

DERECHO COMPARADO

El derecho de corrección a los hijos en el Código civil alemán (BGB)

The right of correction to children in the German Civil Code (BGB)

por

JOEL HARRY CLAVIJO SUNTURA
Profesor Ayudante Doctor
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El objetivo del presente trabajo consiste en analizar el derecho de corrección sobre los hijos previsto en el Código civil (BGB) alemán. En ese marco, el principal objeto de controversia se refleja en el alcance que conlleva el ejercicio de esta figura jurídica regulado en el art. 1631.2 del BGB. La estructura del trabajo comienza con una introducción sobre el tema. Luego, se explora del estado del arte normativo. Seguidamente, se estudia la figura jurídica de la patria potestad, así como su ejercicio y la representación del menor. Posteriormente, se analiza la regulación del derecho de corrección a los hijos en función del alcance que comprende la exclusión del uso de la violencia que contempla la exclusión de castigos físicos, castigos psicológicos y la exclusión de otras medidas degradantes. Se concluye el trabajo resaltando que las medidas degradantes prohíben no solo la aplicación de la violencia física y la violencia psicológica, sino el ejercicio de cualquier tipo de violencia en contra de los hijos. En ese sentido, el derecho de corrección figura propia del ejercicio de la patria potestad no se contrapone al derecho de corrección de los hijos, sino que el cuidado y educación de los hijos en función del interés superior del menor se configura como un derecho del niño. En cuanto a la metodología de trabajo, se recurre especialmente a los métodos analítico, interpretativo y comparativo.

ABSTRACT: The aim of this paper is to analyze the legal figure of the right of correction to children provided for in the German substantive norm (BGB). In this context, the main object of controversy is the scope of the exercise of this legal

concept in accordance with the regulation in the article 1631.2 of the German Civil Code. The structure of the paper begins with an introduction on the topic. Then, the state of the art of the normative is studied. Likewise, the legal concept of parental authority is analyzed as well as its exercise and the representation of the child. Subsequently, the regulation of the right of correction to children is studied according to the scope that includes the exclusion of the use of violence, which includes the exclusion of physical punishment, psychological punishment and the exclusion of other degrading measures. The paper concludes by highlighting that degrading measures prohibit not only the application of physical violence and psychological violence, but the exercise of any kind of violence against children. In this context, the right to correction is part of the exercise of parental authority and is not opposed to the right to correction of children, but rather the care and education of children in the best interest of the child is configured as a right of the child. As for the working methodology, the analytical, interpretative, and comparative methods are used in the development of the paper.

PALABRAS CLAVE: Código civil alemán, Derecho de corrección, hijos, medidas degradantes, patria potestad, violencia física, violencia psicológica.

KEYWORDS: Children, degrading measures, German Civil Code, parental authority, physical violence psychological violence, the right to correction.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTADO DEL ARTE NORMATIVO.—III. LA PATRIA POTESTAD. 1. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD. 2. LA REPRESENTACIÓN DEL NIÑO, SU FORMACIÓN Y ORIENTACIÓN PROFESIONAL.—IV. ANÁLISIS DEL ART. 1631.2 DEL BGB SOBRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN. 1. LA EXCLUSIÓN DE CASTIGOS FÍSICOS. 2. LA EXCLUSIÓN DE DAÑOS PSICOLÓGICOS. 3. LA EXCLUSIÓN DE OTRAS MEDIDAS DEGRADANTES. 4. UN BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN A LOS HIJOS EN ESPAÑA Y ALEMANIA.—V. CONCLUSIONES.—VI. JURISPRUDENCIA.—VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

La patria potestad denominada con el término elterliche Sorge en la norma sustantiva alemana —que se traduce literalmente como el cuidado parental—, se considera como una obligación y un derecho que los padres tienen sobre los hijos. En esa línea, el ejercicio de la patria potestad comprende el derecho de corrección, figura jurídica que el legislador alemán regula no desde la perspectiva

de los progenitores, sino desde la perspectiva de los hijos, sin que esto signifique un resquebrajamiento del ejercicio de la patria potestad.

El cambio de enfoque que adopta el legislador alemán ha generado un debate sobre el alcance que comprende el derecho de corrección previsto en el § (en adelante art.) 1631. 2 del Código civil alemán (en adelante BGB), aspecto que será motivo de análisis en el presente trabajo. En ese marco, se debe resaltar que la discusión doctrinal se centra en la interpretación del citado artículo que para una corriente doctrinal permite la posibilidad de recurrir a un castigo físico mínimo como medida correctiva (KNAUER, 2014). En cambio, otra corriente doctrinal no admite esa posibilidad ni siquiera como excepción (HEINRICH, 2011). Al respecto, resulta oportuno destacar que el objeto de discusión se extiende al alcance del término medidas degradantes.

En ese sentido, conviene puntualizar que si bien durante el desarrollo del trabajo como no podía ser de otra manera en el ámbito familiar se recurrirá al análisis del componente social, nos centraremos en analizar e interpretar el contenido del art. 1631. 2 del BGB sobre el derecho de corrección, con la finalidad de adoptar una postura en función de lo previsto en la actual regulación de la norma sustantiva alemana, luego del largo recorrido que implicó la mutación normativa sobre esta figura jurídica.

La estructura del trabajo comienza con una breve introducción sobre el tema. Luego se analiza el estado del arte en función de la evolución normativa. Seguidamente, se estudia la figura jurídica de la patria potestad que incluye el ejercicio de la patria potestad, así como la representación del niño, su formación y orientación profesional. Posteriormente, se analiza si la regulación del derecho de corrección permite o prohíbe el uso de la violencia (física y psicológica) en función del alcance del término medidas degradantes. Asimismo, se realiza un breve análisis comparativo sobre el derecho de corrección a los hijos en el ordenamiento jurídico español y alemán. En la última parte del trabajo, se incluyen una serie de conclusiones que se configuran en función de la reforma iniciada por el legislador alemán que concluye con la regulación actual sobre el derecho de corrección en el BGB.

II. EL ESTADO DEL ARTE NORMATIVO

El interés del menor en el ordenamiento jurídico alemán al amparo de lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, se convierte en el principio rector por el que también se rige el Derecho de familia en todo en cuanto tenga relación con los menores de edad y por ende la figura jurídica del derecho de corrección. No cabe duda de que el interés superior del menor se

convierte en el eje que direcciona la conducta de los demás con relación a los menores, aunque su concepción como concepto jurídico indeterminado no ayuda a concretar con meridiana exactitud su alcance en lo que respecta el derecho de corrección a los hijos menores de edad.

Al respecto, llama la atención que en función de la naturaleza semántica del término derecho de corrección de los padres (*elterliches Züchtigungsrecht*), que contempla la facultad que tiene un progenitor para ejercer el derecho de corrección sobre sobre los hijos, se priorice el interés superior del menor, que es como debe ser, pero que por su naturaleza más parece que se prioriza la potestad o facultad que tienen los padres en detrimento de los hijos menores de edad. En ese contexto, se afirma que en el derecho de corrección parental una persona tiene el derecho de corregir a otra, por lo tanto, el ejercicio del derecho de corrección se trata de un castigo doloroso, por ejemplo, mediante golpes (ZIRNGAST, 2015, 5).

El periodo de mutación normativa de la antigua tradición educativa se concreta en la Constitución alemana de 1949. En esa línea, el art. 1.1. establece que el respeto y la protección de la dignidad humana es obligación de toda autoridad estatal. No obstante, en el derecho sustantivo alemán la mutación normativa del derecho de corrección comienza con la Ley sobre la nueva regulación de los derechos de la autoridad parental de 8 de julio de 1979¹.

Hasta ese entonces el BGB alemán consideraba el derecho de corrección como una institución a favor de los padres, contenido que justificaba inclusive el uso de la fuerza, por lo que, la voluntad de los hijos y sus intereses quedaban en un segundo plano.

Por su parte, el art. 1631 de la Ley sobre la autoridad parental de 1979, establece que el cuidado personal de los hijos incluye especialmente el derecho y deber de cuidar, educar, supervisar y determinar su residencia. De igual forma, prevé que las medidas educativas degradantes son inadmisibles². Del contenido previsto en este artículo, se observa en sentido amplio que todavía se mantiene la naturaleza jurídica de la patria potestad como una función exclusiva de los padres. No obstante, el cambio radical de enfoque se observa en la segunda parte del artículo, por cuanto, si bien no prohíbe textualmente el uso de la violencia, establece la prohibición de ejercer medidas degradantes en el ámbito de la educación, término que como se analizará posteriormente se convierte en el núcleo central de discusión sobre el alcance de las medidas de corrección.

