

El Derecho de familia en Alemania

(Orientaciones y tendencias desde la promulgación del BGB hasta la actualidad) (1)

CARLOS MELON INFANTE

SUMARIO: A) 1. El Derecho de familia en el BGB. 2. La reglamentación legal de la familia en el BGB y la realidad social actual.—B) 3. La evolución del Derecho civil alemán desde la entrada en vigor del BGB. Sus etapas y repercusión conceptual y legislativa de cada una de ellas en el Derecho de familia. a) Primera etapa: Desde la vigencia del BGB hasta la terminación de la Primera Guerra mundial (1900-1918). 4. b) Segunda etapa: República de Weimar (1919-1933). 5. c) Tercera etapa: Régimen Nacional-socialista. Segunda Guerra mundial (1933-1945). 6. d) Cuarta etapa: Desde la terminación de la segunda Guerra mundial. Aparición de las dos Alemanias (a partir de 1945). 7. I) República Federal Alemana. 8. II) República Democrática Alemana. 9. Breve referencia al Proyecto de Código de familia de 1954.—C) 10. El problema de la equiparación jurídica de varón y mujer. 11. Significación del principio de equiparación considerado en general y en relación con el Derecho de familia. 12. El problema de la equiparación en la República Democrática: a) Fases legislativas. b) Aspectos fundamentales. 13. El problema de la equiparación en la República Federal: a) Fases legislativas: I. Primera fase. II. Segunda fase. III. Tercera fase. b) Referencia a la Ley de equiparación de 18 de junio de 1957: I. Génesis de la Ley. II. Estructura y finalidad de la Ley. c) Aspectos fundamentales de la equiparación de los sexos en el Derecho de familia según la Ley de equiparación de 1957: I. Efectos del matrimonio en general. II. Régimen matrimonial de bienes: A) Régimen legal. B) Régimen contractual. III. Obligación de alimentos entre parientes. IV. Relaciones paterno-filiales: A) En general. B) Patria potestad. C) Filiación ilegítima. D) Adopción. V. Tutela. VI. Modificaciones en el Derecho sucesorio. VII. Modificaciones en la Parte general. 14. Consideración final.

(1) La finalidad de este trabajo es ofrecer un estudio sobre el estado actual del Derecho de familia en Alemania (quizá dijéramos mejor en «las dos Alemanias») y sobre las tendencias y orientaciones que han presidido su evolución desde la promulgación del BGB hasta la actualidad, haciendo objeto de especial interés al problema de la equiparación jurídica de los sexos. Dada la materia de este estudio es fácil comprender que ha de tener un carácter esencialmente informativo, al mismo tiempo que un acusado matiz de generalidad, ya que la evolución y desarrollo del Derecho de

A) 1. *El Derecho de familia en el BGB.*—El Código civil alemán, promulgado el 18 de agosto de 1896 y entrado en vigor el 1 de enero de 1900 (2), dedica al Derecho de familia, aparte de algunas normas distribuidas a lo largo de su articulado, el Libro IV (§§ 1.297 a 1.921). El contenido de este Libro IV, fuente principal del Derecho de familia alemán y cuya configuración, como indica BEITZKE (3), se debe sobre todo a PLANCK, se distribuye en tres partes o secciones, destinadas respectivamente al

familia no es sino un aspecto o consecuencia de la evolución general del Derecho Privado. Advertimos que la redacción de este trabajo queda cerrada a fines de abril de 1958; hasta entonces, pues, alcanzan las citas y datos indicados. Las abreviaturas utilizadas han sido las siguientes: ACP = Archiv für die civilistische Praxis; AOR = Archiv des öffentlichen Rechts; ASP = Arbeit und Sozialpolitik; BadWürttNotZ (BWNNotZ) = Mitteilungen aus der Praxis. Zeitschrift für das Notariat Baden-Württemberg; BB = Der Betriebs-Berater; Betrieb = Der Betrieb; BetrV (BV) = Betriebsverfassung; DGVZ = Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung; DNotZ = Deutsche Notar-Zeitschrift; DOV = Die öffentliche Verwaltung; DRiZ = Deutsche Richterzeitung; DRZ = Deutsche Rechtszeitschrift; DVB = Deutsches Verwaltungsblatt; EF (FamRZ) = Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht; GmbH-Rundschau = Gesellschaften mit beschränkter Haftung-Rundschau; JB = Juristische Blätter; JR = Juristische Rundschau; Justiz = Die Justiz. Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg; JW = Juristische Wochenschrift; JZ = Juristenzeitung; KKZ = Kommunale Kassen Zeitschrift; KTSW = Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtswesen; MDR = Monatschrift für Deutsches Recht; NJ = Neue Justiz. Zeitschrift für Recht und Rechtswissenschaft (Alemania Oriental); NJW = Neue Juristische Wochenschrift; OAKR = Osterreichische Archiv für Kirchenrecht; RA = Recht der Arbeit; RabelsZ = Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; Recht GmbH = Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung; RJ = Recht der Jugend; RL = Recht der Landwirtschaft; Rpfleger = Der Deutsche Rechtspfleger; SchlHolstsAnz = Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein); SJZ = Süddeutsche Juristenzeitung; StAZ (StaZ) = Das Standesamt, Zeitschrift für das Standesamtswesen; UJ = Unsere Jugend; VersR (VR) = Versicherungsrecht; ZBeaR = Zeitschrift für Beamtenrecht; ZBlJugR = Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt; ZBISozV (ZBISV) = Zentralblatt für Sozialversicherung; ZFW = Zeitschrift für der Fürsorgewesen; ZMR = Zeitschrift für Miet und Raumrecht; ZSchwR (ZSR) = Zeitschrift für Schweizerisches Recht; ZZZP = Zeitschrift für Zivilprozess. Todas estas revistas se citan por año y página, salvo el ACP que, siguiendo la costumbre alemana, se cita por tomo y página; los años correspondientes a los tomos citados de esta revista son éstos: tomo 150, 1951; tomo 151, 1952; tomo 152, 1953, tomo 153, 1954; tomo 154, 1955; tomo 155, 1956; tomo 156, 1957; tomo 157, 1958. Otras abreviaturas empleadas son las siguientes: BGB = Código Civil Alemán; GG = Ley Fundamental de Bonn de 1949; ZPO = Ordenanza Procesal Civil Alemana; DDR = República Democrática Alemana (Alemania Oriental); BR (BRD) = República Federal Alemana (Alemania Occidental).

(2) Sobre las vicisitudes de elaboración de este Código cfr., por ejemplo, ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 14.ª ed., Vol. I. Tubinga, 1952, 30-36, especialmente 32-35.

(3) BEITZKE: *Familienrecht. Ein Studienbuch*, 4.ª ed. Munich-Berlín, 1955, 5.

matrimonio, al parentesco (parentesco en general y filiación) y a la tutela.

La regulación que del Derecho de familia ofrece el BGB se caracteriza por *dos notas fundamentales*, cuyos ecos resuenan con frecuencia en distintos lugares de la ordenación. Estas dos notas o características, que en cierto modo no son sino una consecuencia de los principios ideológicos a que el Código responde, fruto de la época de su elaboración (4), son las siguientes: a) carácter patriarcal y conservador; b) carácter transaccional. El carácter patriarcal y conservador que ofrece la familia, tal como ésta se configura en el BGB, ha sido puesto de manifiesto insistentemente por los autores alemanes. «El Derecho de familia (del BGB), nos dice LANGE, parte del matrimonio como base y fundamento de la familia, viendo en el marido y padre el jefe de esta comunidad...» (5). De una manera más clara alude expresamente al carácter patriarcal de la familia en el BGB, BEITZKE: «En el BGB, lo mismo que en las grandes codificaciones europeas, el Derecho de familia conserva todavía su carácter patriarcal tradicional» (6).

(4) Desde el punto de vista de la *técnica jurídica*, el BGB se caracteriza por estas peculiaridades: a) Ausencia de casuismo, con predominio de los principios abstractos; b) Aguda y penetrante formulación de los conceptos; c) Acusado rigor técnico en la construcción de las instituciones jurídicas; d) Rigor terminológico. Desde el punto de vista *moral* otorga el carácter de norma directriz en las relaciones humanas a la idea de la «fidelidad y la buena fe» (Treu und Glauben). Ello explica que el § 242 haya sido considerado, en la interpretación constructiva del Código, como una de sus normas básicas (Cfr. sobre esto WIEACKER, *Zur rechts-theoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tubinga, 1956. Cuaderno 193-194 de la serie *Recht und Staat*). También desde el punto de vista *moral* se advierte en el BGB una tendencia profundamente moralizadora y educativa de las costumbres. Considerado desde la vertiente *político-social y económica*, el Código responde al orden económico privado imperante en la época de su redacción: el orden individualista; pero un orden individualista mantenido en general dentro de los límites justos. Cfr. sobre estas cuestiones MELON INFANTE, *Código Civil Alemán* (BGB), traducción directa del alemán al castellano por ——. Barcelona, 1955, XI-XII. Pueden consultarse también LEHMANN: *Parte General*, trad. española de la 7.ª ed. alemana por NAVAS, Madrid, 1956, 57-61; LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 2.ª ed., Munich-Berlín, 1955, 18-23; ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, 51 y sigs.; DANCKELMANN, en PALANDT, *BGB. Kurskommentar*, 16 ed., Munich-Berlín, 1957, 3-4. Más ampliamente, BGB.RGR *Kommentar (Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar)*, tomo I, 10.ª ed., por DENECKE y OEGG, Berlín, 1953, 8 y sigs. De las características que adornan al BGB son, sobre todo, las peculiaridades técnico-jurídicas las que han hecho de él más que un Código popular un Código para juristas. Una fría técnica preside todo su contenido; por lo menos la mayor parte del mismo.

(5) LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil*, 21.

(6) BEITZKE: *Familienrecht*, 3. Inmediatamente a continuación añade: «Junto a esta circunstancia la emancipación de las mujeres, el trabajo de éstas en la vida profesional y en puestos importantes del Estado ha llevado a una equiparación jurídica de los sexos en el Derecho de familia, la cual equiparación fué considerada como norma programática en el ar-

En términos parecidos se manifiesta LEHMANN, cuando dice: «El BGB, fiel a la moral de la época, conserva la monogamia y el concepto patriarcal (y cristiano) del matrimonio, de acuerdo con el que el marido y padre tiene cierta posición preeminente» (7). Por último, es BOEHMER quien nos habla en cierto modo de un «patriarcalismo conservador» como nota que tiñe el Derecho de familia en el BGB (8).

Decíamos más atrás que la segunda nota que ofrece el Derecho de familia en el BGB es su carácter transaccional o de compromiso. Sus normas debieron dictarse haciendo frente a dos grupos de fuerzas contradictorias: la Iglesia y el Estado por una parte (9) y las corrientes feministas y antifeministas por otra. «El Derecho de familia del BGB, nos dice WOLFF, se forma en medio de profundas y acaloradas discusiones. Ante todo, se planteaban dos problemas cuya naturaleza podía encender la lucha con más encono que respecto a las otras partes de la Ley. Uno de estos problemas afectaba a las relaciones entre la Iglesia y el Estado en la esfera del Derecho matrimonial y, en particular, a qué actitud debía tomar el Estado frente a la Iglesia católica en las cuestiones de los impedimentos para el matrimonio, de la forma de contraerlo, de la admisión de las causas, en su caso, para el divorcio.

título 119 de la Constitución de Weimar, y elevada al rango de Derecho vigente en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn (en relación con el 117) y en el artículo 7 de la Constitución de la DDR de 7-X-1949.» Cfr. BEITZKE, 3-4. Sobre esta cuestión de la equiparación hemos de volver más adelante con amplitud.

(7) LEHMANN: *Parte General*, 59.

(8) «Descrito a grandes pinceladas, dice este autor, a pesar de la secularización del matrimonio y de la educación de los hijos y no obstante la debilitación de los lazos familiares personales y reales, el cuadro del Derecho de familia muestra todavía predominantemente unos rasgos fundamentales, en parte de carácter patriarcal-conservador y en parte de carácter benéfico-estatal; sin embargo, en el curso de más de cincuenta años de existencia de la Ley, a estos rasgos fundamentales se han ido superponiendo, sobre todo en materia de Derecho relativo a la Juventud (*Jugendrecht*), unas tonalidades de tipo socializante y liberal, y en el futuro, bajo los signos de la equiparación de la mujer y de los hijos ilegítimos, los indicados rasgos fundamentales deben irse tiñendo de un colorido alimentado tanto del Derecho natural como de las modernas tendencias sociales.» Cfr. BOEHMER: *Einführung in das bürgerliche Recht*, Tubinga, 1954, 79-80.

(9) Después de haber indicado que el Estado moderno no puede inhibirse de la reglamentación del matrimonio, afirma BEITZKE que el BGB adoptó en este aspecto, después de una prolongada lucha, la vía del compromiso. «Si bien es cierto que el Código ha mantenido el casamiento civil obligatorio que ya había sido introducido por la Ley sobre el estado de las personas de 1875, también lo es que en el llamado «Kaiserparagraph» (§ 1.588) determina que las obligaciones eclesiásticas en relación con el matrimonio quedan intactas. De esta forma el Derecho matrimonial eclesiástico y el estatal pueden coexistir, desenvolviéndose cada uno en su ámbito específico.» Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 1. Sobre el «Kaiserparagraph» cfr. LAUTERBACH, en PALANDT, BGB, *Kurkommentar*, § 1.588, 1.214.

El otro problema, que constituía un aspecto del problema general del feminismo, se refería a la posición jurídica de la mujer y de la madre en el orden personal y patrimonial. Durante mucho tiempo pareció que, sobre todo, el primer problema hacía peligrar totalmente la aprobación del BGB o al menos la regulación del aspecto personal del matrimonio dentro del Código. Aunque el peligro haya sido superado, el Derecho de familia, más que cualquier otra parte del BGB, tiene el carácter de una Ley transaccional y lleva impresas las huellas de la lucha» (10). En sentido análogo se expresa LEHMANN (11). Este carácter transaccional por un lado y la frialdad en la formulación de los conceptos por otro (12) son quizá las razones por las que el Derecho de familia del BGB nunca ha sido plenamente popular; el pueblo «no entraba» en los moldes legales. «La fría y objetiva formulación es poco comprensible desde el punto de vista humano y por ello nunca ha llegado a ser del todo popular» (13).

Indicadas ya las notas que adornan a la reglamentación positiva de la familia en el BGB, veamos brevemente cómo se nos presenta la *estructura del organismo familiar* en dicho cuerpo legal. El BGB carece de un concepto de la familia expresamente formulado y es preciso extraer de sus disposiciones los principios que nos permitan deducir qué estructura se atribuye en él al organismo familiar. Es frecuente afirmar que en la reglamentación legal de la familia en el BGB se observa una ausencia casi absoluta de sentido comunitario: la familia, más que como una comunidad, se considera como una mera suma o yuxtaposición de individualidades, no vinculadas entre sí a través de un sentido comunitario, sino únicamente como consecuencia de unos derechos

(10) Cfr. KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, ed. española de PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER-CASTÁN, vol. I, Barcelona, 1941, 1-2.

(11) «En sector alguno del Derecho privado se enfrenta el legislador con más difícil misión que en el Derecho de familia. En ningún otro son más fuertes los contrastes ni actúan más las fuerzas extrajurídicas. Y es que aquí se encuentran en contradicción lo individual y lo supraindividual; tendencias morales, concepciones de la vida frente a la rígida ordenación legal; idiosincrasia nacional y pensamientos finalistas; Iglesia y Estado; los sexos y las generaciones; la economía individual y la economía social; los intereses particulares y las exigencias sociales del bien del Estado; la salud y la educación del pueblo». Difícilmente podría encontrarse una descripción más feliz del cúmulo de problemas con que el legislador ha de enfrentarse al abordar la reglamentación legal de la familia. «En ningún otro sector—continúa LEHMANN—tiene por ello el Derecho positivo que presentarse al juicio crítico como una incorporación de la eterna tradición. Para el BGB rige de modo especial lo que antecede por tratarse de la obra de compromiso de una época de transición.» Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, trad. de la 2.^a ed. alemana por NAVAS, Madrid, 1953, 20. Cfrs. la consideración más detallada de algunos de los puntos concretos indicados en 21, 23, 24, 25, 26, 28 y sigs.

(12) Cfr. más atrás nota 4.

(13) BEITZKE: *Familienrecht*, 5. A la reglamentación de la familia en el BGB, lo mismo que a la reglamentación de otras muchas materias en dicho Código, le falta «calor humano».

y deberes que como tales individualidades les corresponden. Como representantes de esta forma de pensar pueden citarse, entre otros, LAUTERBACH y BEITZKE. El primero de estos autores, después de haber afirmado que la familia y el matrimonio son la base fundamental de la vida de la comunidad, y que sobre ambas instituciones se constituye el Estado y el Municipio, nos dice: «El BGB. no contiene determinación conceptual alguna sobre la familia, ni parte tampoco de ésta como comunidad, sino que, por el contrario, se limita a considerar los derechos y deberes de los miembros de la familia como personas individuales. Por esta razón, el Código tan sólo ve en la familia el conjunto de personas unidas por el matrimonio y el parentesco...» (14). En términos análogos expresa la misma idea BEITZKE: «En su reglamentación, el BGB no parte de la unidad de la familia y de la situación de sus miembros como pertenecientes a una comunidad, sino que parte de considerar a los miembros de la familia como individuos aislados que se relacionan recíprocamente en un plano de igualdad desde el punto de vista jurídico» (15). Semejante forma de enfocar, en su conjunto, la estructura de la familia; tal como ésta queda configurada en el Código alemán, nos parece exagerada, aunque en el fondo encierre una elevada dosis de exactitud. Es cierto que, en el BGB, lo mismo que en la mayoría de los Códigos modernos, la familia no tiene ya esa fuerza cohesiva de que disfrutó y sobre la que se apoyaba en otros períodos históricos, y en la que tan decisivo papel desempeñaba la «casa» (Haus) como soporte material sobre el que se constituía la comunidad doméstica (*Hausgemeinschaft*). Ahora bien, afirmar por esta circunstancia que en el BGB está concebida la familia con una ausencia total de la idea comunitaria nos parece inexacto y sin suficiente justificación. Lo que sucede es que es preciso distinguir, a efectos de determinar si la idea

(14) «Sin embargo, continúa el citado autor, la Ley no utiliza el concepto de una manera unitaria: en un sentido más estricto se emplea, por ejemplo en el § 6, número 2. Todavía con un alcance más restringido se comprende bajo el concepto en cuestión tan sólo a los cónyuges y a sus hijos. Más amplio que la familia es el concepto «Angehörigen» (parientes), tal como se utiliza, por ejemplo, en el § 530... La comunidad doméstica puede abarcar a personas no pertenecientes a la familia, §§ 617-619, 1.617, 2.028; por la comunidad en cuestión no se originan relaciones jurídico-familiares. El Derecho de familia, en el sentido de BGB, es el conjunto de disposiciones que regulan las relaciones jurídicas entre personas unidas por el matrimonio o el parentesco» (y surgidas, añadimos nosotros, como consecuencia de ese matrimonio o ese parentesco). Cfr. LAUTERBACH en PALANDT: BGB. *Kurzkommentar*, 1.079-1.080.

(15) «Por ello—continúa BEITZKE—la Ley intenta deslindar y asegurar los derechos recíprocos de los miembros de la familia. Se ocupa, en primer lugar, de las relaciones jurídico-personales del marido con la mujer y de los padres con los hijos. Sin embargo, de la situación dentro de la familia se derivan también diversas consecuencias de carácter jurídico-patrimonial, como los deberes de alimentos y las relaciones patrimoniales, surgidas de la administración del patrimonio del hijo o de la administración o aprovechamiento del patrimonial del otro cónyuge.» Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 2.

de la comunidad tiene o no reflejo en la reglamentación positiva del organismo familiar, dos tipos de familia completamente distintos: la *Grossfamilie* o familia en sentido amplio y la *Kleinfamilie* o familia en sentido estricto. Tal es la postura de BOEHMER, que no vacilamos en subscribir. Mientras que en la primera existe tan sólo una mera suma de relaciones interindividuales, en la segunda se aprecia con toda claridad una auténtica y genuina comunidad jurídica: una *echte Rechtsgemeinschaft*. «La descomposición de la vida jurídica de la familia, nos dice el autor citado, en una suma de relaciones aisladas interindividuales corresponde ciertamente al aspecto fáctico del parentesco en sentido amplio y de la afinidad en sentido amplio (*weitere Verwandtschaft* y *weitere Schwägerschaft*): en ambas clases de parentesco no existe ya en la realidad comunidad jurídica alguna, sino tan sólo una serie desligada de relaciones aisladas interpersonales de carácter autónomo, que se agotan en el deber recíproco de alimentos que afecta a los parientes (§ 1.601 BGB). Ahora bien, esto que queda indicado no puede predicarse por completo de la *Kleinfamilie* o familia en sentido estricto que se apoya en el «círculo estricto» (*engere Kreis*) constituido por los cónyuges y los hijos, con inclusión tanto de los hijos adoptivos como de los hijastros (16). En esta última clase de familia, continúa BOEHMER, subsiste aún hoy, a pesar de todas las modernas tendencias disolventes, una genuina comunidad jurídica que agrupa a todos sus miembros en una distribución funcional de cometidos para la común gestión de la vida y desarrollo económico, y que no puede considerarse conceptualmente como una mera suma de relaciones individuales» (17). Esta posición nos parece la exacta respecto a la estructura de la familia en el BGB, si bien ha de reconocerse, con el propio BOEHMER, que el carácter comunitario de la familia en sentido estricto no siempre resulta fácilmente reconocible en la reglamentación legal: se trata de una comunidad que no constituye una persona jurídica, ni que tampoco da lugar a un tipo de comunidad en mano común, sino que se apoya tan sólo en una tenue vinculación originada a través de unos deberes recíprocos de carácter personal y jurídico obligatorio (18). A nuestro juicio, la prueba más clara de que, con referencia a la familia en sentido estricto, late en el espíritu del BGB la idea de comunidad nos la ofrece su § 1.353 que

(16) Sobre el «círculo estricto» y el «círculo amplio» en el Derecho histórico alemán, distinción que creemos recogida en las palabras de BOEHMER al referirse, por un lado, a los parientes en sentido amplio y, por otro, al «círculo estricto», Cfr. PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. de la 3.^a ed. alemana por MELON INFANTE, Barcelona, 1957, 281-282. Cfr. también la versión alemana de esta obra: *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., Berlín-Gotinga-Heidelberg, 1949, 178-179. Además, MITTEIS: *Deutsches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 2.^a ed., Munich-Berlín, 1953, 45-46; HÜBNER: *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 3.^a ed., Leipzig, 1919, 626-629.

(17) BOEHMER: *Einführung*, 91.

(18) BOEHMER: *Einführung*, 91.

impone, recíprocamente, a los cónyuges la obligación de una *comunidad* matrimonial de vida (19).

2. *La reglamentación de la familia en el BGB y la realidad social actual.*—La configuración positiva de la familia en el Código civil alemán, adornada de las características y con la estructura que hemos dejado descrita, no se corresponde por completo con la realidad social actual. Entre la familia legal cristalizada en los textos del Código y la familia real ofrecida por la realidad existen profundas diferencias, que se han ido acentuando con el transcurso de los casi sesenta años de vigencia del BGB. Es muy discutible si, en la época de promulgación de éste, su regulación de la familia correspondía a la realidad; pero lo que ha de admitirse sin discusión es que la familia actual en Alemania es muy distinta a la que «pensaron» los redactores del libro IV del Código.

¿A qué se debe este dualismo entre realidad y legalidad? La respuesta surge en seguida con absoluta precisión y sin dejar lugar a dudas: el hecho de que la Ley y la vida sigan a veces distintos derroteros es debido a una circunstancia que se manifiesta en un doble sentido. En primer lugar, aun suponiendo que las Leyes en el momento de su elaboración estuvieran en plena concordancia con la vida real, ésta evoluciona mucho más deprisa y pronto «deja atrás» a los textos legales. En segundo lugar, lo que ocurre, y esto puede afirmarse incuestionablemente de la mayoría de los Códigos redactados en el siglo pasado, es que las Leyes «nacen ya viejas» debido a que casi siempre son más un fruto del pasado que una proyección para el futuro. El BGB no constituye una excepción en este aspecto. Como con plena razón ha dicho WIEACKER, refiriéndose a este cuerpo legal, «comparte la tragedia de tantas Leyes notables que son fruto y no simiente de las grandes tendencias jurídicas» (20).

Lo que queda indicado, unido a la falta de popularidad de la regulación (21), pronto hizo necesario que ésta, unas veces por

(19) Cfr. sobre el alcance y significación de esta obligación a la «comunidad matrimonial de vida», BEITZKE: *Familienrecht*, 38-50; LEHMANN: *Derecho de familia*, 99-102; KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, vol. I, 189-191. Tratamiento con más amplitud, LAUTERBACH, en PALANDT, BGB. *Kurskommentar*, § 1.353, 1.090-1.093; MARCHTALER: *Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz*, 1932. Breves referencias pueden encontrarse también en MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 4.^a ed., Berlín-Gotinga-Heidelberg, 1949, 85-86.

(20) Cfr. WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Gotinga, 1952, 288. En sentido análogo se expresa BOEHMER cuando afirma que «el BGB no sólo en su sistemática, técnica legal y estilo, sino también en su espíritu político, social y económico es más un hijo del siglo XIX que una madre del siglo XX... Elaborado al final de un período de fecunda producción en la Ciencia jurídica, el Código, con la mirada puesta en el pasado, reúne los tesoros de aquélla, y sólo en alguna ocasión añade a ellos materiales proyectados hacia el futuro.» Cfr. BOEHMER: *Einführung*, 78; también 90-91.

(21) Cfr. más atrás. Además, BEITZKE: *Familienrecht*, 5; ENNECERUS-

la vía de la interpretación constructiva y correctiva y otras mediante promulgación de Leyes especiales (22), se fuese adaptando a las nuevas realidades y a las modernas tendencias, que tantos y tan importantes impactos van causando en el Derecho de familia (23). La evolución de la familia, que cristaliza en su lenta pero profunda transformación (24), se opera fundamentalmente a través de tres circunstancias, cuya presencia en la sociedad moderna tiene por completo los rasgos característicos de la ordenación legal de la familia. Las tres circunstancias a que nos referimos son éstas: a) el creciente intervencionismo del Estado en el desarrollo y organización de la familia, que se traduce con frecuencia en una abundante legislación protectora y de fomento de carácter necesario y, en ocasiones, de naturaleza pública (25); b) el mejoramiento de la posición jurídica de la mujer en el seno de la comunidad familiar, mejoramiento que comenzó teniendo un mero eco constitucional y programático y que hoy cristaliza ya en la legislación (26); c) la debilitación de la cohesión familiar, en la cual

NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. I, 51, y la bibliografía citada en las notas 1, 2 y 3 de esa página.

