

REVISTA DE REVISTAS

II. REVISTAS EXTRANJERAS (1)

A cargo de Antonio PAU PEDRON
Registrador de la Propiedad

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general y Derecho de la persona

WOLF-RÜDIGER SCHENKE: «Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen» (Problemática constitucional de la remisión dinámica), NJW, núm. 14, año 1980.

El autor define la remisión como «técnica legislativa» («Gesetzgebungstechnik») utilizada para completar una regulación llevada a cabo con lagunas, que implica una incorporación de la ley invocada al propio texto legal, sin necesidad de su repetición literal. Analiza a continuación los posibles «objetos de remisión» («Verweisungsobjekte»): leyes, ordenanzas, disposiciones y administrativas y normativa de organizaciones privadas, y distingue entre remisión expresa («ausdrücklich») y concluyente («konkludent»), y entre remisión estática y dinámica, clasificación esta última procedente de OSSENBUHL, cuyos términos se diferencian en que la primera no introduce modificación alguna en la proposición contenida en la norma a que se remite, mientras que la segunda introduce alguna variación. SCHENKE estudia a continuación las funciones de la remisión legal —fundamentalmente: economía legislativa, coherencia normativa, plenitud del Ordenamiento—, para entrar luego en problemas de Derecho interregional, analizando la constitucionalidad de las remisiones hechas por una norma del Estado Federal a otra de un Estado Federado, y viceversa.

CHRISTIAN PESTALOZZA: «Gesetzgebung im Rechtsstaat» (Actividad legislativa en el Estado de Derecho), NJW, año 1981.

En el Congreso de Profesores de Teoría del Estado celebrado en Trier el mes de octubre de 1981 se estudiaron dos temas: «La actividad legislativa en el Estado de Derecho» y «Autocontrol de la Administración». El número 39 de la NJW dedica sus páginas a dos estudios en que los profesores Pestalozza y Pietzcker analizan los mismos temas que desarrolló el Congreso. Afirma Pes-

(1) Se recensionan artículos aparecidos en las siguientes revistas: «Neue Juristische Wochenschrift» (ci. NJW), números 1 a 25 del año 1980 y números 15 a 50 del año 1981; «Zeitschrift für das gesamte Familienrecht» (cit. ZGF), año 1980.

taloza que el poder legislativo, como todos los poderes del Estado, están al servicio del ciudadano, pero exige de éste una contrapartida: continuidad, consenso y confianza. Analiza la actividad del legislador, que con «ilusión y dificultad» («Lust und Last», dice con acertada paronomasia) trata de apagar —con reformas continuas— el «apetito normativo de una sociedad insaciable». Repasa el clásico concepto de la voluntad del legislador, y concluye exigiendo una profunda formación técnica para el legislador. Pietzcker analiza la necesaria subordinación de la Administración a sus propias normas, a sus propios actos y a su propia forma habitual de proceder.

UWE DIEDERICHSEN: «Das Recht der Vornamensgebung» (El derecho de determinación del nombre), NJW, núm. 14 de 1981.

Tras examinar someramente las normas sobre determinación del nombre propio o de pila: fundamentalmente los párrafos 1.628, 1.705 y 1.626, reformados por la reciente Ley sobre el cuidado paterno, de 18 de julio de 1979, analiza el ilustre profesor de Gotinga —especialista en Derecho de filiación, y autor de los comentarios al Título II del Libro IV del BGB, en la obra dirigida por Palandt— las limitaciones al derecho de elección, la posibilidad de ulterior modificación del nombre y las disposiciones sobre la imposición y modificación del nombre contenidas en la reciente «Ley sobre transexualidad» de 10 de diciembre de 1980. Llega a las siguientes conclusiones: 1.º, el derecho a la determinación del nombre, derivado del «cuidado fáctico de la persona» («*tasächliche Personensorge*») corresponde a ambos padres conjuntamente; 2.º, por regla general, el hijo no debe recibir más de cuatro nombres, debiendo admitirse excepciones fundadas; 3.º, el principio de notoriedad del sexo («*Geschlechtsoffenkundigkeit*») impone que a los varones se impongan nombres masculinos, y a las mujeres, femeninos; los nombres que no revelan el sexo sólo son admisibles unidos a otros que sí lo reflejan; 4.º, no pueden imponerse nombres escandalosos o subversivos, pero son admisibles los extraídos de la Geografía, la Mineralogía o la Literatura; no cabe añadir un número, ordinal o cardinal, al nombre; 5.º, el cambio de nombre sólo debe admitirse, excepcionalmente, en los casos contemplados en la «Ley sobre el cambio del apellido y del nombre», de 5 de enero de 1938, y la antes citada «Ley sobre transexualidad».

HANS-JOCHEN VOGEL: «Zustimmung oder Widerspruch. Bemerkungen zu einer Kernfrage der Organtransplantation» (Adhesión o rechazo. Observaciones a una de las cuestiones básicas del trasplante de órganos), NJW, número 12, año 1980.

