciones de los distintos *Länder* (22). Los nuevos Estados de la Federación recogen en sus textos constitucionales numerosos derechos particulares de los menores que tienen especialmente en cuenta la evolución y el desarrollo de su personalidad. Junto a éstos figuran también obligaciones objetivas del Estado, que, sin embargo, no suponen la titularidad por parte de los menores de correlativos derechos subjetivos. Un claro ejemplo de esto es el artículo 27 de la Constitución del Estado federado o *Land* de Brandenburgo, que establece los principios para el cuidado y la protección de los niños y de los jóvenes:

- «1. Los niños, como cualquier otra persona, poseen el derecho al respeto de su dignidad.
2. Los padres tienen el derecho y la obligación de educar a sus hijos.
3. Los niños disfrutarán de forma especial de la protección del Estado y la sociedad. Quien educa a menores, tiene derecho a un apoyo adecuado del Estado y a la debida consideración de la sociedad.
4. A los niños y a los jóvenes se les debe atribuir un estatuto jurídico que se adecue a su creciente capacidad de comprensión a través del reconocimiento de su progresiva autonomía.
5. Debe protegerse a niños y jóvenes del maltrato físico y moral. En caso de que peligre el bienestar de niños o adolescentes, especialmente en el caso de no asunción de la debida responsabilidad por los educadores, debe entonces la comunidad garantizar las prestaciones necesarias y adoptar las medidas legalmente previstas.
6. El *Land*, los municipios y las asociaciones municipales fomentarán, independientemente de la propiedad de éstas, guarderías y locales de ocio para la juventud.
7. Todo niño tiene derecho, conforme a la ley, a educación, enseñanza, cuidados y apoyo en un centro escolar.
8. Se prohíbe el trabajo infantil.»

III.c) *El Derecho ordinario*

En el ordenamiento jurídico alemán descubrimos un abundante conjunto de leyes que procuran la protección de menores, niños y jóvenes. A fin de proporcionar al lector una visión de conjunto, sin distanciarnos de la perspectiva constitucional, citamos a continuación únicamente las más significativas.

(22) HERDEGEN, M.: pág. 377 y ss.

La reciente «Ley de reforma del Derecho de menores» (23), que entró en vigor el 1 de julio de 1998, viene, entre otros objetivos, a mejorar y fomentar los derechos de los niños, a fin de impulsar en el mayor grado posible su bienestar (24). Esta Ley viene asimismo a realizar por fin el mandato constitucional del artículo 6.5 LFB, ya que equipara definitivamente a todos los efectos jurídicos a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Cabe decir que la reforma alcanza a todos los ámbitos del Derecho de menores, particularmente afecta al campo de la filiación, a las obligaciones de cuidado y tutela paternas, al Derecho de relaciones y de manutención, al proceso de adopción y de adquisición de un nombre, así como a diversos aspectos procesales (25).

Debemos también citar la Ley de Protección de Menores (26), que termina con la tutela administrativa obligatoria para los hijos no matrimoniales y reforma el régimen de asistencia a los menores, sin olvidar la Ley de Equiparación Hereditaria, a través de la cual se logra la completa uniformización a efectos sucesorios de la posición jurídica de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio (27). Como complemento a estas modificaciones ha aparecido recientemente la Ley de Sustento de los Menores (28), que también pone fin a la injustificable diferenciación entre el derecho a manutención de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (29).

Otro pequeño pero imprescindible avance ha sido introducido por la Ley de Reforma del Derecho de Tutela (30), que acomete la modificación del régimen de tutela de los menores (31). El derecho a alcanzar la mayoría de edad sin ningún tipo de gravamen económico se ha regulado en la Ley de Limitación de la Responsabilidad de los Menores (32).

La revisión se completa con la nueva versión del Octavo Libro del Código de Leyes Sociales: Asistencia a Niños y Jóvenes (CLS VIII), de 16 de junio de 1990. La así denominada «Segunda Ley de modificación del Undécimo Libro del Código de Leyes Sociales y de otras leyes» (33) afecta ampliamente al Libro VIII. Se trata de una legislación de prestaciones de carácter preventivo y de talante moderno, destinada a prestar apoyo a los padres en el cumplimiento de su deber de educar a los

(23) Se trata de la Ley de reforma del Derecho de menores de 16 de diciembre de 1997, BGBl. I, pág. 2942.

(24) Véase el Boletín del Bundestag (*Bundestags-Drucksache*) 13/4889, pág. 29.

(25) GRESSMANN, M.: véase el Preámbulo.

(26) Ley de Abolición de la tutela preceptiva de la Administración y de la nueva regulación de la Protección de Menores (conocida como la Ley de Protección de Menores) de 4 de diciembre de 1997, BGBl. I pág. 2846.

(27) La Ley de Equiparación Hereditaria entró en vigor el 1 de abril de 1998. BGBl. 1997 I pág. 2968.

(28) BGBl. 1998 I pág. 666.

(29) MÜHLENS, KIRCHMEIER, GRESSMANN, pág. 83.

(30) BGBl. 1998 I pág. 1580.

(31) MÜHLENS, KIRCHMEIER, GRESSMANN: pág. 96.

(32) BGBl. 1998 I pág. 2487.

(33) BGBl. 1998 I pág. 1188.

hijos y orientada a facilitar a los jóvenes y adolescentes su integración y participación en la sociedad (34). Esta Ley se encuentra en consonancia con las innovaciones introducidas por la Ley de Reforma del Derecho de Menores y por la Ley de Protección de Menores.

Otras disposiciones normativas de interés son, por ejemplo, la Ley de Protección de la Juventud (35) o la Ley sobre la Difusión de Escritos y Programas de carácter peligroso para los jóvenes en los Medios de Comunicación (36), legislación que desarrolla los límites de los derechos fundamentales mencionados en el artículo 5.1 de la Ley Fundamental.

III.d) *El Derecho internacional*

En este apartado vamos a referirnos a los tratados internacionales ratificados por la República Federal de Alemania y que, por tanto, forman parte del ordenamiento interno. La cantidad de disposiciones de ámbito supranacional que afectan a la protección de los menores es significativa. Nos encontramos tanto con disposiciones singulares en tratados generales como con instrumentos internacionales específicos. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948 (DUDH) ofrece un especial amparo a los niños en su artículo 25.2: «La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.» Asimismo recordamos que la Declaración también contempla el derecho a la educación en el artículo 26 (37).