(22) A las disposiciones más importantes dictadas en materia de Derecho de familia, desde la entrada en vigor del BGB hasta los momentos actuales, nos hemos de referir más adelante.

(23) Sobre las vicisitudes del que podríamos llamar «desarrollo progresivo» (*Fortentwicklung*) del BGB, en general y sin especial referencia al Derecho de familia, pueden consultarse los trabajos de ISELE: *Ein halbes Jahrhundert deutsches bürgerliches Gesetzbuch*, ACP, 150, 1 y sigs.; KISCH: *50 Jahre BGB*, NJW, 1950, 1; DÖLLE: *Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Gegenwart*, Tubinga, 1950 (Cuaderno 152 de la serie «Recht und Staat»). Además, el volumen dirigido por NIPPERDEY: *Fünfzigjahrfeier des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1950, y BOEHMER: *Einführung*, 65-83.

(24) Transformación que en cierto modo puede calificarse de «descomposición», como hace WOLFF al considerar la historia de la familia como la *historia de su descomposición*. Cfr. KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, vol. I, 2.

(25) «En la vida familiar—dice LEHMANN—confluyen la vida del individuo y la vida de la sociedad, y de ahí que el Derecho de familia sea aquel sector del Derecho privado donde mayores limitaciones ha de soportar la libertad individual. Ello, en primer término, en interés del progreso mismo de la familia; pero, además, y de modo indirecto, en interés de la sociedad y del Estado, construídos sobre la célula familiar. Y es que la vida y la evolución de un pueblo, su progreso económico y su situación política están supeditados al bienestar y perfección de la vida familiar. La familia es fuente constante de renovación del cuerpo social.» Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 28-29. BOEHMER, después de recoger las palabras de WOLFF, según las que la historia de la familia no es sino la historia de su descomposición (cfr. más atrás, nota 23), afirma que al propio tiempo la historia de la familia es la historia «de su mezcla paulatina con el *ius cogens* estatal y con unas facultades oficiales de inspección e intervención». A pesar de lo cual, prosigue el autor citado, la familia ha conservado hasta hoy en sus aspectos fundamentales su carácter de institución jurídica de Derecho civil, adornada, de una parte, de una naturaleza patriarcal y conservadora y, de otra de un sello liberal y de autonomía privada.» Cfr. BOEHMER: *Einführung*, 83; también 84-85.

(26) «El feminismo actual—nos dice también LEHMANN—se refiere, en

puede tener una cierta influencia la justa mejora que se aprecia en la situación jurídica de los hijos ilegítimos (27) (28).

primer término, a la evolución económica, y cabe afirmar que se trata de un impulso de la mayor importancia para la configuración del Derecho de familia. En la época de la promulgación del BGB se encontraba el movimiento feminista en sus comienzos. Después de haber alcanzado sus aspiraciones, por lo que se refiere a la equiparación política de la mujer y a su participación en los cargos públicos, se esfuerza por obtener la absoluta equiparación con el hombre en materia jurídico privada y en orden al Derecho de familia. Ya el BGB prestó cierta comprensión a tales aspiraciones, pero sosteniendo fundamentalmente el principio del matrimonio patriarcal y cristiano (sobre esto cfr. más atrás núm. 1). Según ello el matrimonio es una unión entre personas de igual valor, pero no de iguales derechos. La preordenación jurídica corresponde al marido, tanto en las relaciones con la mujer como con los hijos. Frente a esto sostienen los partidarios del feminismo el principio de un matrimonio estrictamente individualista, exigiendo la total eliminación del predominio del marido». (Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 26-27). A continuación, después de recoger el principio programático de la Constitución de Weimar que proclamaba la igualdad de derechos de ambos sexos, el autor que nos ocupa se extiende en consideraciones sobre la necesidad de reformar el Derecho de familia, en base a la equiparación de marido y mujer (LEHMANN escribía esto en 1948, año de la 2.^a edición de su *Familienrecht* posteriormente vertido al castellano). En 1949 la Ley Fundamental de Bonn, en su artículo 3, consagra el principio de «equiparación jurídica» de marido y mujer y no sólo de forma programática, sino dotándole incluso de una cristalización legislativa (cfr. art. 117). Semejante cristalización tuvo en principio un mero carácter negativo, puesto que se tradujo en una derogación de normas que no fué acompañada de la promulgación de las que habían de sustituirlas. Posteriormente, y después de una lenta gestación, se ha dictado la Ley de 18-VI-1957, que ofrece el desarrollo legislativo del principio constitucional de «equiparación jurídica» de marido y mujer plasmado en el artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Sobre el principio de equiparación y los problemas que ha traído consigo (sobre todo hasta la promulgación de la Ley citada) volveremos más adelante. De momento cfr. MELON INFANTE: *Código civil alemán*, trad. cit., XIX-XXI.

(27) «Pocas cuestiones—afirma BEITZKE—plantean a una adecuada regulación por parte del Ordenamiento jurídico tantas dificultades como las que lleva aparejadas el problema de los hijos legítimos. Precisamente por ello las soluciones que se dan a este problema en los distintos Derechos son tan profundamente diferentes. Las normas del BGB son poco satisfactorias, puesto que en este punto se respira en él, mucho más que en sus restantes partes, el espíritu de una época completamente superada. Es preciso reconocer la necesidad de proteger la divinidad del matrimonio; ahora bien, esta meta no justifica lo suficiente la dura imposición de que se hace objeto a los hijos ilegítimos; es cierto que éstos existirán siempre y con una amonación en su posición jurídica. Pero en todo caso es falso y absurdo hacer sufrir al propio hijo las consecuencias derivadas de las circunstancias en que tuvo lugar su nacimiento. Al hijo ilegítimo deben serle ofrecidas, por lo menos, las mismas posibilidades de desarrollar su vida que las que se ofrecen al hijo legítimo, aunque, por otra parte, su situación jurídica, por una serie de circunstancias en las que ha vivido, no pueda equipararse por completo a la que ocupa la descendencia legítima. Además como los padres, tratándose de hijos ilegítimos, se desentienden con frecuencia de la necesaria educación común para el hijo, éste queda especialmente necesitado de protección...» «El BGB, añade a continuación el autor citado, regula la posición jurídica de los hijos ilegítimos de una manera del todo insatisfactoria desde el punto de vista de nuestra mentalidad jurídica actual. A partir del

En los apartados siguientes, al referirnos a la repercusión que ha tenido en el Derecho de familia cada una de las etapas de la evolución del Derecho civil alemán a partir de la vigencia del BGB, quedará indicada la plasmación legislativa de cada una de las circunstancias apuntadas.

B) 3. *La evolución del Derecho civil alemán desde la entrada en vigor del BGB. Sus etapas y repercusión conceptual y legislativa de cada una de ellas en el Derecho de familia.* a) *Primera etapa: Desde la vigencia del BGB hasta la terminación de la Primera Guerra Mundial (1900-1918).*— La evolución del Derecho civil alemán, a partir de la entrada en vigor del BGB, se caracteriza por dos hechos que se producen inexorablemente en todos los países de Derecho codificado. El texto fundamental en que plasma el Derecho privado está constituido por el Código civil res-

artículo 121 de la Constitución de Weimar el mejoramiento de la posición de los hijos ilegítimos es un programa constitucional» (vid. también art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn y art. 31 de la Constitución de la DDR). Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 140-141 y bibliografía allí citada. La Ley de protección a la juventud de 1922 ha introducido ciertas mejoras en la situación de los hijos ilegítimos. Ha habido también proyectos oficiales de reforma de la Legislación en este punto en 1925, 1929 y 1935, y de carácter privado en 1929 y 1935. Sobre esto, BEITZKE: *Familienrecht*, 141. Cfr. también apreciaciones breves sobre la cuestión en LEHMANN: *Derecho de familia*, 364-371 (bibliografía en 371); KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, edición española de PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER-CASTÁN, vol. 2, Barcelona, 1946, 18r y sigs. con bibliografía; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 143-149 (bibliografía 143-144); LAUTERBACH, en PALANTD: *BGB. Kurzkomentar* (16.ª ed., 1957), 1276 y sigs.; BOEHMER: *Einführung*, 112-114.

(28) La producción bibliográfica alemana en torno a la transformación de la familia y a las tendencias y postulados que condicionan su estado actual es muy abundante. Sirva de ejemplo la que recogemos a continuación: HARING: *Sociologie der Familie (Die Familie und ihre Umwelt)*, Salzburgo, 1954; SCHELSKY: *Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart*, 3.ª ed., Stuttgart, 1955; WURZBACHER: *Leitbilder gegenwertigen deutschen Familienlebens*, 2.ª ed., Stuttgart, 1954; LECLERQ-BOUDET: *Die Lage der Familie in Europa (Krise und Erneuerung der Familie, Familienaktion und Familienpolitik)*, en «Dokumente», 1952, 6, 438 y sigs.; FICKER: *Über die Bewahrung familienrechtlicher Grundbegriffe*, *StaZ*, 1952, 217; WURZBACHER: *Wandel und Bedeutung der Familie in der modernen Gesellschaft*, en cuaderno 13 de la serie «Kirke im Volk»: *Die Familie im Umbruch der Gesellschaft* (Stuttgart, 1954), 4; CZERNIK: *Europäische und deutsche Familienaktion und Familienorganisationen*, ibidem, 21; GECK: *Gestalt und Gestaltung der Familie (Einführung in die Familiensoziologie und Familienpolitik)*, en *Carl-Sonnenschein-Blätter*, 1954, 94; RANKE: *Evangelische Aktionsgemeinschaft für Familienfragen: Leitsätze für familiengerechte Politik*, EF, 1954, 9; MAUNZ: *Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie* (art. 6 GG), EF, 1956, 1; JOSTOCK: *Wandlungen im soziologischen Bild der deutschen Familie*, en «Stimmen der Zeit», tomo 153, 334 y sigs. Puede consultarse también el escrito aparecido en la «Herder-Korrespondenz», *Der Kampf um die Familienrechtsreform in der Bundesrepublik*, año VII, abril 1954, págs. 340 y sigs.

pectivo que, no obstante las modificaciones que pueden afectarlo, en el fondo continúa *siendo el mismo* en tanto no se produzca su derogación en bloque. El segundo de los hechos apuntados surge como consecuencia lógica y atenuadora del anterior. Precisamente por la circunstancia de que el Código continúa siendo el mismo, a través de muy diversos escenarios sociales y políticos, sus disposiciones han de irse adaptando a las nuevas realidades jurídicas en que han de desenvolverse. Esta labor de adaptación se realiza fundamentalmente por la doctrina y la jurisprudencia (29) y en parte también por el propio legislador.

La evolución del Derecho privado en Alemania, desde el año 1900, se consuma en unas etapas o fases perfectamente diferenciadas y cada una de ellas consecuencia inmediata de los acontecimientos políticos y sociales que, en lo que va de siglo, se han producido en el país. Con referencia al BGB la línea directriz de la evolución viene dada por una progresiva (hasta el régimen nazi), desmesurada (nazismo) y de nuevo adecuada atenuación (a partir de 1945) de los principios individualistas a que el Código responde (30) (31).

Refirámonos ahora a estas fases o etapas a que acabamos de hacer referencia.

a) La *primera de estas etapas* abarca desde la entrada en vigor del BGB hasta la terminación de la Guerra Europea (1900 a 1918). En el terreno de los principios se caracterizan estos primeros años de vida del Código por un acusado positivismo conceptual, consecuencia en cierto modo de la admiración inicial que el gran monumento legislativo produjo en la doctrina y en la juris-

(29) Quizá el ejemplo más característico del alcance que puede tener esta misión doctrinal y jurisprudencial, en relación con el texto de la Ley, nos lo ofrece el mecanismo y configuración que hoy se atribuye al principio general de «fidelidad y buena fe» (*Treu und Glauben*) en las relaciones humanas, extraído del § 242 del BGB. Cfr. sobre esto el trabajo de WIEACKER citado en la nota 4. Además, DANKELMANN, en PALANDT, en BGB. *Kurzkommentar* (16.^a ed., 1957, § 242. 178-188; DENECKE-OEGG, en *BGB.RGRKommentar*, I, 10.^a ed., 1953, § 242, 439-452; BOEHMER: *Einführung*, 69, 81, 82, 150, 248, 250-251; ENNECCERUS-LEHMANN: *Recht der Schuldverhältnisse*, 14.^a ed., Tubinga, 1954, 17-22; BLOMEYER: *Allgemeines Schuldrecht*, Berlín, 1953, 21 sigs. y 152 sigs.; LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allgemeiner Teil, Munich-Berlín, 1953, 78-89; MOLITOR: *Schuldrecht*, I, Allgemeiner Teil, 4.^a ed., Munich-Berlín, 1955, 13-16. En todas estas obras se ofrece importante información bibliográfica. Entre las monografías más recientes pueden citarse EICHLER: *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, Tubinga, 1950, sobre todo 13-36; HUECK: *Der Treugedanke im modernen Privatrecht*, Munich, 1947. Se encuentran también referencias a la cuestión en ESSER: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, 1956, 65, 96, 221.

(30) Cfr. sobre esto nota 4. Interesantes y amplias consideraciones sobre el individualismo en el BGB en DENECKE-OEGG: *BGB.RGRKommentar*, I, 8 sigs. Cfr. además, sobre la evolución del BGB, las referencias ofrecidas en la nota 23.

(31) Prescindimos, por el momento, de lo que ocurre en la República Democrática Alemana (Alemania Oriental).

prudencia (32). Este positivismo se va atenuando después paulatinamente a impulsos de las tendencias que, ante todo, toman en cuenta el propósito y la finalidad de la Ley y la necesidad de lograr la solución equitativa en el caso concreto: Jurisprudencia de intereses y Escuela del Derecho libre. «El primer decenio después de la entrada en vigor del BGB, afirma LANGE, se caracteriza por el positivismo conceptual. La doctrina y la jurisprudencia, admiradas por la gran obra, la apuraban en toda su amplitud y se subordinaban a su voluntad. Sin embargo, cuanto más progresaba la evolución y cuanto más la jurisprudencia iba enlazando unas a otras sus decisiones, tanto más se iba debilitando la vinculación estricta a la voluntad del legislador. En la ciencia jurídica y en la jurisprudencia el método del positivismo conceptual, que derivaba sus decisiones de una forma lógico-conceptual del concepto y de la expresión de la Ley, iba siendo desplazado cada vez más por otros métodos que para la aplicación, extensión y restricción de la norma se atenían al propósito y a la finalidad de ésta sabidos y queridos, y que, como jurisprudencia de intereses, convertían en regla de conducta de la interpretación y aplicación de la Ley la valoración de los intereses tenidos en cuenta por ella. Ya antes de la Primera Guerra Mundial la Escuela del Derecho libre, yendo todavía más lejos, exigió, en lucha contra el positivismo conceptual, atribuir el rango preferente a la decisión equitativa del caso concreto antes que a la aplicación técnica de la Ley. Poco a poco, en torno a cada disposición importante de la Ley, se fué formando así una corona de decisiones que configuraban aquélla de una manera progresiva. Sirvieron, ante todo, para este desarrollo las cláusulas generales de fidelidad y buena fe (*Treu und Glauben*) y de las buenas costumbres que figuraban recogidas en el BGB (§§ 157, 242, 138, 826). El «Derecho legislado» se fué mezclando así con un «Derecho del caso» y con un «Derecho del precedente judicial», dirigido y orientado por el Reichsgericht. En esta labor de creación pretoriana el Reichsgericht equiparó la protección de la persona a la protección de la cosa. La consideración de las peculiaridades del caso concreto frente a la aplicación de las normas

(32) En el fondo, esta postura es parecida a la adoptada por la Escuela francesa de la exégesis, aunque desde un punto de vista científico y doctrinal existan profundas diferencias entre la exégesis francesa producida al promulgarse el Código de Napoleón y el positivismo conceptual surgido en Alemania como primer efecto de la vigencia del BGB. Mientras que los autores franceses se limitan a ser unos meros recitadores o comentaristas del texto de la Ley, con una finalidad puramente práctica, el positivismo conceptual alemán construye sobre el BGB todo un sistema de conceptos y principios que, al margen de sus exageraciones, goza de la más alta categoría científica. De todas formas, en uno y otro caso, doctrina y jurisprudencia no hacen sino cantar a su modo, y con mejor o peor fortuna, las excelencias de la obra del legislador; *recitando* en un caso, *construyendo* en otro.

generales se fué imponiendo entonces cada vez con más intensidad» (33).

Semejantes orientaciones repercutieron, como es lógico, en la interpretación e inteligencia del Derecho de familia, pero, con referencia a éste, no se tradujeron de manera inmediata en disposiciones legislativas. En este período, aparte de las disposiciones dictadas como consecuencia de la guerra, que tuvieron una validez puramente transitoria, no apareció ninguna norma referente al Derecho de familia (34).

4. *b) Segunda etapa: República de Weimar (1919-1933).*—«La Guerra Mundial de 1914-1918 y la Revolución de 1918, dice LEHMANN, influyeron notablemente en el ulterior desenvolvimiento del Derecho privado. Esta repercusión se manifestó menos en alteraciones legislativas del contenido del BGB que en una transformación del pensamiento y con ello de la jurisprudencia, al abrirse camino la doctrina de la socialización y determinadas exigencias fundamentales que, al principio, sólo de modo programático, plasmaron en la Constitución de Weimar» (35).

La socialización es, pues, la nota característica que adorna al Derecho civil alemán durante el período de la República de Weimar; se apoya en unos hechos y se realiza a través de unas tendencias u orientaciones de tipo científico y jurisprudencial. Los hechos y realidades en que se apoya, en general, la socialización son los siguientes: *a)* las graves transformaciones sociales y económicas que trae consigo la derrota militar; *b)* la protección de los económicamente débiles; *c)* el mantenimiento de los postulados económicos y sociales en que descansaba el BGB (36), aunque con una progresiva atenuación de los mismos; así el arrendamiento y el contrato de trabajo escapan al juego de la plena libertad contractual; *d)* se acentúa la tendencia de lograr a toda costa la solución de equidad en el caso concreto; en este sentido la consideración de la modificación de la base del negocio, en la que tanta influencia tuvo la alteración en el valor adquisitivo de la moneda, es quizá el ejemplo más importante (37).

(33) Cfr. LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 23-24.

(34) Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, 41; LAUTERBACH, en PALANDT, BGB, *Kurzkommentar*, 1080-1081.

(35) LEHMANN: *Parte General*, 30. «La socialización—continúa este autor—no se entendía en el sentido técnico estricto, que propugna la supresión de la propiedad individual sobre los medios de producción a favor de la comunidad, sino en sentido amplio, como configuración social de la convivencia humana que aspira a la protección de los económicamente débiles y con ello al bien común en lo posible.»

(36) La propiedad privada, la libertad contractual, la libertad de trabajo y el derecho hereditario se mantienen, aunque negando siempre el criterio ilimitadamente individualista en su configuración. Cfr. Constitución de Weimar de 1919, arts. 151, 152, 153 y 154.

(37) Sobre estas cuestiones, LEHMANN: *Parte General*, 30-31; LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 24-25.

Las tendencias u orientaciones a través de las que se realiza la socialización están constituidas por una superación del positivismo conceptual, tan en boga en la etapa anterior. Las concepciones finalistas son las que dominan en la interpretación y aplicación de la norma. Se toman en cuenta, como camino para encontrar los fundamentos sociales y económicos de la evolución jurídica, la sociología económica y jurídica. El método comparativo prepara el camino a una eficaz crítica constructiva de las soluciones de la Ley (38).

¿Qué repercusión tuvieron estos principios en materia de Derecho de familia? «El novísimo Derecho alemán; desde la Revolución de noviembre de 1918, nos dice WOLFF, de momento no alteró en nada el Derecho de familia. En particular, la Constitución del Reich de 11 de agosto de 1919 (Const. de Weimar) reconoció el matrimonio como base de la vida familiar y de la conservación y desarrollo del pueblo, colocándolo bajo su protección especial (art. 119). Sin embargo, la Constitución del Reich anuncia notables modificaciones. El principio según el cual el matrimonio descansa sobre la igualdad de derechos de ambos sexos (artículo 119, ap. 1, prop. 2) promete una reforma básica del derecho patrimonial de los cónyuges y de algunos principios sobre los derechos de los padres con relación a los hijos. El artículo 121 prevé una mejora del derecho de los hijos habidos fuera de matrimonio. Hasta ahora ninguno de estos programas ha sido realizado» (WOLFF escribía esto en 1928) (39).

Veamos ahora qué disposiciones se han dictado durante el período de la República de Weimar y que de una forma más o menos directa afecten al Derecho de familia. Comenzaremos aludiendo a la propia Constitución de 1919, que, aparte de la prioridad que merece por su rango, la merece también desde el punto de vista cronológico. Son numerosos los principios programáticos que en ella encontramos en materia que se relaciona con el Derecho de familia. Hacen referencia al matrimonio como fundamento de la familia y de la nación; a su necesaria protección; a la igualdad jurídica de ambos sexos como base del mismo; a la protección de la maternidad; a la educación de los hijos a la situación de los ilegítimos y a las medidas protectoras de la juventud. Este ambicioso programa sólo en algún caso dió lugar a su correspondiente plasmación legislativa; en los demás se quedó en una simple declaración sin eficacia jurídica inmediata. Las materias

(38) LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 25.

(39) Cfr. KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, vol. I, 5. Actualmente la equiparación de marido y mujer, prescrita por la Ley Fundamental de Bonn de 1949, ya no es un simple programa, sino una realidad legislativa que empezó teniendo un mero carácter negativo y que recientemente ha plasmado en la Ley de Equiparación de 1957, ya citada. Cfr. lo dicho en la nota 26. Vid. también BEITZKE: *Familienrecht*, 3-4; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 3-4; LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 24; LEHMANN: *Derecho de familia*, 26-28.

a que hemos aludido se encuentran recogidas en los artículos 119 a 122 de la Constitución. He aquí su texto respectivo:

Art. 119: «El matrimonio, como fundamento de la vida familiar y de la conservación y mejoramiento de la nación, está bajo la especial protección de la Constitución. Descansa en la equiparación jurídica de ambos sexos.—El mantenimiento de su pureza, saneamiento y protección social de la familia es misión del Estado y de los Municipios. Las familias con descendencia numerosa tienen pretensión a una asistencia adecuada.—La maternidad tiene pretensión a la protección y a la asistencia del Estado» (40).

Art. 120: «La educación de los hijos para dotarles de una aptitud corporal, espiritual y social es el más alto deber y un derecho natural de los padres, sobre cuya realización vigila la comunidad estatal» (41).

Art. 121: «A los hijos ilegítimos han de proporcionárseles por la Legislación, para su desarrollo corporal, espiritual y social, las mismas condiciones que a los hijos legítimos» (42).

Art. 122: «La juventud ha de ser protegida contra la explotación, así como contra el abandono moral, espiritual o corporal. El Estado y los Municipios han de adoptar las disposiciones necesarias para ello.—Las medidas de protección por vía coactiva sólo pueden ser ordenadas en virtud de la Ley» (43).

A continuación, sin pretensiones agotadoras, ofrecemos una lista de las más importantes disposiciones legislativas aparecidas en el período que nos ocupa y que se relacionen con el Derecho

(40) Sobre este artículo de la Constitución puede consultarse POETZSCH-HEFFTER: *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11 August 1919*, 3.^a ed., Berlín, 1928, 421; ANSCHÜSS: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919*, 3.^a ed., Berlín, 1929, 493-494. Este autor, aun reconociendo el carácter de mero programa de la equiparación de marido y mujer, creía, siguiendo a MITTEIS (2.^a ed. de su *Familienrecht*, 1928), que el principio del artículo 119 podía servir como regla de interpretación en los casos dudosos que planteara el entonces vigente Derecho matrimonial. Los textos constitucionales pueden consultarse también en HARTUNG: *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart* (vol. I de la colección «Quellensammlung zur Kulturgeschichte», dirigida por TREUE), 2.^a ed., Berlín-Göttinga-Frankfurt, 1954, 77.

(41) Cfr. POETZSCH-HEFFTER: *Handkommentar*, 421-422; ANSCHÜSS: *Die Verfassung*, 494-496; HARTUNG: *Die Entwicklung*, 77.

(42) Cfr. POETZSCH-HEFFTER: *Handkommentar*, 422-423; ANSCHÜSS: *Die Verfassung*, 496-497; HARTUNG: *Die Entwicklung*, 77. Como consecuencia del artículo 121 de la Constitución se elaboran varios Proyectos de reforma de la legislación en materia de filiación ilegítima, unos de carácter oficial y otros de carácter privado. Vid. nota 27. Más ampliamente SCHMIDT: *Die Stellung der unehelichen Kinder und der Gesetzentwurf vom 22 Mai 1925*, ACP, 127, 210; BRANDIS: *Der Gesetzentwurf über das Unehelichenrecht*, 1930; LIEBHOLD: *Die Reform der Rechtsstellung des unehelichen Kindes*, 1930; VON OLSHAUSEN: *Bericht über den Gesetzentwurf betreffend uneheliche Kinder*, JW, 1929, 300, 470; KIPP: *Zur Reform des Rechts der unehelichen Kinder*, en «Festschrift für STAMMLER», 1925, 359.

(43) Cfr. POETZSCH-HEFFTER: *Handkommentar*, 423; ANSCHÜSS: *Die Verfassung*, 497; HARTUNG: *Die Entwicklung*, 77.

de familia. En estas disposiciones encontramos a veces el desarrollo por el legislador de alguno de los principios constitucionales que quedan indicados.

Ley de 15 de julio de 1922 sobre educación religiosa de los hijos (44).

Ley de 9 de julio de 1922 sobre protección a la juventud, con modificaciones por Leyes de 1 de febrero de 1939 y 28 de agosto de 1953 (45).

Ley de 23 de junio de 1923 sobre colocación del dinero de pupilos (46).

Ley de 23 de marzo de 1931, llamada «Segunda Ley sobre seguridades de los pupilos en relación con títulos valores y créditos» (47).

Ordenanza de 18 de marzo de 1933 sobre ciertas medidas a tomar en el ámbito de las finanzas, de la economía y de la asistencia jurídica (48).

5. c) *Tercera etapa: Régimen nacional-socialista. Segunda Guerra Mundial (1933-1945).*— La instauración del nazismo trae consigo en Alemania importantes modificaciones en el ámbito del Derecho civil, presididas muchas de ellas por el afán de destacar siempre y ante todo la idea de la «comunidad popular alemana», lo cual, con frecuencia, da lugar al más inicuo atropello de los derechos y libertades fundamentales del individuo como tal. «Bajo el dominio del Nacionalsocialismo—dicen DENECKE y OEGG—se acentuó sin duda la repulsa del individualismo, pero se incurrió casi de modo absoluto en su contrapartida a consecuencia de la exageración de la idea de la comunidad (49). El hombre, con todos

(44) Sirve de complemento al § 1.631 BGB. Sobre la Ley en cuestión cfr. LAUTERBACH, en PALANDT, BGB, *Kurkommentar* (16.^a ed., 1957), apéndice al § 1.631, 1248-1251; KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, vol II, 461-470, con indicaciones bibliográficas en 462, nota 4.