En el Parlamento alemán han comenzado recientemente las deliberaciones para redactar un Proyecto de Ley sobre trasplantes de órganos, y según el autor del presente artículo, la discusión se ha polarizado en los dos términos de una disyuntiva básica: adhesión o rechazo a este tipo de operaciones. Para lograr una salida al enfrentamiento, y para profundizar en la materia, se llamó a consulta —en septiembre de 1979— a especialistas muy diversos:

teólogos, médicos y juristas fundamentalmente. El autor de este artículo, Dr. Vogel, Ministro de Justicia, invoca la estadística para expresar la necesidad urgente de una regulación del transplante de órganos: miles de córneas y de riñones se trasladan de un cuerpo a otro a lo largo de un año, sin que los problemas básicos que tal operación entraña estén resueltos por la ley. Analiza el autor los informes emitidos por diversas corporaciones médicas, y defiende, como tesis de su artículo, la llamada solución consensual («Einwilligungslösung») aportada por el Parlamento, que hace depender la extracción de órganos de un cadáver de la voluntad expresada en vida por el difunto, o del consentimiento prestado por sus más próximos parientes.

FRANZ RULAND: «Die Sonderstellung der Religionsgemeinschaften im Kündigungsrecht und in den staatlichen Mitbestimmungsordnungen» (La situación privilegiada de las comunidades religiosas en las normas de protección contra el desahucio y en las disposiciones estatales sobre cogestión), NJW, núm. 3 de 1980.

Determinados privilegios que la Iglesia conserva en el Derecho alemán en materias civiles y laborales ha dado lugar a una gran polémica doctrinal —en la que se enmarca tanto el artículo de Rüthers publicado en esta misma NJW, el año 1978, como el que comentamos— y a numerosas sentencias de los Tribunales ordinarios, e incluso del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Federal de Trabajo. El profesor Ruland contrapone en su estudio el principio de autonomía o autogobierno de la Iglesia («kirchliche Selbstverwaltungsrecht»), del que considera que derivan los privilegios citados, y el principio de Estado social («sozial Staatsprinzip»), pronunciándose por una tesis restrictiva de limitación de esa situación de privilegio en aquellos campos que no tienen carácter religioso.

HELLMUT WAGNER: «Die Risiken von Wissenschaft und Technik als Rechtsproblem» (Los riesgos de la ciencia y de la técnica como problema jurídico), NJW, núm. 13, año 1980.

Comienza afirmando el autor que también desde una perspectiva jurídica, el avance científico y tecnológico lleva aparejado beneficio y riesgo. La determinación y valoración de ese riesgo exigen la adopción de un criterio jurídico que sirva de base tanto a la labor legislativa, como a la actividad administrativa —en el otorgamiento de autorizaciones, licencias y permisos a las modernas fábricas, instalaciones y laboratorios de investigación—, como a las decisiones judiciales. Se plantea aquí, según Wagner, un dilema básico entre crítica a la moderna tecnología y mejora de la calidad de vida, en el que ha de optarse por una u otra posición. Analiza a continuación los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados por el avance científico («betroffene Rechtsgüter»): la vida, la salud, la libertad y los bienes patrimoniales. Plantea como cuestión fundamental qué valores pueden justificar el riesgo que implica la moderna tecnología, enumerando como tales valores el aumento de los puestos de trabajo, el desarrollo de las exportaciones y el aseguramiento de unas fuentes de energía futuras, pero concluye que ninguno de

estos valores pueden ser hoy día invocados en un litigio concreto para eximir de responsabilidad, por carecer del necesario respaldo legal.

JOACHIM HENKEL: «Anatomie des deutschen Asylverfahrens» (Anatomía del procedimiento de asilo alemán), NJW, núm. 10, año 1980.

El breve artículo pretende ser, como indica su subtítulo, «un informe sobre la situación actual». La entrega de dos jóvenes checoslovacos a su país de origen, tras haber solicitado asilo en territorio alemán, ha sensibilizado a la opinión pública, y ha provocado agrias discusiones sobre la regulación y la aplicación del procedimiento de asilo. El autor plantea su artículo desde una perspectiva práctica: «¿a quién ha de dirigirse la petición de asilo?», «¿dónde ha de plantearse?», se pregunta. Henkel lamenta que tales interrogantes no tengan una respuesta clara en el Ordenamiento, y que las propias autoridades se acojan a esta ambigüedad legal para negar el asilo solicitado. El autor, tras analizar las competencias que en la materia corresponden al Ministerio del Interior y a la Oficina para la admisión de refugiados extranjeros, concluye que la vigente regulación alemana sobre el derecho de asilo «produce congoja», y combate con un sinfín de dificultades a los que buscan protección. Termina destacando la discordancia entre la legislación ordinaria —que restringe el derecho de asilo—, y la Ley Fundamental de la República Federal de 1949 que en su parágrafo 16, II, 2, lo consagra en términos amplios y generosos.

2. Obligaciones y contratos

RUDOLF GARTNER: «Darlegungsmängel bei Mieterhöhungserklärungen» (La falta de aclaración en las notificaciones de subida de alquileres), NJW, número 4, año 1980.