Los dos grandes Pactos internacionales de derechos de 1966 tratan de reforzar los principios incorporados en la DUDH. Más allá del obvio reconocimiento de la titularidad de los derechos humanos generales a los menores, el artículo 23 del Pacto de Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos protege el matrimonio, y en su párrafo cuarto hace una referencia a la imprescindible protección de los hijos en caso de disolución del matrimonio. Pero la disposición decisiva a efectos de nuestro estudio es el artículo 24. Según su primer párrafo, todo niño, sin discriminación alguna, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y del Estado. Los derechos a la inscripción tras el nacimiento, a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad (párrafos segundo y tercero del artículo 24) son, frente al primer párrafo y al artículo 23, lo suficien-

(34) *Bundestags-Drucksache* (Diario de la Cámara Baja alemana) 11/5948, pág. 1.

(35) Ley de Protección de la Juventud en los espacios públicos, de 25 de febrero de 1985 (*BGBI.* I pág. 425), reformada por última vez por el artículo 16.2 de la Ley de 28 de octubre de 1994 (*BGBI.* I pág. 3186, 3197) - *BGBI.* III 2161-5.

(36) Ley de 12 de julio de 1985 (*BGBI.* I pág. 1502) y sus modificaciones en el *BGBI.* I pág. 1860, 1876 y *BGBI.* I pág. 2390 - *BGBI.* III pág. 2161-1.

(37) HERDEGEN, M.: pág. 378.

temente precisos como para ser de aplicación directa. Por último, según el artículo 10.2, deben separarse los menores procesados de los adultos, además de que «deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento».

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se reconoce a la familia como «el elemento natural y fundamental de la sociedad», especialmente mientras asume su responsabilidad como cuidadora y educadora de los hijos a su cargo (artículo 10.1). Una especial protección y asistencia a los niños y adolescentes, sin discriminación alguna, deriva del párrafo tercero de dicho artículo. El Derecho interno deberá establecer límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido el trabajo infantil y especiales medidas de protección en el ámbito laboral (también en el 10.3). El objetivo del artículo 12.2 son las medidas para la disminución del número de fallecimientos en el parto y de la mortalidad infantil, así como para un desarrollo sano. El derecho a la educación se reconoce en el artículo 13.

En el ámbito regional, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 14 de noviembre de 1950, contiene únicamente una referencia genérica en su artículo 8.1, según el cual toda persona tiene derecho, entre otras cosas, al respeto de su vida privada y familiar. En este sentido cobra una gran relevancia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a pesar de que un sector de la doctrina entiende que sus sentencias tan sólo tienen un efecto interpretativo y no directo en el ordenamiento jurídico alemán (38). Por ejemplo, la sentencia del caso *Marckx* resulta decisiva para la determinación de la paternidad de los hijos concebidos fuera del matrimonio (39). En el caso *Johnston* (40) y, más recientemente en el caso *Keegan* (41), el Tribunal de Estrasburgo ha atribuido a cualquiera de los dos progenitores de una relación familiar no matrimonial la titularidad por sí solos del derecho y del deber de cuidado del menor, aunque la relación se rompa o se haya roto ya. Asimismo, consideramos decisivas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que limitan la intromisión del Estado en la esfera familiar, arguyendo que separar al niño de sus padres con el argumento del bienestar del primero únicamente será lícito como *ultima ratio* y sobre la base de muy exhaustivas comprobaciones (42). En este contexto destacamos la reciente sentencia de 16 de diciembre de 1999 del Tribunal de Estrasburgo, relativa a los dos niños de diez años juzgados en Inglaterra por el rapto y asesinato de otro menor de dos años. En el caso «V. contra el Reino Unido» se llega a la conclusión de que se ha violado el derecho del recurrente, uno de los niños de diez

(38) KOEPEL, P.: pág. 21.

(39) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, A 31.

(40) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, A 112.

(41) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, A 290 = *FamRZ* 1995, pág. 110.

(42) Véase, por ejemplo, el caso *Eriksson*, Sentencia de 22 de junio de 1989, Serie A, núm. 156, § 58; B 13441/87 *Olsson contra Suecia* (17.4.1991), §§ 104-105.

años condenado por el crimen, a un proceso justo, recogido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal argumenta que en un proceso penal en el que el acusado es un menor de edad es imprescindible que se le proporcione un trato plenamente ajustado a su edad, nivel de madurez y capacidad intelectual y emocional, así como que se tomen las medidas necesarias para facilitar su capacidad de comprender y participar en el juicio. Estrasburgo entiende que el proceso que tuvo lugar en Inglaterra no proporcionó esta oportunidad al menor enjuiciado.

Finalizando ya con los Tratados internacionales generales de derechos y obligaciones, destacamos que la Carta Social Europea también reconoce un derecho de los niños y los adolescentes a un especial cuidado (artículo 4.1).

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1959 persigue como principal objetivo la especial protección de los menores de edad. En el Preámbulo de dicha Declaración se hace referencia a la inmadurez física y psíquica de los mismos, que les hace acreedores de medidas singulares de protección y asistencia. En esta Declaración se relacionan principalmente derechos sociales y culturales (43).

La Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño (CDN) es el instrumento internacional que más generosamente realiza aportaciones al reconocimiento de la subjetividad jurídica de los niños, subrayando su particular necesidad de especial cuidado (44). El bienestar del niño se configura como el principio superior que articula todo el Tratado (artículo 3), destacando la primacía frente al Estado de los derechos y obligaciones de los padres y la protección de la esfera familiar como principios fundamentales (artículos 3, 5 y 18), sin olvidar una prohibición general de discriminación (artículo 2.1). A los efectos de la Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, aunque no se entra a fijar un límite inferior absoluto que determine el momento en que comienza la consideración como tal (artículo 1). La protección previa al momento del nacimiento permanece, por tanto, difusa.

La Convención no contiene únicamente derechos civiles y políticos, sino también derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, se marcan las diferencias en cuanto a la aplicación de uno y otro grupo de derechos por los Estados. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte limitan su obligación de adoptar todas las medidas necesarias para la efectividad de los derechos reconocidos en la Convención «hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional» (artículo 4). Siguiendo a Dorsch podemos distinguir en la CDN entre los derechos de libertad, las garantías prestacionales y las garantías procesales. Un Comité de los Derechos del Niño vigilará el progresivo cumplimiento de la Convención (artículo 43). Se ha señalado como gran déficit del Tratado el que cuente con unas me-

(43) DORSCH, G.: pág. 46.

(44) He seguido en este punto la obra de DORSCH, G.

didadas de garantía extremadamente débiles, subrayándose especialmente la carencia de una acción individual.