De lo anterior, resulta evidente que el proceso de evolución normativa de esta figura jurídica no es inmediato. Posteriormente, el año 1998 se evidencia otro cambio, con la promulgación de la Ley de reforma de protección del menor. En esa línea, el numeral 1 del art. 1666 concede a un tribunal familiar la facultad de intervenir en el supuesto de que se detecte maltrato físico o psicológico en el ejercicio de la patria potestad³.

A nuestro modo de ver, aunque el legislador alemán le concede facultad de intervenir a un tribunal de familia en caso de que se detecte maltrato físico o psicológico en contra del menor en el ejercicio de la patria potestad, la redacción del artículo no termina de ser convincente en cuanto a la prohibición del uso de la violencia. Se tiene la impresión de que se justifica el uso de la violencia como medida educativa, porque no se la prohíbe expresamente, sino que se le atribuye potestad al poder judicial para que mediante un tribunal con competencia en el ámbito familiar adopte medidas que eviten la situación de riesgo en la que se encuentra el menor.

Asimismo, la Ley de reforma de protección del menor de 1998 incluye en la regulación del numeral 2 del art. 1631, que es inadmisible la aplicación de medidas educativas degradantes, especialmente de tipo físico y maltrato psicológico⁴. Así pues, la indeterminación inicial de las medidas degradantes previstas por el legislador alemán 20 años atrás, se concretan en 2 tipos de medidas; por una parte, de carácter físico y, por otra parte, de carácter psicológico.

No obstante, bien se afirma que la modificación normativa establecida en el art. 1631 del BGB del año 1998, adoptada mediante la citada Ley de reforma de protección del menor no ayuda a establecer el límite del derecho de corrección de los padres, por cuanto, se sostiene que el objetivo de la reforma consistía en establecer que ni el maltrato físico ni el daño psíquico son recursos permitidos en la educación del menor, por tanto, el legislador no entra a valorar el alcance de este tipo de medidas (DE TORRES PEREA, 2006, 697).

Posteriormente, el 7 de noviembre de 2000 se publica la Ley sobre la prohibición de la violencia en la educación y la modificación sobre la manutención de los hijos⁵. En esa línea, el numeral 2 del art. 1631 del BGB, expresa que los niños tienen derecho a una educación sin violencia. Igualmente, se prohíben castigos físicos, daños psicológicos y otras medidas degradantes⁶. Al respecto, se debe resaltar que el legislador alemán complementa o mejora la redacción adoptada el año 1998. Es así, que prohíbe de forma expresa el ejercicio de la violencia en la educación.

Por último, la Ley sobre la reforma de la tutela y curatela de 04 de mayo de 2021, que entró en vigor el 1 de enero de 2023⁷, puntualiza en el numeral 2 del art. 1631 del BGB, que el niño tiene derecho al cuidado y educación sin violencia, ni castigos físicos, ni daños psicológicos o cualquier otra medida degradante⁸. En ese sentido, se debe resaltar que el legislador prepondera que el derecho al cuidado y educación debe ser ejercido sin ningún tipo de violencia.

De esta forma, se culmina todo un proceso que comienza el año 1979 y concluye el año 2023, aunque asumimos que el contenido normativo que comprende el derecho de corrección tiene todavía un margen de mejora, especialmente en lo que respecta el alcance del término “medidas degradantes”, que es motivo de

controversia a nivel doctrinal, en cuanto al hipotético daño que se le pueda causar al menor con la aplicación de este tipo de medidas.

Por último, conviene puntualizar que la fase de mutación normativa de esta figura jurídica se ha extendido por más de cuatro décadas, tiempo que a todas luces refleja que el legislador alemán ha sido cauteloso antes de concebir el derecho de corrección como un derecho en favor de los niños y determinar que el uso de la violencia en su ejercicio es inaceptable no solo de carácter físico y carácter psicológico, sino de cualquier otro tipo de violencia, como en el desarrollo del trabajo se podrá corroborar.

III. LA PATRIA POTESTAD

Sin duda, el derecho de corrección de los hijos se encuentra vinculado a la figura jurídica de la patria potestad, por lo que, no podemos obviar su contenido en el BGB alemán. En esa línea, se debe señalar que el art. 1626 contiene los principios por los cuales se regula la patria potestad, denominada también autoridad parental o traducida literalmente como custodia parental (*Elterliche Sorge*). En nuestro caso, vamos a utilizar indistintamente cualquiera de los tres términos sin entrar a debatir la naturaleza jurídica ni las diferencias en sentido estricto que conlleva cada uno de los términos.

Así pues, el numeral 1 del art. 1626 del BGB, establece que la patria potestad es una obligación y un derecho que tienen los progenitores sobre los hijos menores de edad. La autoridad parental comprende el cuidado de los hijos como persona (*Personensorge*), así como su patrimonio (*Vermögenssorge*)⁹. Al respecto, se debe puntualizar que la norma sustantiva alemana configura la autoridad parental; primero, como una obligación y consecuentemente como un derecho que comprende dos ámbitos; el cuidado personal del menor y su patrimonio, aunque debido a su edad, se asume que se prioriza el ámbito personal que se encuentra relacionado al derecho de corrección de los hijos.

Por su parte, el numeral 2 del art. 1626 del BGB, prevé que, en el cuidado y educación de los hijos, los progenitores deben tomar en cuenta de acuerdo con su desarrollo; su capacidad y necesidad para actuar de forma independiente y responsable. En esa línea, los padres deben conversar o debatir con el niño en cuanto sea posible de acuerdo con su etapa de desarrollo cuestiones relacionadas a la autoridad parental, con la finalidad de consensuar sobre su ejercicio¹⁰. No deja de llamar la atención el enfoque que le brinda el legislador a la figura de la autoridad parental por los siguientes motivos:

- Primero. Si bien se configura la patria potestad como una obligación y un derecho que tienen los padres, se establece que se debe tomar en cuenta

la capacidad de los hijos en función de su etapa de crecimiento, con la finalidad de fomentar su independencia de forma responsable. Es decir, aunque es menor de edad se propicia su autocontrol y autogestión en el cuidado de su persona de forma progresiva.

- Segundo. Si bien se configura la patria potestad como una obligación y un derecho en favor de los padres, el legislador alemán establece en función de la edad de los hijos, que en lugar de imponer u obligar se debe conversar, analizar y debatir sobre el contenido de las medidas que comprenden la autoridad parental, con la finalidad de consensuar su aplicación de forma conjunta y armonizada, aspecto que en el ámbito práctico no siempre es realizable.

En ambos casos, consideramos que en la autoridad parental el derecho de los padres se mantiene en abstracto, puesto que se prioriza ante todo que los padres tienen la obligación de fomentar la independencia responsable de los hijos y la obligación de conversar, debatir y consensuar con ellos el contenido de las funciones inherentes a la patria potestad. Esto significa que, de acuerdo con su edad los hijos tienden a construir un espacio propio, que sin duda se convierte en un hándicap al momento de adquirir de forma definitiva la capacidad de obrar, porque durante la minoría de edad han sido preparados por los progenitores de forma progresiva para ello. No obstante, resulta oportuno reconocer que no en todos los casos se puede consensuar con los hijos, o bien lograr que comprendan que determinadas decisiones no son por capricho de los progenitores, sino en interés de los hijos.

Los padres y los hijos e hijas no siempre están de acuerdo. Por ejemplo, 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 ellos, pero ¿Qué ocurre en la etapa de la adolescencia? los padres deben tratar de llegar a un entendimiento mutuo (SANDERS, 2023, 278). Sin embargo, todos los que tienen un hijo o una hija adolescente saben que es más fácil decirlo que hacerlo.

Asimismo, el numeral 3 del art. 1626 del BGB, establece que, en función de preponderar el interés del menor, por regla general el trato comprende a ambos progenitores. La misma regla se sigue en cuanto al trato con otras personas con quien el hijo menor de edad se encuentra relacionado, siempre y cuando el vínculo sea propicio y favorable para su crecimiento y desarrollo¹¹.