El autor determina —analizando la legislación alemana sobre elevación de rentas, constituida por la «Ley para la regulación del nivel de rentas» («Gesetz zur Regelung der Miethöhe») y la «Ley sobre control de la vivienda» («Wohnungsbindungsgesetz») — las circunstancias que pueden dar lugar a tal elevación, y la forma en que ésta ha de ser notificada, centrando su estudio en la obligación legal de expresar detalladamente los conceptos que dan lugar a la subida de la renta. Estudia también el profesor Gärtner la actualización de rentas, distinguiendo las edificaciones forzosas («öffentlich geförderter Wohnungsbau»), y las voluntarias («freifinanzierter Wohnungsbau»), y la forma de alcanzar, en el primer caso, la llamada «renta de coste» («Kostenmiete»), y en el segundo, la «renta de nivelación» («Vergleichsmiete»). Concluye analizando las consecuencias de la falta de justificación de las causas de elevación y actualización de la renta, y los derechos y acciones que en tal caso asisten al arrendatario.

BERNHARD VON LINSTOW: «Schadenersatz und Belastung mit Einkommensteuer» (Indemnización de perjuicios y gravamen en el impuesto sobre la renta), NJW, núm. 9, año 1980.

Tras afirmar que las prestaciones dinerarias entregadas como indemnización de daños y perjuicios se consideran como ingreso del perjudicado, y por tanto están gravadas con el impuesto sobre la renta, pone de relieve el autor —analizando los tipos impositivos y las habituales cuantías de las indemnizaciones—, la enorme disminución que el impuesto realiza en la suma entregada. De ahí que el perjudicado, a la hora de reclamar la indemnización, tenga en cuenta tal disminución, para aumentar la cuantía de la suma reclamada. Von Linstow centra su estudio en la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 22 de marzo de 1979, ampliando la reseña que de la misma hizo ya en otro número de esta Revista (concretamente, NJW, 1979, 1449).

ULRICH HÜBNER: «Zur dogmatischen Einordnung der Rechtsposition des Vorbehaltskäufers» (Hacia la calificación dogmática de la posición jurídica del comprador con reserva de dominio), NJW, núm. 14, año 1980.

Las frases finales del artículo podrían servir también como introducción: el autor recuerda la afirmación de Henckel, de que la calificación dogmática de una institución supone descubrir sus afinidades con otras figuras jurídicas, englobarla en un género próximo, y destacar sus perfiles peculiares; una acertada calificación puede iluminar las relaciones entre las figuras jurídicas, y una errónea calificación puede oscurecerlas. La compraventa con cláusula de reserva de dominio se regula en el parágrafo 455 del Código civil, cuya redacción ha permanecido invariada desde 1896; en él se afirma que si el vendedor de una cosa mueble se ha reservado la propiedad hasta el pago del precio, en la duda ha de entenderse que la transmisión de propiedad se realiza bajo la condición suspensiva del pago total del precio, y que el vendedor está autorizado a la resolución del contrato si el comprador incurre en mora en el pago. El profesor Hübner trata de demostrar, a lo largo de su artículo, dos ideas fundamentales, presididas por la tesis básica de que la reserva de dominio («Eigentumsvorbehalt») implica un derecho de prenda sin posesión («besitzloses Pfandrecht»): en primer lugar, que el BGB, que en su parágrafo 1.205 sólo admite la prenda con desplazamiento de posesión, puede albergar hoy, en su parágrafo 455, sin sufrir alteración alguna en su texto, una forma de prenda sin desplazamiento de posesión. En segundo lugar, perfila el autor la naturaleza jurídica de la figura, afirmando que el comprador tiene un derecho de propiedad gravado con derecho de prenda («pfandrechtsbelastetes Eigentum des Käufers»), y el vendedor con reserva de dominio, un derecho de prenda sin posesión («besitzloses Pfandrecht des Vorbehaltsverkäufers»).

GÜNTER RABE: «Der Arbeitslohn des Konkursverwalters» (La remuneración del síndico del concurso), NJW, núm. 34, año 1981.

Según el Ordenamiento jurídico y económico alemán, toda prestación de servicios profesionales ha de ser remunerada; dentro de este principio general

hay que englobar también la actividad de los síndicos del concurso, que han de ser remunerados con cargo a la masa activa (según dispone el parágrafo 11 de la Ordenanza del concurso). La problemática que plantea la remuneración del síndico reside en deslindar la actividad específica del cargo, de aquellas otras actividades complementarias que realice en beneficio de los acreedores, así como determinar la forma concreta de remuneración. Para resolver la primera cuestión, entiende el autor que es necesario aplicar por analogía el parágrafo 1.835 del Código civil alemán, relativo al tutor, y por tanto, considerar como ejercicio del cargo tanto la «gestión del concurso» como «los servicios que pertenezcan a su industria o profesión». En cuanto a la segunda cuestión, si se trata de un profesional especializado, habra de ser remunerado con arreglo a los aranceles o tarifas de su profesión. Como conclusión afirma Rabe que toda la doctrina elaborada por los autores y por la Jurisprudencia respecto del tutor es aplicable igualmente al síndico del concurso: «la problemática es común a ambos, y la solución de los problemas no puede ser, por tanto, distinta».

ERWIN DEUTS: «*Das therapeutische Privileg des Arztes: Nichtaufklärung zugunsten des Patienten*» (El privilegio terapéutico del médico: la no información en beneficio del enfermo), NJW, núm. 24, año 1980.