La Ley de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño se redacta en Alemania el 17 de febrero de 1992, publicándose posteriormente en el Boletín Oficial alemán (45). La ratificación tiene lugar el 6 de marzo de 1992, mediante la presentación del pertinente instrumento en Nueva York ante el Secretario General de Naciones Unidas. No obstante, el Estado alemán acompañó la siguiente declaración al citado documento: «La República Federal de Alemania declara que la Convención no surtirá efectos en el ordenamiento interno, aunque sí será fuente de obligaciones internacionales del Estado, las cuales serán observadas por la República Federal de Alemania tras la pertinente adaptación de su Derecho interno respecto al contenido de la Convención» (46). La intención de esta declaración es inequívoca: excluir cualquier tipo de efecto directo del Tratado, lo cual ha conducido a una enconada discusión en la literatura científica en torno a dilucidar la licitud de tal propósito.

Los aspectos discordantes en el momento de la ratificación entre el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Derecho alemán de menores se pusieron de manifiesto en la citada declaración y son los siguientes (47):

1. Según el artículo 18.1 de la CDN, los derechos y la responsabilidad de la crianza y el desarrollo del niño debe corresponder a ambos padres conjuntamente.

2. En la declaración de la República Federal se establecen asimismo limitaciones al derecho del niño a asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa [artículo 40.2.b).ii CDN] cuando se le acuse de la comisión de infracciones menores. Encontramos, además, una reserva al derecho a la revisión de la sentencia por una autoridad u órgano judicial superior competente [art. 40.2.b).v. CDN], excepto en el caso de penas de privación de libertad.

3. Por último, el Estado alemán declara, frente a los artículos 9 y 10 CDN, que las disposiciones del Convenio no pueden suponer la autorización a un extranjero para una entrada o permanencia ilegal en el país; tampoco podrá la Convención significar una limitación a la libertad del legislador nacional en ese campo; y, por último, según la Declaración del Gobierno alemán, podrán establecerse lícitamente diferencias entre nacionales y extranjeros.

El déficit que subsistía en relación con la cuestión de la preceptiva y automática responsabilidad compartida de los progenitores respecto a los hijos en caso de separación o divorcio ha sido superado con la última reforma del Derecho de menores (48). Únicamente en el caso de que uno de los miembros del matrimonio se oponga a ello, no se producirá la automaticidad en la atribución de las funciones de

(45) *BGBI.* 1992 II, pág. 121.

(46) *BGBI.* 1992 II, pág. 990.

(47) Véase DORSCH, G.: págs. 306, 307.

(48) Véase más arriba.

tutela. Hay que señalar, no obstante, que este principio aún no rige para hijos nacidos fuera del matrimonio (49).

Las otras dos reservas citadas todavía hoy se mantienen, diez años después de la entrada en vigor de la Convención. El régimen de extranjería y asilo en Alemania no ha sido adaptado en modo alguno a las disposiciones de la Convención, resultando así seriamente dañada la protección que la Convención trata de proporcionar a los menores refugiados. Tampoco se ha logrado la introducción del derecho a un asistente obligatorio en el caso de faltas penales leves (50).

Como ya hemos comentado, los autores alemanes muestran grandes discrepancias a la hora de determinar cómo debe interpretarse la Declaración del Gobierno federal (51).

III.e) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*

A pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania relativa al régimen jurídico que afecta a los menores no es muy extensa, si cabe señalar diversas sentencias relevantes.

III.e).1. *Jurisprudencia relacionada con el fundamento constitucional*

El rango constitucional de la protección de los niños y de la juventud ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en por lo menos cuatro sentencias. Ya en 1971 afirmaba el Tribunal que el conjunto de la sociedad posee un especial interés en el libre desarrollo y formación de la juventud, lo que presupone e implica una efectiva protección de la misma (52). Según ha venido reiterando el Tribunal Constitucional alemán en su jurisprudencia, la escala de valores fijada por la Constitución define la protección de la juventud como un objetivo de rango decisivo y como una exigencia importante de la misma comunidad (53).

En una sentencia de 1991 que viene a reconocer la consideración del valor artístico de una novela pornográfica en el sentido del artículo 5.3 del texto constitucional, se afirma que la protección de los niños y los jóvenes, citada expresamente en el artículo 5.2 LFB, posee rango constitucional, especialmente sobre la base del derecho y el deber de los padres a la educación de sus hijos, mencionado en el artículo 6.2.1 LFB (54). A esto hay que añadir que también el artículo 1.1 LFB en relación

(49) KAHLWEIT: en el periódico *Süddeutsche Zeitung*.

(50) HUMMEL: en el periódico *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.

(51) Véase más abajo el apartado III.f).3.

(52) *BVerfGE* 30, 336 [347 y 348].

(53) *BVerfGE* 30, 336 [348]; 77, 346 [356] = *EuGRZ* 1998, 137 [139].

(54) *BVerfGE* 83, 130 [140] = *EuGRZ* 1991, 33 [36].

con el artículo 2.1 de la LFB articulan una base para el especial cuidado y apoyo a la infancia y a la juventud. «Tanto niños como jóvenes son titulares de un derecho al libre desarrollo de la personalidad en el sentido de los artículos constitucionales citados. Los menores requieren protección y ayuda para poder formarse como personas maduras y responsables en el seno de la sociedad.»

El respeto a la dignidad del menor se subrayó especialmente en una sentencia del año 1968 (55). El deber de control del Estado sobre el cuidado y la educación de los niños, recogido en el artículo 6.2.2 de la LFB, no se justifica por el legítimo interés de la sociedad en la educación de la nueva generación, ni siquiera en consideraciones socioestatales. La obligación del Estado «deriva fundamentalmente de que es el propio menor como titular de derechos fundamentales quien puede esperar y reivindicar la protección del Estado. El menor es un ser con un derecho inherente a la dignidad y con un derecho propio al libre desarrollo de su personalidad en el sentido de los artículos 1.1 y 2.1 de la LFB» (56).

Estos derechos fundamentales, el respeto a la dignidad de la persona, en este caso del menor de edad, y su derecho al libre desarrollo de la personalidad, están, pues, en la base misma del rango constitucional que se atribuye a la protección de la infancia. El Tribunal Constitucional alemán retomó en 1988 la anterior cita, añadiendo: «El menor requiere protección y asistencia para formarse como persona responsable e independiente» (57). La jurisprudencia constitucional se ha visto a menudo obligada a resolver el conflicto entre una libertad artística garantizada sin ningún tipo de límite expreso y el interés de protección de la infancia y juventud opuesto a su ejercicio. En este contexto podemos subrayar que el derecho de los niños y jóvenes a la protección del Estado no sólo está en conexión con o basado en otros derechos, sino que rige como principio constitucional general.