Sobre el tema, se debe resaltar que el legislador prioriza la relación del menor en criterios de igualdad con ambos progenitores, aspecto que no debe causarnos mayor sorpresa en la actualidad, a diferencia de lo que acontecía hasta las reformas implementadas por el legislador alemán en el BGB del año 1998, que no admitía la posibilidad de asumir el cuidado conjunto del niño a sola voluntad o deseo de la madre (LAMBRECHT y BOSSE, 2013, 9)

No obstante, en cuanto al trato con terceras personas el legislador recurre a una aproximación general sin especificar si estas personas forman parte de la estructura familiar *in extenso* o se refiere a terceras personas ajena al ámbito familiar. La figura de los tutores se convierte en una alternativa que se ajusta a esta redacción, que de una interpretación amplia se entiende que deben ser dos personas. De otro modo, no se entendería que el legislador regule una igualdad de trato con terceras personas equivalente a la relación con ambos progenitores. De una u otra forma, hubiera sido conveniente que el legislador sea más concreto en cuanto al vínculo del menor con otras personas que no sean sus progenitores.

En la regulación del art. 1626 del BGB, se toma como premisa que los padres se encuentran vinculados por la figura del matrimonio, o bien por la unión de hecho, motivo por el cual, en el art. 1626a del BGB, se regula la patria potestad para los padres que no se encuentran casados, así como las declaraciones sobre la custodia (*Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern; Sorgeerklärungen*). Al respecto, llama la atención el término declaraciones sobre la custodia (*Sorgeerklärungen*), que se entiende como la voluntad que manifiestan los padres para ejercer la custodia de los hijos como parte del ejercicio de la patria potestad.

Por su parte, en el contenido del citado art. 1626a del BGB, se establece que, si los padres al momento del nacimiento del niño no se encuentran casados, tienen derecho a la patria potestad siempre que contraigan matrimonio entre ellos, o bien si ambos expresan que quieren asumir el cuidado de forma conjunta. En ambos casos, siempre y cuando el tribunal de familia les conceda la patria potestad conjunta. A su vez, el tribunal de familia a solicitud de uno de los progenitores puede concederles la patria potestad conjunta o parte de ella, siempre que no atente contra el interés del menor. En todo caso, si el otro progenitor no presenta ninguna observación que impida la concesión de la patria potestad compartida o si los motivos observados no son significativos se presume que no son contrarios al interés del menor. Por lo demás, la madre tiene la patria potestad¹².

Sobre el tema, se debe resaltar que el legislador alemán si bien regula la concesión de la patria potestad conjunta en los supuestos en los cuales los progenitores no se encuentren casados, les brinda la posibilidad de acceder al sistema conjunto si contraen matrimonio. De esta forma, se refuerza la idea de que el matrimonio es la principal figura jurídica para acceder a la patria potestad conjunta. Asimismo, se resalta que para beneficiarse de la concesión conjunta de la patria potestad debe existir predisposición por parte de los progenitores. En ese sentido, de forma apropiada se cuestiona hasta qué punto es necesario o sensato imponer la corresponsabilidad de la patria potestad a un padre que no se encuentra dispuesto a asumirla (KEUTER, 2012, 171). Sin duda, resulta contraproducente obligar a un padre a asumir la responsabilidad que conlleva el

cuidado de sus hijos, aunque parezca raro decirlo, no se puede obligar a un padre a querer a un hijo.

1. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

En cuanto al ejercicio de la patria potestad o cuidado parental (*Ausübung der elterlichen Sorge*) en la normativa sustantiva alemana debemos referirnos al art. 1627 del BGB, que establece que los padres deben ejercer la patria potestad bajo su propia responsabilidad y de mutuo acuerdo en función del interés superior del menor. En el supuesto de que no exista uniformidad de criterio, los padres deben tratar de llegar a un acuerdo¹³.

De la redacción de este artículo debemos resaltar que el legislador alemán adopta como sistema único el ejercicio compartido de la patria potestad. No obstante, observamos que la solución que nos brinda el legislador en caso de desacuerdo es muy superficial, porque es muy probable que los progenitores no tengan una visión única con relación a todo el conjunto de funciones que comprende el ejercicio de la patria potestad.

En ese sentido, se observa que no se faciliten de común acuerdo entre los padres sistemas alternativos de ejercicio de la patria potestad como el ejercicio total a cargo de uno de los progenitores o en su defecto el ejercicio parcial, con la finalidad de descongestionar las eventuales discrepancias entre los progenitores.

Asimismo, en el caso de Alemania el factor multicultural de su población en determinados supuestos repercute en las estructuras familiares transnacionales, que se refleja en una falta de sintonía y coordinación entre los padres, por lo que, a todas luces es improbable mantener el ejercicio compartido de la patria potestad. Motivo por el cual, la adopción de al menos un sistema dual optimizaría el ejercicio de la autoridad parental.

No obstante, en el supuesto de que los progenitores no puedan consensuar sobre el ejercicio de la patria potestad, el legislador en el art. 1628 del BGB prevé que se debe recurrir a la determinación judicial (*Gerichtliche Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern*). En ese marco, si los padres no pueden consensuar sobre un asunto individual o sobre un tipo específico de asunto relacionado a la patria potestad, cuya resolución es de importancia para el niño, se establece que el tribunal de familia a solicitud de uno de los progenitores puede transferir la decisión a uno de ellos. Sin embargo, la transferencia de la decisión solicitada por uno de los padres y determinada por el Juez puede estar sujeta a restricciones o condiciones.¹⁴ Al respecto, bien se puntualiza que, en todo caso al momento de determinar una resolución judicial de este tipo, se debe examinar

si responde al interés superior del menor (HOFFMANN, MEYSEN y OXYGEN, 2021, 52).

De una aproximación integral sobre el contenido de este artículo, se determina que previa solicitud de uno de los progenitores, un tribunal de familia puede determinar el ejercicio parcial de la patria potestad en favor uno de ellos, siempre que sea favorable para el interés del menor. Sin embargo, en sede matrimonial la función o funciones que hipotéticamente se trasladarán a uno de los progenitores resulta un tanto complicado de entender, concretamente nos referimos al alcance de los términos; asunto individual o un solo asunto (*eine einzelne Angelegenheit*) y tipo específico de asunto (*eine bestimmte Art von Angelegenheiten*) relacionando a la patria potestad (*elterliche Sorge*).

Desde nuestro punto de vista, asumimos que un asunto individual o un solo asunto se refiere a una función concreta de la patria potestad, por ejemplo, la educación de los hijos. En cambio, un tipo específico de asunto se refiere a un acto concreto de una función de la patria potestad, por ejemplo, la elección del centro educativo.

Otro aspecto que merece ser comentado con relación al contenido del art. 1628 del BGB, son las restricciones o condiciones que se aplican en sede judicial al ejercicio parcial de la patria potestad por parte de uno de los progenitores. Esto, si bien no admite dudas que debe ser determinado por el tribunal de familia que conoce la causa, a nuestro modo de ver, admite dos posibles enfoques:

-Primero. Las restricciones o condiciones respectivamente son decididas en función de los antecedentes del caso por el tribunal de familia que conoce la causa, se caracterizan por ser de carácter temporal. Por ejemplo, se decide que el niño asista a un centro educativo con una determinada inclinación religiosa hasta los 12 años, luego de esa fecha se oirá al niño y a los padres para analizar si se mantiene la medida adoptada.

-Segundo. Las restricciones o condiciones son solicitadas de forma exclusiva por el progenitor que pretende ceder el ejercicio parcial de la patria potestad en favor del otro progenitor, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones también de carácter temporal. Por ejemplo, uno de los progenitores por motivos laborales debe cambiar de residencia durante cierto tiempo, motivo por el cual, solicita que el ejercicio parcial de la patria potestad sea asumido por el otro progenitor mientras dure su ausencia.

Además de ello, en el ámbito jurisprudencial existen resoluciones que prohíben el ejercicio de la patria potestad en función de lo previsto en el art. 1628 del BGB, debido a circunstancias concretas. Por ejemplo, se prohíbe el viaje de un menor con uno de los padres debido al riesgo de contagio en el avión durante el tiempo de la pandemia del coronavirus, determinación judicial asumida, luego de que uno de los padres no estaba de acuerdo con el viaje previsto al exterior

del país. Se fundamenta esta resolución debido al riesgo de contagio en el avión, puesto que, los pasajeros están expuestos a contagiarse si otros pasajeros son portadores del virus. Igualmente, en caso de contagio en el viaje, se resalta que la atención médica en otros países fuera de Alemania no tiene la calidad requerida para tratar este tipo de enfermedades¹⁵.

Otra resolución relacionada al art. 1628 del BGB, rechaza la solicitud realizada por el padre para cambiar el nombre de nacimiento del hijo en su país de origen. La resolución se fundamenta en que no es relevante ni significativo para el interés superior del menor si los padres acordaron antes del nacimiento el apellido del hijo, más aún si en el Registro Civil de Alemania ya consta inscrito de forma definitiva el nombre del hijo menor de edad¹⁶.