Las distintas informaciones que el médico debe transmitir al enfermo sobre el estado de su enfermedad se sistematizan por los autores alemanes en tres tipos: la información sobre el diagnóstico («Diagnoseaufklärung»), la información sobre la evolución («Verlaussaufklärung») y la información sobre los riesgos («Risikoaufklärung»). El Dr. Deutsch perfila el concepto de cada una de estas informaciones, para estudiar luego lo que la doctrina alemana llama el «privilegio terapéutico», en cuya virtud puede el médico silenciar al enfermo la trascendencia de su enfermedad, cuando la información pudiera producir trastornos psicológicos que influirían en la curación. El autor trata de conciliar el «privilegio terapéutico» con el deber de documentación analizado por Wasserburg en el artículo antes reseñado— y con el derecho al examen de tal documentación, sosteniendo que el privilegio terapéutico debe hacerse constar en el historial clínico del enfermo, pero sin que el enfermo tenga acceso a tal anotación.

KLAUS WASSERBURG: «*Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten*» (La obligación médica de llevar documentación en interés del enfermo), NJW, núm. 12, año 1980.

Parte el presente artículo de la reciente proliferación de decisiones judiciales en que se impone a los médicos la obligación de elaborar y reunir toda la documentación relativa a la enfermedad de cada paciente. Afirma el autor que tal obligación deriva de un previo derecho del enfermo a examinar su historial clínico y los resultados de los informes y análisis médicos, derecho que emana del propio contrato de tratamiento terapéutico («Behandlungsvertrag») celebrado con el médico. En caso de incumplimiento de tal obligación

de llevar la documentación, recae sobre el médico una obligación de indemnizar los perjuicios. La forma de hacer efectivo el cumplimiento de esta obligación por parte del cliente es el objeto fundamental del presente estudio, de carácter básicamente procesal. Concluye el autor destacando la enorme distancia que en este punto existe entre Derecho y realidad, pues los médicos están ya sobrecargados de trabajo con su misión de curar, y no pueden —según Wasserburg— ampliar su jornada laboral redactando informes y archivándolos.

BERNHARD HAHN: «Zulässigkeit und Grenzen der Delegation ärztlicher Aufgaben» (Admisibilidad y límites de la delegación de funciones médicas), *NJW*, núm. 37, año 1981.

El estudio lleva como subtítulo «el encargo de practicar extracciones, inyecciones y transfusiones de sangre dado al personal sanitario subalterno». La medicina moderna se caracteriza por una creciente especialización, no sólo a nivel científico, sino también a nivel práctico. Los ayudantes sanitarios son hoy de muy diversa índole, desde enfermeras a practicantes, y sus funciones no siempre están claramente delimitadas. Afirma el autor que la medicina clásica se ha automatizado, se ha convertido en una medicina «en cadena», «cronometrada», y de ahí que el médico haya de delegar muchas de sus funciones. La inseguridad jurídica existente en la materia por falta de una regulación que deslinde las tareas propias de cada uno de estos profesionales, y por la falta de una normativa que determine la responsabilidad del médico en cada caso, ha preocupado a los juristas alemanes, y ha originado una discusión doctrinal que se inicia con la obra de Goldhah-Schläger, «Peligros de la práctica de inyecciones y sus consecuencias jurídicas», publicada en 1948, y llega hasta este artículo del profesor Hahn, dando lugar a una extensa e interesante bibliografía recogida por este último.

3. Derechos reales.

FRANZ JURGEN SACKER y MARIAN PASCHKE: «Der Notweg im System: des de nachbarrechtlichen Zivilrechts» (El paso forzoso en el sistema de las normas civiles reguladoras de la vecindad), *NJW*, núm. 19, año 1981.

Los autores comienzan criticando la «provocante» afirmación de Livers, de que la regulación del paso forzoso carece de toda justificación histórica, sistemática y práctica, y señalando como finalidad de su estudio el determinar las bases político-jurídicas y dogmático-jurídicas sobre las que descansa la figura del paso forzoso. Analizan a continuación los párrafos 917 y 918 del Código civil alemán, que configuran el «camino forzoso» o «paso necesario» como limitación estatutaria de la propiedad y no como servidumbre. Critican también la mecánica repetición por los autores modernos de la doctrina decimonónica sobre la figura, sin indicar su fundamento actual, que según Säcker y Paschke, reside en el párrafo 14 de la Ley Fundamental y

en su concepción social de la propiedad. Estudian más adelante lo que llaman el estatuto constitucional del dominio, para adentrarse luego en los criterios que deben inspirar una moderna regulación del paso forzoso.

WINFRIED BROHM: «*Der Schutz privater Belange bei Bauplanungen*» (La protección de los intereses privados en el urbanismo), núm. 32, año 1981.

Tras indicar la actualidad del tema y narrar los antecedentes de hecho que han dado lugar a varias sentencias recientes del Tribunal Constitucional Alemán, el autor se adentra en el estudio de la doctrina contenida en las mismas, haciendo interesantes precisiones terminológicas de carácter general, entre otros casos, al determinar la naturaleza jurídica de los planes urbanísticos como «norma ejecutiva» («Vollzugsnorm»), por estar integrada por elementos normativos y ejecutivos («Nomativen- und Vollzugselemente»), al señalar como funciones del planeamiento la epropiatoria y la distributiva («Eingriff- und Zuteilungsfunktionen»), y al definir al conjunto de afectados por un plan urbanístico como «comunidad de sacrificios y de beneficios» («Opfer- und Nutzungsgemeinschaft»).