(45) La Ley de protección a la juventud se dictó para dar realidad a los principios pedagógicos contenidos en el artículo 120 de la Constitución. Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 17; KIPP-WOLFF: *Derecho de familia*, vol. II, 476-490. La Ley que nos ocupa deroga los §§ 1.783 y 1887 y modifica los §§ 1.774 y 1.786, todos ellos del BGB. Sirve además como complemento al § 1.666, influyendo de manera decisiva en materia de tutela al crear la «tutela de oficio» de la Oficina de la Juventud. Entre las más recientes publicaciones sobre la Ley de Protección de la Juventud pueden citarse: POTRYKUS: *Jugendwohlfahrtsgesetz nebst den Ausführungsvorschriften der deutschen Länder. Kommentar*, Munich-Berlin, 1953; RIEDEL: *Jugendwohlfahrtsrecht. Textausgabe mit Anmerkungen*, 3.^a ed., Munich-Berlin, 1955; RIEDEL: *Jugendwohlfahrtsgesetz. Erläutert für den Bereich der Deutschen Bundesrepublik und Westberlin von ———*, 2.^a ed., Berlin, 1955; GRABER: *Jugendwohlfahrtsgesetz. Kommentar*, Münster/Westf., 1953.

(46) Modifica los §§ 1.642 y 1.811 BGB.

(47) Ligeras modificaciones de redacción en el § 1.807, párrafo 1.º, número 4.

(48) Introduce modificaciones en los §§ 1.082, 1.392, 1.808, 1.814, 2.116.

(49) La exagerada repulsa del individualismo trajo consigo el que se declarase la guerra al Derecho romano, que de manera tan intensa y decidida había ensalzado siempre los valores del individuo y colocádole dentro

sus afanes y aspiraciones quedó incrustado en comunidades (ciase trabajadora del Reich, cámaras médicas del Reich, cámaras culturales del Reich u otros grupos económicos de tipo diverso); fué sometido a una especial disciplina en función de su estado; la regulación de sus relaciones con otros miembros de su comunidad o con otras comunidades se encomendó de la forma más amplia a los órganos de dichas comunidades. Todo esto produjo una serie de restricciones más o menos intensas en la esfera jurídica civil del individuo. De acuerdo con las tendencias del régimen, cristalizadas en las consignas «tú no eres nada, tu pueblo lo es todo» (*Du bist nichts, den Volk ist alles*) y «la utilidad común es preferente a la utilidad particular» (*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*), también en el ámbito del Derecho privado debía corresponder siempre el rango preferente a los intereses de la comunidad popular y de otras comunidades en particular. Por tanto, la esfera propia del individuo no sólo quedaba fuertemente constreñida en el ámbito político, sino también en el ámbito del Derecho privado; sin embargo, dicha esfera no resultaba suprimida de modo tan absoluto como en la ordenación comunista de la sociedad de cuño soviético, en la que no sólo toda la actividad económica está encomendada a corporaciones estatales o controladas por el Estado, sino que también la vida personal del individuo resulta condicionada por ordenaciones estatales y por reglamentaciones del consumo, de forma que la persona como tal apenas si tiene, en general, posibilidades de configurar su propia vida, ya que únicamente se la considera como una parte mínima de las masas necesarias para la organización del Estado» (50).

Aunque durante el período que estudiamos se dictaron importantes disposiciones (a las que afectan al Derecho de familia nos referiremos en seguida) el Nacionalsocialismo pretendió más influir sobre la doctrina y la jurisprudencia, ya que, como dice LEHMANN, no se quería reconocer su independencia y se intentaba su orientación con arreglo a los postulados del régimen (51). Esta influencia se produjo de una manera más acusada en el campo de la ciencia jurídica, puesto que, declarada la guerra al Derecho romano, se comenzó a exigir, cada vez con más intensidad, una profunda y trascendental reforma en el Derecho civil. Ciertos sectores radicales de la doctrina combatieron ardientemente el BGB, repudiando su sistema científico y su carácter dogmático; al mismo tiempo se pretendía una distribución de la materia de acuerdo con la ordenación natural de la vida y se abogaba por la supresión del normativismo, que debía ser sustituido por «ordenaciones con-

de las corrientes emanadas del libre juego de las fuerzas individuales. Cfr. LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 25. Consideración amplia de las relaciones entre el nazismo y el Derecho romano en KOSCHAKER: *Europa y el Derecho romano*, trad. esp. de la 2.ª ed. alemana por SANTACRUZ TEIJEIRO, Madrid, 1955, 439 y sigs.

(50) Cfr. DENECKE-OEGG, en *BGB.RGRKommentar*, I (10.ª ed., 1953), 12.

(51) LEHMANN: *Parte general*, 31.

cretas». Incluso se aspiró a derogar de plano todo el BGB y a configurar ex novo la totalidad del Derecho civil en un «Código del Pueblo» (*Volksgesetzbuch*): semejante aspiración se esfumó con la desaparición del Nacionalsocialismo (52).

Más débil fué la influencia en la práctica y en la jurisprudencia. Pasó a ocupar el primer plano la consideración de las peculiaridades del caso concreto, se acentuó la tendencia a la nivelación social y, en fin, la configuración judicial del Derecho ganó en importancia (53).

¿Cómo influyeron las orientaciones del Nacionalsocialismo en el Derecho de familia? Puede afirmarse que de una manera decisiva, puesto que no hay que olvidar que la meta fundamental a que se aspiraba, y para cuya consecución no se reparaba en medios, era el logro de una «comunidad alemana racialmente pura» (54). En el solo enunciado de algunas de las disposiciones que vamos a enumerar a continuación destaca ya su matiz y finalidad racista. He aquí la lista de las principales normas que afectaban al Derecho de familia y que aparecieron en el período comprendido entre 1933 y 1945 (55).

Ley de 23 de noviembre de 1933 contra los abusos en la conclusión del matrimonio y en la adopción (56).

Ordenanza de 31 de mayo de 1934 sobre unificación de competencias en asuntos familiares y sucesorios, completada, entre otras, por las Ordenanzas de 17 de mayo de 1935 y 27 de julio de 1934 (57).

(52) Sobre estos puntos, LANGE: BGB. *Allgemeiner Teil*, 25. Como dice BOEHMER, esta empresa de altos vuelos de elaborar un «Código del pueblo» que pasase a ocupar el puesto del BGB, dió lugar, bajo los auspicios de la Akademie für Deutsches Recht, a ciertas propuestas y trabajos preparatorios de gran valor y desembocó en la publicación de un Proyecto de Libro I (Derecho de personas) que, junto a las exageradas concesiones a los principios nacionalsocialistas, contenía también importantes mejoras en materia de Derecho de menores y de protección del honor y de la personalidad. Se elaboraron además dos Proyectos no publicados sobre Derecho sucesorio y Derecho matrimonial de bienes. Cfr. sobre esto BOEHMER: *Einführung*, 64, 69.

(53) LANGE: BGB, *Allgemeiner Teil*, 25.

(54) La persecución de esta meta «condujo—dice LEHMANN—al menosprecio de la libertad y de los derechos fundamentales del individuo y a una opresión en particular de los judíos, contraria a los principios humanos y de justicia.» Cfr. LEHMANN: *Parte General*, 31.

(55) Cfrs. estas disposiciones en ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, 42-43; LAUTERBACH, en PALANDT, BGB, *Kurzkommentar*, 1.080-1.081. Algunas indicaciones en BEITZKE: *Familienrecht*, 5-6, y en MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 8-9.

(56) Esta Ley introduce un § 1.325a, dando también lugar a modificaciones en los §§ 1.699, 1.703, 1.754 y 1.770. Como indica BEITZKE, la Ley pretendió acabar con los matrimonios y adopciones puramente nominales. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 5. Las modificaciones referentes a los §§ 1.325a, 1.699 y 1.703 fueron derogadas por el § 84 de la Ley de matrimonio de 1938, confirmando la derogación el § 78 de la Ley de matrimonio de 1946.

(57) La finalidad principal de la Ordenanza de 31-V-1934 consistió en suprimir las especialidades de los Länder en la materia de referencia. De-

Ley de 15 de septiembre de 1935, llamada «Ley de protección a la raza» o «Ley de protección a la sangre» (58).

Ley de 18 de octubre de 1935, conocida como «Ley sobre la salud hereditaria» o Ley sobre la protección del matrimonio (59).

Ley de 1 de diciembre de 1936 sobre las Juventudes Hitlerianas (60).

Ley de 3 de noviembre de 1937 sobre el estado civil de las personas (61).

Ley de 5 de enero de 1938 sobre modificación del nombre y apellido (62).

Ley de 12 de abril de 1938, sobre modificación y complementación de las disposiciones jurídico-familiares y sobre posición jurídica de los apátridas (conocida generalmente como «Ley de modificación del Derecho de familia»), con Ordenanza de ejecución de 23 de abril de 1938 (63).

rogó el § 1.315, párrafo 2.º BGB. La mayoría de las disposiciones de la Ordenanza de 1934 han quedado sin efecto como consecuencia de lo dispuesto en las Leyes de matrimonio de 1938 y 1946. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 5.

(58) La Ley, así como algunos preceptos complementarios de la misma, introdujo unos impedimentos matrimoniales encaminados a vedar el matrimonio entre alemanes o miembros de raza alemana y judíos o mestizos de judíos. Los principios que informan la ordenanza se recogen después en la Ley de matrimonio de 1938. Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 16; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 9.

(59) Introdujo también unos impedimentos vedando la conclusión del matrimonio cuando, por la predisposición de los contrayentes, pudiera esperarse una descendencia enferma. Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 16; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 9. Los principios de la Ley que nos ocupa también pasaron a la Ley de matrimonio de 1938.

(60) Esta Ley encuadró a toda la juventud alemana en las organizaciones juveniles, sobre todo en la «Hitlerjugend», determinando que allí recibiría, fuera del hogar y de la escuela, una educación física, espiritual y moral dentro del espíritu nacionalsocialista y para el servicio del pueblo y de la comunidad. Se estructura un nuevo Derecho de la juventud que, entre los diez y los dieciocho años, establece el servicio obligatorio en la Juventudes Hitlerianas. La Ley de 1936 desconocía, en muchos aspectos casi de manera absoluta, el derecho natural de los padres a la educación de los hijos, reconocido antes solemnemente en la Constitución de 1919, artículo 120. Cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 18.

(61) Esta Ley, exenta de ideología nacionalsocialista, vino a sustituir a la vieja reglamentación de la materia que databa de 1875. Se completa y modifica por Ley de 15-I-1951.

(62) La Ley está completada por una serie de Ordenanzas que incluso son distintas según los Länder. Como se trata de disposiciones que más bien son de carácter administrativo, no creemos de interés reproducirlas en este lugar. Sobre sus vicisitudes puede consultarse LAUTERBACH, en PALANDT, BGB. *Kurzkommentar* (16.ª ed., 1957), introducción al Libro IV, 3, §, 1.081.

(63) La «Ley de modificación del Derecho de familia», modificó los §§ 1.310, 1.327, 1.593, 1.594, 1.596, 1.735, 1.756, 1.770; introdujo los §§ 1.595a y 1.735a; derogó los §§ 1.598, 1.599 y 1.732, todos ellos del BGB. Las modificaciones relativas a los §§ 1.310 y 1.327 quedaron sin efecto en virtud de lo dispuesto en el § 84 de la Ley de matrimonio de 1938 y en el § 78 de la Ley de matrimonio de 1946. La finalidad principal de la Ley que nos ocupa fué ante todo la reglamentación de algunos im-

Ley de 6 de julio de 1938 o «Ley para la unificación del Derecho relativo a la conclusión del matrimonio y al divorcio en el territorio de Austria y en los restantes territorios del Reich», conocida generalmente como «Ley de matrimonio de 1938» (*Ehegesetz* 1938), con Ordenanza de 27 de julio de 1938. (64) (65) (66).

Ordenanza de 6 de febrero de 1943, sobre coordinación de las disposiciones jurisdicción-familiares (67).

6. d) *Cuarta etapa: Desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Aparición de las dos Alemanias (a partir de 1945).*—La terminación de la Segunda Guerra Mundial, con la derrota mi-

pedimientos matrimoniales y su dispensa, de la impugnación de la legitimidad de los hijos y de la invalidación del contrato de adopción. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 5; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 9.

(64) La Ley de matrimonio de 1938 modificó los §§ 1.353, 1771 BGB y derogó, sustituyéndolos por sus disposiciones, los §§ 1.303 a 1.352, 1.564 a 1.587, 1.608, párrafo 2.º, 1.635 a 1.637, 1.699 a 1.704. La Ordenanza de 27-VII-1938, para complementación y ejecución de la Ley, modificó a su vez los siguientes §§ del BGB: 1.478, 1.609, 1.621, 1.721, 1.899, 1.900, 1.933 y 2.077. Todas estas modificaciones se mantienen después por la Ley de matrimonio de 1946, que no es otra cosa que una refundición, con algunas mejoras, del texto de la Ley de 1938, expurgado de los postulados del nacionalsocialismo. Dejando al margen esta ideología la Ley de 1938 constituye, en muchos aspectos, una considerable mejora con relación al BGB.

(65) Aparte de la Ordenanza ya citada de 27-VII-1938, conocida como «Primera Ordenanza» para la ejecución de la Ley, se dictaron una serie de Ordenanzas ejecutivas y complementarias de la misma, referentes a diversos puntos materiales o de procedimiento que la aplicación de la Ley de matrimonio de 1938 traía consigo. Estas Ordenanzas son las siguientes: «Segunda Ordenanza», de 28-IX-1938, referente a cuestiones de costas; «Tercera Ordenanza», de 29-X-1940, relativa a expedición de certificados de aptitud matrimonial; «Cuarta Ordenanza», de 25-X-1941, especialmente dedicada a cuestiones de procedimiento; «Quinta Ordenanza», de 18-III-1943 sobre divorcio e invalidación del matrimonio después de la muerte de un cónyuge; «Sexta Ordenanza», de 21-X-1944, sobre destino del hogar y del domicilio conyugal después del divorcio. Salvo la «Tercera Ordenanza», las otras cinco se consideran vigentes bajo la Ley de matrimonio de 1946. Al menos, esta es la opinión generalizada. Sobre el problema, BEITZKE: *Familienrecht*, 6; ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. I, 40, nota 12; LAUTERBACH, en PALANDT, BGB. *Kurzkommentar* (16.ª ed., 1957), introducción a la Ley de matrimonio de 1946, núm. 3, 1870.

(66) La Ley de matrimonio de 1938, que como de su denominación se deduce se dictó también para Austria (donde sustituyó el matrimonio confesional por el civil), continúa vigente en este país una vez depurada de su orientación nacionalsocialista. Sin embargo, está ya proyectada su derogación y sustitución por una Ley «nacional» austríaca. Cfr. KÖSTLER: *Entwurf für ein österreichisches Ehegesetz*, Viena, 1951; MELICHAR: *Probleme der Eherechtsreform*, Viena, 1952; HÖLBOCK: *Die Zivilehe (Die staatliche Ehegesetzgebung und die Kirche)*, Innsbruck-Viena, 1950; PLÖCHL: *Konkubinai, Gewissenehe, Zwangszivilehe, Religionsfreiheit*, OAKR, 1950, 10 sigs; PLÖCHL: § 67 *Personenstandgesetz und Freispruch*, ibídem, 1951, 266 (téngase en cuenta que en Austria rige la Ley alemana sobre el estado de las personas de 1937 ya citada); KÖSTLER: *Zivilehe*, ibídem, 1950, 6.

(67) Se redactan de nuevo los §§ 1.593, 1.595a, 1597 y 1.600 BGB y queda derogado el párrafo 3.º del § 1.596.

litar alemana y el estrepitoso derrumbamiento del régimen nacionalsocialista, trae consigo de manera inmediata la producción de unas circunstancias de tipo militar, social y político, que tienen una honda repercusión en la situación jurídica del país. Estos hechos, que todavía condicionan en muchos aspectos la actual manera de ser de Alemania, son los tres siguientes:

Primero. Las Potencias ocupantes, a través del Gobierno Militar y del Consejo de Control, intervienen en el Derecho civil de una cuádruple forma (68): *a)* Derogando una serie de Leyes que respondían plenamente a una inspiración nacionalsocialista. Así, son declaradas fuera de vigencia, entre otras, la Ley de protección a la raza o Ley de protección a la sangre de 15 de septiembre de 1935, la Ley de ciudadanía del Reich de igual fecha, la ley sobre las Juventudes Hitlerianas de 1 de diciembre de 1936, etc. (69). *b)* Estableciendo una determinación general, dirigida a los Tribunales y a la Administración, sobre no aplicación de aquellos preceptos jurídicos alemanes que, cualquiera que fuera la época o forma de su aparición o promulgación, de ser aplicados entrañarían injusticia o desigualdad por una de estas razones: o bien por favorecer a alguien a causa de su relación con el partido nacionalsocialista o con ramificaciones, asociaciones u organizaciones controladas por éste, o bien por perjudicar a alguien a consecuencia de su raza, nacionalidad, confesión religiosa o enemistad hacia el nacionalsocialismo o sus doctrinas (70). *c)* Señalando unas reglas generales o «cláusulas generales de interpretación» a las que en el futuro habría de atenerse la interpretación y aplicación del Derecho alemán. Estas cláusulas generales, establecidas por el artículo III de la Ley número 1 del Gobierno Militar son las tres siguientes: 1) Queda prohibida la interpretación o aplicación (71) del Derecho alemán en el sentido de las doctrinas nacionalsocialistas, cualquiera que sea la forma o época en que dichas doctrinas hayan sido

(68) Esta intervención de las Potencias ocupantes en el Derecho alemán persigue un triple objetivo: *desarraigar* del Derecho y de la Administración alemanes los principios y doctrinas del partido nacionalsocialista; *restablecer* para el pueblo alemán el imperio del Derecho y de la Justicia; *reintroducir* el postulado fundamental de igualdad humana ante la Ley Cfr. Preámbulo de la Ley núm. 1 del Gobierno militar, dictada para la «derogación del Derecho nacionalsocialista».

(69) La enumeración completa de estas Leyes puede consultarse en el artículo I, número 1 de la Ley número 1 del Gobierno militar. Cfr. también artículo I, núm. 1 de la Ley número 1 del Consejo de Control de 20-IX-1945, dictada, lo mismo que la indicada del Gobierno militar, para la «derogación de las Leyes nazis».

(70) Cfr. artículo II, número 3 de la Ley número 1 del Gobierno militar. En sentido análogo se expresa el artículo II de la Ley número 1 del Consejo de Control de 20-IX-1945. Entre una y otra disposición sólo existen ligeras variantes de redacción.

(71) El texto alemán dice «interpretación o aplicación» (*Auslegung oder Anwendung*). Los textos inglés y francés «interpretación y aplicación» (*interpretation and application, l'interpretation et l'application*). Como simple curiosidad llamamos la atención del lector sobre esta circunstancia.

publicadas (72). 2) Como fuente para la interpretación o aplicación (73) del Derecho alemán no podrán ya citarse o seguirse decisiones de Tribunales, organismos y funcionarios alemanes, así como escritos jurídicos (74), que representen, expongan o pongan en aplicación finalidades o doctrinas nacionalsocialistas (75). 3) La legislación alemana que haya entrado en vigor con posterioridad a 30 de enero de 1933 y que deba continuar vigente, ha de interpretarse y aplicarse conforme al sentido literal del texto, sin que se tomen en cuenta en la interpretación las finalidades o significaciones que se hayan atribuido a la ley en los preámbulos o en otras declaraciones (76) (77). d) Depurando ciertas Leyes de los principios nacionalsocialistas en ellas contenidos, y promulgándolas de nuevo, en texto refundido, una vez realizada la indicada depuración. Desde el punto de vista del Derecho de familia el ejemplo más importante en este sentido es el que ofrece la Ley de matrimonio de 1938, que una vez expurgada de ciertos postulados político-raciales y de ciertos principios eugenésicos de inspiración nacionalsocialista, se promulga nuevamente, como Ley número 16 del Consejo de Control, en 20 de febrero de 1946 (78), pasando a formar la «Ley de matrimonio de 1946» (*Ehegesetz* 1946) que es la que ahora está en vigor (79) (80) (81).

(72) Cfr. Ley número 1 del Gobierno militar, artículo III, número 4.

(73) En este caso tanto el texto alemán como los textos inglés y francés dicen «interpretación o aplicación»: *Auslegung oder Anwendung, interpretation or application, l'interprétation ou l'application.*

(74) Los textos alemán e inglés hablan efectivamente de «escritos jurídicos» (*juristische Schriften, legal writings*). En cambio, el texto francés habla de «disposiciones legales» (*dispositions légales*).

(75) Cfr. artículo III, número 5 de la Ley número 1 del Gobierno militar.

(76) Cfr. artículo III, número 6 de la Ley número 1 del Gobierno militar. A nuestro juicio esta disposición sólo deberá seguirse cuando se trate de leyes que en sus Preámbulos o Exposiciones de Motivos respondan más o menos a la ideología nacionalsocialista, pues tratándose de disposiciones completamente limpias de dicha ideología no hay razón para prescindir en la interpretación de un elemento tan valioso como puede ser en ocasiones el Preámbulo, Exposición u otras declaraciones, por la sola circunstancia de que la Ley se haya promulgado con posterioridad al 30 de enero de 1933.

(77) Sobre las cuestiones a que nos hemos venido refiriendo puede encontrarse alguna referencia, aunque bastante incompleta, en LEHMANN: *Partie General*, 31-32; LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil*, 26.

(78) Es curioso hacer notar que el texto alemán de la Ley de matrimonio de 1946 no es oficial. La Ley se publicó en tres idiomas con valor oficial: inglés, francés y ruso. La traducción alemana, a consecuencia de la falta en aquellos momentos de un Gobierno alemán responsable que la autorizara, no puede considerarse texto oficial. Sobre esto, MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 9. Por la razón indicada las dudas de interpretación que suscite el texto alemán deben resolverse acudiendo a las versiones oficiales de la Ley, las cuales en ocasiones son incluso más claras que la alemana. Así, por ejemplo, el alcance del § 79 de la Ley se determina con más exactitud acudiendo al texto inglés o francés que al alemán. Cfr. MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 9-10; LATERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.ª ed., 1957), § 79 de la Ley de matrimonio de 1946. 1968.

(79) La Ley de matrimonio de 1946 dió nueva redacción al § 1.353, pá-

Segundo. Del caos de la derrota, y en inicial coexistencia con las normas de ocupación, comienza a surgir poco a poco, con asombroso ímpetu renovador, la legislación alemana, en especial en el territorio de la Alemania Occidental o República Federal

rrafa 2.º, inciso 3, del BGB, manteniendo además con respecto a éste las mismas derogaciones y sustituciones que la Ley de 1938 y sus Ordenanzas. Cfr. sobre esto la nota 64. Las Ordenanzas dictadas para la ejecución de la Ley de matrimonio de 1938 continúan vigentes bajo la Ley de 1946, con excepción de la «Tercera Ordenanza». Vid. sobre las indicadas Ordenanzas y sobre la cuestión de su actual vigencia lo que dijimos en la nota 65 y lo que se expresa en las obras allí citadas. En la zona británica se ha dictado, para ejecución de la Ley de matrimonio de 1946, la Ordenanza de 12-VII-1948. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 6.

(80) Sobre la Ley de matrimonio de 1946 existe abundante bibliografía. El estudio sistemático de sus disposiciones, que han venido a suplir a las correspondientes del BGB, puede encontrarse en cualquier Tratado o Manual de Derecho de familia (alemán) posterior a su fecha. Cfr., por ejemplo, LEHMANN: *Derecho de familia*, 58-97, 230-270; BEITZKE: *Familienrecht*, 19-70; MITTEIS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 14-91. Puede consultarse también DIETZ: *Familienrecht*, 1952. La Ley de matrimonio de 1946 se encuentra asimismo recogida en cualquier edición del BGB posterior a su fecha. Entre las ediciones con comentarios más o menos amplios destacan: ROSENTHAL: BGB (*gemeinverständlich erläutert unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse des täglichen Lebens*), 14.ª ed., por KAMNITZER y BOHNENBERG, Colonia-Berlín, 1953; SIEBERT: BGB *mit den privatrechtlichen Ergänzungsgesetzen*, 7.ª ed., Stuttgart, 1956; ERMANN-GOERKE: *Handkommentar zum BGB*, Münster-Wesff., 1952; ACHILLES-GREIFF: BGB, 19.ª ed., Berlín, 1949. Los más utilizados en estos últimos años, en materia de Derecho de familia, son los comentarios de SOERGEL y los de PALANDT. Cfr. SOERGEL: *Kommentar zum BGB*, tomo III (*Sachenrecht, Familienrecht. Erbrecht*), 8.ª ed., Stuttgart-Colonia, 1955. De la parte relativa al Derecho de familia en este tomo III del SOERGEL, debida a SIEBERT y VOGEL, hay edición separada. SIEBERT-VOGEL: *Kommentar zum Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches und zum Ehegesetz*, Stuttgart-Colonia, 1955; PALANDT: BGB: *Kurskommentar*, 16.ª ed., Berlín-Munich, 1957; los comentarios a la Ley de matrimonio se deben a LAUTERBACH. En esta obra, sin duda alguna la más extendida, puede encontrarse recogida la Ley de matrimonio a partir de la 7.ª edición, publicada en 1949.

(81) De entre la bibliografía dedicada exclusivamente a la Ley de matrimonio de 1946 citaremos: NEHLERT: *Das Ehegesetz des Kontrollrats für Deutschland*, JR, 1947, 69 y sigs.; DÖLLE: *Neues Eherecht*, en «Gegenwart», 1946, 17 y sig.; BEITZKE: *Zum Ehegesetz vom 20-II-1946*, DRZ, 1946, 136 y sigs. Entre los comentarios breves destacan los de NIESERT: *Ehegesetz vom 20-II-1946, Textausgabe mit Anmerkungen*, Münster, 1946; y los de MICHAELIS: *Das neue Ehegesetz*, 1947. Comentarios más amplios: VON GÖDIN (R. F. y H. F.): *Ehegesetz vom 20-II-1946 mit Abdruck der noch in Kraft befindlichen Bestimmungen der Durchführungsverordnungen zum Ehegesetz vom 6-VII-1938*, 2.ª ed., Berlín, 1950; HOFFMANN-STEPHAN: *Ehegesetz nebst Durchführungsverordnungen, Kommentar*, Munich - Berlín, 1950; GEROLD: *Eherecht. Kommentar zum Ehegesetz und seinen Durchführungsverordnungen*, Stuttgart-Colonia, 1950; GREFFIN-MORAL: *Das Ehegesetz*, 1948. Prescindiendo de lo que en ellos responda a la ideología nacionalsocialista pueden utilizarse también los comentarios a la Ley de matrimonio de 1938, coincidente en tantos aspectos con la de 1946. Los más importantes son los siguientes: VON SCANZONI: *Das grossdeutsche Ehegesetz*, 3.ª ed., 1943; VOLKMAR-ANTONI-FICKER-REXROTH-ANZ: *Grossdeutsches Eherecht. Kommentar*, 1939.