A nuestro modo de ver, el art. 1628 del BGB ante todo se encuentra previsto para los padres que no viven juntos o para las familias que se desestructuran de forma definitiva. Por cuanto, una vez que se separan o se divorcian las divergencias de criterio entre los progenitores adquieren mayor relevancia no solo entre ellos, sino que se extienden a los hijos hasta tanto no alcancen la mayoría de edad.

En ese marco, en el ámbito jurisprudencial se relaciona también con el art. 1628 del BGB, la administración en efectivo de la pensión alimenticia por parte de uno de los progenitores, en los supuestos de custodia compartida de los hijos. Es decir, que la pensión alimenticia se considera como parte del cuidado personal del hijo. En ese sentido, uno de los progenitores solicita la transferencia del poder de decisión sobre este tema, con la finalidad de poder administrar los recursos asignados en concepto de pensión alimenticia¹⁷.

Al respecto, también en el ámbito jurisprudencial se aclara que, en los supuestos de ejercicio de la patria potestad en función de la aplicación de la custodia compartida de los hijos, uno de los progenitores se encuentra facultado para representar al hijo en las reclamaciones de alimentos en contra del otro progenitor, siempre y cuando el hijo se encuentre a su cargo durante el ejercicio de la custodia compartida¹⁸.

En cuanto a la educación de los hijos, igualmente, en virtud del art. 1628 del BGB se puede solicitar la transferencia del poder de decisión exclusivo sobre la elección del centro de enseñanza secundaria al que debe asistir el hijo. En ese sentido, se señala que la transferencia del poder de decisión exclusivo sobre el centro de enseñanza secundaria al que debe asistir el menor, tomando en cuenta el futuro lugar de residencia y el modelo de cuidado adoptado por los padres, tiende a generar un conflicto entre las partes. No obstante, al momento de decidir el centro escolar, la autoridad judicial afirma que se debe tomar en cuenta el efecto de la elección en el entorno social del niño¹⁹.

A nuestro modo de ver, el fallo judicial descongestiona el atasco entre las partes concediéndole el ejercicio unilateral de la patria potestad en cuanto a la elección del centro educativo a uno de los progenitores, con la condición de que se priorice el entorno social del menor, que no es más que recordar que se debe priorizar el interés superior del menor.

2. LA REPRESENTACIÓN DEL NIÑO, SU FORMACIÓN Y ORIENTACIÓN PROFESIONAL

Otro aspecto que conviene resaltar como parte del ejercicio de la patria potestad es la representación del niño (*Vertretung des Kindes*), previsto en el art. 1629 del BGB alemán. Al respecto, el numeral 1 del citado artículo establece que los padres representan al niño de forma conjunta²⁰. No obstante, solo uno de los progenitores puede representar al niño en tanto le corresponda el ejercicio total de la patria potestad, lo mismo ocurre, si por determinación judicial de conformidad al art. 1628 del BGB se le ha concedido la facultad de decidir sobre un determinado asunto relacionado a la patria potestad. Además, en caso de peligro inminente, cada progenitor tiene derecho a realizar los actos jurídicos que considere necesarios en interés del menor, pero el otro progenitor debe ser informado inmediatamente sobre la decisión asumida.

Por su parte, el numeral 3 del art. 1629 del BGB alemán, prevé que, si los padres están casados o han constituido una unión de hecho, dado el caso uno de ellos puede reclamar la pensión alimenticia del menor en contra del otro progenitor siempre y cuando los progenitores se encuentren separados²¹. Esto significa que, la condición *sine qua non* para solicitar a título de representación de los hijos la pensión alimenticia es que vivan separados.

Por último, el art. 1629 del BGB alemán concluye regulando que la resolución judicial que obtenga uno de los progenitores, o bien el acuerdo concertado en sede judicial entre los progenitores surte efecto a favor y en contra del niño. Lo lógico es que generalmente todo lo relacionado al menor se asume que se determina en beneficio del menor, por lo que, debería ser siempre a favor del menor. No obstante, se pueden tomar decisiones supuestamente en contra del menor precisamente para proteger su interés en caso de peligro. Por ejemplo, en el supuesto de que se le detecte al menor un problema de salud físico se le prohíbe asistir a todo tipo de actividades deportivas hasta tanto se recupere.

Por otra parte, en lo que respecta la formación y profesión (*Ausbildung und Beruf*) de los hijos, el art. 1631 a) del BGB alemán, establece que los padres tienen que tomar en cuenta especialmente la aptitud e inclinación del niño. En el caso de que exista alguna duda se debe recurrir al consejo de un profesor o de una persona apropiada²². De esta forma, se pretende encaminar al menor a estudiar

según sus destrezas y no según lo que los padres consideren más conveniente, es más en caso de que el hijo menor de edad tenga dudas sobre la formación a seguir, se recomienda acudir al consejo de una tercera persona que puede ser un profesor del centro educativo o una persona del entorno familiar, o bien una tercera persona de referencia, con la finalidad de ayudar al menor a encontrar la profesión que más se adecua a sus aptitudes.

Sin embargo, en función de la minoría de edad, los progenitores en cuanto a la orientación profesional de los hijos tienen potestad para influir en su decisión de acuerdo con lo previsto en el art. 2 del BGB, únicamente hasta que adquieren la mayoría de edad a los 18 años (*Eintritt der Volljährigkeit*)²³. En ese sentido, a partir de esta edad adquieren la capacidad de obrar plena que les faculta a tomar decisiones con total autonomía. En ese marco, conviene recordar que el numeral 2 del art. 1626 del BGB, establece que se debe fomentar su autonomía de forma responsable, en virtud de ello, consideramos que los hijos —por lo general— asumen sin complicaciones la transición de la minoría a la mayoría de edad.

IV. ANÁLISIS DEL ART. 1631.2 DEL BGB SOBRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN

Una vez analizado el proceso recorrido sobre los cambios implementados en la norma sustantiva alemana con relación al derecho de corrección a los hijos, nos vamos a centrar en el estudio de la redacción actual del art. 1631. 2 del BGB, que se encuentra vigente desde 1 de enero de 2023. Al respecto, conviene recordar su contenido que establece que el niño tiene derecho al cuidado y educación (*Das Kind hat ein Recht auf Pflege und Erziehung*), que el legislador puntuiza que debe ser ejercido:

- Con exclusión de violencia (*unter Ausschluss von Gewalt*),
- Con exclusión de castigos físicos (*unter Ausschluss von körperlichen Bestrafungen*),
- Con exclusión de daños psicológicos (*unter Ausschluss von seelischen Verletzungen*),
- Y, con exclusión de otras medidas degradantes (*unter Ausschluss von anderen entwürdigenden Maßnahmen*).

De una interpretación integral, se debe destacar la exclusión de la violencia en el ejercicio del derecho al cuidado y educación. En virtud de ello, se afirma que la política de educación sin violencia en contra de los niños en la estructura familiar que pregonó el legislador alemán, y que se plasma en el contenido de este artículo ya ha sido un éxito, por cuanto, ha logrado sensibilizar a la sociedad civil (ZYPRIES, 2008, 9 y 10).

En ese marco, conviene destacar que de esta forma legalmente se garantiza a los niños una educación libre de violencia y por ende se espera que los índices de violencia en el ejercicio del derecho a la educación desaparezcan. Igualmente, se señala que, con la prohibición del uso de la violencia en el ejercicio del derecho de corrección a los hijos, el factor de riesgo incalculable de enfermedades mentales y los trastornos en el desarrollo de la personalidad de los hijos podrán ser controlados de mejor forma (RIEMER, 2003, 332).

A nuestro modo de ver, la sensibilización que pregonan ZYPRIES se refleja en el cambio progresivo de mentalidad de los progenitores ante la tendencia que finalmente se ha consolidado de eliminar la violencia en el ejercicio del derecho de corrección. De todas formas, resulta oportuno reconocer que el cambio de mentalidad en algunos progenitores dura más que en otros y en casos puntuales no se acepta, aspecto que ha generado un debate no solo en el ámbito social, sino también en el ámbito doctrinal.

Los que se posicionan en contra del uso de la violencia, sostienen que ya desde el año 2001 se sigue esa línea, entre otros, (LAURA MAIORINO, 2013, 13) afirma que el legislador no ha dejado duda alguna de que la violencia no es un modelo adecuado en el proceso de educación de los hijos. Por lo que, la causa clásica de justificación del derecho de los padres de castigar físicamente a los hijos fundada en el derecho de corrección no es admisible ni siquiera como una medida excepcional a modo de un castigo físico leve.