MARTIN LOFFLER: «*Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts*» (El derecho fundamental a la libertad de información como límite al derecho de la propiedad intelectual), NJW, núm. 5, año 1980.

Parte el autor de que la regulación alemana del derecho de propiedad intelectual da lugar a un auténtico monopolio («Urhebermonopol») incompatible con las exigencias de una sociedad democrática moderna. Esboza a continuación las dos grandes tendencias contrapuestas que se vienen perfilando en los últimos decenios en el campo de la propiedad intelectual: el derecho del autor a decidir sobre los aspectos incorporales y económicos de su obra, y el derecho del ciudadano a estar informado sobre los acontecimientos intelectuales de su época. Con la perspectiva de encontrar una fórmula conciliadora de ambas tendencias en el Derecho positivo vigente, el Profesor Löffler analiza los artículos de la Ley de Propiedad Intelectual de 9 de septiembre de 1965 («Urheberrechtsgesetz»), y concretamente lo referente al «derecho de cita» —distinguiendo, según la clasificación legal, las obras de citas, las citas largas o reproducciones literales de artículos o poemas, las citas breves y las citas o reproducciones de imágenes— concluyendo con una crítica a las excesivas restricciones impuestas por la ley en esta materia, y una propuesta de interpretación de ésta conforme con el artículo 5 de la Ley Fundamental.

DIETRICH REINICKE: «*Die Sicherung einer Gesamtschuld durch eine Grundschild auf del Grundstück eines Dritten*» (El aseguramiento de una obligación solidaria mediante una deuda territorial constituida sobre la finca de un tercero), NJW, núm. 40, año 1981.

Se estudia la hipótesis de disociación entre responsabilidad personal y real, con ocasión de una sentencia del Tribunal Supremo Federal, en que la

deuda territorial garantizaba una obligación solidaria. El autor analiza exhaustivamente los problemas prácticos que pudieran plantearse, en base a la introducción —en los antecedentes de hecho que dieron lugar a la citada sentencia— de diversas variaciones perfectamente sistematizadas.

4. Derecho de familia

UWE DIEDERICHSEN: «Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge» (La nueva regulación del derecho de cuidado paterno), NJW, núm. 1, año 1980.

Se trata —junto con el artículo de Belchous, aparecido en la «Hoja sobre Derecho de la Juventud y Beneficencia Juvenil»— de uno de los primeros estudios publicados sobre la patria potestad tras la reforma de 18 de julio de 1979. Diederichsen esboza las líneas maestras de la nueva Ley: suprime la expresión «poder paterno» y consagra la de «cuidado paterno», configura la relación entre padres e hijos como una obligación recíproca de atención y cuidado (parágrafo 1.618 a), impone la toma en consideración de la creciente capacidad y responsabilidad del hijo, y prohíbe las medidas educativas humillantes. Estudia a continuación el contenido de la patria potestad, analizando separadamente el «cuidado personal», el «cuidado patrimonial», la representación del hijo y las relaciones del hijo con terceros, para tratar luego con detenimiento los puntos que entrañan mayor novedad: la educación del hijo —en que se impone una atenta apreciación de su capacidad y aptitudes—, el internamiento del hijo con privación de libertad —para el que se establece un riguroso control judicial—, la protección del hijo frente al comportamiento negligente de los padres —que se lleva a cabo por el Tribunal de Tutelas—, y la entrega del hijo en «Familienpflege» o acogimiento familiar. Después analiza las características de la patria potestad tras el divorcio o la separación de los padres, concluyendo el autor su estudio afirmando que la nueva regulación se enmarca en ese secular intento de humanización del Derecho, y lo hace de forma tan clara y precisa que no planteará problemas a los Tribunales a la hora de su aplicación.

MANFRED ZULEEG: «Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme national gemischter Ehen» (Problemas constitucionales y administrativos de los matrimonios de distinta nacionalidad), NJW, núm. 22, año 1980.

Se trata de una comunicación presentada por el profesor Zuleeg a las «Jornadas sobre matrimonios entre extranjeros y alemanes» celebradas en Hofgeismar a principios del año 1979. El autor resume y sistematiza las disposiciones legales sobre la nacionalidad de los cónyuges, contenidas en la antigua «Ley sobre nacionalidad del Reich y del Estado» de 22 de julio de 1913 («Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz») y en la más reciente «Ley de Equiparación jurídica» de 18 de junio de 1957 («Gleichberechtigungsgesetz»). Afirma el autor que el antiguo principio de unidad familiar se ha visto sustituido por el principio de decisión individual. Las mujeres alemanas que

contraen matrimonio con un extranjero conservan la nacionalidad alemana; la conservan incluso cuando por imposición de la ley del marido, han de adquirir la nacionalidad de éste; pero si voluntariamente optan por la nacionalidad del marido, pierden la nacionalidad alemana. Las extranjeras que contraen matrimonio con un alemán no adquieren ya, por imperativo legal, la nacionalidad alemana, sino que hoy puede optar el cónyuge extranjero por adquirirla. El mismo principio de decisión individual rige en materia de domicilio, y el legislador ha suprimido el domicilio forzoso de la mujer. Por tanto, cada cónyuge puede tener uno o varios domicilios propios (de conformidad con el parágrafo 7 del BGB). A pesar de la obligación legal de vida en común (parágrafo 1.353 del BGB), la doctrina admite la diversidad de domicilios, derivada de la diversidad de lugares de trabajo.