Alemana (82). Como disposiciones emanadas de la «soberanía de ocupación» hemos de aludir en este lugar, antes de referirnos a la constitución de las «dos Alemanias», a dos normas que caen de lleno dentro del Derecho de familia. Ambas hacen referencia a la adopción, y tienen un ámbito territorial de eficacia, circunscrito respectivamente a la Zona americana y a la Zona británica. La primera de estas disposiciones es la Ley núm. 10 del Gobierno Militar, con vigencia en la Zona americana desde el 1 de diciembre de 1947, y relativa a la «adopción por parte de miembros de las Naciones Unidas» (83). La otra disposición es la Ordenanza de 12 de marzo de 1948 que da nueva redacción a los §§ 1.754 y 1.770 BGB; sólo tiene efecto en la Zona británica (84).

Tercero. El país queda dividido en cuatro Zonas de Ocupación: americana, francesa, británica y soviética. Esta división, acentuada cada vez de manera más acusada a consecuencia de la diversidad de ideología y de procedimientos que imperan en la Zona soviética con relación a las otras Zonas de Ocupación, va preparando el camino para la aparición de las dos Alemanias: la Alemania Occidental o «República Federal Alemana» (*Bundesrepublik Deutschland* = BR), que se constituye en el territorio de las tres Zonas occidentales (americana, británica y francesa), y la Alemania Oriental o «República Democrática Alemana» (*Deutsche Demokratische Republik* = DDR) surgida en la Zona oriental (Zona soviética).

De momento, la separación entre las Zonas occidentales y la Zona oriental apenas si tiene repercusiones en el ámbito del Derecho privado: en ambas partes de Alemania rigen en principio las mismas normas, tanto en lo que afecta al Derecho patrimonial o del tráfico como en lo que afecta al Derecho de familia. Ahora bien, en el momento en que las Zonas occidentales (francesa, americana y británica) se convierten en «República Federal Alemana» y la Zona oriental (soviética) se convierte en «República Democrática Alemana», el abismo diferencial entre la Alemania Occidental y la Oriental se va haciendo cada vez más profundo e insalvable; hasta el punto que puede decirse llegada la hora en que ambas Alemanias no tienen de común más que el idioma. La diversidad jurídica entre ambos Estados va siendo cada vez mayor (85). Después de haber afirmado que la separación de Ale

(82) Cfr. LANGE: BGB. *Allgemeiner Teil*, 26.

(83) Esta Ley tiene dos Ordenanzas de ejecución, conocidas como la «Ordenanza Nr. 1» y la «Ordenanza Nr. 2». Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 43.

(84) En PALANDT se da también como vigente la nueva redacción en la zona francesa. Cfr. LAUTERBACH, en PALANDT. BGB. *Kurzkommentar* (16.ª ed., 1957), § 1.754, 1.297-1298 y § 1.770, 1.304. En ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 43, sólo Zona británica.

(85) «Después de la derrota total de Alemania en el año 1945—dice DANCKRELMANN—se fué produciendo una acusada diversidad jurídica como consecuencia de la división del país en zonas y de éstas a su vez en Länder. Tan sólo la Constitución de la República Federal ha hecho posible de nue-

mania Occidental y Alemania Oriental no afectó en principio al Derecho Civil (Derecho de tráfico y Derecho de familia), continúa LANGE: «...sin embargo, cuanto más fuertemente se fué realizando en la vida jurídica civil la oposición ideológica entre ambas partes de Alemania, tanto más se fueron diferenciando las concepciones jurídicas e incluso la legislación. Mientras que la República Democrática Alemana (DDR) tan sólo reconoce en su vinculación político-social la libertad e igualdad de los individuos, la República Federal (BR), en su Ley fundamental de 23 de mayo de 1949 (art. 1 a 17, 19, 2.º; 20, 79), y en una solución de compromiso entre las tendencias cristiano-conservadoras y las liberal-socialistas, ha configurado como postulados jurídicos vigentes de manera inmediata e inviolables los derechos fundamentales del individuo y las bases de la convivencia humana y social» (86).

Lo dicho hasta aquí hace necesario que en esta Cuarta etapa nos refiramos por separado a la «República Federal» y a la «República Democrática».

7. I) *República Federal Alemana*.—La Ley fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 (*Grundgesetz* = GG) insta una nueva ordenación política en la República Federal, hasta que se vuelva de una forma definitiva a la reunificación de Alemania. «Mediante expresa repudiación de las doctrinas nacional-socialistas, dice LEHMANN, vuelve a llevar a primer plano la libertad y los derechos fundamentales del individuo, garantizando, al igual que lo hacía la Constitución de Weimar, la propiedad y el derecho hereditario (art. 14, I). Pero, al igual también que aquella, rechaza el criterio ultraindividualista, y subraya, ante todo, los deberes que respecto a la comunidad están contenidos en los derechos privados; así, por ejemplo, respecto de la propiedad en el artículo 14, II» (87).

Por tanto, según esto, la estructuración político-jurídica se ma-

vo una legislación unitaria en Alemania occidental. Desgraciadamente, el Derecho de la Zona soviética de ocupación se va distanciando cada vez más del de la República Federal.» Cfr. DANCKELMANN, en PALANDT: BGB. *Kurskommentar* (16.ª ed., 1957), 2.

(86) Cfr. LANGE: *Allgemeiner Teil*, 26. También aluden a la separación ideológica entre las dos Alemaniás DENECKE y OEGG cuando dicen: «Con la repulsa del nacionalsocialismo perdió su razón de ser la exagerada postergación de los valores de la personalidad y el abuso de la idea de comunidad, por lo menos en la República Federal, pues en la Zona oriental de Alemania, República democrática y Berlín-Este, tiene aún validez la concepción oriental (mejor diría «soviética») en torno a la dignidad y significación del hombre.» Cfr. DENECKE-OEGG, en BGB. RGR. *Kommentar*, I, 10.ª ed., 1953, 12.

(87) Cfr. LEHMANN: *Parte General*, 32. El artículo 14 de la Ley fundamental establece: «La propiedad y el derecho hereditario quedan garantizados. Su contenido y límites se determinan por las leyes.—La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo para el bien de la generalidad» (párrafos 1 y 2). En sentido análogo se expresaban los artículos 153 y 154 de la Constitución de Weimar de 1919.

nifiesta en una «ordenación fundamental» de doble vertiente o doble aspecto: un *aspecto individual* que hace referencia a la configuración de los derechos y libertades fundamentales del individuo como tal y a la protección que la Ley otorga a estos derechos y libertades, y un *aspecto comunitario y social* que cristaliza en las limitaciones que han de sufrir los derechos y libertades del individuo en aras de la convivencia humana y social, y que se manifiesta, asimismo, en la ininterrupción del proceso de socialización, una vez despojado de las anteriores tendencias nacionalsocialistas (88).

Refirámonos al contenido de los dos aspectos indicados, pues sólo de esta forma quedará descrito correctamente el medio político-social en que se desenvuelve el Derecho privado en Alemania Occidental. Empezaremos por el *aspecto o vertiente individual u ordenación liberal-democrática* como le llama NIPPERDEY. El reconocimiento y configuración de los derechos y libertades fundamentales del individuo se centra en Alemania en torno a dos pilares básicos: a) la inviolabilidad de la dignidad humana; b) el derecho a la libre configuración de la personalidad (89). Todos los derechos fundamentales que la Ley otorga (90) no son en realidad, sino una emanación o consecuencia concreta de los dos principios básicos indicados. «El Derecho civil, dice el autor últimamente citado, lo mismo que el Derecho privado en general, se apoya en la dignidad de la personalidad individual y en la libertad de configuración de la misma. Sin los derechos y libertades fundamentales sancionados por la cultura occidental no es posible un Derecho privado adecuado. Es, por esto, de decisiva significación la circunstancia de que la Ley fundamental de Bonn, yendo más lejos que la Constitución de Weimar, garantiza y pro-

(88) NIPPERDEY nos dice que la «ordenación fundamental» de la República Federal es al mismo tiempo «liberal-democrática» y «social-democrática». La ordenación liberal democrática es lo que nosotros hemos llamado en el texto aspecto individual; la ordenación social democrática, lo que hemos calificado de aspecto comunitario y social. «En Alemania (República Federal) dice el autor citado, rige, conforme a la Constitución (Ley fundamental de 1949), un ordenación fundamental liberal democrática y social (social-democrática), arts. 18, 20, 21, 28 de la Ley fundamental. Esta ordenación es la única forma de vida y de Estado digna del hombre libre. El establecimiento de un Estado de Derecho liberal y social trae consigo unos principios básicos de carácter jurídico-constitucional y de rango preeminente que dominan la configuración de la vida jurídica. Dichos principios se encuentran igualmente recogidos en los derechos fundamentales del Consejo de Europa y en la Declaración de la O. N. U. sobre los derechos humanos de 10-XII-1948.» Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 53.

(89) Cfr. arts. 1 y 2 de la Ley fundamental. Cfr. también DENECKE-OEGE en BGB. RGR. *Kommentar*, I (10.ª ed., 1953), 12-13. A juicio de estos autores, «armonizar los dos principios aludidos es la misión principal de la futura evolución jurídica».

(90) Su enumeración puede consultarse en los artículos 1 a 19 de la Ley fundamental de 1949. Completísima información bibliográfica sobre la cuestión de los derechos fundamentales en ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 53, nota 6.

tege constitucionalmente los principios básicos de la vigente ordenación jurídico-privada y de la vigente ordenación económica. Esto ha sido discutido sin razón por algunos teóricos, que no aciertan a comprender la esencia de la democracia por verla con un relativismo carente de valor. Los derechos fundamentales, en concepto de Derecho vigente de manera inmediata, vinculan ahora a la Legislación, a la Administración y a la Jurisprudencia (art. 1, III, Ley fundamental). Siempre que, de acuerdo con la Ley fundamental, pueda ser limitado por la Ley o en base a una Ley un derecho de esta clase, la disposición que opere la limitación debe tener una validez general, y no tan sólo para el caso concreto. En ningún caso puede ser violado un derecho fundamental en su contenido esencial (art. 19). Para lograr una más eficaz protección del individuo se constatan de una forma expresa los postulados capitales del Estado de Derecho (separación de poderes, art. 20, II; vinculación de la Legislación al orden constitucional, vinculación de la Administración y de la Jurisprudencia a la Ley y al Derecho; art. 20, III; independencia de los Tribunales, art. 97; posibilidad de empleo de la vía jurídica (*Rechtsweg*) por aquella persona que haya sido lesionada en sus derechos por el poder público, art. 19, IV; «queja constitucional», §§ 90 sigs. de la Ley sobre el Tribunal Federal Constitucional). Según el artículo 1, continúa NIPPERDEY, la dignidad del hombre es inviolable: respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal. De la más acusada significación es el derecho fundamental que configura el artículo 2, el derecho a la libre configuración o desarrollo de la personalidad, siempre que no se lesionen los derechos de otras personas y no se atente contra el orden constitucional o contra la Ley moral. De esta regla general de carácter superior se deriva también la libertad contractual, pero de ella han de deducirse, asimismo, las limitaciones a dicha libertad. También el principio básico de libertad de profesión o libertad de trabajo (*Gewerbefreiheit*) recogido en el artículo 21, I, encuentra sus limitaciones a través del artículo 2. De los artículos 2 y 12 y de la esencia de la política de mercados contenida en ellos por principio se deduce el postulado de libertad de competencia, esencial para la vida económica y, por regla general, contrario a un régimen de cártels (temporalmente cfr. aun Ley núm. 56 del Gobierno Militar y Ordenanza de idem, núm. 78); al postulado de libertad de competencia debe añadirse el de competencia de prestación. Es inconcebible una ordenación del Derecho privado que no otorgue garantías a la propiedad, las cuales le son conferidas contra la expropiación en el artículo 14 con un mayor alcance que en la Constitución de Weimar. La igualdad ante la Ley —que también vincula al legislador y que entraña la prohibición de normas arbitrarias, de normas motivadas incongruentemente o de normas diferenciadoras sin motivo—, la equiparación jurídica de hombres y mujeres, la prohibición de discriminaciones por motivos de sexo, ascendencia, raza, lengua, patria

y procedencia, religión o concepciones políticas o religiosas (art. 3) garantizan la intervención de todos con igualdad de derechos en el tráfico jurídico-privado. Además, constituyen igualmente fundamentos básicos del Derecho privado la libertad de cultos, de conciencia y de confesión religiosa (art. 4), el derecho de libre manifestación de la opinión (art. 5), la libertad de reunión (art. 8), la libertad de asociación (art. 9), la libertad de coalición (art. 9, III), la libertad de fijar la residencia (art. 11), el secreto epistolar, postal y telegráfico (art. 10), la inviolabilidad del domicilio (art. 13). El matrimonio y la familia se encuentran bajo la especial protección de la ordenación estatal (art. 6)» (91). Hasta aquí lo referente al aspecto o vertiente individual.

Para dejar completa esta descripción del marco político-social de la República Federal, vamos a referirnos a continuación al segundo de los aspectos que indicamos más atrás: al *aspecto o vertiente comunitaria y social* u *ordenación social-democrática* a que alude el propio NIPPERDEY. «Sin embargo, nos dice este autor, la República Federal Alemana no es tan sólo un Estado liberal-democrático, sino también—y de una forma inalterable—un Estado de Derecho de carácter social (art. 20, 28). De esto se derivan importantes limitaciones a la libertad individual. El individuo, sobre todo el económicamente fuerte, no puede usar dicha libertad en perjuicio del más débil ni atentar contra los legítimos intereses colectivos. Se señalan los límites necesarios a las acumulaciones de poderío económico. El Estado de Derecho de carácter social requiere las limitaciones ya indicadas a los derechos fundamentales individuales, en especial la limitación de «cártels» y el control de los monopolios. El contenido y límites de la propiedad se determinan por las leyes. La propiedad obliga. Su uso debe servir al propio tiempo para el bien de la generalidad (art. 14). La cuestión de los límites entre la expropiación y la determinación del contenido de la propiedad es de especial significación. La configuración de la propiedad en el sentido de un ordenación fundamental de tipo social es lo que corresponde a la voluntad de la Constitución. Según la interesante regla del artículo 15, la tierra y el suelo, los tesoros naturales y los medios de producción, con el fin de su socialización, pueden ser colocados en propiedad común o en otras formas de explotación colectiva por medio de una Ley que determine la clase y extensión de indemnización (socialización). Sólo puede considerarse social un Estado de Derecho configurado sobre la igualdad jurídica si se da una auténtica colaboración o asociación entre capital y trabajo en el sentido de la codeterminación. Las Constituciones de los Länder—que, con frecuencia, según el ejemplo de la Constitución de Weimar y saliéndose de los clásicos derechos fundamentales contienen determinaciones sobre la vida económica, social y cultural—acentúan aún más los prin

(91) Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 53-56; amplias indicaciones bibliográficas en estas páginas, notas 6 a 10.

cipios del Estado social; las determinaciones en cuestión tienen también vigencia a tenor del artículo 142 de la Ley fundamental. Según el artículo 6, V, han de proporcionarse por la Legislación a los hijos ilegítimos las mismas condiciones que a los legítimos, para su desarrollo corporal y espiritual y para su posición en la sociedad. De la esencia misma del Estado social (art. 20, 28), en armonía con el antiguo artículo 151 de la Constitución de Weimar, se deriva, en suma, el siguiente y decisivo principio constitucional: el Ordenamiento jurídico tiene que garantizar para todos una existencia digna del ser humano, libre de temores y necesidades» (92).

Indicados ya, a través del pensamiento de uno de los más caracterizados tratadistas del momento, los principios y tendencias que presiden el Derecho privado de la República Federal y que al mismo tiempo son determinantes del marco o escenario político-social en que aquel Derecho ha de desenvolverse hacia su meta futura (93), nos corresponde tratar ahora, siguiendo el mismo sistema adoptado en las etapas anteriores, de las repercusiones legislativas que los referidos principios y orientaciones han tenido en el Derecho de familia, cuya nota característica, en la Alemania Occidental, es la realización jurídica del postulado básico de equiparación de derechos entre ambos sexos.

En esta enumeración de disposiciones que se relacionan con el Derecho de familia, comenzaremos por la Ley fundamental de Bonn de 1949 que, aparte de merecer prioridad por su fecha y carácter, es la primera manifestación legislativa del poder soberano de la República Federal Alemana como tal. No son muchas las disposiciones que, referentes al Derecho de familia, contiene la Ley fundamental; ahora bien, las que ofrece son de importancia esencial, hasta el punto que puede afirmarse que algunas de ellas llevan implícita la transformación o, quizá mejor, la instauración de un nuevo sistema jurídico de la familia. Sus preceptos, en el aspecto que nos interesa, contienen principios constitucionales en relación con los siguientes extremos: a) equiparación jurídica de ambos sexos; b) protección estatal del matrimonio y de la familia; c) concepción de la educación de los hijos como derecho natural de los padres y deber primordial de éstos; d) protección de la maternidad; e) situación jurídica de la filiación ilegítima. He aquí el texto de las normas (94).

(92) Cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 56-57. También LHMANN: *Parte General*, 32-33; DENECKE-OEGG, en *BGB, RGRKommentar*, I, 12-13; LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil*, 26-27.

(93) Según LANGE, el Derecho civil ha de tender en su futura evolución a garantizar la igualdad y libertad de todos los ciudadanos, pero vinculados al poder jurídico del Estado dentro de esa igualdad y libertad. Cfr. LANGE: *Allgemeiner Teil*, 27. También DENECKE-OEGGH *BGB-RGRKommentar*, I, 12-13.

(94) Sobre la Ley fundamental de Bonn en general, y sobre los textos a que vamos a referirnos en particular, pueden consultarse, entre otros, GIESE: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Staatsrechtlich*

Art. 3, II: «Hombres y mujeres están equiparados jurídicamente» (95).

Art. 6, I: «Matrimonio y familia están bajo la especial protección del Ordenamiento estatal» (96).

Art. 6, II-III: «La asistencia y educación de los hijos constituye un derecho natural de los padres y un deber que les incumbe con carácter primordial. Sobre su realización vigila la comunidad estatal.—Contra la voluntad de los titulares de la educación, los hijos sólo pueden ser separados de la familia en base a una Ley, si los titulares en cuestión incumplen su cometido o si los hijos corren el peligro de quedar desatendidos por otros motivos» (97).

Art. 6, IV: «Toda madre tiene pretensión a la protección y asistencia de la comunidad» (98).

Art. 6, V: «A los hijos ilegítimos han de proporcionárseles por la Legislación, para su desarrollo corporal y espiritual y para su

erläutert von —, 4.^a ed., Frankfurt am Main, 1955; HAMANN: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23 Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Berlín, 1956; MANGOLDT: Das Bonner Grundgesetz (Die Verfassung des Bundesrepublik Deutschland). Erläutert von —, 2.^a ed. por KLEIN, primera entrega, Berlín-Frankfurt am Main, 1955; MATZ: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Textausgabe mit ergänzenden Anhang zusammengestellt und erläutert von —, 2.^a ed., Stuttgart-Colonia 1954; VON ROSEN-VON HOEWEL: Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (tomo 27 de la serie «Schaeffers Grundriss des Rechts und der Wirtschaft), Stuttgart-Colonia, s. a. Sobre las orientaciones de la Ley Fundamental, brevemente destacadas, es importante la obra de NAWIASKY: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart-Colonia, 1950. Los textos pueden consultarse también en HARTUNG: Die Entwicklung, 110 sigs. (cita completa en nota 40, in fine).

(95) Esta disposición, en relación con lo establecido en el artículo 117, I, sanciona, primero como principio programático y después como Derecho vigente, el postulado fundamental de equiparación jurídica de los sexos, el cual aplicado al Derecho de familia significa generalmente equiparación jurídica de marido y mujer. Más adelante hemos de volver ampliamente sobre este problema de «das dos Alemanías». Cfr. no obstante, para la República Federal, MELON INFANTE: *Código civil alemán*, trad. cit., XIX-XXI.

(96) «La familia y el matrimonio—dice LAUTERBACH—son la base fundamental de la vida de la comunidad. Sobre ambas instituciones se configuran el Municipio y el Estado. Por esta razón se encuentran bajo la protección de éste. Esta protección es sancionada por la mayoría de las nuevas Constituciones; así la Ley fundamental...» (cita luego algunas Constituciones de los Länder y la de la DDR. Cfr. LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), 1.079. Consúltese además la bibliografía citada en la nota 94 y más especialmente MAUNZ: *Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie* (art. 6 GG), EF, 1956, 1.

(97) Bibliografía en nota 94. Además, FLEIG: *Das Elternrecht in Bonner Grundgesetz*, Friburgo, 1953; MEYER-SEVENICH: *Elternrecht und Kinderrecht*, Frankfurt am Main, 1954; GLAUB: *Erziehungsrecht und Erziehungspflicht von Eltern und Staat* (cuaderno 4 de la serie «Kleiner Wegweiser für die Jugendhilfe») dirigida por I.: *Evangelischer Reichs-Erziehungsverband de Münster/Westf.*) Essen, 1956.

(98) Bibliografía en nota 94.

situación en la sociedad, las mismas condiciones que a los hijos legítimos» (99).

Veamos ahora las disposiciones dictadas con posterioridad a la Ley fundamental de 1949. La enumeración, como siempre, no tiene pretensiones exhaustivas; sólo aspira a recoger las disposiciones más importantes. Estas son las siguientes:

Ley Federal de 23 de junio de 1950, sobre reconocimiento de matrimonios libres de los perseguidos por razones políticas o de raza, con modificaciones introducidas por Ley de 7 de marzo de 1956 (100) (101).

(99) Además de las obras recogidas en la nota 94, cfr. MEYER: *Zur Reform des Unehelichenrechts* (cuad. 3 e la serie «Beihefte zu Unsere Jugend»), 1952; HÜBNER: *Die künftige Rechtsstellung des unehelichen Kindes*, Berlín, 1954; HEDEMANN: *Die Nichtehelichen (Zur Reform des Unehelichenrechts)*, EF, 1955, 226; HEDEMANN: *Die künftige Rechtsstellung der unehelichen Kinder*, MDR, 1952, 454. En cuanto al posible desarrollo de la norma del artículo 6, V, dice BEITZKE: «Para los hijos ilegítimos, tanto la Constitución de Weimar en su artículo 21 como la Ley fundamental en su artículo 6, exigen las mismas posibilidades de desarrollo que para los legítimos. Esta exigencia no puede significar una absoluta equiparación jurídica con respecto a los hijos legítimos; ello supondría la desvaloración de la familia. La equiparación debe ser, ante todo, una equiparación en la vida pública. Ahora bien, junto a esto es también imprescindible un mejoramiento de su posición jurídico-familiar. Todas las reformas que a partir de 1919 se han pretendido de la insatisfactoria regulación del BGB han fracasado a causa de las contradictorias influencias políticas.» Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 4; también 140.

(100) La Ley de 23-VI-1950 viene a suplir a otras de denominación y contenido análogos que ya se habían dictado en determinados *Länder*. Sus disposiciones se hacen extensivas al Berlín Occidental por Ley de 30-XI-50. La Ley que nos ocupa autoriza a las autoridades judiciales de los *Länder* para atribuir la eficacia de un matrimonio civilmente válido a aquellas «uniones» de prometidos que, por razones raciales, políticas o religiosas, no pudieron concluir su matrimonio de forma regular ante el funcionario del estado civil. Para que esto ocurra han de darse dos circunstancias: a) Que la muerte de uno de los prometidos impida la celebración del matrimonio ante el indicado funcionario. b) Que los prometidos demuestren que han querido configurar su unión como una «unión duradera» (*dauernde Verbindung*). Esta demostración puede hacerse mediante el casamiento eclesiástico, mediante declaración a los parientes o de otra forma análoga. Ha de mediar solicitud de la persona interesada, y la concesión o no de lo pedido es potestativo de la autoridad judicial; la concesión es un acto gracioso: un *Gnadenakt*.

(101) Sobre la Ley de 23-VI-1950 puede consultarse LAUTERBACH en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), apéndice al § 13 de la Ley de matrimonio de 1946, 1.838-1.895. Allí referencias bibliográficas. Cfr. asimismo BEITZKE: *Familienrecht*, 21.

(102) En algunos *Länder* ya se habían dictado disposiciones simplificando o aligerando algunos de los presupuestos de la adopción; estas disposiciones quedan sustituidas por la Ley de 1950, que sirve de complemento a los §§ 1.741 y 1.745 del BGB. La Ley establece que cabe dispensar la circunstancia de que el adoptante no tenga descendencia legítima, así como ciertas circunstancias de edad. En Berlín Occidental rige la Ley de 1-XII-1950, de contenido similar. La Ley sobre facilitación de la adopción se dictó con carácter temporal: su vigencia estaba prevista hasta fines de 1952. Después ha sido prorrogada sucesivamente hasta 31-XII-1955 (por Ley de 14-II-1953) y hasta 31-XII-1960 (por Ley de 25-XII-1955).

Ley Federal de 8 de agosto de 1950, sobre facilitación de la adopción (102) (103).

Ley Federal de 2 de diciembre de 1950, sobre reconocimiento de «casamientos de necesidad» (104).

Ley Federal de 15 de enero de 1951, complementando y modificando la Ley sobre el estado civil de las personas de 1937 (105).

Ley Federal de 29 de marzo de 1951, sobre mediación o intervención en la adopción, con Ordenanza de 25 de agosto de 1952 (106).

Ley Federal de 29 de marzo de 1951, sobre los efectos jurídicos de la decisión que pronuncie la conclusión del matrimonio «post mortem» o conclusión del matrimonio a posteriori (107) (108).

(103) Sobre la Ley de 8-VIII-1950 puede consultarse LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), apéndice al § 1.741 del BGB, 1.292-1.293. También BEITZKE: *Familienrecht*, 134; BEITZKE: *Zur Auslegung des Gesetzes zur Erleichterung der Ausnahme an Kindes Statt*, StAZ, 1954, 140; MASSFELLER: *Die erleichterte Annahme an Kindes Statt*, en *Bundesanzeiger*, 1953, 3.

(104) Extensivas sus disposiciones al Berlín Occidental por Ley de 28-VI-1951. Bajo determinados presupuestos la Ley que nos ocupa confiere los mismos efectos que a los matrimonios contraídos ante el funcionario del estado civil a ciertos casamientos que, como consecuencia de la guerra, no se celebraron ante dichos funcionarios. Para que pueda otorgarse este «reconocimiento de los casamientos de necesidad» como matrimonios civiles válidos han de concurrir unos presupuestos objetivos de tiempo, lugar y autoridad ante la que se celebró el casamiento. En las Zonas británica y americana y en algunos Länder se habían dictado normas análogas a la Ley de 2-XII-1950 que han sido derogadas y sustituidas por ésta. Cfr. sobre la cuestión de referencia, LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), apéndice al § 11 de la Ley de Matrimonio de 1946, 1.884-1.888; BEITZKE: *Familienrecht*, 21.