Sin embargo, (HEINRICH, 2011, 441) matiza esta corriente al afirmar que la regulación de la educación de los hijos sin violencia no se asimila como una prueba empírica que refleja la desaparición de la violencia, porque hay situaciones en la educación de un niño en las que, como excepción es necesario el uso de una medida de castigo corporal leve para que tenga un efecto educativo en el niño. A nuestro modo de ver, no se puede justificar el uso de la violencia por más leve que sea, por cuanto, la norma sustantiva es imperativa.

En ese marco, conviene puntualizar que la reforma iniciada por el legislador alemán tenía como finalidad excluir el uso de la violencia en el ejercicio del derecho de corrección, aspecto que adquiere mayor relevancia una vez que entró en vigor la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en vigor en Alemania desde el año 1992²⁴, que pregonó la supremacía del interés superior del menor, entre otros, en el art. 3 de la Convención²⁵.

1. LA EXCLUSIÓN DE CASTIGOS FÍSICOS

A pesar de que la regulación actual en la norma sustantiva alemana se posiciona de forma integral en contra de la violencia, se afirma que el derecho de

los padres a castigar debe seguir reconociéndose al menos en principio como un motivo de justificación (KNAUER, 2014, 256).

Al respecto, se recurre a la costumbre para justificar que el derecho de corrección paterna no ha desaparecido. En ese sentido, (LUZÓN, 2022, 19 y 20) nos brinda una extensa justificación sobre el tema, afirma que es aceptable en el ejercicio legítimo de un derecho consuetudinario de corrección recurrir a un castigo físico mínimo sin excesos en alguna acción concreta o un castigo adecuado y proporcionado ante una falta relevante o reiterada de los hijos cuando no han sido suficientes las advertencias o reprensiones anteriores. Sin embargo, destaca que no es una costumbre en contra de la Ley, por cuanto, los castigos físicos si son mínimos no lesionan la integridad física ni la integridad psíquica. En ese marco, respalda esta afirmación en virtud de que existe en la población una costumbre mayoritaria y con convicción de ser conforme a derecho, que las pequeñas correcciones paternas son legítimas para encauzar la educación del menor, especialmente en su formación en la primera infancia.

Sin duda, el derecho de corrección paterno se encuentra vigente, puesto que, forma parte del ejercicio de la patria potestad. No obstante, si bien con mucha cordura LUZÓN defiende la aplicación de castigos físicos mínimos puntuales como parte del derecho consuetudinario, desde nuestro punto de vista, consideramos que el legislador alemán es claro al respecto, toda vez que, la regulación no admite ninguna excepción que permita el uso de la violencia en contra de los hijos en el ejercicio del derecho de corrección. Al respecto, no sin razón se afirma que las medidas coercitivas a las que se recurre en la práctica pedagógica no son conceptos jurídicos regulados en el Código civil alemán en cuanto a la relación paterno filial de los progenitores con los hijos (HÄBEL, 2016, 209).

Sin embargo, en el ámbito práctico hay que reconocer que la conducta de los hijos difiere uno del otro —por diferentes motivos que no es parte del actual objeto de estudio—, motivo por el cual, desde el ámbito social se pretende justificar el ejercicio del castigo físico mínimo. No obstante, surge una especie de contradicción, puesto que, ante conductas graves de los hijos se pretende justificar un castigo físico mínimo.

A nuestro modo de ver, difícilmente se enderezará una falta reiterada de un hijo con un castigo físico por más mínimo que sea, es más en los supuestos en los cuales un menor muestra una conducta reprochable de forma reiterada que sobrepasa la autoridad de los padres, previa valoración es posible que el menor requiera ayuda especializada.

En cuanto a la existencia en la población de una costumbre mayoritaria que se encuentra de acuerdo con la aplicación de castigos físicos mínimos para enderezar la conducta de los hijos, desde nuestro punto de vista, hasta tanto no haya una evidencia empírica no se puede afirmar que la mayoría de la población se

encuentra de acuerdo con la aplicación de castigos físicos mínimos, y aunque existe una evidencia empírica no se justifica la aplicación de este tipo de castigos especialmente en la infancia, puesto que, en esta etapa los hijos se encuentran más indefensos que un hijo que se encuentra en el periodo de adolescencia o cerca de adquirir la mayoría de edad²⁶. No obstante, con desazón se debe reconocer que la violencia en la educación de los hijos sigue estando presente a puerta cerrada entre las cuatro paredes de un domicilio, por lo que, a menudo ni siquiera es percibida por la sociedad civil (ZIRNGAST, 2015, 86).

Con relación a la justificación de los castigos físicos mínimos que no lesionan la integridad física ni la integridad psíquica, no es nuestra intención abordar esta temática desde el ámbito del derecho penal, sino desde el ámbito civil. En esa línea, no se puede medir la transgresión de la norma por la gravedad de un daño físico causado, porque un castigo físico por más mínimo que sea dependiendo del contexto en el que sea aplicado, por ejemplo, si se aplica una bofetada en público o delante de sus amigos—, no concluye con el contacto físico, sino que puede ser el origen para que la autoestima del menor se resquebraje.

Igualmente, aunque LUZÓN con mucho acierto reconoce que no es una costumbre en contra de Ley, no se puede justificar la aplicación de ningún tipo de castigo físico, precisamente porque la norma sustantiva expresamente no da lugar a ello. Es más, la Constitución alemana, si bien en la redacción del art 6.2, establece que el cuidado y la educación de los hijos se constituyen en un derecho natural y deber de los padres²⁷, se debe resaltar que los derechos y deberes que tienen los progenitores existen en beneficio de los hijos (SANDERS, 2023, 284).

De igual forma, no se justifica su aplicación, puesto que, hace referencia al cuidado y educación como derecho natural de los padres, sin que esto se entienda como un permiso para recurrir a los castigos físicos, porque el derecho natural de los padres en lo que respecta el cuidado y la educación forma parte del ejercicio de la patria potestad en sentido amplio.

En cambio, en sentido restringido el art. 1631.2 del BGB establece como centro de gravedad al niño, puesto que, prevé que tiene derecho al cuidado y educación sin violencia. A nuestro modo de ver, no hay contradicción entre lo previsto en la Constitución y la norma sustantiva. En esa línea, el ejercicio de la patria potestad —como se ha visto en el apartado anterior—, de conformidad a lo previsto en el art. 1626.1 del BGB, prevé que es una obligación y derecho que tienen los progenitores²⁸, mientras que los hijos tienen derecho al cuidado y educación sin violencia en función de la preponderancia del interés superior del menor. Además, resulta oportuno puntualizar que a nivel constitucional la premisa del legislador alemán se enfoca en erradicar la violencia por completo en la educación como parte del principio del interés superior del menor (ZYPRIES, 2008, 13).

En cuanto al ámbito jurisprudencial, si enfocamos este tema desde la perspectiva de una supuesta confrontación entre el derecho de los padres a ejercer la corrección de sus hijos como parte del ejercicio de la patria potestad y el derecho de los hijos a ser corregidos, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos diluye la supuesta controversia, por ejemplo, la STEDH de 6 julio de 2010²⁹, resuelve que en todos los casos que tengan a los niños como actores, se debe preponderar su bienestar, en la misma línea, la STEDH de 26 noviembre de 2013³⁰, establece que se debe preponderar el interés del menor.

2. LA EXCLUSIÓN DE DAÑOS PSICOLÓGICOS

Otra interrogante que se plantea sobre la exclusión de la violencia se encuentra en el origen del término “seelische Verletzungen”. Al respecto, conviene puntualizar que el término en cuestión reemplaza al término abuso mental (seelische Misshandlung) previsto anteriormente en la norma sustantiva alemana por considerarse su campo de aplicación demasiado limitado. En esa línea, se adopta el término “seelische Verletzungen” que se traduce como daño psíquico, daño mental, o bien como daño psicológico. Por nuestra parte, sin entrar a realizar un análisis sobre la semántica de los términos en cuestión vamos a priorizar su concepción como daño psicológico, sin dejar de lado su acepción como daño psíquico o como daño mental.

En cuanto a su alcance, en la nueva normativa las lesiones psíquicas han sido declaradas inadmisibles. Como resultado el concepto de abuso mental ha sido derogado de la versión anterior porque se consideraba demasiado limitada. Así pues, no se consideran admisibles las conductas que se basan en los insultos o que utilizan términos despectivos delante de amigos o en las clases de colegio, por los que el menor pasa vergüenza (LAURA MAIORINO, 2013, 43). Esto significa que, el daño psicológico con relación al derecho de corrección consiste en el maltrato de palabra a los hijos, que se lleva a cabo al interior de la estructura familiar, o bien en presencia de terceros que forman el entorno social del menor, que no siempre puede ser el centro educativo, sino también cualquier lugar de esparcimiento.