PETER FINGER: «Die Eheaufhebung und das neue Scheidungsrecht (La nulidad del matrimonio y la nueva normativa del divorcio), NJW, núm. 29, año 1981.

Tras esbozar una interesante evolución histórica sobre la materia, con precisas indicaciones bibliográficas, el autor pone de relieve las discordancias existentes entre la «Primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial y Familiar de 1976 y la Ley de Matrimonio de 1938, al no alterar aquélla ningún precepto de ésta; el autor señala las coincidencias entre algunas causas de nulidad señaladas en la primera y algunas causas de divorcio enumeradas en la segunda, y pone luego en duda la posibilidad de deslindar en determinados casos nulidad y divorcio, e incluso la razón de que coexistan una y otra figura. Termina proponiendo reformas concretas del Derecho positivo, y fundamentalmente la derogación de los párrafos 28 y siguientes de la Ley de Matrimonio.

GERRIT LANGENFELD: «Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt in der Praxis (Los pactos sobre alimentos posteriores al matrimonio, en la práctica), NJW, núm. 44, año 1981.

En base al nuevo parágrafo 1.585 c) del Código civil alemán, reformado por la «Primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial y Familiar de 1976 («los cónyuges pueden celebrar pactos sobre el deber de alimentos para el tiempo posterior al matrimonio»), que tiene su fundamento en el también reformado parágrafo 1.408 («los cónyuges pueden regular sus relaciones patrimoniales mediante contrato, y especialmente pueden también revocar o modificar tras la celebración del matrimonio su régimen económico matrimonial»), Langenfeld plantea la problemática que tales pactos pueden suscitar.

JÜRGEN SONNENSCHNEIN: «Interner Steuerausgleich zwischen veranlagter Ehegatten (El prorrateo fiscal interno de los cónyuges gravados conjuntamente), NJW, núm. 6, año 1980.

La compensación económica que ha de producirse entre los cónyuges, cuando uno de ellos satisface íntegramente un impuesto que recae sobre

ambos, no está regulada en el Derecho alemán. El problema se plantea con especial agudeza, según el autor, en los casos de disolución del matrimonio, en que las prestaciones de nivelación («Ausgleichsansprüche») pueden alcanzar gran importancia económica. Sonnenschein traslada el problema al terreno civil, dado el paralelismo entre el parágrafo 44 de la «Abgabenordnung» u Ordenanza Tributaria y el parágrafo 421 del Código civil, pues en ambos casos se plantea un problema de compensación interna por el pago de una deuda solidaria. Aplicando esta técnica civil, analiza el autor las consecuencias que en la esfera interna se producen, según que el impuesto satisfecho sea el que grava la renta o el patrimonio.

JAN SCHAPP: «Die Leistung der Frau in der Ehe und ihre Bedeutung für den Unterhaltsanspruch der Frau nach Scheidung» (El trabajo de la mujer en el hogar y su importancia para la reclamación de alimentos tras el divorcio), ZGF, año 1980.

Las principales innovaciones operadas por la llamada «Primera Ley para la Reforma del Derecho Matrimonial y Familiar», de 1976, han recaído sobre la institución del divorcio, y dentro de ella, sobre la pensión de alimentos, que ha pasado de estar fundada en el principio subjetivo de culpabilidad («Verschuldensprinzip»), a estar fundada en el principio objetivo de desintegración del matrimonio («Zerrütungsprinzip»). Según SCHAPP, la regulación sobre la materia descansa sobre dos ideas básicas: la de que, por regla general, cada cónyuge ha de ocuparse de su propio mantenimiento, con su propio trabajo; la de que, excepcionalmente, en determinados casos —que se enumeran detalladamente en los párrafos 1.570 a 1.573 del BGB— esta posibilidad de trabajo no existe, y el otro cónyuge debe satisfacerle una pensión alimenticia. Esta obligación cesa, según la ley, cuando el cónyuge sin medios de subsistencia adquiere un trabajo estable. Los autores fundan este deber de auxilio económico en un «principio de solidaridad postmatrimonial» («nacheheliches Solidaritätsprinzip»). Schapp añade a la anterior justificación el principio constitucional de equiparación de sexos («Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter»): el legislador ha tenido presente que dos terceras partes de las mujeres son —en la sociedad alemana— amas de casa, y su situación de inferioridad tras el divorcio debe remediarse con un auxilio económico del marido. Hoy se reconoce ya, afirma el autor, que la actividad de la mujer en el mantenimiento del hogar, y la ocupación profesional del marido, tienen un valor equivalente; sin embargo, al producirse el divorcio, la mujer ve destruido su lugar de trabajo, su mundo laboral, mientras los del marido permanecen intactos. «El sacrificio que el divorcio impone a la mujer es mayor que el del marido. Y el marido debe ser obligado a participar en ese sacrificio. «La obligación de prestar alimentos está fundada por tanto, en su esencia, en una razón espiritual». Termina el autor analizando el parágrafo 1.579, I, 1 del BGB, en que se excluye el deber de satisfacer la pensión «cuando el matrimonio fue de corta duración», —precepto que Schapp funda en que sólo puede hablarse de sacrificio de la mujer cuando la entrega de su vida

a las tareas del hogar ha tenido cierta duración—, y examinando la hipótesis de que el divorcio tenga origen en la iniciativa de la mujer, pero sin que exista un motivo aparente.