(105) Sobre la Ley del estado civil de las personas de 1937 puede consultarse BRANDIS-MASSFELLER: *Das Personenstandsgesetz*, 1938; STÖLZEL: *Personenstandsgesetz*, 6.^a ed., 1939. Más reciente, y recogiendo la Ley de 1951, MASSFELLER: *Das gesamte Personenstandsrecht. Kommentar*, Frankfurt, 1951.

(106) En Berlín Occidental Ley de 3-XI-1952 con Ordenanza de 15-XII-1952. La Ley considera que la «mediación» o «intervención» (*Vermittlung*) en la adopción es misión de la Oficina de la Juventud, así como de otros organismos y entidades que se especifican en sus disposiciones. Mediante la intervención o mediación aludida se pretender evitar que la adopción se lleve a cabo con miras exclusivamente económicas. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 133; LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar*, 1291; RIEDEL: *Jugendwohlfahrtsrecht*, 3.^a ed., Munich-Berlín, 1955, 267-270; ZUR NIEDEN: *Soll und kann Adoptionsvermittlung gefördert werden?*, en *Gesundheitsfürsorge*, 1953, 88.

(107) La Ley de 29-III-1951 se ha dictado como consecuencia de la situación surgida al amparo de una circular secreta del Ministerio del Interior del Reich de 15-VI-1943. Esta circular, que nunca se promulgó en forma legal y que apoyaba su validez en una autorización del Führer, establecía que entre las novias de los miembros del Ejército alemán y sus prometidos caídos en la guerra pudiera celebrarse *post mortem* el oportuno matrimonio con el fin de que dichas novias adquiriesen la condición de viudas de guerra y los posibles hijos la de hijos legítimos del caído y de su novia. El procedimiento para llegar a esta conclusión *post mortem* del

Ley Federal de 24 de enero de 1952 o «Ley para la protección a la madre trabajadora», conocida, generalmente, como Ley de protección a la madre (109).

Ley Federal de 5 de marzo de 1953 o «Ley para el restableci-

matrimonio o «conclusión del matrimonio *a posteriori*) (*nachträgliche Eheschliessung*) era el siguiente: La prometida de un caído al servicio del Ejército dirigía la oportuna solicitud a la autoridad competente. El Ministerio del Interior encargaba al funcionario del estado civil proporcionase la prueba de que en el caso en cuestión concurrían los presupuestos para que el matrimonio se celebrase *post mortem*. El requisito esencial consistía en que hasta el día de la muerte del caído no se tuvieran noticias de que había abandonado su propósito firme de casarse. En el caso de darse esta circunstancia, el Ministerio del Interior decretaba la conclusión del matrimonio; éste se celebraba de acuerdo con las formalidades legales. El funcionario del estado civil preguntaba a la novia si quería contraer matrimonio con el caído, y, contestada afirmativamente la pregunta, declaraba contraído el matrimonio en nombre del Reich y en virtud de orden del Ministerio del Interior. La mujer quedaba convertida en legítima esposa del caído, con efecto retroactivo del día anterior a la muerte de éste. Se han suscitado abundantes discusiones en torno a la validez o invalidez de estos matrimonios que, en realidad, desde el punto de vista estrictamente legal, son «matrimonios inexistentes», (no matrimonios) (*Nicht-ehen*). De todas formas parece que podría fundamentarse su eficacia en una especie de Derecho consuetudinario formado en torno a ellos, puesto que un simple acto administrativo (no otra cosa era la circular de 1943) no puede de ningún modo alterar las normas del Derecho civil relativas a la conclusión del matrimonio. Sobre estos matrimonios «postmortales» y sus problemas cfr. LEHMANN: *Derecho de familia*, 65-66; MITTELS-BOEHMER: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, 35-36; BEITZKE: *Familienrecht*, 23; *Einführung*, 89, nota 16. Más ampliamente DÖLLE: *Die nachträgliche Eheschliessung*, DRZ, 1947, 39; BOEHMER: *Zur nachträglichen (postmortalem) Eheschliessung und Ehescheidung*, ACP, 150, 235.

(108) Dejando al margen la cuestión de la validez o invalidez de los matrimonios postmortales, la Ley de 29-III-1951 lo único que hace es señalar los efectos jurídicos de la decisión que haya declarado, en base a la circular de 1943, una conclusión de matrimonio *post mortem*: la mujer lleva el nombre del caído, se considera viuda de guerra a efectos de pensiones y auxilios y los hijos valen como legítimos. Sobre la Ley de 1951 cfr. LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.ª ed., 1957), apéndice al § 13 de la Ley de matrimonio de 1946, 1.895-1.896. También BEITZKE: *Familienrecht*, 23. En ambas obras más referencias.

(109) Esta Ley, extensiva al Berlín Occidental por Ley de 24-IV-1952, tiene más interés desde el punto de vista del Derecho laboral que desde el del Derecho de familia, no obstante lo cual algunas de sus disposiciones inciden de lleno en el campo de éste. Sobre la Ley de protección a la madre cfr. MECK: *Mutterschutzgesetz. Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mütter. Textausgabe mit Erläuterungen*, Stuttgart-Colonia, s. a.; AXE: *Das Mutterschutzgesetz vom 24-I-1952 für den Handgebrauch erläutert*, 2.ª ed., Essen, 1953; PETERS: *Das Mutterschutzgesetz. Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mütter vom 24-I-1952. Kommentar*, Lübeck, 1953; GRÜNIGZELLNER: *Arbeitschutzvorschriften für die erwerbstätige Frau und Mutter*, 3.ª ed., Berlín, 1953; TREUERKAUF: *Mutterschutzgesetz. Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mütter (Mutterschutzgesetz) vom 24-I-52. Kommentar*, Colonia-Deutz, 1954; BULLA: *Mutterschutzgesetz und Frauenarbeitsrecht Kommentar zum Mutterschutzgesetz und zum Recht des Hausarbeitstages nebst weiteren Bestimmungen über den besonderen Arbeitsschutz der erwerbstätigen Frau*, Munich-Berlín, 1954.

miento de la unidad legislativa en el ámbito del Derecho civil» (110).

Ley Federal de 28 de agosto de 1953, modificando y completando la Ley de protección a la juventud de 1923 (111).

Ley Federal de 13 de noviembre de 1954, sobre ayuda familiar, conocida con el nombre de «Ley sobre dinero de los hijos» (112).

Ley Federal de 18 de mayo de 1957, denominada «Segunda Ley para la modificación y complementación de la Ley sobre el estado civil de las personas» (113).

Ley Federal de 18 de junio de 1957, sobre equiparación jurídica de marido y mujer en el ámbito del Derecho civil, conocida como «Ley de equiparación» (114).

(110) Rige en Berlín Occidental por Ley de 20-III-1953. La Ley para el restablecimiento de la unidad legislativa en el ámbito del Derecho civil se dicta con el fin de refundir e integrar en el BGB una serie de preceptos de la legislación civil alemana que se encontraban dispersos en Leyes especiales. La Ley de 1953 introdujo modificaciones en los cinco libros del BGB; las que afectan al libro IV se refieren a los §§ 1.788, 1.837 y 1.875. Un estudio de conjunto de la Ley es el de RECHENMACHER: *Das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5-III-1953*, NJW, 1953, 768-770. También MELON INFANTE: *Código civil alemán*, trad. cit.; XVII-XVIII.

(111) El núcleo de la reforma radica en la nueva regulación de la organización de las autoridades y funcionarios que tienen a su cargo la protección de la juventud y en el señalamiento de un nuevo campo de acción a dichas autoridades y funcionarios. Cfr. RIEDEL: *Jugendwohlfahrtsrecht*, 15. Dimos algunas referencias bibliográficas en la nota 45.

(112) La Ley establece una ayuda económica («dinero de los hijos» o *Kindergeld*) para aquellas familias que tienen tres o más hijos. Se trata de una de las disposiciones que más bibliografía y decisiones judiciales ha provocado en estos últimos años al decir de MEYER: *Das Kindergeld im Lichte von Rechtsprechung und Schrifttum*, EF, 1957, 76. Pueden consultarse, además, WITTING-MEIER: *Kindergeld-Handbuch. Kommentar*, Bielefeld, 1955; RÖDIGER: *Das Kindergeldrecht. Erläuterungen mit Beispielen*, Colonia-Deutz, 1956; SIXTUS-HAEP: *Kommentar zum Kindergeld*, Essen, 1956; KLEINHEYER: *Unterhaltspflicht und Kindergeld*, EF, 1955, 350; KLEINHEYER: *Bemerkungen zu einer Neufassung des § 8 Kindergeldgesetz*, EF, 1957, 79; SCHNITZLER: *Zur Verfassungsmässigkeit der Kindergeldgesetzgebung*, MDR, 1956, 712; SIEVERS: *Kindergeldgesetzgebung und Grundgesetz*, NJW, 1947, 441; SCHAEFER: *Kindergeldgesetzgebung und Grundgesetz*, EF, 1957, 353.

(113) La Ley sobre el estado civil de las personas de 1937 que ya había sido modificada y completada por una Ley de 1951, lo es ahora de nuevo por la Ley que nos ocupa que entrará en vigor el 1-I-1958. Aparte de otras modificaciones de menor importancia las dos finalidades de la reforma son éstas: a) Restablecer la unidad legislativa en cuanto a la forma de llevar los Registros familiares, suprimiendo las diversidades surgidas entre los *Länder* como consecuencia de ciertas disposiciones dictadas durante la segunda guerra mundial. b) Dar entrada de una manera orgánica y eficiente en los Registros del estado de las personas al número cada vez mayor de alemanes que buscan asilo en la República Federal, consumando así el camino iniciado por la legislación de los *Länder*. Un examen de conjunto sobre la Ley de reforma de 1957 en MASSFELLER: *Die Novelle zum Personenstandgesetz*, EF, 1957, 229.

(114) Esta Ley es sin duda la más importante y trascendental de cuantas se han dictado referentes al Derecho de familia desde la promulgación

8. II) *República Democrática Alemana*.—Huelga decir que el sistema político-social imperante en la Zona soviética de Alemania, que como Estado soberano se autodenomina República Democrática Alemana y que es, generalmente, conocida como Alemania Oriental, es por completo distinto e incluso opuesto al que hemos visto rige en la República Federal. Semejante diversidad de postulados políticos tiene, como es lógico, hondas repercusiones en el Derecho privado, no bstante poder afirmarse como regla general la vigencia, al menos inicial, de los mismos textos.

Como advierte NIPPERDEY, el BGB no ha sufrido, en la República Democrática, modificaciones fundamentales, si se considera desde un punto de vista externo y formal (115). Sigue siendo, al menos teóricamente, el texto fundamental en que cristaliza el Derecho civil, a pesar de los profundos impactos que en él ha causado la Constitución a que en seguida aludiremos, las Leyes especiales que se van dictando y, sobre todo, la propia realidad jurídica tal como ésta ha necesariamente de desenvolverse en un Estado de orientación comunista o «democrática» (?). Resulta así que si bien es cierto que el BGB no ha sido derogado en bloque y formalmente en la República Democrática Alemana, no lo es menos que en ella se aplica con arreglo a unos criterios diametralmente diversos de aquellos que rigen en la República Federal; pues no hay que olvidar que en la Alemania soviética ha sido suprimida de una manera radical la ideología a que el Código responde, tanto si se interpreta en sí mismo de una forma estricta (rígido individualismo) como si se interpreta con un criterio social y progresivo (individualismo atenuado). «Mucho más profundas que las modificaciones legislativas que afectan directamente al BGB, dice NIPPERDEY, son la plena transformación de las concepciones económicas y las consecuencias que traen consigo la ideología y la estructura política de la Zona soviética de Alemania. La organización económica descansa en la socialización de los medios de producción llevada a cabo sin indemnizaciones, mediante la cual se subroga en el lugar de la propiedad privada de las empresas socializadas la «propiedad del pueblo». Para la vida económica rige una economía central planificada, que ha conducido a la circunstancia

del BGB, siendo al mismo tiempo la que más decisivas modificaciones introduce en el texto de éste. La finalidad de la Ley de equiparación no es otra que el desarrollo legislativo del principio constitucional de equiparación jurídica de los sexos, sancionado por el artículo 3, II, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. La Ley de 1957 lleva a cabo fundamentales reformas, sobre todo en el libro IV del BGB, pues como idea orientadora puede afirmarse que modifica todos los preceptos de éste que supusieran una desigualdad jurídica de los cónyuges o, en general, de varón y mujer. La Ley de equiparación entrará en vigor el 1-VII-1958 (art. 8, II, disposición final 4). Más adelante, al referirnos al problema de la equiparación en Alemania Occidental (cfr. núm. 13), ofrecemos amplia información bibliográfica sobre esta Ley, considerada en su conjunto y en sus diversos aspectos concretos.

(115) Cfr. ENNECERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 44.

de que en la posición de la contratación privada se vayan implantando, cada vez más intensamente, unas medidas estatales de dirección y unos deberes de suministro impuestos por el Estado» (116).

En la República Democrática Alemana, al igual que sucede en la República Federal, la Constitución reconoce y sanciona unos «derechos del ciudadano» (*Rechte des Bürgers*) o derechos fundamentales, pero con una importante diferencia con respecto a la Ley Fundamental de Bonn: estos «derechos del ciudadano», que se estructuran dentro del «contenido y limitaciones del poder del Estado» (117), tan sólo se reconocen sometidos, como dice LANGE (118), a una fuerte vinculación político-social, y por otra parte la propia Constitución se encarga de dejar a salvo con gran frecuencia la posibilidad «constitucional» de desconocer e ignorar esos derechos (119). Tomemos como ejemplo lo que sucede con el más fundamental de todos los derechos fundamentales: la propiedad. La Constitución comienza reconociendo y garantizando tal derecho, al igual que el derecho hereditario (art. 22); pero inmediatamente, a renglón seguido (arts. 23 y 24), son tantas las excepciones y limitaciones que se hacen a este reconocimiento y protección que la sola lectura de los textos constitucionales demuestra cumplidamente que el derecho de propiedad queda entregado al más despótico arbitrio del poder del Estado: se prevé la posibilidad de expropiaciones sin indemnización, la confiscación de empresas, la disolución de las «grandes posesiones inmobiliarias» de carácter privado y su distribución sin indemnización y, por último, como medida que habla por sí sola, está prevista en la Constitución la conversión de la propiedad privada en «propiedad del

(116) Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 44. Sobre el Derecho civil de la República Democrática pueden consultarse BLOMEYER: *Die Entwicklung des Zivilrechts in der sowjetische Besatzungszone*, 1950; LEGUEN: *Das BGB in der Sowjetzone und in Berlin (Ost)*, JR, 1957, 93. Es, además, fundamental la obra de DORNBERGER-KLEINE-KLINGER-POSCH: *Das Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, I, Berlín, 1954; II, Berlín, 1956.

(117) Cfr. Constitución de la República Democrática Alemana de 7-X-1949, arts. 6 y sigs.

(118) Cfr. LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil*, 26. También DENECKE-OBGG, en *BGB.RGR. Kommentar*, I (10.ª ed., 1953), 12.

(119) «De todas formas, no puede desconocerse la circunstancia de que a primera vista los textos de la Constitución tienen un cierto «sonido occidental». Desde el punto de vista individual o personal, los «derechos del ciudadano» que sanciona la Constitución son los siguientes: igualdad ante la Ley (art. 6), igualdad jurídica de los sexos (art. 7), libertad personal, inviolabilidad de domicilio, secreto postal y libre fijación de residencia (art. 8), libre exteriorización de la opinión y derecho de reunión amistosamente y sin armas (art. 9), no extradición (art. 10, I, II), derecho de expatriación (art. 10, III), derecho de asociación (art. 12). Sobre la estructura laboral y económica de la República, al menos tal como figura en la Constitución, cfrs. artículos 13-18 y 19-29. Los textos constitucionales pueden consultarse en la obra ya citada de HARTUNG: *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte*, 114 y sigs.

pueblo» (*Eigentum des Volkes*), por medio de una expropiación sin indemnización, en el supuesto en que se abuse de aquélla. He aquí el texto de los artículos 22, 23 y 24 que son los que se refieren a la propiedad.

Art. 22: «La propiedad está garantizada por la Constitución. Su contenido y sus limitaciones se derivan de las Leyes y de los deberes sociales frente a la comunidad.—El derecho hereditario está garantizado en conformidad con el Derecho civil. La cuota del Estado en la herencia se determina por la Ley. El trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor y del artista gozan de la protección, fomento y asistencia de la República».

Art. 23: «Las limitaciones de la propiedad y las expropiaciones sólo pueden ser llevadas a cabo en beneficio de la generalidad y con un fundamento legal. Dichas limitaciones y expropiaciones se realizan a cambio de una adecuada indemnización, a no ser que la Ley determine otra cosa. En caso de litigio en torno a la cuantía de la indemnización queda abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios, en tanto una Ley no determine otra cosa».

Art. 24: «La propiedad obliga. Su uso no puede ser contrario al bien común.—El abuso de la propiedad mediante acumulación de poderío económico tiene como consecuencia una expropiación sin indemnización y su conversión en propiedad del pueblo (120). Las empresas de los criminales de guerra y de los pertenecientes de un modo activo al Nacionalsocialismo quedan expropiadas y pasan a ser propiedad del pueblo. Lo mismo vale para las empresas privadas que se presenten al servicio de una política belicista.—Todas las organizaciones monopolísticas de carácter privado, trusts y organizaciones semejantes dirigidas al aumento de ganancias mediante un control de la producción, de los precios y de las ventas, quedan suprimidas y prohibidas.—Las grandes posesiones inmobiliarias privadas, que tengan más de 100 hectáreas, quedan disueltas y son distribuidas sin indemnización. Para llevar a cabo esta reforma en la política del suelo se garantiza a los campesinos la propiedad privada sobre sus tierras» (121).

Examinado lo relativo al Derecho privado en general y descrito a grandes rasgos el panorama político-social de la República Democrática, pasemos ya a ocuparnos de la situación del Derecho de familia, tanto en el terreno de los principios como en el de las

(120) También el artículo 25 prevé una propiedad del pueblo de los tesoros del suelo y de los productos naturales. Sobre esta «propiedad del pueblo» cfr. SZOSTAK: *Das Volzeigentum in der Deutsche Demokratische Republik*, JR, 1957, 255-259.

(121) Para todos los textos cfr. HARTUNG: *Die Entwicklung*, 117-118. A primera vista, los artículos 22-24 de la Constitución de la República Democrática tienen una cierta analogía con el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn; pero leídos con cuidado los textos de ambas Constituciones en seguida destacan sus profundas diferencias de contenido. En cuanto a la socialización, cfr. también las diferencias: Ley Fundamental de Bonn, artículo 15; Constitución de la República Democrática, artículo 27. HARTUNG: *Die Entwicklung*, 113 y 119.

realizaciones legislativas. A semejanza de lo que sucede en la mayoría de las Repúblicas populares de cuño comunista surgidas después de la Segunda Guerra Mundial, en la República democrática alemana la familia está sometida a un *fuerte intervencionismo* por parte del Estado, que trata de servirse del organismo familiar para la consecución de finalidades políticas. Este intervencionismo se presenta, a veces, definido como protección y fortalecimiento de la familia. ¡Nada más lejos de la realidad! (122).

Con referencia a las relaciones entre padres e hijos este «intervencionismo protector» desemboca en una *estatalización* de la educación de la prole, ya que ésta ha de ser formada «en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos» (123).

Otro pilar básico sobre el que se apoya el Derecho de familia es el principio de *equiparación jurídica de los sexos*, recogido en los artículos 7 y 30 de la Constitución, a que en seguida aludiremos. Ahora bien; en Alemania oriental la equiparación jurídica de la mujer con el varón no está prevista con la finalidad de mejorar la posición jurídica del sexo femenino, como ocurre en la República Federal, sino que lo que se pretende con dicha equiparación es conseguir el fin último de insertar plenamente a la mujer en el proceso de producción, libre de toda traba de carácter familiar. El § 3 del Proyecto de Código de familia establece, en este sentido, el siguiente principio fundamental: «La plena equiparación jurídica de los sexos tan sólo puede ser realizada mediante la participación de la mujer en el Estado, en la economía y en todos los demás ámbitos de la vida social. Por eso, esta Ley atribuye a la mujer en la familia una posición que haga compatibles sus deberes como mujer y madre con su derecho al perfeccionamiento».

(122) Es muy significativo en este sentido el § 1 del Proyecto de Código de Familia publicado en 1954, cuyo texto es el siguiente: «El Código de Familia de la República Democrática Alemana regula las relaciones personales y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, entre los padres, hijos y otros parientes, entre el tutor y el pupilo, con la finalidad de desarrollo y fortalecimiento de la familia y de la educación de los hijos en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos.» También es altamente significativa la definición que se ofrece del matrimonio en el Preámbulo de la Ordenanza de 24-XI-1955 sobre conclusión y disolución del mismo. «En la República Democrática Alemana—dice—el matrimonio es una comunidad de vida concluida entre hombre y mujer, que, basada en la equiparación jurídica de los sexos, en el amor y en la consideración recíproca, sirve para el desarrollo común de los cónyuges y para la educación de los hijos en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos.»

(123) Cfr. locs. cit. en nota anterior. En el § 38 del Proyecto citado se establece como deber y derecho de los padres educar al hijo como ciudadano independiente y responsable del Estado democrático, que ame a su patria y que luche por la paz». Sobre estos problemas, vistos por un jurista de la propia Zona soviética. cfr. NATHAN: *Das Familienrecht als Faktor der Erziehung zur Demokratie*, en «Staat und Recht», año III, 567 y sigs.

to profesional y al ejercicio de la profesión». Comentando NATHAN el principio anterior, dice que es una declaración «que ha de valorarse como orientación y guía de conducta y que se dirige, ante todo, a la gran masa de mujeres, de las cuales muchas no han comprendido aún el indisoluble lazo que existe entre equiparación jurídico-familiar y actividad profesional» (124).

Por último, en la República democrática alemana se observa también la tendencia al *mejoramiento* de la posición jurídica de los hijos habidos fuera de matrimonio, tendencia que, como en seguida veremos, tiene un fuerte eco constitucional.

Estos son los pilares o bases sobre que se apoya en Alemania oriental el «nuevo Derecho de familia» que, cada vez de manera más intensa, se va tiñendo de un acusadísimo matiz político (125). Pasemos ahora al terreno de las realizaciones legislativas, enumerando las más importantes disposiciones dictadas en la Zona soviética de Alemania, sobre todo las dictadas después de su conversión en República democrática alemana. Como hace constar HAGEMeyer (Marie), el Derecho de familia de la Alemania oriental era, en principio, el mismo que el de la Alemania occidental: aparte de otras disposiciones de menor importancia los textos fundamentales eran el libro IV del BGB y la Ley de matrimonio de 1946 (126). La rotura de esta unidad legislativa se produce al entrar en vigor la Constitución de la República democrática en octubre de 1949, y a partir de entonces el abismo diferenciador entre el Derecho de familia de «las dos Alemanias» va siendo cada vez mayor, tanto en el ámbito de la legislación como en el de la jurisprudencia.

Las disposiciones legislativas dictadas en Alemania oriental, y que más o menos directamente afectan al Derecho de familia, pueden agruparse en tres apartados: a) Disposiciones anteriores

(124) Cfr. NATHAN: *Das Familienrecht als Faktor...*, 574. HAGEMeyer, de quien hemos tomado la cita anterior, manifiesta que la tendencia de insertar de lleno a la mujer en la producción se deduce claramente del § 3 del Proyecto, y a continuación añade: «Bajo el pretexto de que la equiparación jurídica de la mujer requiere la introducción de todo el sexo femenino en la industria pública (cita a NATHAN, loc. cit., 574), se ha desnaturalizado el concepto mismo de la equiparación de los sexos con la finalidad de colocar al mayor número posible de mujeres al servicio del aumento de la producción. Resulta así especialmente claro que la meta del Proyecto no es el bien de la familia, sino el incremento de la producción». Cfr. HAGEMeyer (Marie): *Zum Familienrecht der Sowjetzone. Der Entwurf des Familiengesetzbuches und die Verordnung über Eheschließung und Eheauflösung*, Bonn, 1956.

(125) Sobre el Derecho de familia de la República Democrática, además de las publicaciones de NATHAN y HAGEMeyer, citadas en las notas 123 y 124, cfr., especialmente, MÜLLER: *Das neue Familienrecht der Sowjetzone in seinen wesentlichen Grundsätzen*, en «Die Kirche in der Welt», 1953, entrega II, Nr. 34, 189; SCHRÖBER: *Die familienrechtliche Gesetzgebung der sowjetischen Zone in ihrer Auswirkung auf die Bundesrepublik*, StAZ, 1954, 49 y 75.

(126) HAGEMeyer: *Zum Familienrecht der Sowjetzone*, 6.

a la Constitución de 1949; b) Constitución de 1949; c) Disposiciones posteriores a ésta. Dentro de este tercer grupo merece consideración especial, aunque todavía no ha pasado de ser un Proyecto, el Proyecto de Código de familia de 1954, pues es el único texto que permite apreciar en su conjunto las tendencias y orientaciones que dominan el Derecho de familia en la Alemania soviética; las realizaciones legislativas sólo se enfrentan por ahora con puntos concretos, y la jurisprudencia, a la par que poco asequible, no sigue una línea clara y bien definida (127).

a) Antes de la Constitución de 1949 merece citarse la Ordenanza de 21 de diciembre de 1948 sobre transmisión de los litigios jurídico-familiares a la competencia de los *Amtsgerichte* (128) (129). También con anterioridad a la Constitución se dictaron numerosas disposiciones de carácter local, destinadas a facilitar la adopción, dispensando o aligerando algunos de sus presupuestos de forma análoga a como se ha hecho también en Alemania occidental por la Ley de 8 de agosto de 1950, que ya conocemos (130).

b) Constitución de 1949. En la Constitución de la República

(127) HAGEMeyer: *Zum Familienrecht der Sowjetzone*, 7.

(128) Esta Ordenanza viene a suplir los §§ 606 y sigs. de la ZPO, según los cuales los litigios en cuestión eran de competencia de los «Landgerichte».