Por su parte, hay quien va más allá, por cuanto, sostiene que el término “seelische Verletzungen” se trata de un maltrato psíquico que se caracteriza, entre otros, por un comportamiento enfermizo del padre que desmoraliza o se burla del hijo, atacándolo con ironías o sarcasmos, o bien por zarandearlo delante de terceros o por mantener un comportamiento ambiguo que incluye un trato con extrema frialdad (DE TORRES PEREA, 2006, 698 a 699)

En este caso, también se debe resaltar el maltrato de palabra en contra del menor, aunque como agravante se debe puntualizar la conducta anómala del progenitor como sujeto activo que no solo supera los límites del derecho de corrección, sino que se convierte en una causa que puede derivarse en la suspensión de la patria potestad, inclusive puede ser motivo para iniciar una investigación a cargo del Ministerio Público.

De lo analizado, más que una definición de daño psicológico en el contexto del derecho de corrección a los hijos, se pretende explicar su alcance mediante una serie de ejemplos, diferentes conductas ejercidas por el progenitor en contra de los hijos, aspecto que deja en evidencia lo complejo que resulta adoptar una definición puntual uniforme sobre el término “*seelische Verletzungen*”.

3. LA EXCLUSIÓN DE OTRAS MEDIDAS DEGRADANTES

En primer término, conviene preguntarse ¿Qué se entiende por el término medidas degradantes? Una aproximación general nos brinda (ROXIN, 2004, 177 a 180) quien afirma que para el ámbito del Derecho civil todos los castigos físicos se consideran degradantes porque vulneran la dignidad. En igual sentido, (HEINRICH, 2011, 436) señala que los castigos físicos no son admisibles, porque se consideran medidas degradantes.

A nuestro modo de ver, ambas posturas son totalmente válidas, aunque siguiendo la línea adoptada por el legislador alemán, conviene resaltar que, si se prohíbe la utilización de violencia física, lo más lógico es que las medidas degradantes tampoco justifiquen la aplicación de castigos psicológicos, puesto que, de ser así la postura del legislador no tendría sentido ni coherencia.

En esa línea, se manifiesta (HÄBEL, 2016, 210) para quien no existe un umbral mínimo de permisibilidad, la prohibición de los castigos corporales es una prohibición irrestricta, además el castigo corporal, de acuerdo con el texto y el propósito de la ley es inherentemente degradante, además de ello, conlleva lesiones psicológicas. Es decir, el castigo físico y el castigo psicológico *per se* son degradantes en virtud de la línea asumida por el legislador sobre este tema. No obstante, debemos reconocer que el término “medidas degradantes” sin una descripción sobre su alcance adquiere la connotación de un concepto jurídico indeterminado, motivo por el cual, no existe uniformidad de criterio en la doctrina sobre su contenido con relación al derecho de corrección de los hijos.

En función de la regulación del art. 1631. 2 del BGB, la tendencia mayoritaria que sigue la doctrina alemana sobre el derecho de corrección se posiciona en contra de los castigos físicos, por considerarlos degradantes (KARGL 2003, 57 a 64). Desde nuestro punto de vista, debemos puntualizar que el legislador recurre

al término “medidas degradantes” no para justificar que los castigos físicos son degradantes, sino más bien para proteger al menor de la utilización de otro tipo de violencia además de la física y la psicológica por parte de los progenitores. Por ejemplo, la violencia económica que se refleja en este caso en privar a los hijos de la alimentación necesaria para su desarrollo y crecimiento, so pretexto de considerarse este tipo de castigo como una medida coercitiva de corrección.

En esa línea, se afirma que las medidas degradantes eran necesarias, porque caso contrario con la prohibición únicamente de la violencia psicológica, se dejaba abierta la posibilidad de recurrir a medidas degradantes para justificar el uso de la violencia (LAURA MAIORINO, 2013, 78). De esta forma, se deja de lado toda excepción que justifique la aplicación de medidas degradantes como medidas correctivas.

No obstante, consideramos en buena fe que los progenitores que recurren a este tipo de medidas lo hacen de forma inconsciente, porque no conocen el significado de una medida degradante y sus consecuencias en el desarrollo integral del menor, caso contrario si existe premeditación y se recurre de forma periódica a este tipo de medidas, esta conducta se convierte en un acto que adquiere la connotación de tipificable en el ámbito del derecho penal, por cuanto, supera el ámbito del derecho civil.

De lo anterior, se debe resaltar que, en la norma sustantiva alemana con relación al contenido del derecho de corrección, el motivo de controversia radica en el alcance del término “medidas degradantes”, porque lo relacionado a los castigos físicos meridianamente queda claro que se encuentra prohibido. En ese sentido, si partimos de la tendencia adoptada por el legislador alemán desde la modificación del BGB el año 1979, no cabe mayor duda de que las medidas degradantes tienen como finalidad desterrar cualquier tipo de violencia psicológica en contra de los hijos, que afecte, entre otros, su conducta o autoestima. De lo contrario, no tendría sentido prohibir la violencia física, por un lado, y permitir la violencia psicológica por otro.

En ese marco, en el afán de explicar el alcance del término “medidas degradantes” se afirma que su contenido se refiere a otros comportamientos humillantes, entre los cuales se encuentran; la perdida de autoestima o de su dignidad, que se plasma castigando al menor, entre otros, privándole de su libertad de movimiento, o bien obligándole a cambiar de apariencia, por ejemplo, cortándole el cabello, pero no solo eso, sino que inclusive incluye la coacción para realizar conductas delictivas (DE TORRES PEREA, 2006, 699).

A nuestro modo de ver, en buena fe los padres que incurren en este tipo de conductas no son conscientes de sus consecuencias, salvo en el caso de la incitación a realizar actos ilícitos, puesto que, por más que en principio no se aprecie un castigo físico, también se consideran conductas violentas, toda vez que, se

afecta la dignidad personal de los hijos que repercute de forma negativa en su estabilidad emocional.

Al respecto, conviene realizar dos lecturas sobre los motivos que conllevan la aplicación de medidas degradantes como parte del ejercicio del derecho de corrección por parte de los progenitores en contra de los hijos:

- Primero. El o los progenitores recurren al ejercicio abusivo del derecho de corrección pensando de forma errónea que la disciplina de los hijos se construye mediante el uso de la violencia, que no siempre es física, pero que no por eso deja de considerarse un tipo de violencia. Este tipo de conducta conlleva al menos la suspensión de la patria potestad y si los progenitores se encuentran divorciados, la primera medida que se debe asumir consiste en la suspensión de la custodia de los hijos si la tienen asignada, o bien si no tienen asignada la custodia, se debe restringir el contacto del progenitor infractor con el menor³¹.
- Segundo. El o los progenitores recurren al ejercicio de la violencia en el derecho de corrección como un síntoma de que su capacidad para gestionar el cuidado y la educación de los hijos ha sido superada, aunque como una especie de coartada los padres —hasta que no se demuestre lo contrario— pueden afirmar que la conducta de los hijos no se ajusta a los cánones normales de comportamiento, aspecto que debe ser ratificado o rechazado luego de un diagnóstico especializado a los hijos.

En ese marco, se señala que en caso de que los padres fracasen en la educación de los hijos, se debe recurrir al apoyo del Estado, con la finalidad de que mediante sus diferentes instituciones y reparticiones se diagnostique las causas que motivan al menor a actuar de forma diferente a otros menores y se implemente medidas de apoyo para que la conducta de los hijos se reencause por los cánones normales de comportamiento acorde a su etapa de crecimiento, pero solo si otras medidas de apoyo, como la asistencia educativa, no han tenido el efecto deseado (STEINBERG, 2009, 20). Sobre el tema, se resalta la intervención del Estado, puesto que, no se deja a los hijos sin protección³². No obstante, no deja llamar la atención que sean terceros a título de especialistas los que encuentren solución, toda vez que, quienes mejor conocen a sus hijos son los progenitores.