HANS-WERNER FEHMEI: «Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung verfassungswidrig?» (¿Es conforme con la Constitución la prohibición de que la patria potestad se ejerza conjuntamente tras el divorcio?), ZGF, año 1980.

Antes de centrarse en el tema de su estudio, el autor analiza las vicisitudes del Anteproyecto de Ley sobre el cuidado paterno de 1973 hasta su cristalización en la Ley de 18 de julio de 1979, deteniéndose en las diferencias de criterio existentes entre los partidos políticos, y examinando numéricamente las votaciones, pretendiendo con todo ello —al parecer— explicar la existencia de contradicciones en el texto legal. Estudia a continuación aquellos preceptos del «Código de la Familia y la Tutela polaco de 1965, relativos a la patria potestad, y especialmente el que permite a los Jueces encomendar la patria potestad de los hijos a ambos padres conjuntamente, tras el divorcio de éstos; afirma el autor que este criterio jurisprudencial era también el más frecuentemente aplicado en Alemania, antes de la entrada en vigor de la nueva Ley. Sin embargo, hoy dispone el parágrafo 1.671, IV, 1, del BGB que «tras el divorcio de los padres, el cuidado paterno podrá transmitirse a uno sólo de ellos, con lo que, según Fehmel, se vulneran dos preceptos de la Ley Fundamental de la República Federal: el 6, apartado 2.º, en que el cuidado y la educación de los hijos se consideran un derecho natural de ambos padres, y el 3, apartado 1.º, en que se afirma que todos los hombres son iguales ante la Ley. Concluye el autor afirmando que, mientras en el Derecho extranjero —polaco, sueco y estadounidense— se sigue el criterio de atribución conjunta de la patria potestad a ambos padres, tras el divorcio, en la República Federal de Alemania se adopta el criterio contrario, imponiendo restricciones que antes no existían y adoptando un criterio regresivo. Considera finalmente deseable un inmediato pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el tema.

II. DERECHO MERCANTIL

HANS-HEINRICH SCHMIEDER: «Deutsches Patentrecht in Erwartung des europäischen Gemeinschaftspatents» (El Derecho alemán de patentes a la espera de la patente de la Comunidad Económica Europea), NJW, número 22, año 1980.

El autor, Magistrado del Tribunal Federal de Patentes, analiza las normas que rigen en la Comunidad Económica Europea en materia de patentes, contenidas en el «Convenio Internacional de Luxemburgo sobre Patente Europea» de 1975, que sienta las bases para una posterior unificación jurídica sobre la materia, y que se espera sea ratificada por todos los países que aún no lo han hecho, integrantes de la Comunidad, en este año 1982, y el

«Convenio de Munich sobre Patente Europea de 1976, que crea la Oficina Europea de Patentes en Munich, y que ha iniciado ya sus trabajos. En espera de una próxima normativa comunitaria sobre patentes, los distintos países integrantes del Mercado Común tratan de adaptar su legislación interna, lo que en Alemania se ha llevado a cabo a través de dos cuerpos legales: la «Ley sobre el Convenio Internacional de Patentes», promulgada en 1976 y la «Ley sobre la Patente Comunitaria y para la modificación de las disposiciones sobre patentes» de 1979, que entró en vigor el 1 de enero de 1981. Schmieder afirma que el Derecho europeo de patentes debe coexistir, en una primera fase, con normas de Derecho interno, pero en una fase posterior, cuando se haya logrado la plena unificación jurídica, ese Derecho comunitario debe regular con exclusividad la materia. La ventaja de una previa adaptación de las normas alemanas a la regulación internacional es doble: por una parte facilita la posterior unificación, y por otra permite gozar de una fase de prueba de gran utilidad para la práctica jurídica.

WERNER FLUME: «Zur Enträtzelung der Vorgesellschaft» (Hacia el desentrañamiento de las sociedades en formación), NJW, núm. 33, año 1981.

El artículo, que lleva por subtítulo «una investigación suscitada por la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 9 de marzo de 1981», trata de desentrañar lo que en Alemania se ha dado en llamar «el enigma de las sociedades en formación», enigma que deriva no tanto de su objeto —según afirma el autor— como del tratamiento que recibe de la doctrina. El problema central de las sociedades en formación reside en el régimen de su responsabilidad por los negocios emprendidos en tal situación, que Flume analiza respecto del caso concreto contemplado en la citada sentencia. El autor distingue el régimen de responsabilidad anterior y posterior a la inscripción en el Registro Mercantil, afirmando que en la primera situación existe una responsabilidad ilimitada de los socios respecto de los terceros, y en el segundo una simple obligación interna de desembolsar el «Stammkapital» o capital social originario.

III. DERECHO PROCESAL

HANNS PRÜTTING: «Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung» (Los fundamentos del proceso civil en el cambio de la legislación), NJW, núm. 8, año 1980.