(129) Como consecuencia de la reforma operada en la organización de la jurisdicción en la República Democrática Alemana por la Ley de 2-X-1952 (Ley sobre organización de los Tribunales en la DDR), completada por la Ley de 4-X-1952, hay que entender que actualmente tales litigios jurídico-familiares han de resolverse ante los «Kreisgerichte» o «tribunales de distrito», grado de la jurisdicción que ha fundido a los antiguos «Amtsgerichte» y «Landgerichte». Conforme a las disposiciones indicadas, los órganos de la jurisdicción ordinaria en Alemania oriental son los siguientes: 1) «Kreisgerichte» o tribunales de distrito; 2) «Bezirksgerichte» o tribunales de departamento; 3) «Obersten Gericht» o Tribunal Supremo; que, según los casos, funciona o no en forma de «Plenum». Esta nueva organización de los Tribunales en la República Democrática se llevó a cabo para adaptar el sistema jurisdiccional a la nueva división administrativa de su territorio en «distritos» (Kreise) y «departamentos» (Bezirke), una vez suprimidos los antiguos Gobiernos de los Länder (cfr. Ley de 23-VII-1952). Un estudio de conjunto sobre la nueva organización de los Tribunales en la Alemania oriental puede consultarse en HEINZE: *Die neue Gerichtsverfassung in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands*, NJW, 1953, 247. A título meramente informativo recordaremos aquí que en la República Federal la jurisdicción ordinaria se distribuye entre los órganos siguientes: Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte y Bundesgerichtshof. Cfr. § 12 de la Ley sobre organización de los Tribunales de 27-I-1877, en la redacción de 12-IX-1950. Cfr. sobre estos problemas ROSENBERGER: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 6.ª ed., Munich-Berlin, 1954, 56 y sigs.

(130) Las Leyes a que nos referimos son las siguientes: Brandenburgo, Ley de 20-V-1948; Mecklenburgo, Ley de 30-IX-1948; Sajonia, Ley de 28-V-1948; Sajonia-Anhalt, Ley de 19-XI-1948; Thuringia, Ley de 4-V-1948. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 137; LAUTERBACH, en PALANDT, BGB. *Kurzkommentar* (16.ª ed., 1957), 1.292. En Berlín oriental, Ley de 28-I-1952.

democrática alemana de 7 de octubre de 1949 encontramos disposiciones referentes a la equiparación jurídica de los sexos, a la protección de la familia por el Estado en su consideración de fundamento de la vida de la comunidad, a la educación de los hijos, a la protección de la maternidad y a la situación de los hijos ilegítimos o «extramatrimoniales». He aquí el texto de las disposiciones referentes a las cuestiones indicadas (131).

Art. 30: «Matrimonio y familia constituyen el fundamento básico de la vida de la comunidad. Están bajo la protección del Estado.—Las Leyes y determinaciones que sean contrarias a la equiparación jurídica de marido y mujer en la familia, quedan derogadas» (132).

Art. 31: «La educación de los hijos para convertirles en personas capaces espiritual y corporalmente en el espíritu de la democracia es un derecho natural de los padres y su más alto deber frente a la sociedad» (133).

Art. 32: «La mujer, durante la maternidad, tiene pretensión a una protección y asistencia específicas por parte del Estado.—La República dictará una Ley de protección a la madre. Han de crearse instituciones para la protección a la madre y al niño».

Art. 33: «El nacimiento extramatrimonial no puede acarrear desventajas ni al hijo ni a sus padres.—Las Leyes y determinaciones contrarias quedan derogadas».

Apreciadas en su conjunto las normas de la Constitución, referentes al Derecho de familia, puede dividirse en dos grupos: 1) Textos de carácter programático que no tienen eficacia inmediata son los contenidos en los artículos 30, I; 31, 32. 2) Textos con eficacia jurídica inmediata son los contenidos en el artículo 30, II, y en el 33: en virtud del primero quedan derogadas en bloque todas las disposiciones que no se avengan con el principio constitucional de igualdad jurídica de marido y mujer; en virtud del segundo, se produce, también en bloque, la derogación de

(131) Las normas a que nos vamos a referir constituyen un apartado independiente dentro de la Constitución: el apartado III dentro de la materia relativa al «contenido y limitaciones del poder del Estado» y que se titula «Familia y Maternidad» (arts. 30 a 33). Los textos pueden consultarse en HARTUNG: *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte*, 119-120.

(132) Este párrafo 2.º del artículo 30 no es sino una aplicación del principio general de igualdad de sexos, recogido en el artículo 7, que dice así: «Hombre y mujer están equiparados jurídicamente. Todas las Leyes y determinaciones que sean contrarias a la equiparación jurídica de la mujer quedan derogadas.»; Piénsese en el gran impacto que produjeron «de golpe» en el BGB este artículo 7 y el artículo 30, II! Ya veremos más adelante de qué manera tan distinta procedió en este punto la Ley fundamental de Bonn (art. 3, II, en relación con el 117, I).

(133) Sobre el «contenido político» de la educación de los hijos cfr. §§ 1 y 38 del Proyecto de Código de familia de 1954, transcritos en notas 122 y 123. También HAGEMeyer: *Zum Familienrecht der Sowjetzone*, 19-25.

toda norma que, basada en el nacimiento extramatrimonial, trajera consigo desventajas a los padres o al hijo (134).

c) De entre las disposiciones legislativas dictadas después de la Constitución de 1949 destacan las siguientes:

Ley de 17 de mayo de 1950 rebajando la mayoría de edad a los dieciocho años, y señalando, para ambos sexos, dicha edad como edad núbil (135) (136).

Ley de 27 de septiembre de 1950, llamada «Ley sobre protección a la madre y a los hijos y sobre los derechos de la mujer» (137).

(134) Aunque a primera vista induzca a pensar lo contrario, no hay que entender esta declaración (art. 33 de la Constitución) como una equiparación plena de los hijos ilegítimos con los habidos en matrimonio. De todas formas, en las cuestiones concretas, reina una gran inseguridad en torno a la posición de la filiación ilegítima en la República Democrática. Cfr. HAGEMEYER, 25-27; también GÖLDNER: *Die Stellung und das Recht des nichtehelichen Kinder*, NJ, 1954, 373. El Proyecto aborda la cuestión en los §§ 60 y sigs. Según BEITZKE, en la Constitución de la DDR quedan proclamadas la equiparación de la mujer y la equiparación de los hijos ilegítimos con los legítimos. BEITZKE: *Familienrecht*, 6 y 141.

(135) Como es sabido, la mayoría de edad estaba fijada en los veintiún años (§ 2, BGB) y la edad núbil en esta edad para el varón y en los dieciséis años para la mujer (Ley de Matrimonio de 1946, § 1). La Ley que nos ocupa declara que la mayoría de edad se produce a los dieciocho años y que tiene como consecuencia la capacidad para contraer matrimonio (§§ 1 y 2). En Berlín oriental rigen disposiciones semejantes en virtud de la Ordenanza de 8-VI-1950. Como lógica consecuencia de lo dispuesto en la Ley y en la Ordenanza citadas habrá que entender que en Alemania oriental habrá quedado derogada la institución de la «declaración de mayoría de edad», recogida en los §§ 3 a 5 del BGB, pues al producirse la mayoría de edad a los dieciocho años dicha institución resulta inaplicable. Así, DANCKELMANN, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar*, 10; DENECKE-OEGG, en *BGB.RGR.Kommentar*, I, 18.

(136) La Ley de 17-V-1950 persigue finalidades de carácter político, como sin esfuerzo se deduce de su Preámbulo, concebido en los siguientes términos: «Una reglamentación legal que no confiera la mayoría de edad hasta los veintiún años cumplidos no resulta ya compatible con la importante participación que corresponde a la juventud en la configuración del Orden democrático y antifascista. En la Administración y en la Economía de la República Democrática Alemana, innumerables hombres y mujeres que no han alcanzado aún dicha edad (los veintiún años) han demostrado ya su madurez en funciones de responsabilidad. Esta situación de la juventud ha sido también tenida en cuenta por la Constitución de la República Democrática Alemana, ya que atribuye el derecho de sufragio a todos los ciudadanos que han cumplido los dieciocho años. La Cámara Popular Provisional de la República Democrática Alemana ha votado la siguiente Ley: ...» A continuación sigue el texto de la Ley, cuyo contenido esencial ya conocemos. Sobre la Ley de referencia pueden consultarse DANCKELMANN, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar*, 10; DENECKE-OEGG, en *BGB. RGR. Kommentar*, I, 18; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 349, nota 4. En estos lugares más información.

(137) Esta Ley se dicta en aplicación de lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución (cfr. su texto más atrás). Como manifiesta HAGEMEYER (Marie), la Ley en cuestión permite a lo sumo conocer los fundamentos y tendencias del «nuevo Derecho de familia» de la DDR, pero sin ofrecer en general posibilidades de inmediata aplicación en los casos litigiosos. Cfr. HAGEMEYER: *Zum Familienrecht...*, 7. De todas formas, la Ley sobre

Ordenanza de 24 de noviembre de 1955 sobre conclusión y disolución del matrimonio (138).

protección a la madre y a los hijos y sobre los derechos de la mujer contiene ciertos preceptos que afectan radicalmente a importantes normas del BGB, más que como derogación de las mismas como aclaración a una derogación que ya se había producido como consecuencia de lo dispuesto en los textos constitucionales que conocemos, pues no hay que olvidar que, como manifiesta BEITZKE, la Ley de 1950 desarrolla en ciertos aspectos el principio de equiparación de sexos. Cfr. BEITZKE: *Familienrecht*, 6. Los preceptos más interesantes, desde el punto de vista de nuestro estudio, son los contenidos en los §§ 14 a 17 de la Ley. He aquí su contenido. El § 14 suprime el derecho de decisión del marido recogido en el § 1.354 BGB; su texto es el siguiente: «La conclusión del matrimonio no tiene como consecuencia para la mujer ninguna limitación o reducción en sus derechos. El derecho de determinación exclusiva existente hasta ahora a favor del marido en todos los asuntos de la vida matrimonial ha de sustituirse por un derecho de decisión conjunta de ambos cónyuges. En especial sólo puede decidirse conjuntamente sobre la elección de domicilio y vivienda, sobre las cuestiones fundamentales en la gestión del hogar, sobre la educación de los hijos, etc.» El § 15 suprime el derecho de denuncia que atribuye al marido el § 1.858 del BGB en los supuestos en que la mujer se hubiese obligado a una prestación a realizar por ella en persona; el § 15 establece: «Mediante la conclusión del matrimonio la mujer no puede resultar entorpecida para ejercer una profesión ni para dedicarse a su formación profesional o a su perfeccionamiento social y político, aunque sea condición para ello una separación temporal de los cónyuges.» Esta norma demuestra lo poco que significó la unidad y la unión de la familia. El § 16 atribuye los cuidados paternos a ambos padres, en contra del § 1.627 BGB, que atribuía al padre la patria potestad. Dice así el § 16: «El cuidado paterno, que comprende el derecho y la obligación de velar por los hijos y su patrimonio, así como el derecho de representarles, corresponde a ambos cónyuges de manera conjunta.» En el párrafo 2.º se prevé el nombramiento de un consejero cuando el cuidado paterno sea ejercido por uno solo de los padres. Por último, el § 17 afecta a los §§ 1.707 y 1.708 BGB, al referirse a la posición de la madre con respecto a la filiación ilegítima en los siguientes términos: «El nacimiento extramatrimonial no constituye mácula alguna. A la madre de un hijo extramatrimonial le corresponden todos los derechos paternos, que no pueden ser reducidos mediante la institución de un tutor para el hijo. Para la regulación de las pretensiones contra el padre las autoridades administrativas inferiores sólo deben actuar como consejeros de la madre. El sustento (alimentos) que la madre ha de pretender para el hijo extramatrimonial debe estar de acuerdo con la posición económica de ambos padres.» Sobre todas las normas citadas muy breve referencia en ENNECCERUS-NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 45. Transcripción y concordancia con el preceptos del BGB a que afectan en LAUTERBACH, en PALANDT, BGB, *Kurskommentar*, 1.093, 1.100, 1.243, 1.278.

(138) En términos generales esta Ordenanza no hace sino recoger las disposiciones que sobre la materia se contenían ya en el Proyecto de Código de familia de 1954. La Ordenanza en cuestión deroga en la República Democrática la Ley de Matrimonio de 1946, que queda sustituida por sus disposiciones. La Ordenanza se ha dictado por un procedimiento antidemocrático y del todo impropio, pues es a todas luces inadecuado que una norma de tan importante contenido cristalice en una disposición de tipo administrativo; en el fondo incluso es contrario al artículo 81 de la Constitución de la DDR, por haberse omitido la intervención de la «Cámara Popular» o Volkskammer. Esta circunstancia ha sido ya destacada por HAGEMeyer, que, después de referirse a la inicial expectación que en

Ordenanza de 7 de febrero de 1956 sobre procedimiento en cuestiones matrimoniales (139).

9. *Breve referencia al Proyecto de Código de familia de 1954.*—Para terminar estas notas relativas al Derecho de familia en Alemania oriental, nos referiremos brevemente al Proyecto de Código de familia publicado en el año 1954 (140) y que tiene la aspiración de sustituir, en el territorio de la República democrática, la regulación de la familia contenida en el BGB y en la Ley de Matrimonio de 1946 (141) por sus propias disposiciones (142).

Aunque todavía no ha obtenido fuerza de ley ni se sabe si la

la República Democrática provocó la publicación del Proyecto de Código de familia, seguida de un incomprensible silencio en torno al mismo, manifiesta con razón que, por ello, constituyó una gran sorpresa la inesperada promulgación, en noviembre de 1955, de la Ordenanza sobre conclusión y disolución del matrimonio, dictada por el Consejo de Ministros de la República. «Esta forma de legislar—nos dice la autora citada—demuestra claramente el procedimiento antidemocrático que de una manera continua se observa en la Zona soviética. Mientras que nuestra mentalidad jurídica repele el introducir modificaciones en el Derecho relativo a la conclusión del matrimonio y al divorcio por una vía distinta de la señalada en la Ley fundamental para la Legislación, en la Zona soviética de ocupación se han introducido unas normas sobre el divorcio completamente nuevas por la vía de una Ordenanza, y por lo tanto excluyendo la intervención de los Cuerpos legisladores.» Cfr. HAGEMeyer: *Zum Familienrecht...*, 5. Por las tendencias mantenidas en la doctrina y en la jurisprudencia de la Zona oriental podía ya preverse la aparición de un nuevo Derecho matrimonial. Sobre la cuestión, NATHAN, *Eheschliessung, persönliche Rechte und Pflichten der Ehegatten, Beendigung der Ehe*, NJ, 1954, 358 y sigs. En cuanto al contenido de la Ordenanza de 1955, comparada con el Proyecto de Código de familia de 1954, se observa que la coincidencia es casi literal entre ambos textos. Sobre la Ordenanza en cuestión, o sea sobre el nuevo Derecho Matrimonial de la Alemania soviética, cfr. BRUNN, *Das neue Eherecht der Sowjetzone*, EF, 1956, 3-5; HEINZE: *Das neue Eherecht in der Sowjetzone*, NJW, 1956, 658-659; HAGEMeyer, 59-64 (texto de la Ordenanza). También DILLHÖFER-WACHTLER, *Einige Fragen der neuen Eheverordnung*, NJ, 1956, 87.

(139) Esta Ordenanza no es otra cosa que el complemento procesal de la Ordenanza sobre conclusión y disolución del matrimonio de 1955. Se dicta precisamente para «adaptación de las disposiciones sobre procedimiento en cuestiones matrimoniales a la Ordenanza sobre la conclusión y disolución del matrimonio» (esta es la denominación oficial). Cfr. HAGEMeyer, 5, 65 y sigs. (texto de la Ordenanza). Deroga varios preceptos de la ZPO y, entre otras, la Ordenanza de 21-XII-1948, citada más atrás (cfr. §§ 26-27, disposiciones transitorias y finales de la Ordenanza que nos ocupa). Sobre ella, DILLHÖFER, *Das Verfahren in Ehesachen*, NJ, 1956, 107.

(140) En este lugar sólo haremos unas ligeras indicaciones sobre el Proyecto, debido a que el examen detallado de su contenido puede ser objeto de un estudio independiente.

(141) En Alemania oriental, la Ley de Matrimonio de 1946 ha sido ya derogada y reemplazada por la Ordenanza de 24-XI-1955, que recoge casi por completo las disposiciones del Proyecto en la materia relativa a la conclusión y disolución del matrimonio. Sobre la Ordenanza de 1955 cfr. lo que dijimos en la nota 138.

(142) Según el Prólogo al Proyecto, publicado por el Presidium del Frente Nacional, la finalidad del mismo es regular de nuevo dentro de la

obtendrá, la consideración del Proyecto de 1954 (143) es necesaria porque, como dijimos más atrás, es el único documento que permite apreciar en su conjunto las orientaciones y tendencias que presiden el Derecho de familia en la Alemania soviética, dada la escasez de realizaciones legislativas y lo inseguro y poco asequible de la jurisprudencia. Únicamente la Ley de 1950 sobre protección a la madre y a los hijos y sobre los derechos de la mujer puede constituir una ayuda en este sentido (144). Existe, además, otra circunstancia que justifica la consideración del Proyecto de 1954: si algún día se promulga en la República democrática un Código de familia no es de esperar que entre él y el Proyecto existan notables diferencias; la experiencia demuestra que, tal como ocurren las cosas en Alemania oriental, la Cámara Popular «no suele» modificar o rechazar un Proyecto presentado por el Gobierno. Nada tendría tampoco de extraño que el día menos pensado se decretara la vigencia del Proyecto sin ni siquiera someterlo a la consideración de dicha Cámara Popular, violando así lo dispuesto en el artículo 81 de la Constitución de la República, como ya se ha hecho en otras ocasiones (145).

El Proyecto se publica en otoño de 1954 por el Ministerio de Justicia de la Zona soviética con la denominación oficial de «Proyecto de Código de familia» (*Entwurf eines Familiengesetzbuches*). La orientación general del mismo se circunscribe en las mismas finalidades que, en general, se asignan al Derecho de familia en las Repúblicas democráticas o populares: intervencionismo del Estado en el organismo familiar, utilización del postulado de equiparación de sexos como medio principal de inserción de la mujer en el proceso de producción, estatalización de la educación de la prole y aproximación de la descendencia extramatrimonial a la nacida de matrimonio. En otros términos, y precisando aún más, puede afirmarse que el Proyecto de Código de familia de la República democrática alemana dentro del sistema de acusado intervencionismo del Estado, persigue dos metas fundamentales a cuya consecución subordina toda la reglamentación de la familia: a) inserción de la mujer en el proceso de producción; b) colocación de la educación de los hijos bajo el con-

«legalidad democrática», el Derecho de familia contenido en el BGB y en la Ley de Matrimonio de 1946. Cfr. *Vorwort zu dem Entwurf des Familiengesetzbuches*, editado por el «Büro des Präsidiums des Nationalrates des Nationalen Front». También HAGEMeyer, 5.

(143) Con anterioridad a 1954 se habían elaborado otros Proyectos, no publicados, y en los que se seguía una línea evolutiva escalonada en relación con las finalidades perseguidas, sobre todo en relación con el afán de que la mujer participe de una manera decisiva en el proceso de producción. Cfr. HAGEMeyer, 8.

(144) Sobre esta Ley y su influencia en el Derecho de familia, cfr. nota 137.

(145) Recuérdese lo sucedido con la promulgación de la Ordenanza sobre conclusión y disolución del matrimonio de 1955, que en realidad no es sino una parte del Proyecto de 1954. Cfr. nota 138.

trol del Estado. Para la obtención de la primera de estas finalidades el Estado se vale, ante todo, del principio de equiparación de la mujer con el varón, que cristaliza en una serie de disposiciones destinadas a desligar a aquélla de los trabas de carácter familiar (146). En cuanto a la realización de la segunda finalidad, si es preciso en aras de objetivos políticos, se sustrae a los hijos a toda influencia familiar (147). Que la consecución de los dos objetivos indicados es la aspiración fundamental de los redactores del Proyecto, es cosa que se deduce de manera inequívoca de las determinaciones contenidas en el mismo. La inserción plena de la mujer en la producción, a través de su equiparación jurídica y con olvido casi total de la cohesión de la familia, pretende conseguirse mediante la reglamentación *ad hoc* de las pretensiones alimenticias, de la actividad profesional de la mujer, del nombre de ésta, del divorcio, del régimen de bienes, etc. El sometimiento de la educación de los hijos al control del Estado, para convertirlos en el tipo de «hombre soviético que lucha por la paz», se consigue mediante la sumisión de los padres y tutores a la inspección de las autoridades estatales. Los Tribunales de Tutelas han sido suprimidos en 1952 (148); en su lugar actúan ahora los Consejos de Distrito, de carácter administrativo y de acusado matiz político (149).

La estructura del Proyecto es bastante simple y bastante ló-

(146) Vid. más atrás núm. 8. Cfr. también § 3 del Proyecto, transcrito más atrás y más adelante.

(147) Cfr. § 38, núm. 2, en relación con § 44 del Proyecto. Este último establece que, como medida extrema, en el caso de que los padres incumplan gravemente sus deberes en cuanto a la educación de los hijos, puede privárseles *por completo* de los «cuidados paternos» que les corresponden, como deber y derecho, con relación a dichos hijos. La privación se hace a petición del Consejo de Distrito y en virtud de sentencia. Uno de los deberes que los padres pueden incumplir es el señalado en el núm. 2 del § 38, según el cual es deber y derecho de los padres «educar al hijo como ciudadano independiente y responsable del Estado democrático, que ame a su patria y que luche por la paz». Cfr. nota 123. Comentando HAGEMEYER esta disposición manifiesta que «quien tenga una ligera idea—sea por propia experiencia, sea por narraciones de testigos presenciales—del espíritu y funciones de las organizaciones juveniles, sobre todo de los «Jóvenes Pioneros» y de la FDJ, puede perfectamente apreciar lo que va unido a esta misión de formar «luchadores por la paz». Los padres no sólo están obligados a tolerar que los hijos sean aleccionados y fanatizados en dichas organizaciones, sino que incluso ellos mismos tienen que inculcar estas ideas en los corazones de sus hijos, si es que han de cumplir su cometido en el sentido del Proyecto». Cfr. HAGEMEYER, 20-21.

(148) En virtud de la Ordenanza sobre distribución de los asuntos de la jurisdicción voluntaria de 15-X-1952. Sobre la jurisdicción voluntaria en relación con la asistencia a la juventud en Alemania oriental, cfr. POTRYKUS, *Die Jugendhilfe der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in der DDR*, ZBlJugR, 1954, 14.

(149) Conforme a la Ordenanza de 24-VII-1952 (sobre creación y funciones de los organismos estatales del Distrito), el Consejo de Distrito —Rat der Kreise—es el órgano ejecutivo y decisor de los Parlamentos de los Distritos. El Consejo en cuestión se compone del presidente, tres re-

gica, desde un punto de vista externo. Consta de 135 párrafos, distribuidos en cuatro Partes, a las que preceden unos «principios fundamentales», recogidos en los §§ 1 a 4 (150). Estos principios fundamentales o postulados básicos con que el texto comienza son los que mejor revelan la orientación y finalidad del Proyecto; su contenido es altamente significativo y su misión, según declara un jurista de la zona soviética, es la de «crear la atmósfera en la que debe ser interpretada y comprendida la Ley y con arreglo a la cual debe ser aplicada» (151). Los principios en cuestión aluden, sucesivamente, a la finalidad del Código de familia y a la función de ésta en el aspecto político, a la esencia del matrimonio, al carácter de la equiparación de los sexos y a la colaboración estrecha de los padres con las organizaciones juveniles en la educación de los hijos. Dada su importancia, reproducimos textualmente su contenido. Es el siguiente: § 1: «El Código de familia de la República democrática alemana regula las relaciones personales y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, entre los padres, hijos y otros parientes, entre tutor y pupilo, con la finalidad de desarrollo y fortalecimiento de la familia y de la educación de los hijos en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos». § 2: «El matrimonio es una comunidad de vida concluida entre hombre y mujer, que, basada en la equiparación jurídica de los sexos, en el amor y en la consideración recíproca, sirve para el desarrollo común de los

presentantes, el secretario y de cinco a ocho vocales, «que se eligen preferentemente entre personas condecoradas, trabajadores destacados, profesores y médicos notables del pueblo, campesinos significados y directores de empresas, así como entre los presidentes de los Consejos de las ciudades o Municipios o entre otros miembros del Parlamento del Distrito que estén experimentados en cuestiones sociales».

(150) El texto del Proyecto fué inicialmente publicado por el «Präsidium» del Frente Nacional de la República: *Entwurf eines Familiengesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik*, editado por el «Präsidium des Nationalrates der Nationalen Front des Demokratischen Deutschland», Berlín, 1954. Ha aparecido asimismo en la revista «Neue Justiz» (NJ), en el tomo de 1954: NJ, 1954, 377-388. Se encuentra también reproducido integralmente en el trabajo de HAGEMeyer, tantas veces citado, *Zum Familienrecht der Sowjetzone. Der Entwurf des Familiengesetzbuches und die Verordnung über Eheschließung und Eheauflösung*, Bonn, 1956, 31-58. Consideraciones de conjunto sobre el Proyecto han de citarse en primer lugar las emitidas por el Ministerio de Justicia de la propia República Democrática Alemana, desempeñado por una mujer, Hilde Benjamin. Cfr. BENJAMIN (Hilde), *Einige Bemerkungen zum Entwurf eines Familiengesetzbuches*, NJ, 1954, 349 y sigs. En la misma revista NJ y en el propio año 1954 aparecen algunos trabajos referentes a puntos concretos a los que nos referiremos en seguida, en los lugares oportunos, al indicar la estructura formal del Proyecto. Sobre el mismo, en general, también CONRAD, *Zum Entwurf eines Familiengesetzbuches der DDR*, en «Die Kirche in der Welt», 1955, entrega I, Nr. 14, 63.

(151) Cfr. NATHAN, *Das Familienrecht als Faktor der Erziehung zur Demokratie*, en «Staat und Recht», año III, 567 y sigs. Cita de HAGEMeyer. 8.

cónyuges y para la educación de los hijos» (152). § 3: «La plena equiparación jurídica de los sexos tan sólo puede ser realizada mediante la participación de la mujer en el Estado, en la Economía y en todos los demás ámbitos de la vida social. Por eso, esta Ley atribuye a la mujer en la familia una posición que haga compatibles sus deberes, como mujer y madre, con su derecho al perfeccionamiento profesional y al ejercicio de la profesión» (153). § 4: «El cuidado de los hijos no es sólo un derecho de los padres, sino que es, al mismo tiempo, un deber de éstos frente al Estado, frente a la sociedad y frente a los mismos hijos. Los padres únicamente pueden cumplir de manera plena su deber lleno de responsabilidad de educar a los hijos, si colaboran estrechamente en esta función con las escuelas y con las organizaciones juveniles» (154).

A continuación de estos principios fundamentales el contenido del Proyecto se distribuye en cuatro partes, con arreglo al siguiente sistema:

Primera Parte. Matrimonio (§§ 5-34).

Capítulo I. Conclusión del matrimonio.

Capítulo II. Comunidad matrimonial.

Sección 1.^a Derechos y deberes personales de los cónyuges.

Sección 2.^a Relaciones jurídico-patrimoniales de los cónyuges.