Que al Estado social de Derecho corresponda una función activa en la garantía de la asistencia pública del menor y que para este cometido deba incluso sobrepasar los límites de la esfera privada familiar en el caso de un mal uso o abuso por parte de los progenitores de sus derechos naturales son principios que también se hacen patentes a la luz de la jurisprudencia constitucional. Al Estado compete velar sobre la responsabilidad de los padres y proteger al niño de un abuso o desatención de las obligaciones de protección y educación de los progenitores (58).

A partir del derecho general al libre desarrollo de la personalidad de los menores, artículo 2.1 en relación con el 1.1 LFB, ha derivado el Tribunal Constitucional Federal un derecho a alcanzar la mayoría de edad libre de deudas o cargas económicas de ningún tipo (59). Los padres no podrán, pues, en virtud de su poder de representación en la administración de un negocio transmitido en comunidad hereditaria

(55) *BVerfGE* 24, 119 [144] = *FamRZ* 1968, 579.

(56) *BVerfGE* 24, 119 [144] = *FamRZ* 1968, 579 (584).

(57) *BVerfGE* 79, 51 [63] = *EuGRZ* 1988, 529 (533).

(58) *BVerfGE* 24, 119 [144] = *FamRZ* 1968, 579 (584).

(59) *BVerfGE* 72, 155 (Acuerdo de 13 de mayo de 1986).

no dividida (artículo 1.629 del Código Civil alemán, en adelante *BGB*), generar sin límite alguno obligaciones financieras en perjuicio de sus hijos. La función del derecho general al libre desarrollo de la personalidad es garantizar aquellas dimensiones particulares del derecho de libertad que no se dejan incluir entre las garantías de libertad tradicionales. Precisamente con este propósito, el contenido del derecho citado no se ha descrito de forma exhaustiva, sino que sus distintas manifestaciones se hacen patentes en relación al caso a resolver en cada ocasión. Esto explica que podamos afirmar que el derecho a la libre determinación individual se ve vulnerado «cuando los padres, en base a su poder de representación legal (artículo 1.629.1 *BGB*), obligan financieramente a sus hijos menores de edad» (60).

Con fecha de 15 de diciembre de 1999 aparece una novedosa sentencia que resuelve el recurso de amparo planteado por Carolina de Mónaco contra las revistas *Freizeit Revue* y *Bunte* por la publicación de unas fotografías que la princesa entiende protegidas por su derecho a la intimidad y propia imagen (61). Los reporteros gráficos de las citadas publicaciones habían tomado unas instantáneas de la recurrente en diversas situaciones de su vida cotidiana. Así, se puede observar a Carolina de Mónaco en las distintas fotografías en su camino hacia el mercado, con su guardacspaldas en el mercado, y montando sola a caballo y en bicicleta. Asimismo se ve en otras ilustraciones de las revistas a Carolina con sus hijos paseando o hablando en la calle. En su fallo, el Tribunal Constitucional alemán parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que comprende el derecho a la intimidad y a la propia imagen, en conexión con el respeto a la dignidad del hombre, para a continuación proceder a argumentar el refuerzo que, según los párrafos 1 y 2 del artículo 6 LFB, merece el ámbito de protección de los citados derechos en el caso de los padres que están realizando una actividad familiar. El Constitucional admite que no ha fijado todavía el significado de la protección de la esfera privada para la relación entre padres e hijos, pero recuerda que sí ha reiterado en numerosas ocasiones el especial cuidado que requieren los niños hasta que puedan haberse desarrollado y madurado como personas libres y responsables. «Esta necesidad de protección es precisa, asimismo, de cara a los perjuicios que pueden derivar de los medios de comunicación y de sus usuarios. El desarrollo de la personalidad de los menores es más vulnerable que el de una persona adulta. Por este motivo, el ámbito en el que los niños puedan sentirse y desarrollarse libres de la presión de la información y control públicos debe estar más ampliamente y mejor protegido que el de los mayores» (62).

Así, el Constitucional confirma la sentencia del Tribunal Supremo en cuanto que autoriza la publicación de las fotografías de la princesa sola o con otras personas adultas, por entender que el carácter de personaje público de Carolina de Mónaco y el hecho de que se hayan tomado en lugares públicos hacen posible su divulgación.

(60) *BVerfGE* 72, 155 (170 y ss.).

(61) *BVerfG*, 1 BvR 653/96 de 15 de diciembre de 1999, párrafos 1 a 120, <http://www.bverfg.de/>.

(62) *BVerfG*, 1 BvR 653/96 de 15 de diciembre de 1999, párrafos 1 a 120, <http://www.bverfg.de/>, párrafo 82.

Sin embargo, el Alto Tribunal concede el amparo a la recurrente en lo relativo a las fotografías en las que aparece con sus hijos, menores de edad. De este modo, el Supremo deberá revisar su decisión en lo relativo a las instantáneas donde aparecen menores de edad, aplicando los criterios de especial protección que el Constitucional recoge en su sentencia. No obstante, este Tribunal señala expresamente que la reconsideración de la oportunidad de la publicación de cada una de las fotos de los niños corresponde al Supremo. Esta sentencia es fundamental en cuanto a partir de ella, se habrá de ser especialmente cauto con aquellas fotos de personajes públicos o famosos que muestren específicamente la relación con sus hijos.

III.e).2. *Jurisprudencia relacionada con las leyes de desarrollo*

El Tribunal Constitucional alemán ha manifestado algunas objeciones y reparos a la regulación del régimen de filiación. Supone una vulneración del derecho de personalidad general (artículo 2.1 en relación con el artículo 1.1 de la LFB) no sólo la modificación del estatuto jurídico familiar, sino también el impedir, sin permitir ningún resquicio a la excepción, la determinación judicial de la filiación. Algunos fragmentos significativos de la jurisprudencia sobre este tema son: «El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona proporcionan a cada individuo un ámbito autónomo e independiente de configuración de su vida privada, en el que cada cual puede desarrollar y salvaguardar su individualidad [véase *BVerfGE* 35, 202 (220)]. No obstante, no cabe olvidar que la plena toma de conciencia y el desarrollo de la individualidad están estrechamente ligados al hecho de conocer los factores constitutivos que la componen. Entre otros hay que señalar la filiación. El conocimiento de la procedencia biológica puede suponer un punto de partida básico y decisivo para un mejor entendimiento del contexto familiar y para el desarrollo de la propia personalidad. El derecho de personalidad incluye, por tanto, el derecho a la averiguación de la propia filiación» (63).