En estos últimos años se ha desarrollado en Alemania una vertiginosa actividad legislativa en materia procesal, tendente a actualizar la vetusta «Ley Procesal Civil de 1877, reflejada fundamentalmente en la «Ley Modificativa de la Jurisdicción» de 1974 («Gerichtsstandsnovelle»), la «Ley sobre competencias de las Audiencias Provinciales y de simplificación de los procedimientos judiciales» de 1974, la «Ley sobre modificación del derecho de revisión en asuntos civiles de 1975, la «Primera Ley de Reforma del Derecho Matrimonial y Familiar» de 1976, la «Ley para la simplificación y agilización del proce-

dimiento judicial» de 1976, la «Ley para la agilización y clarificación de los procedimientos laborales» de 1979 y la nueva «Ley de Tribunales de Trabajo» del mismo año. A la vista de la rápida evolución legislativa que ha tenido lugar, Prütting se pregunta si los cambios de Derecho positivo han llevado consigo una sustancial alteración de los principios en que tradicionalmente se asentaba el Derecho procesal. Analiza las opiniones doctrinales: las de aquellos que —como Wassermann— afirman que se ha creado un nuevo Derecho procesal, y las de aquellos que —como Wolf y Nagel— sostienen que, a pesar de las importantes innovaciones introducidas, los antiguos conceptos se mantienen incólumes. El autor de este artículo estudia el problema respecto de dos cuestiones concretas: la obligación del Juez de apreciar la prescripción extintiva consumada y el valor de las sentencias de las Audiencias Territoriales, y afirma, como conclusión, que no puede hablarse, a la vista del cambio legislativo, de una alteración de los fundamentos del sistema procesal.

IV. DERECHO PENAL

HORST WOESNER: «*Neuregelung der Tötungstatbestände*» (Nueva regulación de los delitos con resultado de muerte), NJW, núm. 21, año 1980.

El Magistrado del Tribunal Supremo Federal Horst Woesnerf critica los tipos delictivos contenidos en los parágrafos 211 y 212 del Código penal alemán, que fueron redactados en su versión actual por la ley de 4 de septiembre de 1941, bajo el epígrafe «asesinato y homicidio». Según el autor, la tipología legal «depende de premisas ético-sociales, que deben sustituirse por «perspectivas estrictamente racionales. Tras analizar con rigor los elementos que configuran cada uno de los delitos, propone una fórmula concreta de regulación, contenidas en cinco artículos, que tratan sucesivamente: del homicidio —al que se limita a señalar una pena mínima de cinco años—; del asesinato —que define por vía de enumeración de circunstancias concurrentes, y al que señala la pena de reclusión perpetua—; de las circunstancias atenuantes de los dos delitos anteriores —fuerte excitación, compasión y desesperación, determinando que la presencia de alguna de ellas reduzca la pena a un tiempo de seis meses a cinco años—; la muerte causada con consentimiento de la víctima —para la que reitera la pena anterior—; y la muerte causada por la madre a su hijo al tiempo de su nacimiento, que dará lugar a la misma pena de privación de libertad por un período de seis meses a cinco años.

V. DERECHO ADMINISTRATIVO

HANS-JÜRGEN PAPIER: «*Das neue Staatshaftungsrecht*» (El nuevo derecho de responsabilidad estatal), NJW, núm. 43 de 1981.

Continuando con la reforma de las leyes de procedimiento administrativo, el legislador alemán, tras diez años de trabajos preparatorios, ha ela-

borado una nueva ley reguladora de la responsabilidad administrativa: la «Staatshaftungsgesetz» de 26 de junio de 1981. En ella se consagran los nuevos principios que informan la responsabilidad de la Administración del Estado, estableciendo un ámbito más amplio de responsabilidad, en cuanto que ésta es exigible «si los poderes públicos incumplen una obligación de Derecho público que les incumbe en relación a otros, debiendo responder aquéllos del daño causado, con arreglo a los preceptos de esta Ley (parágrafo 1.º). Supone esta regulación legal un notable cambio en relación con las normas que hasta el momento articulaban la responsabilidad administrativa (parágrafo 839 del Código civil alemán y 34 de la Ley Fundamental), pues la Administración del Estado ha de responder hoy no sólo indirecta o mediatamente de los daños causados por funcionarios o autoridades, sino que se impone también una responsabilidad directa e inmediata. El origen de esta responsabilidad administrativa —directa e inmediata— lo constituye hoy el incumplimiento de las obligaciones de Derecho público que incumben a los titulares de poderes públicos, y no de la comisión por los mismos de un ilícito civil, que contempla el parágrafo 839 del BGB, por lo que la responsabilidad administrativa pierde sus raíces iusprivatistas. Resume el autor la nueva situación legal afirmando que «la responsabilidad administrativa es, por tanto, una responsabilidad «primaria», con lo que el principio de responsabilidad subsidiaria de las vigentes normas de responsabilidad de los funcionarios (del parágrafo 839, I, 2 del BGB) desaparece totalmente». Este ámbito tan amplio de responsabilidad se pone de manifiesto también en los párrafos 2 y 3 de la «Staatshaftungsgesetz», pues la pretensión de resarcimiento debe comprender no sólo la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios causados, sino también la eliminación de todas las consecuencias que de ella se derivan. También recoge la nueva regulación importantes innovaciones en relación a otros aspectos de la responsabilidad (determinación de los daños; determinación del concepto de «autoridad»; deslinde respecto de la responsabilidad de Derecho privado; forma de reparación de los perjuicios causados; reconocimiento de los derechos lesionados), que completan así la regulación positiva de tan importante institución.