Título I. Alimentos.

Título II. Patrimonio de los cónyuges.

Capítulo III. Terminación del matrimonio.

Sección 1.^a Disolución del matrimonio por declaración de fallecimiento.

Sección 2.^a Nulidad del matrimonio.

Sección 3.^a Divorcio (155).

Segunda Parte. Padres e hijos (§§ 35-90).

(152) En el Preámbulo de la Ordenanza sobre conclusión y disolución del matrimonio de 24-XI-1955, se reproduce textualmente la anterior definición, pero incrementándola con la coletilla final siguiente (tomada del § 1 del Proyecto): «... y para la educación de los hijos en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos». Cfr. nota 122.

(153) Téngase en cuenta lo dicho en el núm. 8 sobre la equiparación de varón y mujer en la Alemania oriental. También más atrás en este núm. 9.

(154) Cfr. más atrás en este núm. 9.

(155) Los juristas de la Zona oriental se han ocupado ya, aunque de forma breve, de algunas de las materias reglamentadas en la primera par-

Capítulo I. Hijos legítimos.

Sección 1.^a Descendencia legítima.Sección 2.^a Cuidados paternos (156).

Título I. Determinaciones generales.

Título II. Alimentos.

Título III. Administración del patrimonio.

Título IV. Representación del hijo.

Capítulo II. Hijos no legítimos (157).

Sección 1.^a No legitimidad en virtud de nacimiento.Sección 2.^a No legitimidad en virtud de impugnación de la legitimidad.

Capítulo III. Adopción.

Tercera Parte. Otras relaciones de parentesco (§§ 91-98).

Capítulo I. Determinaciones generales.

Capítulo II. Deber de alimentos (158).

Cuarta Parte. Tutela y Curatela (§§ 99-135).

Capítulo I. Tutela sobre menores de edad.

Sección 1.^a Ordenación de la tutela.Sección 2.^a Gestión de la tutela.

fe del Proyecto. Así, NATHAN y ARTZT se han referido, respectivamente, al aspecto personal y patrimonial del matrimonio. NATHAN, *Eheschließung, persönliche Rechte und Pflichten der Ehegatten, Beendigung der Ehe*, NJ, 1954, 358; ARTZT, *Das eheliche Güterrecht*, NJ, 1954, 363.

(156) En el Proyecto no se emplea nunca la expresión clásica de «patria potestad» (*elterliche Gewalt*), sino la de «cuidado paterno» o «cuidados paternos» (*elterliche Sorge*), que está más de acuerdo con las concepciones imperantes en la República Democrática y con la mentalidad de los redactores del Proyecto. En realidad, en Alemania oriental la *potestad* sobre los hijos no corresponde a los padres, sino al Estado; a los padres sólo les corresponde la función que el organismo estatal les asigna y que han de desempeñar de acuerdo con sus instrucciones y sometidos a su soberana inspección. El cometido básico de su función estriba en educar a los hijos «en el espíritu de la democracia, del socialismo, del patriotismo y de la amistad entre los pueblos» (§ 1), o en educarles «como ciudadanos independientes y responsables del Estado democrático, que amen a su patria y que luchen por la paz» (§ 38). La expresión «patria potestad» responde a una concepción lógica y cristiana de la familia, que no es ciertamente la que pretenden implantar las «Repúblicas democráticas».

(157) A la posición y derechos de la filiación extramatrimonial en el Proyecto se ha referido GOLDNER: *Die Stellung und das Recht des unehelichen Kinder*, NJ, 1954, 373.

(158) Sobre el deber de alimentos en el Proyecto cfr. SUCH, *Die Unterhaltsverpflichtungen*, NJ, 1954, 367.

Sección 3.^a Cuidado y vigilancia del Consejo de Distrito.

Sección 4.^a Terminación de la tutela.

Capítulo II. Tutela sobre mayores de edad.

Capítulo III. Curatela (159) (160).

Como en otro trabajo hemos de estudiar con detalle las disposiciones del Proyecto, en este lugar es suficiente con lo dicho respecto a su contenido. Desde el punto de vista sistemático el Proyecto adopta una distribución de materias a la que nada hay que objetar, como no sea la excesiva parquedad con que, en general, se abordan los distintos problemas, algunos de los cuales, en el fondo, quedan huérfanos de reglamentación jurídica (161). Esta circunstancia no podía menos de ocurrir, dado que el Proyecto constituye un impropio alarde de economía legislativa. Nos parece pretensión absurda el querer ceñir la reglamentación de todo el Derecho de familia al reducido espacio de 135 párrafos, algunos de los cuales, por añadidura, son de extraordinaria brevedad (162). Ahora bien; desde el punto de vista de la técnica legislativa, la obra está elaborada con cuidado e incluso con una extraordinaria habilidad, pues, en general, si se prescinde de algunos preceptos de cuya dicción se deduce claramente su finalidad política, no se reconoce a primera vista el verdadero espíritu que impera en sus disposiciones, y que no es otro que el de encajar a la familia en los moldes de la «legalidad democrática». A veces, es necesario leer con detenimiento sus preceptos, y, sobre todo, pensar en la forma en que pueden ser interpretados en la República Democrática, para darse cuenta de su última meta y del enorme peligro que entrañan al poderse utilizar como elemento socavador de las bases

(159) A la tutela y curatela en el Proyecto se refiere el escrito de HINTZE, *Formundschaft und Pflęgschaft*, NJ, 1954, 375.

(160) Además, breves indicaciones sobre todas las materias que integran el contenido del Proyecto pueden encontrarse en HAGEMEYER, 8-27.

(161) Quizá el ejemplo más expresivo a este respecto sea el ofrecido por la reglamentación del régimen de bienes en el matrimonio. Esta materia, una de las más delicadas y vidriosas de todo el Derecho de Familia, sólo cuenta en el Proyecto con siete párrafos dedicados a ella: §§ 17 a 23. Se establece una comunidad de ganancias para lo que los cónyuges obtienen con su trabajo después de concluido el matrimonio. Para todo lo demás, régimen de separación. En cuanto al régimen convencional, libertad de pacto con ciertas restricciones. No hubiéramos podido escatimar nuestra admiración a los redactores del Proyecto si efectivamente hubieran ofrecido una reglamentación positiva del régimen económico del matrimonio en sólo siete párrafos. Pero no es así; las someras indicaciones que sobre la materia contiene el Proyecto, más que una reglamentación de la misma constituyen una ausencia de reglamentación jurídica. Los redactores del Proyecto se desentienden de los muchos y delicados problemas que el régimen económico del matrimonio plantea, sea el que fuere.

(162) El BGB dedica al 'Derecho de Familia' los §§ 1.297 a 1.921; en total 625 párrafos.

de la familia (163): La Iglesia católica y la Iglesia evangélica de Alemania oriental han manifestado en seguida su disconformidad con los disposiciones del Proyecto, que difícilmente puede coordinarse con las concepciones cristianas en torno a la familia y al matrimonio. Las razones en que ambas Iglesias basan su repulsa son casi las mismas, como vamos a ver a continuación. La Iglesia católica rechaza el Proyecto por los motivos siguientes: 1) Se aprecia en él un olvido absoluto de los postulados cristianos, respondiendo su orientación a la concepción materialista del mundo. 2) La forma de llevar a la realidad el principio de equiparación de la mujer, a través de su participación activa en la producción, traerá consigo un abandono de su misión familiar. 3) Es funesta, y será de consecuencias catastróficas, la posibilidad de separar a los hijos de los padres al privarles de su educación «si incumplen sus deberes». 4) Para innumerables padres cristianos constituirá un gravísimo e insufrible conflicto de conciencia el «tener que» enviar a sus hijos a una escuela en la que se enseña que en la vida del hombre no hay espacio para Dios. 5) La monopolización de la juventud por las organizaciones juveniles y su educación en el materialismo planteará a los jóvenes cristianos serios problemas de conciencia. 6) La actividad intervencionista de unos organismos administrativos, hondamente aleccionados, hace pensar que incluso aquellas disposiciones del Proyecto que están de acuerdo con las concepciones cristianas, serán llevadas a la práctica en un sentido distinto al que lógicamente se deduciría de su texto (164). La Iglesia evangélica, por su parte, basa su disconformidad al Proyecto en estas razones: 1) La obra no tiene en cuenta que la mayor parte de la población alemana es cristiana. 2) En el Proyecto el Estado rebasa los límites institucionales a que han de someterse sus normas en materia de matrimonio. 3) El considerar como supuesto normal en el matrimonio la actividad profesional de la mujer supone un grave peligro para la familia. 4) Los conceptos de

(163) Esta circunstancia de que el Proyecto es cosa muy distinta de lo que aparenta ser ha sido también destacada por HAGEMeyer. «El espíritu que domina la configuración del Derecho de Familia—nos dice—no se reconoce a primera vista. El Proyecto no sólo está de acuerdo con las exigencias de la técnica legislativa, sino que también en cuanto a su contenido parece dar satisfacción a muchas exigencias que se presentan en el Derecho Matrimonial y en el Derecho de Familia. Acentúa la unidad de la familia y la comunidad de actuación de los cónyuges, señalando como regla de conducta el bienestar de los hijos. Pero un estudio más detenido de sus particulares determinaciones demuestra que el camino seguido por el Proyecto es extraordinariamente peligroso». Cfr. HAGEMeyer, 8. En otro lugar nos dice: «Si el Proyecto llega a ser Ley en la redacción publicada conducirá necesariamente, en unión de la Ordenanza sobre matrimonio, a la disolución de la familia.» HAGEMeyer, 29.

(164) La posición de la Iglesia Católica frente al Proyecto se recoge en el número de diciembre de 1954 de la revista «Ehe und Familie». Cfr. *Stellungnahme des Katholischen Episkopats zu dem Entwurf eines Familiengesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik*, EF, 1954, 231-232.

«democracia», «socialismo», «patriotismo» y «amistad entre los pueblos» para nada en absoluto se relacionan con el Derecho de familia, y, por otra parte, dada la forma en que tales conceptos se entienden en la DDR, presagian y reafirman la orientación de la familia en el sentido del ateísmo materialista. 5) La posición y misión que en la «educación» de la juventud corresponde a la escuela y a las organizaciones juveniles es inadmisibile, máxime cuando en Alemania oriental se tacharía de irresponsables a los padres que no «solicitaran la ayuda» de dichas organizaciones para «colaborar» con ellos en la educación de sus hijos. 6) La reglamentación del divorcio a base de una cláusula general (165) ha de rechazarse necesariamente (166).

También los organismos oficiales de Alemania occidental han mostrando en seguida su desacuerdo con el Proyecto al ser requeridos por las autoridades de la «otra Alemania» para un cambio de impresiones sobre la configuración del Derecho de familia, que, además de asegurar la unidad en la evolución jurídica de la República democrática y de la República federal, prepararía el terreno para la unificación del país. A este respecto, nos dice HAGEMEYER lo siguiente: «Después de la publicación del Proyecto, Hilde BENJAMÍN (ministro de Justicia de la zona soviética) se ha dirigido en un escrito personal a su colega de la República federal Dr. NEUMAYER, proponiéndole un cambio directo de impresiones sobre la configuración del Derecho de familia en la República federal y en la Zona soviética de ocupación, con la finalidad de «asegurar la unidad de la evolución jurídica y contribuir así al restablecimiento de la unificación de Alemania». El Ministro federal no ha contestado esta carta. En una declaración de prensa ha justificado su proceder manifestando que las inusitadas normas que han encontrado expresión en el Código de familia de la Zona soviética nunca podrían constituir el fundamento o base de la pretendida unidad jurídica en materia de Derecho de familia porque ponen en peligro la cohesión de la familia alemana» (167).

Aparte de este fallido intento de aproximación a los organismos occidentales llevado a cabo privadamente por la ministro de justicia de la República Democrática, el Proyecto ha sido también utilizado por los juristas de la Zona, en sus publicaciones, como un medio de propaganda frente a los órganos y a los ciudadanos

(165) Según el § 29 del Proyecto, procede el divorcio cuando concurren motivos serios para él y el Tribunal, después de una minuciosa investigación, haya constatado que el matrimonio ha perdido su razón de ser para los cónyuges; para los hijos y para la sociedad. En sentido idéntico se expresa el § 8 de la Ordenanza sobre conclusión y disolución del matrimonio de 1955. La norma, pues, es ya Derecho vigente.

(166) La declaración de la Iglesia Evangélica se recoge también en la revista «Ehe und Familie» (octubre de 1954). Cfr. *Stellungnahme der Kirchlichen Ostkonferenz zu dem Entwurf eines Familiengesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik*, EF, 1954, 181-183.

(167) Cfr. HAGEMEYER, 29.

de la República Federal. El Proyecto ha sido calificado de «nueva Ley del Estado de los trabajadores y de los campesinos» (168), y la propaganda en torno a él ha consistido ante todo en incitar a las mujeres de Alemania occidental a exigir el desarrollo del principio de equiparación en el sentido en que se ha hecho en el Proyecto, y en hacer ver a los juristas occidentales lo cierto de la opinión de la Ministro de Justicia de la Zona soviética, según la cual el Proyecto de Código de familia tiene una enorme significación para todo el país por constituir un paso decisivo para preparar la ordenación jurídica de «una Alemania democrática unida y amante de la paz»; además se insiste en que el Proyecto puede prestar una decisiva ayuda a los jueces y abogados de la República federal en el desarrollo de la jurisprudencia (169). Es del todo innecesario advertir que tampoco esta absurda propaganda ha tenido la menor eficacia, como no sea la de provocar el efecto contrario al ansiado por sus autores.

C) 10. *El problema de la equiparación jurídica de varón y mujer.*—Con la Constitución de Weimar de 1919 recibe un importante impulso en Alemania el problema de la equiparación jurídica de los sexos (170), si bien se manifestó entonces de manera distinta en el terreno del Derecho público y en el del Derecho privado. Mientras que en el aspecto político, aunque los Tribunales y la Administración mostraron cierta resistencia, la equiparación de derechos se convierte en una realidad, en el ámbito del Derecho de familia dicha equiparación no pasa de ser un simple principio programático que, de momento, no tiene eficacia práctica al no ser desarrollado legislativamente (171). «La Constitución de Weimar, dice BEITZKE, en su artículo 109, atribuyó *fundamentalmente* los mismos derechos y deberes políticos a los hombres y a las mujeres, abriendo a éstas el acceso a los funciones públicas. De esta forma satisfizo una exigencia de la época. Además puso fin, con su artículo 128, a todas las determinaciones excepcionales que afectaban a los funcionarios femeninos. Por este camino la Constitución de 1919 se mostró incluso mucho más progresiva.

(168) Cfr. BENJAMIN (Hilde): *Einige Bemerkungen zum Entwurf eines Familiengesetzbuches*, NJ, 1954, 353.

(169) BENJAMIN: *Einige Bemerkungen...*, 349 y sigs. Reproducido brevemente en HAGEMEYER, 29. Cfr. también ARTZT, *Der Grundsatz der Gleichberechtigung in der westdeutschen Rechtsprechung*, NJ, 1954, 353.

(170) Sobre los términos en que estaba planteada la cuestión de la igualdad de derechos de ambos sexos con anterioridad a la Constitución de 1919 puede consultarse, por ejemplo, BEITZKE, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz* (en BEITZKE-HÜBNER, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Zwei Abhandlungen*. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz*; HÜBNER, *Gleiche Rechte für Mann und Frau*. Tubinga, 1950, núm. 14 de la serie *Beihefte zur Deutschen Rechts-Zeitschrift*), 9-12. En este lugar se ofrecen referencias bibliográficas.

(171) Cfr. lo dicho en el núm. 4.

que la conciencia o convicción jurídica general (172). La determinación del artículo 119—continúa el autor citado—de que el matrimonio descansa en la equiparación jurídica de los sexos no fué más que un principio programático» (173).

El Nacionalsocialismo, en principio, intenta desalojar al sexo femenino de las posiciones conquistadas en el terreno de la equiparación; la razón de ello estriba en que miraba con cierto recelo el trabajo profesional de la mujer. Pero más adelante, basado en motivos de política del trabajo y forzado a ello por la «política de la guerra total», cambia por completo de orientación y da un fuerte impulso a las pretensiones igualitarias de la mujer (174).

De todas formas, sin negar la importancia de los intentos anteriores, cuando el problema de la equiparación jurídica de la mujer va a surgir con toda su intensidad es después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial; más concretamente, después de quedar constituidas «las dos Alemanias» que hoy existen: la República federal y la República democrática. Es ahora, en los textos constitucionales de ambos Estados (175), cuando el proble-

(172) Precisamente la resistencia que los Tribunales y la Administración mostraron a aplicar el principio de equiparación se debía a que la Constitución había superado el ambiente jurídico entonces imperante. En confirmación de este aserto manifiesta BEITZKE que «fueron precisos tres procesos ante el Reichsgericht para dejar sentado de manera clara que eran contrarias a la Constitución las determinaciones de las Leyes de enseñanza de Baviera, Württemberg y Prusia, según las cuales procedía la denuncia de la relación de servicios de las maestras primarias en el supuesto de que contrajeran matrimonio». El desacuerdo entre Constitución y «ambiente jurídico» se confirma aún más por la circunstancia de que la misma Sala (III Senat) del Reichsgericht que había fallado los tres procesos indicados consideró, poco tiempo después, como una causa importante para denunciar la relación de empleo de una funcionaria municipal el hecho de que ésta hubiese contraído matrimonio. Cfr. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 12-13.

(173) BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 12-13.

(174) Este hecho de que durante la guerra las mujeres realizaron en muchos aspectos servicios de igual valor a los llevados a cabo por los hombres fué una de las bases en que algunas fracciones parlamentarias apoyaban la equiparación jurídica de los sexos, cuando se discutía la Ley Fundamental de Bonn. Detalles concretos en BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 13, nota 17.

(175) Alemania occidental: Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, artículo 3, párrafo 2.º, en relación con el 117, párrafo 1.º. Alemania oriental: Constitución de 7 de octubre de 1949, artículo 7, párrafo 1.º, y 30, párrafo 2.º. Los preceptos en cuestión ya han sido transcritos con anterioridad; vid. núms. 7 y 8. Antes de promulgarse la Ley Fundamental y la Constitución de la República Democrática, las Constituciones de los «Länder», elaboradas después de 1945, no adoptaban una postura uniforme en relación con el postulado de igualdad de derechos de ambos sexos. Existen «Länder» que proclaman de una manera expresa la equiparación de varón y mujer. Así lo hacen en la Zona oriental Sajonia (art. 22 de la Constitución de 28-II-1947), Sajonia-Anhalt (art. 8 Const. 10-I-1947) y Mecklemburgo (art. 7 Const. 16-I-1947); en la Zona occidental, además de Württemberg-Baden (art. 2 Const. 28-XI-1946) y Württemberg-Hohenzollern (art. 6 Const. 20-V-1947), adoptan este sistema los territorios de orien-

ma de la equiparación va a plantearse en toda su amplitud y eficacia; en parte porque el postulado de la igualdad de derechos ha perdido ya por completo su carácter de mero principio programático, y en parte, y sobre todo, porque es ahora cuando los problemas que dicho principio entraña van a abordarse en su aspecto más delicado y en su terreno más propiamente jurídico: en el ámbito del Derecho civil, en especial en lo relativo al Derecho de familia (176). Nuestro estudio queda circunscrito, por tanto, al terreno del Derecho privado (177). Pero antes de referirnos por

tación predominantemente socialista, tales como Hessen (art. 1 Const. 11-XII-1946) y Bremen (Art. 2 Const. 12-X-1947). Otros «Länder» quedan estacionados bajo el sistema de la Constitución de Weimar. Es lo que sucede en los territorios de la zona británica, que no tienen Constitución (como la Baja Sajonia y la Renania del Norte-Westfalia), y en aquellos otros que prefieren no establecer una lista de derechos fundamentales, como han hecho Hamburgo (Const. 15-V-1946) y Thuringia (Const. 20-XII-1946); de forma expresa se atiene a la Constitución de Weimar Baviera (Const. 2-XII-1946, arts. 118 y 124). Por último, existen «Länder» que incluso representan un retroceso en relación con la Constitución de 1919, puesto que se limitan a declarar la igualdad de la mujer en el aspecto político, sin preocuparse para nada de su equiparación en el matrimonio, en la familia o en el Derecho Laboral; así lo hacen Baden (art. 2 Constitución 19-V-1947) y el Palatinado del Rhin (art. 17 Const. 18-V-1947), territorios predominantemente católicos. Hemos tomado estos datos de BERTZKE, *Die Gleichberechtigung*, 13-14. Sobre el problema concreto de la significación que pueden tener las Constituciones de los «Länder» en relación con los «matrimonios equiparados» puede consultarse a KRÜGER (Hildegard), *Die Bedeutung der deutschen Landesverfassungen für die gleichberechtigte Ehe*, NJW, 1953, 1.090.

(176) Que es en el campo del Derecho civil donde verdaderamente surge en toda su amplitud el problema de la equiparación lo demuestra la circunstancia de que la Ley de 18 de junio de 1957, que es la que en Alemania occidental desarrolla el principio constitucional de igualdad de derechos, se denomina oficialmente «Ley sobre equiparación jurídica de varón y mujer en el ámbito del Derecho civil». Cfr. núm. 8, *in fine*.

(177) Prescindimos aquí por completo de las repercusiones que el principio de equiparación pueda tener y de hecho tenga en otras ramas del Ordenamiento jurídico: en materia constitucional, en materia de Derecho Internacional Privado, en materia de Derecho Agrario, en materia procesal, concursal y ejecutiva; en materia de Derecho Administrativo, en materia de Derecho del Trabajo, en materia de Derecho Penal y Procesal Penal, en materia de Derecho Fiscal, etc. Sobre todo en Alemania occidental, que es donde con pleno sentido jurídico se ha abordado el problema de la equiparación y se han estudiado lenta y meditadamente sus últimas consecuencias en todos los sectores de la realidad social, la doctrina se ha ocupado de los distintos aspectos indicados. Aunque se trata de materias que no interesan a los efectos de nuestro estudio, dada la finalidad esencialmente informativa de este trabajo ofrecemos algunas referencias sobre las cuestiones apuntadas. *Aspecto constitucional del principio de equiparación*: a) En general. A las cuestiones generales que en el campo constitucional plantea la equiparación de la mujer se refieren los trabajos de SCHNEIDER, *Verfassungsrechtliche Vorfragen sur Gleichberechtigung von Mann und Frau*, NJW, 1953, 889; KRÜGER (Hildegard), *Die verfassungsrechtliche Bedeutung des art. 117. GG*, NJW, 1953, 964; *Die Bedeutung der deutschen Landesverfassungen für die gleichberechtigte Ehe*, NJW, 1953, 1.090; HABSCHIED, *Die Grundrechte als Realität in unserem Rechts-*

separado a cómo se ha plantado la cuestión de la equiparación en el Derecho de familia de ambas Alemanias, estimamos convenientemente

leben, JZ, 1953, 614; PATSCHKE, *Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau als rechtsstaatliches Problem*, BB, 1953, 490; DÜRIG, *Art. 3 GG vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen*, EF, 1954, 2. b) En relación con el punto concreto de si eran los Tribunales los que habían de crear las normas que supliesen el vacío ocasionado por el eficacia del principio de equiparación (Ley Fund. de Bonn, art. 3, 2.º, 117, 1.º; Const. de la República Democrática, arts. 7, 1.º, 30, 2.º), y en tanto el Poder legislativo dictase los preceptos necesarios, pueden consultarse entre otros los trabajos siguientes: SCHLÜTER, *Der Richter und die Frage der Gleichberechtigung*, NJW, 1953, 808; CANTER, *Gleichberechtigung und Richterrecht*, NJW, 1953, 850; ZWEIGERT, *Gleichberechtigung-judge made?*, JZ, 1953, 248; SCHELD, *Richterliche Gleichberechtigung?*, JZ, 1953, 450; ARNOLD, *Ist die Durchführung des art. 3, II, GG, nunmehr eine richterliche Aufgabe?*, DRiZ, 1953, 117; MATTERN: *Ist die Durchführung des art. 3, Abs. II, GG nunmehr eine richterliche Aufgabe?*, DRiZ, 1953, 119; importante también la obra de ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübinga, 1956, 69 y sigs. Sobre las repercusiones de la equiparación en el Derecho Internacional Privado citaremos a BRAGA, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau und das deutsche internationale Privatrecht*, MDR, 1952, 266; MAKAROV, *Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht*, RabelsZ, 1952, 382; NEUHAUS, *Zur zivilrechtlichen Gleichstellung der Frau ausserhalb des BGB*, JZ, 1952, 524; MASSFELLER, *Die Gleichberechtigung der Frau in der Praxis des Standesbeamten*, StAZ, 1953, 77; HAGEMeyer, *Das Familienrecht seit dem 1 April 1953*, NJW, 1953, 605; sobre la posición de Max Planck Institut en el problema cfr. MAX-PLANCK-INSTITUT, *Gleichberechtigung der Geschlechter und internationale Privatrecht*, RabelsZ, 1953, 119. El principio de equiparación tiene también repercusiones en lo relativo a la nacionalidad, pudiendo consultarse al respecto a HÜBNER, *Gleiche Rechte für Mann und Frau*, en BEITZKE-HÜBNER, *Die Gleichberechtigung*, 93 (cita completa en nota 170); SCHATZEL, *Aktuelle Staatsangehörigkeitsfragen*, StAZ, 1953, 242; MASSFELLER, *Die Gleichberechtigung der Frau...*, StAZ, 1953, 74; *Der Stand der Meinungen zur Gleichberechtigungsfrage*, Betrieb, 1953, 569; MAKAROV, *Die Entwürfe der Staatsangehörigkeitsnovellem 1953*, DOV, 1953, 544; LEIBER, *Die Gleichberechtigung der Frau im Staatsangehörigkeitsrecht*, DVB, 1953, 623; MAKAROV, *Artikel 3 des Bonnergrundgesetzes und das Staatsangehörigkeitsrecht*, en *Festschrift für R. LAUN*, 1953, 659; DELITZ, *Der Gleichberechtigungsentwurf im Staatsangehörigkeitsrecht*, StAZ, 1954, 97; al problema que nos ocupa se refiere asimismo una circular del Ministerio de Estado de la República Federal de 6 de abril de 1954: *Auswirkung der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Staatsangehörigkeitsrecht* (Rundschreiben vom 6-IV-1954), StAZ, 1954, 105. Los efectos de la equiparación en materia de práctica notarial se han tratado por KNUR, *Der Gleichheitsgrundsatz des art. 3, Abs. 2 des Grundgesetzes in der notariellen Praxis*, DNotZ, 1953, 229. Normas y directrices orientadoras para los funcionarios del estado civil, en MASSFELLER, *Die Gleichberechtigung der Frau in der Praxis des Standesbeamten*, StAZ, 1953, 73. En el ámbito del Derecho Agrario el problema fundamental que surge de la equiparación es el relativo a si debe existir o no un rango preferente en los varones para ser llamados a la sucesión en las haciendas agrícolas o «Höfen». Sobre la cuestión, WÖRHMANN, *Gleichberechtigung von Mann und Frau im Höferecht*, RL, 1953, 125; 1954, 266; HENRICI, *Die rechtliche Gleichstellung der Frau im bäuerlichen Familien- und Erbrecht*, RL, 1953, 180; FRITZEN, *Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau in «Fakultativen Höferecht*

te hacer unas breves consideraciones sobre lo que la equiparación significa y presupone, enfocada en general y con relación al Derecho de familia, desde un punto de vista teórico y racional.