De todos modos hay que apuntar que tal derecho tiene unos límites, de forma que, por ejemplo, la sentencia que condena a una madre a enumerar los hombres con los que mantuvo relaciones sexuales en el período de la concepción de su hijo supone una intromisión en su esfera de intimidad, protegida por el artículo 2.1 en relación con el 1.1 LFB (64).

Mediante Acuerdo de 3 de noviembre de 1982 (*BVerfGE* 61, 358), el Tribunal Constitucional convino que la regulación del artículo 1671.4.1 *BGB*, según el cual la exclusión de la responsabilidad conjunta en caso de separación o divorcio de los padres, incluso en el caso de que éstos estén dispuestos y sea manifiesta su idoneidad en aras al bienestar de los hijos, vulnera el derecho de los padres reconocido en el

(63) *BVerfGE* 79, 256 [268] y *BVerfGE* 90, 263 [270, 271].

(64) Acuerdo de 6 de mayo de 1997, *NJW* 1997, 1769.

artículo 6.2.1 de la LFB. El fundamento argumentativo de esta sentencia es el hecho de que el citado precepto constitucional establece simultáneamente un derecho y una obligación fundamental. «Estando ambos padres, además, capacitados para educar a sus hijos y no concurriendo por lo demás motivos que indiquen la conveniencia de atribuir la custodia a uno solo de los progenitores, el Estado, en el ejercicio de su deber de tutela, no está tampoco legitimado para privar a uno de los padres del cuidado y educación de su hijo...»

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional federal de 7 de mayo de 1991 (*BVerfGE* 84, 168 = *FamRZ* 1991, 913), la posibilidad de tutela compartida debe también poder ser aplicable a los hijos nacidos fuera del matrimonio. «Vulnera el artículo 6.2 LFB el hecho de que el ejercicio conjunto de la custodia por el padre y la madre de un hijo no matrimonial ya reconocido, sea impedido por la ley, incluso dándose las condiciones de que los padres convivan con el hijo, ambos estén dispuestos y sean aptos para asumir la responsabilidad paterna de forma conjunta, y de que todo esto responda al bienestar del menor.» Los argumentos del Tribunal Constitucional en este sentido son el considerable aumento de casos en los cuales los progenitores de un hijo no matrimonial viven juntos y están dispuestos a asumir de forma conjunta la responsabilidad paterna y el hecho de que la exclusión sistemática de la tutela conjunta de los padres respecto a sus hijos no matrimoniales no supone en modo alguno un beneficio para éstos (65). Esta jurisprudencia se vio vigorizada por el Acuerdo de 7 de marzo de 1995 (*BVerfGE* 92, 158), por el que el Tribunal Constitucional federal propuso que se reconociera por regla general a los padres (hombres) de hijos no matrimoniales la titularidad del derecho de responsabilidad paterna constitucionalmente protegido.

Estas sentencias son opuestas al sentido de la jurisprudencia previa del mismo Tribunal Constitucional federal. En una Sentencia de 24 de marzo de 1981 sostenía todavía el Tribunal que quedaba dentro del ámbito de libre decisión del legislador que éste optara por atribuir la custodia del hijo menor de edad a la madre (artículo 1.705.1 *BGB*). «Esta regulación tendrá plena validez aun en el caso de que los progenitores de un hijo no matrimonial asuman los deberes relacionados con la protección y la educación del hijo conjuntamente y de que la madre desee compartir la custodia con el padre.»

Una parte importante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán relacionada con la problemática de los menores ha tratado de esclarecer y determinar con mayor precisión el sutilísimo vínculo triangular que se da en la relación entre los hijos, los padres y el Estado, recogida y trazada a nivel constitucional por los artículos 6.2 y 7 de la Ley Fundamental. En su Acuerdo de 21 de diciembre de 1977, el Tribunal Constitucional federal se confrontó, por ejemplo, con el conflicto entre los padres y el Estado surgido a raíz de la educación sexual en el colegio (66). A pe-

(65) *FamRZ* 1991, 913 (915, 916).

(66) *BVerfGE* 47, [46].

sar de que la educación sexual particular corresponde en primer lugar a la natural responsabilidad de los padres de educar a sus hijos, del artículo 6.2 LFB, se desprende que el Estado está, sin embargo, legitimado, en razón de su obligación de impartir formación y educación del artículo 7.1 LFB (67), a enseñar determinadas cuestiones acerca de la sexualidad en los colegios, deber que tiene que realizar sin incurrir en el adoctrinamiento de los jóvenes. Se reconoce a los padres, sin embargo, un derecho a que se les proporcione cumplida información sobre el contenido de la asignatura de educación sexual en el colegio.

Muy interesante resulta la Sentencia de 9 de febrero de 1992 que trata el juego de derechos y obligaciones entre los hijos, los padres y el Estado (68). Del artículo 6.2.1 LFB se deriva un derecho de los padres a la información sobre los acontecimientos y procedimientos que tienen lugar en la escuela. El sentido de tal decisión es posibilitar a los padres «la efectiva realización del derecho a la educación de sus hijos que con carácter preferente les reconoce la Constitución». Sin embargo, lo que debe prevalecer es el interés del niño, y el grado de madurez del menor que aumenta paulatinamente provoca una disminución progresiva, inevitable e imprescindible de los derechos y deberes de los padres.

Acerca de la relación entre los colegios y el Estado se ha pronunciado recientemente el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal. A partir del artículo 2.1 LFB se deriva que el alumno de forma individual puede impugnar una medida injustificada de la Administración escolar que considere inconveniente para él, siempre que no se encuentre la regulación en cuestión dentro del ámbito de protección del artículo 12.1 LFB, que recoge, entre otros derechos, la libertad de creación de centros docentes (69). Esto explica que se admitiese a trámite la demanda de un alumno contra la obligatoriedad de asistir a la clase de ética en su centro escolar. No obstante, la acción no prosperó, ya que en razón del artículo 7.1 LFB sí puede ser exigible la participación en la clase de ética para los alumnos que no tomen parte en la asignatura de religión. El artículo 7.1 LFB contiene precisamente «un amplio imperativo que impone la formación y educación».

En su Acuerdo de 10 de noviembre de 1998 (70), el Tribunal Constitucional Federal, a raíz de una sentencia sobre la consideración a efectos fiscales de los costes de mantenimiento de los hijos y acerca de la garantía de un importe libre de impuestos, ha interpretado el artículo 6.2 de la Ley Fundamental, intentado determinar el contenido de dicha obligación paternal. Según la opinión del Tribunal Constitucional, los padres deben proporcionar a sus hijos tanto prestaciones materiales para cubrir sus necesidades económicas, como también prestaciones de cuidado y educación, porque el niño requiere apoyo, orientación y que se le proporcionen expe-

(67) Artículo 7.1 de la LFB: «Todo el sistema escolar estará bajo la vigilancia del Estado.»