4. UN BREVE ANÁLISIS COMPARATIVO SOBRE EL DERECHO DE CORRECCIÓN A LOS HIJOS EN ESPAÑA Y ALEMANIA

En primer término, como no podía ser de otra manera al amparo de la normativa internacional sobre la protección del menor tanto en la normativa española como en la normativa alemana, se prioriza el interés del menor en cuanto al ejer-

cicio del derecho de corrección sobre los hijos, por ejemplo, de conformidad a lo establecido en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La mutación normativa de esta figura jurídica es otro aspecto que conviene resaltar tanto en la normativa española como en la normativa alemana. En el caso español, de conformidad a lo establecido en el art. 154 del CC, hasta el año 2007 se permitía corregir a los hijos de forma razonable y moderada. En el caso alemán, hasta el año 1979 el contenido del art. 1631 del BGB justificaba inclusive el uso de la fuerza por parte de los progenitores como parte del derecho de corrección sobre los hijos.

De lo anterior, resulta oportuno puntualizar que la principal motivación tanto del legislador alemán como del legislador español consiste en erradicar el uso de la violencia como parte del derecho de corrección sobre los hijos. No obstante, llama la atención el hecho de que el legislador español a diferencia del legislador alemán comienza el periodo de mutación normativa con un significativo retraso.

Por su parte, en el caso alemán la mutación normativa concluye con la prohibición expresa en el art. 1631 del BGB del uso de la violencia en su ejercicio no solo de carácter físico y carácter psicológico, sino de cualquier otro tipo de violencia o medida degradante. En cambio, el legislador español si bien modifica el art. 154 del CC no lo hace de forma contundente, toda vez que, se limita a establecer que la patria potestad, como responsabilidad parental, entre otros, se ejercerá con respecto a sus derechos, su integridad física y mental.

Por último, el derecho de corrección sobre los hijos tanto en la normativa española como en la normativa alemana forma parte del ejercicio de la patria potestad que tienen los progenitores. No obstante, en el caso español de conformidad a lo establecido en el art. 154 del CC se mantiene como un derecho que tienen los progenitores sobre los hijos. En cambio, en el caso alemán en virtud del art. 1631 del BGB el derecho de corrección es un derecho que tienen los hijos.

V. CONCLUSIONES

I. En la normativa sustantiva alemana se prioriza la figura jurídica del matrimonio como principal requisito para que los progenitores asuman la titularidad y el ejercicio compartido de la patria potestad, aspecto que llama la atención tomando en cuenta la irrupción de los nuevos modelos de familia que precisamente no se caracterizan en todos los casos por la existencia de un vínculo matrimonial entre las partes.

II. La norma sustantiva alemana en sede matrimonial regula únicamente el sistema de ejercicio compartido de la patria potestad. En caso de desacuerdo insta a los progenitores a consensuar sobre los motivos de discrepancia. No obstante, en el supuesto de que el desacuerdo sea insalvable se recurre a solicitud

de unos de los progenitores ante un tribunal familiar, con la finalidad de que se transfiera el poder de decisión sobre la función de la patria potestad que es motivo de desacuerdo, para que uno de los progenitores pueda asumir el ejercicio parcial de la patria potestad.

III. El periodo de mutación normativa sobre el contenido del derecho de corrección previsto en el numeral 2 del art. 1631 del BGB, se ha extendido por más de cuatro décadas, aspecto que motiva a entender la cautela con la que el legislador alemán ha afrontado el cambio de tendencia entre la aplicación de castigos físicos mínimos como medida correctiva y la prohibición del uso de la violencia física, psicológica y cualquier otro tipo de medida degradante.

IV. El derecho de corrección figura propia del ejercicio de la patria potestad no se contrapone al derecho de corrección de los hijos, sino que el ejercicio permanece inalterable en favor de los progenitores. No obstante, la nueva tendencia adoptada por el legislador alemán configura el cuidado y educación de los hijos como un derecho del niño, en función del interés superior del menor contemplando no solo en la normativa nacional e internacional, sino también en base a la jurisprudencia creada sobre el tema.

V. La redacción vigente en el BGB alemán sobre el derecho de corrección prohíbe el uso de la violencia física y psicológica, así como también cualquier tipo de medidas degradantes en contra de los hijos. En ese sentido, el punto de quiebre sobre el contenido del derecho de corrección radica en el alcance del término “medidas degradantes”, que para unos permite la aplicación de castigos adecuadamente proporcionados. En cambio, para otros no se admite esa posibilidad, postura que hacemos nuestra, por cuanto, las reformas normativas se direccionaron en función de evitar cualquier tipo de violencia en el cuidado y educación de los hijos.

VI. El legislador alemán regula la prohibición de aplicar cualquier tipo de medidas degradantes que no se ajusten al alcance de la violencia física y la violencia psicológica, con la finalidad de proteger a los hijos de la utilización de otro tipo de violencia como medida correctiva por más esporádica y necesaria que sea, caso contrario no tendría sentido configurar el cuidado y educación como un derecho de los hijos, porque la finalidad de las reformas legislativas en el marco del derecho de corrección perdería coherencia.

VI. JURISPRUDENCIA

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- STEDH de 26 noviembre de 2013.
- STEDH de 6 julio de 2010.

Tribunal Superior de Justicia de Alemania

- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de München de 21 febrero de 2023.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Zweibrücken de 11 marzo de 2021.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Frankfurt de 13 de marzo de 2020.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Braunschweig de 30 julio de 2020.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Hamm de 5 de junio de 2020.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Nürnberg de 27 mayo de 2015.
- Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Nürnberg de 11 de junio de 2015.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DE TORRES PEREA, J. M., “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Revista Anuario de derecho civil*, vol. 59, núm. 2, 2006, pp. 675-742.
- HÄBEL, H., “Das Recht des Kindes aus gewaltfreie Erziehung und seine Bedeutung fuer die Zulaessigkeit Koerperlichen Zwangs in Einrichtungen der Kinder und Judenhilfe Teil 2”, *ZKJ kindschaftrecht und Jugendhilfe*, núm. 6, 2016, pp. 204-211.
- HEINRICH, M., “Elterliche Züchtigung und Strafrecht”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, núm. 5, 2011, pp. 431-443.
- HOFFMANN, B., MEYSEN, T y OXYGEN, E., “Gemeinsame oder alleinige elterliche Sorge nach häuslicher Gewalt”, en *Kindschaftssachen und häusliche Gewalt Umgang, elterliche Sorge, Kindeswohlgefährdung, Familienverfahrensrecht*, SOCLES International Centre for Socio Legal Studies, 2021, pp. 46-72.
- KARGL, W., “Das Strafumrecht der elterlichen Züchtigung (§ 223 StGB)”, *Neue Justiz*, vol. 57, núm. 2, 2003, pp. 57-64.
- KNAUER, F., „Elterliches Züchtigungsrecht und Notwehr unter Ehegatten“ *JURA – Juristische Ausbildung*, vol. 36, núm. 2, 2014, pp. 254-260.
- KEUTER, W., “Erzwungene Gemeinsamkeit? Elterliche Sorge Nicht Verheirateter Eltern.” *Zeitschrift Für Rechtspolitik*, vol. 45, núm.. 6, 2012, pp. 171-174.
- LAMBRECHT, C. y BOSSE, S., “Plädoyer für eine gemeinsame elterliche Sorge”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 46, núm. 1, 2013, pp. 9-12.
- LAURA MAIORINO, M. J., *Elterliches Züchtigungsrecht und Strafrecht in rechtsvergleichender Sicht*, Köln, 2003.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “Derecho de corrección a menores”, *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 18, núm. 99, 2022, pp. 11-36.
- ROXIN, C., “Die strafrechtliche Beurteilung der elterlichen Züchtigung”, *Zeitschirift JuS Juristische Schulung*, 2004, pp. 177-180.
- RIEMER, M., “Körperliche Züchtigung nunmehr verboten”, *ZfJ*, núm. 8-9, 2003, pp. 328-332.
- SANDERS, N., “Paternidad y responsabilidad parental en el derecho constitucional familiar alemán” en N. ESPEJO (Dir.), *La responsabilidad parental en el derecho*, Tirant lo Blanch; 2023, pp. 255-298.

- STEINBERG, A., *Der Begriff des Kindeswohls im Wandel unter Berücksichtigung der Einflussnahme der Kindheitsforschung*, Bergische Universität, Wuppertal, 2009.
- ZYPRIES, B., “Kinderschutz und Kinderrechte. Herausforderungen für eine moderne Rechtspolitik”, en N. LANGENBACHER (Coord.), *Machen wir's den Kindern Recht*, Berlin, Friedrich Ebert Stiftung, 2008, pp. 9-20.
- ZIRNGAST, S., *Das elterliche Züchtigungsrecht im rechtshistorischen Ländervergleich zwischen Österreich und Deutschland*, Graz, 2015.