(68) *BVerfGE* 59, [360].

(69) *NVwZ* 1999, 769 (773).

(70) *NJW* 1999, 557.

riencias prácticas y culturales. Estamos, pues, ante una responsabilidad paternal extremadamente amplia.

III.f) *La doctrina*

Los autores alemanes no se han ocupado extensamente del tema de los menores de edad desde el punto de vista de la protección constitucional. Aun así encontramos aportaciones de interés para el ordenamiento español.

III.f).1. *Opiniones doctrinales en torno a los artículos relacionados con los menores de la Ley Fundamental de Bonn*

Según Gernert, no cabe duda alguna de que el artículo 6 de la Ley Fundamental está claramente orientado al bienestar del menor. Esta afirmación debe interpretarse en dos sentidos: por un lado, es preciso impedir las intromisiones negativas en el proceso de desarrollo y evolución del menor. Por otra parte, deben fomentarse las condiciones positivas para contribuir a una educación y formación adecuada de los niños (71). Münnig deriva la obligación del Estado frente a los menores de su deber de tutela contenido en el artículo 6.2 LFB, en relación con el principio del Estado social de Derecho garantizado por el artículo 20 de la LFB. «El ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania establece así el deber del Estado de proporcionar al niño la protección y asistencia necesarias para su bienestar» (72). Este autor apunta a que cabría recoger expresamente en la Ley Fundamental las conclusiones extraídas a partir de la interpretación del texto constitucional, sin, ello no obstante, decantarse a favor o en contra de dicha posibilidad. En todo caso, opina Münnig que debería destacarse expresamente la primacía del principio del bienestar del menor.

En un artículo del año 1993, Herdegen comenta la exigencia por parte de algunas voces de que se recojan derechos particulares del menor en la Constitución (73). El objetivo de estas propuestas es tanto lograr una especial garantía de evolución y desarrollo, como asimismo fomentar unas especiales condiciones de vida adecuadas y justas para los niños. En concreto se ha propuesto incorporar los siguientes principios a la Constitución: el respeto a la dignidad del niño, las especiales obligaciones de cuidado y protección del mismo, una serie de garantías de su desarrollo y evolución, los deberes de prestación del Estado en este ámbito, la prohibición de discriminación en contra de los niños, así como el respeto a la personalidad del menor y su

(71) GERNERT, W.: pág. 5.

(72) MÜNNIG, M.: pág. 237.

(73) HERDEGEN, M.: págs. 374 y ss.

creciente autonomía dentro del marco del derecho de los padres a la educación de sus hijos. En opinión del autor, únicamente sería conveniente recoger esta última propuesta, puesto que ya ha sido formulada en disposiciones legales y, por tanto, se estaría aplicando la función de integración de la Constitución.

Heinhold ha resaltado que la clave no está tanto en la reforma de la Constitución como en una interpretación acorde a la evolución social (74). «Según la mentalidad actual, el aspecto principal del artículo 6.2 LFB para un niño de dos años no reside en el derecho a contraer matrimonio, sino, por ejemplo, en ofrecerle garantías efectivas de la debida protección familiar o de su derecho a la educación.»

III.f).2. *Opiniones doctrinales sobre el Derecho ordinario de menores*

El *Bundestag* alemán (Cámara Baja alemana) ha justificado la necesidad de reforma del régimen jurídico de menores a través de los siguientes argumentos: las decisivas transformaciones sociales, las presiones recibidas de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional Federal, la influencia de la reunificación alemana y, por último, la Convención sobre los Derechos del Niño.

La más reciente reforma del Derecho de menores ha sido favorablemente acogida por la doctrina, puesto que el legislador se ha abierto en ella a la transformación social del modelo tradicional de la familia y a las modernas concepciones de la sociedad. Gressmann ha expresado su opinión de que esta reforma está en consonancia con la realidad social (75).

En relación a las instituciones de garantía de los derechos de los menores existentes, Jeand'Heur afirma en una extensa obra dedicada al estudio de la protección constitucional del menor en Alemania que la toma de conciencia respecto a la trascendencia de los específicos intereses de los menores se ha consolidado a lo largo de los últimos años (76). Así, el Defensor del Menor no debería simplemente realizar una función simbólica para tranquilizar y contentar a la opinión pública, aunque lo realista sea no esperar tampoco milagros del mismo. Este autor juzga positivo contar con un Representante del Menor o una Comisión del Menor en el *Bundestag* alemán, aunque remarca que los factores determinantes en cuanto a su efectividad y eficacia serán las competencias de actuación que les atribuya la ley, las potestades y los límites de cada una de las instituciones. Esta afirmación debe ponerse en conexión con un aspecto decisivo: «cuanto más detalladamente queden descritas, con carácter vinculante, las instituciones en los textos jurídicos y legales, tanto antes podremos confiar en la afirmación de que la preocupación por el bienestar de los menores no es un simple pasatiempo (parlamentario), sino que constituye un criterio decisivo que constantemente se tiene presente (...)». No se contenta, pues,

(74) HEINHOLD, H.: pág. 289.

(75) GRESSMANN, M.: pág. 1.

(76) JEAND'HEUR, B.: págs. 249, 250.

Jeand'Heur con las meras declaraciones de principios: la efectividad y las garantías son imprescindibles para una protección real de los niños.

III.f).3. *Opiniones de la doctrina en relación al Derecho internacional de menores*

En el plano internacional hemos descrito la Convención de los Derechos del Niño de 1989 como el más importante Convenio en la protección de los menores. No hay discrepancias respecto a los aspectos positivos y negativos de este Tratado. Como puntos más débiles se han señalado los deficientes mecanismos de ejecución de las disposiciones de la Convención, resaltando, en especial, la carencia de una acción individual, la imprecisión en los términos de redacción de numerosos artículos, así como las divergencias que introduce respecto a otros Pactos internacionales de derechos humanos (77). Tomuschat calificó recientemente la Convención como el Tratado con el mayor número de ratificaciones y el menor grado de efectividad (78). En el saldo positivo, Wolf, Hammarberg y Cohen subrayan la dimensión emancipadora de la CDN, que contribuye a que se considere al menor como un ser independiente y no como objeto de propiedad de sus padres (79). Además, la CDN viene, en todo caso, a proporcionar apoyo y empuje al trabajo de las organizaciones no gubernamentales y de las organizaciones de apoyo de Naciones Unidas.

Dorsch subraya el escaso nivel de protección que ofrece la Convención frente a los dos Pactos Internacionales de derechos de 1966: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, valorando, en cambio, muy positivamente el carácter de compromiso adoptado frente al tradicional conflicto norte-sur. Como ejemplo de este esfuerzo sirva la novedad que supone la introducción del derecho a la salud con vistas a la abolición de usos y costumbres perjudiciales, a la par que se reconoce en una frase del Preámbulo de la Convención la trascendencia que puede representar el conservar las tradiciones de un pueblo para el bienestar del niño (80).

La ratificación de la República Federal de Alemania y la Declaración que se le añade han originado una fuerte discusión doctrinal, por cuanto son decisivas para la vigencia de la CDN en el Derecho interno. Stöcker defiende la postura de que la Convención del Niño queda excluida de la aplicación en el Derecho interno, al ser un instrumento que únicamente valida las obligaciones entre Estados en el plano internacional. Este autor se expresa en términos contundentes: «La pregunta acerca de los efectos de la Convención en el ordenamiento jurídico interno (...) tiene una respuesta sencilla: no hay ningún efecto» (81). Siguiendo a Stöcker, los efectos direc-

(77) DORSCH, G., pág. 298.

(78) *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20 de noviembre de 1999, pág. 11.

(79) Citados en DORSCH, G.: pág. 298.

(80) DORSCH, G.: págs. 303, 304.

(81) STÖCKER, H. A.: pág. 252.

tos de la Convención en cuanto a la participación alemana se limitan a la preceptiva elaboración de informes, prevista en los artículos 43 y siguientes.

Los autores que adoptan una actitud crítica respecto a la Declaración afirman que la reserva que se formula es incompatible con el sentido y el propósito de la Convención (82). El artículo 51.2 de la CDN prevé expresamente la posibilidad de formular reservas al texto de la Convención, siempre que no contradigan el sentido y propósito del Convenio. Por ese motivo consideran la reserva admisible, pero nula (83). En esta línea sostiene Ullmann que el Gobierno federal no posee legitimidad alguna para, mediante la formulación de una reserva a un Tratado de la ONU, ignorar en parte el orden constitucional, ya que se obstaculiza así la vinculación de los jueces a determinadas formas de leyes y, de este modo, impide parcialmente la plena vigencia del principio de división de poderes.

Tomuschat ha señalado que la Declaración de la República Federal se ha construido sobre un error conceptual básico (84). No estaríamos ante reserva alguna, ya que «mediante la interposición de una reserva se trata de matizar la vinculación material de un Tratado internacional en el sentido de una — únicamente posible — limitación. La Declaración, sin embargo, no impide ni siquiera mínimamente el alcance material de la Convención del Niño ni de sus efectos (...) Incluso en el caso de que la Declaración emitida por el Gobierno Federal tuviese como objetivo evitar la ejecución directa de las disposiciones de la Convención como normas de efecto directo para el ciudadano, tampoco entonces quedarían alteradas en modo alguno ni la forma ni la trascendencia de las obligaciones internacionales asumidas.» Según Tomuschat, la CDN pertenece al ordenamiento jurídico vigente en la República Federal, ya que la Ley de Aprobación no presenta ningún tipo de especialidad respecto a cualquier otra ley de aprobación de un tratado internacional y el legislador no incluye ningún elemento que la diferencie de otras anteriores. «Desde el año 1955, la fórmula de aprobación de un Tratado internacional posee el significado totalmente inequívoco de que el contenido del Tratado debe ser integrado en el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania.» Tan sólo hay, pues, siguiendo a Tomuschat, un criterio para la aplicación directa de los artículos de la Convención: la claridad y la precisión de los términos.

En 1995, cuando tiene lugar la primera toma de posición del Comité de Derechos del Niño sobre el preceptivo primer Informe de la República Federal, se ponen de manifiesto algunos déficits del Derecho de menores alemán (85). Por ejemplo, se critican las reservas formuladas por el Estado alemán a la CDN. Destaca, asimismo, el Comité que no existe ningún mecanismo de coordinación y control de aplicación de la Convención en los niveles del Estado, de los *Länder* y de los municipios. Finalmente, se lamenta de que no se haya informado suficientemente

(82) ULLMANN, C.: págs. 898 y ss., y WOLF, J.: págs. 374 y ss.

(83) HERDEGEN, M.: pág. 380.

(84) TOMUSCHAT, C.: pág. 1153.

(85) UN Distr. GENERAL CRC/C/48, 12 December, 1995, 4.

a los ciudadanos sobre la existencia y contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entre las propuestas y recomendaciones que el Comité sugiere a Alemania sobresalen, entre otras, las siguientes: incluir el texto del Tratado en la Ley Fundamental, retirar las reservas formuladas, procurar una relación de trabajo más estrecha y un mayor diálogo con organizaciones no gubernamentales y asociaciones de derechos de los niños, la difusión de información sobre dichos derechos con vistas a lograr la concienciación de los ciudadanos sobre el tema, la reforma del régimen jurídico y del Derecho penal de menores, así como la introducción de modificaciones legislativas y de otras medidas para la completa realización y efectividad de la Convención.

III.g) *Resumen y consideraciones críticas*

Tras la aproximación aquí expuesta, hemos constatado que la preocupación por el bienestar del menor está efectivamente presente en el ordenamiento jurídico alemán. A pesar de que a nivel constitucional únicamente encontramos una mención expresa a la especial necesidad de cuidado de los niños en el artículo 6.2 de la Ley Fundamental, los derechos fundamentales son lo suficientemente amplios, detallados y universales como para garantizar una particular protección de los más débiles, entre éstos, los menores de edad. Un papel clave desempeña en este sentido la posición central de la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículos 1.1 y 2.1 LFB, respectivamente). El artículo 6.2 de la Ley Fundamental atribuye la responsabilidad del especial cuidado a los padres y, a través de su deber de control, al Estado. Precisamente en esta línea debe incidir el Estado social de Derecho, que no puede darse por satisfecho con la simple enumeración de los derechos, sino actuar con todo el vigor posible a favor de la plena realización de la Constitución. La efectiva consecución del bienestar del menor, que efectivamente cuenta con una base constitucional, requiere determinadas medidas y atenciones.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha venido a apoyar este planteamiento, poniendo, además, de manifiesto las disposiciones constitucionales que fundamentan la protección de los menores, realizando de este modo una significativa aportación a la última reforma en esta materia. La equiparación de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, el derecho al conocimiento de la propia filiación o el derecho al acceso a la mayoría de edad libre de deudas son claros ejemplos de cómo sobre la base de la Constitución puede profundizarse y reforzar los derechos fundamentales y la democracia.