Trabajo recibido el 10 de octubre de 2023 y aceptado para su publicación el 18 de diciembre de 2023

NOTAS

¹ Véase la Ley sobre la nueva regulación de los derechos de la autoridad parental de 8 de julio de 1979 (Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elerlichen Sorge). Al respecto, conviene puntualizar también que esta Ley reemplaza el término “elterliche Gewalt” (poder parental) por el término actual “elterliche Sorge” (cuidado parental).

² De forma textual, el art. 1631 de la Ley sobre la nueva regulación de los derechos de la autoridad parental de 8 de julio de 1979 (Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elerlichen Sorge, vom 18, Juli 1979), queda redactado de la siguiente forma:

“(1) Die Personensorge umfasst insbesondere das Recht und die Pflicht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen.

(2) Entwuerdigende Erziehungsmassnahmen sind unzulaessig.

(3) Das Vormundschaftsgericht hat die Eltern auf Antrag bei der Ausübung der Personensorge in geeigneten Faellen zu untersuetzen”.

Además, se incluye el art. 1631, incisos a) y b), que, entre otros, en el inciso a), numeral 1, establece que: “In angelegenheiten der ausbildung und des berufes nehmen die eltern insbesondere auf eignung und neignung des kindes rücksicht”. Es decir, en el ámbito de la educación y la profesión los padres prestarán especial atención a la idoneidad y aptitud del niño (traducción propia).

³ El art 1666 de la Ley de reforma de protección del menor de 1998 (Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), establece que:

“(1) Wird das koerperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermoegen durch missbrauechliche Ausuebung der elterlichen Sorge, durch Vernachlaessigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefaehrdet, so hat das Familiengericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Massnahmen zu treffen”. En el ámbito jurisprudencial, la Sentencia Tribunal Superior de Justicia (OLG) de München de 21 febrero de 2023, afirma que ya en épocas anteriores, al amparo del art. 1666 del BGB se justificaba la separación del menor de la familia, si como en este caso la Ley del domicilio de origen del menor permitía a los progenitores el castigo corporal a los hijos.

⁴ De forma textual, el párrafo 2 del art. 1631 de la Ley de reforma de protección del menor de 1998 (Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), se modifica de la siguiente forma: “Entwuerdigende Erziehungsmassnahmen, insbesondere koerperliche und seelische Misshandlungen, sind unzulaessig”.

⁵ Véase la Ley sobre la prohibición de la violencia en la educación y la modificación sobre la manutención de los hijos de 7 de noviembre de 2000 (Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts).

⁶ El párrafo 2 del artículo 1631 de la Ley sobre la prohibición de la violencia en la educación y la modificación sobre la manutención de los hijos de 7 de noviembre de 2000 (Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts) expresamente señala lo siguiente: “Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig”.

⁷ Véase la Ley sobre la reforma de la tutela y curatela de 04 de mayo de 2021 (Gesetz zur Reform des Vormundschafts und Betreuungsrechts).

⁸ El párrafo 2 del art 1631 de Ley sobre la reforma de la tutela y curatela de 04 de mayo de 2021 (Gesetz zur Reform des Vormundschafts und Betreuungsrechts), prevé expresamente que: “Das Kind hat ein Recht auf Pflege und Erziehung unter Ausschluss von Gewalt, körperlichen Bestrafungen, seelischen Verletzungen und anderen entwürdigenden Maßnahmen”.

⁹ El numeral 1 del art. 1626 del BGB prevé de forma expresa que: “Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge)”.

¹⁰ El numeral 2 del art. 1626 del BGB prevé textualmente que: “Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an”.

¹¹ El numeral 3 del art. 1626 del BGB regula de forma expresa que: “Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen. Gleichermaßen gilt für den Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist”.

¹² El art. 1626a del BGB, regula de forma textual los supuestos en los cuales los progenitores no se encuentren casados (Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern) de la siguiente forma: “(1) Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so steht ihnen die elterliche Sorge gemeinsam zu,

- 1.wenn sie erklären, dass sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (Sorgeerklärungen),
- 2.wenn sie einander heiraten oder
- 3.soweit ihnen das Familiengericht die elterliche Sorge gemeinsam überträgt.

(2) Das Familiengericht überträgt gemäß Absatz 1 Nummer 3 auf Antrag eines Elternteils die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge beiden Eltern gemeinsam, wenn die Übertragung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Trägt der andere Elternteil keine Gründe vor, die der Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge entgegenstehen können, und sind solche Gründe auch sonst nicht ersichtlich, wird vermutet, dass die gemeinsame elterliche Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

(3) Im Übrigen hat die Mutter die elterliche Sorge”.

¹³ El art. 1627 del BGB concretamente prevé que: “Die Eltern haben die elterliche Sorge in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohl des Kindes auszuüben. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen”.

¹⁴ De forma textual, el contenido del art. 1628 del BGB establece que: “Können sich die Eltern in einer einzelnen Angelegenheit oder in einer bestimmten Art von Angelegenheiten der elterlichen Sorge, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen, so kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen. Die Übertragung kann mit Beschränkungen oder mit Auflagen verbunden werden”.

¹⁵ Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Frankfurt de 13 de marzo de 2020. En igual sentido, sobre autorización de viaje en tiempos de coronavirus, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Braunschweig de 30 julio de 2020.

¹⁶ Véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Hamm de 5 de junio de 2020.

¹⁷ Véase la Sentencia Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Zweibrücken de 11 marzo de 2021.

¹⁸ Véase la Sentencia OLG Karlsruhe, 23 Oktober 2020, *16 WF 133/20*.

¹⁹ Véase la Sentencia OLG Hamburg, 22 Juni 2021, *12 UF 61/21*.

²⁰ Sobre el tema, el numeral 1 del art. 1629 del BGB establece de forma literal que: “Die elterliche Sorge umfasst die Vertretung des Kindes. Die Eltern vertreten das Kind gemeinschaftlich... Ein Elternteil vertritt das Kind allein, soweit er die elterliche Sorge allein ausübt oder ihm die Entscheidung nach § 1628 übertragen ist. Bei Gefahr im Verzug ist jeder Elternteil dazu berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes notwendig sind; der andere Elternteil ist unverzüglich zu unterrichten”.

²¹ El numeral 1 del art. 1629 del BGB regula de forma textual que: “Sind die Eltern des Kindes miteinander verheiratet oder besteht zwischen ihnen eine Lebenspartnerschaft, so kann ein Elternteil Unterhaltsansprüche des Kindes gegen den anderen Elternteil nur im eigenen Namen geltend machen, Solange (1) die Eltern getrennt leben... Eine von einem Elternteil erwirkte gerichtliche Entscheidung und ein zwischen den Eltern geschlossener gerichtlicher Vergleich wirken auch für und gegen das Kind”.

²² Al respecto, el art. 1631 a) del BGB establece que: “In Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufs nehmen die Eltern insbesondere auf Eignung und Neigung des Kindes Rücksicht. Bestehen Zweifel, so soll der Rat eines Lehrers oder einer anderen geeigneten Person eingeholt werden”.

²³ Sobre la edad en que se alcanza la mayoría de edad (Eintritt der Volljährigkeit), el art. 2 del BGB concretamente prevé que: “Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ein”.

²⁴ Véase la publicación del 2 julio de 1992 sobre la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en Alemania (Bekanntmachung ueber das Inkrafttreten des Uebereinkommens ueber die Rechte des Kindes, vom 10. Juli 1992).

²⁵ Al respecto, el numeral 1 del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 establece que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Documento disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

²⁶ Al respecto, resulta oportuno tener en cuenta el contenido del numeral 1 del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que establece lo siguiente: “Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Documento disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312>

²⁷ De forma textual, el art. 6.2 de la Constitución alemana (Gundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) establece que: “Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht...”.

²⁸ Véase la cita núm. 13 del apartado III sobre la patria potestad del presente trabajo, con relación al contenido del numeral 1 del art. 1626 del BBG, que contempla los principios generales de la patria potestad (Elterliche Sorge, Grundsätze).

²⁹ Véase la STEDH de 6 julio de 2010, Gran Sala, 41615/05.

³⁰ Véase la STEDH de 26 noviembre de 2013, Gran Sala 27853/09.

³¹ En el ámbito jurisprudencial, se destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Núrnberg de 27 mayo de 2015, así como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (OLG) de Núrnberg de 11 de junio de 2015, ambos fallos que en virtud del art. 1631.2 del BGG suspenden parcialmente el ejercicio de la custodia de los hijos por haber recurrido a castigos corporales en contra de los hijos menores de edad.

³² Al respecto, el numeral 3 del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, establece que: “Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