El nivel de protección constitucional consolidado hasta ahora en Alemania para los menores de edad es, por tanto, significativo y está en consonancia con el existente en cualquier otro Estado social, democrático y de Derecho. A pesar de que otras democracias más jóvenes, como es el caso de España, Portugal o Polonia, que muestran una influencia importante del modelo alemán en sus Constituciones, han ido

más allá de la regulación de la Ley Fundamental mediante la incorporación de derechos específicos y detallados de protección del menor, pensamos que la reforma del ordenamiento en la República Federal no es imprescindible, ya que se cuenta con una base constitucional suficiente, no tanto por las disposiciones expresas como por los principios y derechos universales de respeto a la persona que comprende.

De todos modos, sí sería conveniente continuar profundizando en la protección de los menores en determinados aspectos. Por ejemplo, la atribución automática de la responsabilidad compartida a los padres no se ha logrado todavía en todos los casos para los hijos no matrimoniales. Por otro lado, recordamos que existe una red de instituciones encargadas de reforzar y fomentar los derechos de los niños, así como su bienestar, no siendo, sin embargo, sus competencias, sus medios, ni el conocimiento de estos órganos por el público en general suficientes para realizar de modo satisfactorio sus funciones. En este ámbito existe aún un campo importante para introducir modificaciones y mejoras.

Los aspectos más deficitarios del Derecho alemán de menores se ponen de manifiesto especialmente al confrontarlos con los textos internacionales. Las discordancias y contradicciones entre la Convención sobre los Derechos de los Niños y el Derecho nacional deberían ser resultas de una vez por todas. Nosotros consideramos singularmente importante, debido a la sangrante actualidad y al gran número de personas a quienes afecta el tema, regular con todas las garantías el derecho a la enseñanza y el derecho al trabajo de los hijos, niños y adolescentes, de los refugiados (86). En este sentido, es importante recordar la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo americano que declaró inconstitucional una ley que privaba a los hijos de inmigrantes ilegales mejicanos del derecho a asistir a la escuela. El Tribunal arguyó que esta ley comportaba el peligro de que estos niños como analfabetos no tuvieran posibilidad alguna de integrarse y participar en la sociedad americana (87).

Particularmente favorecedor de la imprescindible y constante evolución del proceso democrático es el necesario esfuerzo por tomar en consideración la opinión del niño en la mayor parte posible de asuntos que le conciernan, así como involucrar a los menores en los procesos de decisión políticos pertinentes. En estrecha conexión con esto destaca también la debida calidad de una enseñanza de y en los valores del Estado social y democrático de Derecho. Por otra parte, sería conveniente recoger en la legislación el principio de una educación que excluya cualquier tipo de violencia (88).

A modo de conclusión podemos realizar la siguiente afirmación: a pesar de que en el Derecho alemán concurren ya las condiciones constitucionales para ello, es posible y recomendable profundizar en el nivel actual de protección de los menores, ya que es inherente al núcleo mismo de la democracia, el desarrollar y me-

(86) DOHMES-OCKENFELS, D.: pág. 116.

(87) Plyler vs. Doe, Sentencia de 15.6.1982, 457 US 202, 223.

(88) HUMMEL, K.: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*.

jorar paulatinamente el necesario nivel de bienestar de los niños en el Estado constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

a) *Bibliografía sobre la cuestión de la madurez a efectos del ejercicio de los derechos fundamentales*

- FEHNEMANN, U.: *Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter*, Duncker und Humblot, Berlin, 1983.
- HERDEGEN, M.: «Die Aufnahme besonderer Rechte des Kindes in die Verfassung», en *FamRZ* 1993, pág. 374.
- PIEROTH, B.-SCHLINK, B.: *Grundrechte - Staatsrecht II*, 15.^a ed., 1999, Heidelberg: Müller Verlag.
- STERN, K.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, tomo III/1, *Allgemeine Lehren der Grundrechte*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988.
- MUTIUS, A. V.: «Grundrechtsmündigkeit», en *Jura*, 1987, pág. 272.

b) *Bibliografía sobre la protección constitucional de los menores de edad*

- DOHMES-OCKENFELS, D.: *Die Rechte auf Arbeit und Bildung der Asylbewerber in der Europäischen Union*, Duncker und Humblot, Berlin, 1999.
- DORSCH, G.: *Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes*, Duncker und Humblot, Berlin, 1994.
- GERNERT, W.: *Über die Rechte des Kindes*, Hammer, Stuttgart, München, 1992.
- GREBMAN, M.: *Neues Kindschaftsrecht*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld: Verlag, 1998.
- HEINHOLD, H.: «Pflichtenkollisionen bei der Vormundschaft in ausländerrechtlichen Angelegenheiten?», en *InfAuslR* 7-8/97, pág. 287.
- HERDEGEN, M.: «Die Aufnahme besonderer Rechte des Kindes in die Verfassung», en *FamRZ*, 1993, pág. 374.
- HUMMEL, K., «Trotz aller Erfolge geht es Millionen Kindern nach wie vor schlecht», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 20 de noviembre de 1999, pág. 11.
- JEAND'HEUR, B.: *Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG*, Duncker und Humblot, Berlin, 1993.
- KAHLWEIT, C.: «Kinderrechte unter Vorbehalt», en *Süddeutsche Zeitung*, 20 y 21 de noviembre de 1999, pág. 14.
- KOEPPEL, P. (editor): *Kindschaftsrecht und Völkerrecht im europäischen Kontext*, Neuwied; Kriftel, Berlin: Luchterhand, 1996.
- MÜHLENS, KIRCHMEIER, GREBMAN, KNITTEL: *Kindschaftsrecht, Kommentierende Darstellung der Familienrechtsreform*, 2.^a ed., Köln, Bundesanzeiger, 1998.
- MÜNNIG, M.: «Die Rechte der Kinder in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland», en GERNERT, W.: *Über die Rechte des Kindes*, Hammer, München, Stuttgart, 1992.

- STÖCKER, H. A., «Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht», en *FamRZ*, 1992, pág. 245.
- TOMUSCHAT, C., «Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen» en RULAND, F. (editor): *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats: Festschrift für Zacher*, Müller, Heidelberg, 1998, pág. 1142.
- ULLMANN, C., «Verfassungs- und völkerrechtliche Widersprüche bei der Ratifikation der UNO-Kinderrechtskonvention», en *FamRZ*, 1991, pág. 892.
- WOLF, J.: «Ratifizierung unter Vorbehalten: Einstieg oder Ausstieg der Bundesrepublik Deutschland aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes», en *ZRP*, 1991, pág. 374.