im Realteilungsgebiet», RL, 1953, 322; SCHULTE, *Fortgesetzte Gütergemeinschaft und Höferecht*, RL, 1954, 62; HEINRICH, *Die Verwirklichung der Gleichberechtigung von Mann und Frau im landwirtschaftlichen Bereich*, RL, 1954, 116; BOSCH, *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, Rpfleger, 1954, 80; PURPS (Luise), *Die rechtliche Stellung der Landfrau nach dem Familien-, Erb- und Höferecht. Eine kritische Betrachtung mit einem Neuordnungsvorschlag für die rechtliche Stellung der Landfrau im Höferecht*, en «Berichte über Landwirtschaft», tomo I, 1953, cuaderno 2, 161-198. La Comisión de Derecho civil de la Federación de jueces alemanes ha exteriorizado su parecer respecto al problema: «Zum Mannesvorzug im Höferecht» (Stellungnahme der Zivilrechtskommission des Deutschen Richterbundes vom 16-X-1954), EF, 1955, 41. Breves referencias a la cuestión ofrece BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, en BEITZKE-HÜBNER, 21 (cita completa en nota 170). Simple alusión al problema en KIPP-COING, *Erbrecht*, 10.^a ed., Tubinga, 1955, 531, nota 17. El aspecto procesal-civil y concursal de la equiparación ha sido estudiado por BOSCH, *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, Rpfleger, 1954, 76; FÜNFSTÜCK, en ARNOLD-WALNER VON DEUTEN-FÜNFSTÜCK, *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 263. A cuestiones de ejecución forzosa se han referido BREITZKE, *Zur Gleichberechtigung der Geschlechter bei der Zwangsvollstreckung gegen Eheleute*, NJW, 1953, 734; ARNOLD, en ARNOLD-GERKEN-GETHMANN, *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 328; KNOPP, *Der Gewahrsam der Ehefrau in seiner Bedeutung für die Zwangsvollstreckung*, NJW, 1953, 1.219; LEMME, *Vollstreckung eines gegen den Ehemann gerichteten Räumungsurteils seit dem 1-IV-1953*, DGBZ, 1953, 84; BOSCH, *Das neue Familienrecht, insbesondere seine Bedeutung für die Zwangsvollstreckung*, KKZ, 1954, 109. En el ámbito del Derecho administrativo los problemas fundamentales de la equiparación surgen en materia de funcionarios: más concretamente, en lo relativo a la posición jurídica de los funcionarios femeninos. Cfr. JELLINEK-VON CAEMMERER-GREWE, *Gleichberechtigung der Geschlechter im Beamtenrecht*, AOR, 76, 137; KRÜGER, *Die Gleichberechtigung der Beamtin nach dem 1-IV-1953*, ZBeaR, 1953, 101; PROBST, *Der Gewerbebetrieb der Beamten-Ehefrau*, ZBeaR, 1953, 167; BURSCHÉ, *Besoldungs- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes*, DOV, 1953, 456. Importantisimas son también las repercusiones del principio de equiparación en el Derecho del Trabajo. a) Al aspecto general de la cuestión se han referido MOLITOR, *Die arbeitsrechtliche Bedeutung des art. 3 des Bonner Grundgesetzes*, ACP, 151, 385; KRÜGER, *Die Gleichberechtigung im Arbeitsrecht*, NJW, 1953, 1.772; BOTTICHER, *Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht*, RA, 1953, 161; BEITZKE, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsrecht*, RA, 1953, 281; KRÜGER, *Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Bestimmungen der dem Bundestag vorliegenden 3 Gesetzentwürfe über die Gleichberechtigung von Mann und Frau*, RA, 1954, 99; KUNKEL, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsrecht*, GmbH-Rundschau, 1953, 88; KALINKE (Margo), *Gleichberechtigung und die Sozialreform*, ASP, 1954, 70; KAUFMANN, *Die Gleichberechtigung im Arbeitsrecht*, BetrV, 1956, 226. b) Cuestión discutida es la de si es o no compatible con la equiparación la circunstancia de que la mujer que trabaja pueda exigir remuneración por el día con que cuenta para los quehaceres domésticos: el llamado «Hausarbeitstag». La doctrina se ha ocupado del problema. Así, BULLA, *Hausarbeitstag und Gleichberechtigung*, BB, 1954, 100; DRABIK, *Hausarbeitstag und Gleichberechtigungsgrundsatz*, GmbH-Rundschau, 1954, 9, y en Recht GmbH, 1954, 27; NEUMANN, *Hausarbeitstag und Gleichberechtigung*, RA, 1954, 293. La jurisprudencia se muestra vacilante. Cfr. GRAMM, en PALANDT, BGB. Kurzkomentar (16.^a ed., 1957), introducción al § 611, núm. 6,

11. *Significación del principio de equiparación considerado en general y en relación con el Derecho de familia.*—La esencia del

d, bb, 510. Simple alusión al «Hausarbeitstag» en BRÜGGEMANN, en ACHILLES-GREIFF, BGB, 20.^a ed., Berlín, 1958, introducción al § 611, núm. 4, a, 307. c) Otro aspecto de la equiparación que encaja dentro del Derecho del Trabajo es el referente a la igualdad de remuneración del trabajo de hombres y mujeres, que debe producirse como una consecuencia más de su igualdad de derechos. Así lo entienden BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, en BEITZKE-HÜBNER, 23-25 (cita completa en nota 170); BRÜGGEMANN, en ACHILLES-GREIFF, BGB (20.^a ed., 1958), loc. cit. núm. 4, c, 309, y GRAMM, en PALANDT, BBB. *Kurzkommentar* (16.^a ed., 1957), loc. cit., núm. 6, c, aa, 510. Más referencias en SCHMIDT-RIMPLER-GIESEKE-FRIESENHAN-KNUR, *Die Lohngleichheit von Männern und Frauen*, AOR, 76, 165; NEUMANN-DUESBERG, *Das Bundesbeamtengesetz und das Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes*, RA, 1953, 365; *Tarifverträge des öffentlichen Dienstes über die Durchführung der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, RA, 1953; 423; BURSCHÉ, *Besoldungs- und Tarifrecht des öffentlichen Dienstes*, DOV, 1953, 456. Por último, dentro también del campo del Derecho del Trabajo, la equiparación impone la revisión de ciertos aspectos en materia de seguros sociales, pudiendo citarse al respecto los escritos de VON SCHUCH, *Zur Gleichberechtigung der Geschlechter in der Sozialversicherung und Kriegsofferversorgung*, ZBlSozV, 1953, 49; WANNAGAT, *Zur Gleichberechtigung der Geschlechter in der Sozialversicherung und Kriegsofferversorgung*, ZBlSozV, 1953, 161; GROSS, *Der Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau und das Recht der Kriegsofferversorgung*, ZBlSozV, 1953, 192; KORBE, *Die Familienkrankenhilfe im Blickpunkt der Familienrechtsreform*, ZBlSozV, 1954, 49; IPPENSEN, *Die Feststellung der Vaterschaft im Sozialrecht*, ZBlJugR, 1954, 69; WANNAGAT, *Rechtliche Folgen der Gleichberechtigung: Auswirkungen auf Sozialversicherung und Kriegsofferversorgung*, en «Staatsanzeiger für Baden-Württemberg, 1954, Nr. 18, 1; SCHEICKEL, *Die soziale Unsicherheit der deutschen Frau*, EF, 1955, 316. Sobre la relación que es postulado de equiparación puede tener con el Derecho Penal y Procesal Penal, cfr. SCHULTZ, *Gleichberechtigung im Strafrecht*, MDR, 1953, 725; MEISTER, *Gleichberechtigung der Geschlechter im Strafrecht*, DRiZ, 1953, 169; MASSEN, *Erste Zweifelsfragen zum Strafrechtsvereinigungsgesetz*, MDR, 1954, 1; SAUTER, *Das selbständige Strafantrags- und Privatklagerecht des Ehemannes und Zeichen der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, NJW, 1953, 810; POPPE, *Der Wegfall des selbständigen Strafantragsrechts des Ehemannes und die schwebenden Privatklageverfahren*, JZ, 1953, 690; ofrece breves referencias HÜBNER, *Gleiche Rechte*, en BEITZKE-HÜBNER, 95-96 (cita completa en nota 170). A la posible eficacia de la equiparación en el Derecho Fiscal se han referido FOHRER, *Haushaltbesteuerung des Ehegatten und Gleichberechtigung*, DRiZ, 1954, 52; KAISER, *Haushaltbesteuerung*, DRiZ, 1954, 99. Otras materias que han sido tratadas en relación con el principio de la igualdad de derechos son las siguientes: a los problemas de Derecho de transición se ha referido MATTERN, *Das Zwischenrecht der Gleichberechtigung*, «Justiz», 1953, 137; a la relación de la equiparación con el servicio militar, SCHREIBER, *Wehrpflicht und Gleichberechtigung der Geschlechter*, EF, 1955, 96; a cuestiones surgidas de la terminación del régimen de ocupación, GROSS, *Das Ende des Besatzungsregimes und die Gleichberechtigung der Geschlechter*, EF, 1955, 26, y a la relación de la equiparación con cuestiones referentes a matrimonio canónico, GRAF, *Kanonisches Eherecht und Gleichberechtigung von Mann und Frau*, DRiZ, 1953, 179, y NEUHAUS, *Theologie und Familienrechtsform*, JZ, 1953, 187. A bastantes de las cuestiones que aquí hemos indicado pueden encontrarse referencias en BOSCH, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Zur Situation im Ehe- und Familienrecht*. Bielefeld, 1954 (separata de los tra-

principio de equiparación, enfocado dentro del marco general de la situación jurídica de la persona, no es otra que la de ser un aspecto concreto o manifestación precisa de otro principio superior y más amplio: el principio de igualdad ante la ley. En otras palabras: la igualdad jurídica de los sexos no es sino una consecuencia de la igualdad general ante la Ley; una consecuencia más de las muchas que esta igualdad trae consigo (178).

Considerado desde un punto de vista general el mecanismo y eficacia de la equiparación jurídica de varón y mujer se manifiesta, sobre todo, en tres aspectos fundamentales:

a) La atribución de iguales derechos a los hombres y a las mujeres. Ahora bien, esta concesión de derechos *iguales* ha de entenderse e interpretarse de una forma lógica y racional. No significa que siempre y en todo caso hayan de atribuirse a ambos sexos derechos de contenido idéntico, sino que significa que los derechos que en cada caso se atribuyan presupongan una idéntica valoración jurídica de la personalidad masculina y femenina. Entender de otra forma la equiparación equivaldría a desnaturalizarla y a extraer de ella, en ocasiones, consecuencias absurdas y antinaturales. La idea de la igualdad—ha dicho BEITZKE—no quiere decir que hombre y mujer tengan que tener derechos de idéntico contenido, sino que quiere decir que «in summa» han de disfrutar de derechos de igual valor; el postulado de la equiparación significa, ante todo y en primer lugar, igualdad en la valoración

bajos publicados por el autor en la revista «Rpfleger»: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, 1953, 387, 481, 545; 1954, 1, 57, y *Ehe und Familie in der Rechtsordnung* ab, 1 April 1953, 1953, 273). Esta separata suele citarse de esta forma. «Rpfleger-Familienrechts-Sonderheft». Aunque esta nota 177 ha resultado excesivamente extensa, no hemos querido suprimirla, porque juzgamos de interés esta «alusión informativa» a la gran amplitud de aspectos desde los que puede ser considerada la equiparación, fuera del campo del Derecho civil.

(178) Del artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn parece claramente deducirse que ésta fué la idea de los redactores de la misma. En este artículo, después de establecer en el párrafo 1.º que todas las personas son iguales ante la ley, en los párrafos 2.º y 3.º no se hace en realidad sino aludir de una manera expresa a dos aspectos de aquel principio que en el fondo estaban ya contenidos en él: en el párrafo 2.º, a la equiparación de varón y mujer, y en el 3.º, a la improcedencia de derivar ventajas o perjuicios de ciertas circunstancias personales, entre las que se cita el sexo. Cfr. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 15-16; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 55. Más ampliamente en los comentarios a la Ley Fundamental de HAMMAN, GIESE, MANGOLDT, NAWIASKY, MATZ y VON ROSEN-VON HOEWEL, citados en la nota 94. Lo mismo que decimos de la Ley Fundamental puede predicarse de la Constitución de Weimar en relación con la equiparación en el aspecto político. Cfr. artículo 100. Sobre él, además de los comentarios de POETSCH-HEFFTER y ANSCHÜSS, citados en la nota 40, la bibliografía indicada por BEITZKE, loc. cit. 16, nota 33. En cambio, en la Constitución de la República Democrática la igualdad ante la Ley y la equiparación de sexos se recogen en artículos distintos: el principio de igualdad ante la Ley en el artículo 6; la equiparación, en el 7 y en el 30.

de la personalidad del hombre y de la mujer, igualdad en el módulo de atribución de derechos y deberes. La equiparación no puede llevarse a la realidad de una manera puramente mecánica mediante una simple concesión de derechos iguales sin más; antes bien, se trata de un principio que exige e impone una realización orgánica. No hay que olvidar que no se trata de una igualdad jurídica material y objetiva, sino de una igualdad jurídica humana y personal. «Sólo un materialismo superficial podría derivar de la equiparación la exigencia de derechos idénticos» (179). Por lo tanto, y de acuerdo con lo que venimos diciendo, resulta que el principio de equiparación de ambos sexos es perfectamente compatible con ciertas diferencias de tratamiento jurídico de que han de ser objeto el hombre y la mujer, y que en modo alguno deben conceptuarse como consecuencia de una desigualdad ante la ley, sino tan sólo como un efecto racional y lógico de la desigualdad *natural* de ambos sexos, de la que no puede prescindir la realidad normativa si es que pretende ser reflejo de la realidad vivida. La existencia, pues, de estas diferencias jurídicas no significa ni mucho menos que el Ordenamiento jurídico trate de forma desigual al hombre y a la mujer, sino que significa simplemente que, al margen por completo de las ideas favorables o adversas a la equiparación pero en perfecta armonía con ésta, el Derecho se adapta a la específica manera de ser de cada sexo. Si esta adaptación no existiera, en los casos en que es necesaria, la norma quedaría disociada de la vida real, sin que ello supusiera que la equiparación se había llevado a cabo de una manera más absoluta. No hay que olvidar nunca que la Ley no puede convertir en igual lo que por naturaleza es desigual. Casi estaríamos por afirmar que la existencia de esas diferencias jurídicas a que acabamos de aludir no sólo no es contraria a la equiparación de los sexos, sino que incluso la confirma, puesto que puede conceptuarse como una prueba de que el Derecho se ocupa *por igual* de adaptarse a la específica manera de ser del hombre y de la mujer (180).

b) El principio de equiparación supone asimismo que a ambos sexos se abran las mismas posibilidades de configuración y desarrollo de la personalidad. Esta afirmación es especialmente im-

(179) Cfr. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 17-18. Este autor recoge ideas de KIPP, JELLINEK, LEIBHOLZ, REICHEL y SELBERT (diputada socialista). También BEITZKE, *Familienrecht*, 3-4.

(180) Como ejemplos de estas diferencias, que no son otra cosa que adaptaciones de la norma a la naturaleza de sus respectivos destinatarios, pueden citarse: la distinta edad núbil (§ 1.303 BGB, hoy Ley de Matrimonio 1946, § 1), el tiempo de espera que afecta a la viuda que pretende contraer ulteriores nupcias, en evitación de la turbatio sanguinis (§ 1.313 BGB, hoy § 8 de la Ley de Matrimonio), los preceptos destinados a la protección de la honra femenina (§§ 825, 847, párrafo 2.º, 1.300 BGB), la legislación protectora de la maternidad (Ley de 24-I-1952, en Alemania occidental), etc. Es innecesario destacar el absurdo que supondría suprimir estas normas en aras de una mal entendida equiparación. De todas formas, sobre alguna de estas cuestiones se ha suscitado discusión. Véanse.

portante en lo relativo al acceso a las profesiones y en lo referente a la igualdad de remuneración. El primer aspecto, sin embargo, ha de entenderse también de un modo racional: la circunstancia de que hombre y mujer tengan opción a las diversas ocupaciones profesionales no significa de manera necesaria que todas las profesiones tengan que ser o puedan ser indistintamente desempeñadas por hombres o mujeres (181). El aspecto de la igualdad de remuneración ha sido siempre una de las aspiraciones esenciales de la mujer: «igual salario para igual trabajo» (*gleicher Lohn für gleiche Arbeit*) ha constituido en todo momento uno de los gritos de combate del movimiento feminista; la cristalización de este postulado en las Constituciones no se juzga necesaria por tratarse de uno de los derechos fundamentales que van implícitamente reconocidos en el principio general de equiparación (182).

c) Finalmente, junto a la atribución de derechos iguales, la equiparación supone también la imposición de deberes semejantes a ambos sexos, si bien con respecto a esta igualdad de deberes es oportuno hacer la misma advertencia que hicimos al hablar de la igualdad de derechos. La imposición de deberes semejantes al hombre y a la mujer no se traduce en que sobre ambos pesen obligaciones de contenido idéntico, sino en que sobre el hombre y la mujer recaigan deberes que presupongan una valoración igual de su respectiva personalidad, pero adaptándose al propio tiempo a su respectiva naturaleza. La igualdad de deberes va contenida en el postulado de equiparación jurídica y no precisa ser establecida de una forma expresa. En la Ley Fundamental de Bonn esta circunstancia resulta clara de la sola lectura de su artículo 3. Así lo ha hecho constar ya la doctrina. «La equiparación de varón y mujer—ha dicho BEITZKE—significa, por último, que junto a la igualdad de derechos debe existir también una igualdad de deberes. Es cierto que el artículo 3 de la Ley Fundamental no sienta esto expresamente; pero semejante circunstancia se deduce de la posición sistemática del principio de equiparación en la Constitución, de su posición como subespecie del principio general de igualdad ante la ley. Se deduce asimismo, e incluso de for-

por ejemplo, sobre el «tiempo de espera» de la viuda HOFFMANN, *Ist das Ehehindernis der Wartezeit noch berechtigt?*, StAZ, 1953, 99, y sobre la «pretensión de desfloración» del § 1.300 BGB, SCHULTZ, § 1.300 BGB, MDR, 1954, 388; FRÖLICH, *Deflorationsanspruch und Gleichberechtigung*, EF, 1955, 38; ARNOLD, § 1.300 BGB und die Gleichberechtigung von Mann und Frau, EF, 1955, 91.

(181) No es necesario aducir ejemplos en demostración de que ciertas profesiones tendrán siempre un matiz acusadamente masculino, mientras que otras lo tendrán netamente femenino. Cfr. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 20-21.

(182) Cfr. BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 23-25. Ofrecemos información bibliográfica sobre este punto en la nota 177, al aludir a las repercusiones de la equiparación en el Derecho del Trabajo, sobre todo en los apartados a y c.

ma más tajante, del párrafo 3.º del artículo 3 y de la prohibición en él contenida de que alguien pueda resultar beneficiado o perjudicado a consecuencia de su sexo» (183). En materia de Derecho civil la igualdad de deberes puede tener y tiene importantes repercusiones en relación con la deuda alimenticia entre parientes.

Refiriéndonos ya de una manera concreta al Derecho de familia y no olvidando que en el BGB la familia está organizada sobre la base de la preeminencia del marido (184), el principio de equiparación de sexos impone la revisión y nueva configuración de los fundamentos sobre los que se estructuraba el organismo familiar en el Derecho alemán. Veamos brevemente cuáles son los aspectos más importantes del Derecho de familia que resultan afectados por la equiparación, fijándonos por separado en el matrimonio, en las relaciones paternofiliales y en la tutela.

a) En el aspecto personal del matrimonio, es decir, en lo relativo a las relaciones personales entre los cónyuges, la equiparación de la mujer hace necesaria ante todo la supresión del poder decisorio que, a tenor del § 1354 BGB, corresponde al marido en todos los asuntos referentes a la vida matrimonial común. Se impone asimismo la revisión de los preceptos que prevean la actividad profesional de la mujer casada, no haciéndola depender del asentimiento del marido ni dejando dicha actividad a merced de la denuncia de éste, como sucedía en el § 1358 BGB. En la vida moderna, tal como está configurada la sociedad, el que los alemanes llaman «matrimonio con mujer de su casa» (*Haushaltfräulein*) no es ya la forma única ni quizá la más frecuente de la institución matrimonial; cada vez van más en aumento los matrimonios en que la mujer desempeña, al igual que su marido, una actividad profesional. Esta circunstancia no puede ser ignorada por el Derecho y, juntamente con la equiparación, impone por ejemplo la supresión del § 1358 citado. También, dentro del aspecto personal del matrimonio, es necesario revisar las normas relativas al nombre, domicilio y nacionalidad de la mujer casada, teniendo en cuenta en esta última cuestión que tan importante o más que el principio de equiparación es el postulado de unidad de nacionalidad dentro de la familia (185).

b) Fundamentales han de ser las modificaciones que la equiparación exige en lo tocante a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges o aspecto económico del matrimonio. En primer lugar es necesaria la supresión del régimen matrimonial de bienes instaurado por el BGB en los §§ 1363 y siguientes que, con excepción del patrimonio reservado, colocaba los bienes de la

(183) BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 25.

(184) Cfr. más atrás núm. 1.

(185) Esta cuestión es objeto de polémica. Cfr., por ejemplo, BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 40-42. Además, las referencias que ofrecemos en la nota 177, al aludir a la repercusión de la equiparación en materia de nacionalidad.

mujer, en concepto de patrimonio aportado, bajo la administración y aprovechamiento del marido. Era el llamado régimen de «administración y aprovechamiento» o de «comunidad de administración», no porque los cónyuges administrasen conjuntamente su patrimonio, sino porque el marido administraba «en común» sus bienes y los de su mujer. Actualmente, bajo la vigencia de la equiparación, ha de establecerse como «estado legal de bienes» un régimen de separación o de comunidad que atribuya iguales derechos a ambos cónyuges (186). Ahora bien, en este punto es un error muy extendido el creer que sólo los sistemas de separación son compatibles con la equiparación de la mujer. A nuestro juicio, tanto estos sistemas como los de comunidad pueden adaptarse de modo perfecto al postulado de igualdad de derechos de los cónyuges, razón por la cual la elección entre la separación o la comunidad de bienes debe hacerse por completo al margen de las consideraciones que impone la equiparación: sus exigencias lo mismo pueden satisfacerse por la vía de la separación que por la de la comunidad, pero mientras que ésta favorece el matrimonio-asociación aquélla puede dar lugar a un excesivo individualismo de los cónyuges contrario a la esencia de la institución matrimonial. Tal vez la solución ideal se halle en una hábil combinación de elementos comunitarios con elementos separacionistas (187). En relación con el aspecto económico del matrimonio la equiparación hace necesaria una nueva regulación de la deuda de alimentos entre cónyuges y una configuración distinta de la clásica institución alemana conocida con el nombre de «poder de la llave» y recogida en el § 1357 BGB; la modificación supone no el atribuir a ambos cónyuges esta función, netamente femenina, sino el estructurar sobre bases diferentes la posición de la mujer en relación con dicha función.

c) También las relaciones paterno-filiales, tal como se configuran por el BGB, han de resultar afectadas por el principio de equiparación. La patria potestad ha de atribuirse conjuntamente al padre y a la madre, y sobre este fundamento reglamentar su doble aspecto personal y patrimonial. Es incompatible con el postulado de igualdad de derechos de ambos padres la circunstancia de que, sólo en concepto supletorio, corresponda a la madre la patria potestad, como se desprende del § 1684 BGB en sí mismo y en relación con el 1627. En materia de adopción es necesaria la revisión de algunos puntos concretos, en especial las disposiciones re-

(186) No se olvide que en este lugar sólo enfocamos los problemas desde un punto de vista teórico, razón por la que se prescinde de aludir a las soluciones ya adoptadas por la legislación alemana. Sobre esto, más adelante.

(187) Esto, en definitiva, es lo que ha venido a hacer la Ley de equiparación de 18 de junio de 1957, que instaura como régimen legal la «comunidad de ganancia» o «Zugewinnngemeinschaft» entre los cónyuges. Cfr. §§ 1.363 y sigs. BGB, en su nueva redacción.

ferentes a la adopción llevada a cabo de manera conjunta por un matrimonio o a la realizada individualmente por persona casada.

d) Por último, en lo relativo a la tutela, la equiparación hace necesaria la revisión de las normas referentes a la designación del tutor por los padres del pupilo (§§ 1776 sgs. BGB). Asimismo, son convenientes leves retoques en la regulación de la curatela (188).

Hechas estas consideraciones generales sobre la posible eficacia de la equiparación en el Derecho de familia, enfocando la cuestión desde un punto de vista teórico, vamos a referirnos a continuación a la forma en que se ha desenvuelto el problema en «las dos Alemanias». Comenzaremos con una breve referencia a Alemania oriental, para después aludir con más detenimiento a la manera en que se ha planteado y resuelto la realización del postulado de igualdad de derechos de varón y mujer en la República federal o Alemania occidental, como generalmente se la designa. De todas formas, en ambos casos y para mayor claridad, indicaremos por separado las fases legislativas y los aspectos fundamentales y orientaciones que presiden la equiparación.

12. *El problema de la equiparación en la República democrática.*—Aunque de lo que hemos dicho más atrás (189) puede perfectamente deducirse cuál es el estado y cuáles las tendencias que presiden la equiparación en Alemania oriental, en este lugar vamos a centralizar todas las referencias al problema, si bien en ocasiones casi nos limitaremos a una simple remisión.

a) *Las fases legislativas* por que ha pasado en la República democrática el principio de equiparación de sexos son tres, constituidas respectivamente por la Constitución de 1949, por la Ley de 1950 sobre protección a la madre y a los hijos sobre los derechos de la mujer, y por el Proyecto de Código de Familia de 1954.

La Constitución de la República democrática alemana de 7 de octubre de 1949 se refiere a la igualdad de derechos de varón y mujer en dos ocasiones: en el artículo 7 y en el artículo 30. El primero constituye una declaración general, de la que el segundo no es más que una aplicación concreta al ámbito del Derecho de familia. El artículo 7 determina que el hombre y la mujer están equiparados jurídicamente, y sienta a continuación la derogación de todas las normas y determinaciones que sean contrarias a la indicada equiparación. El artículo 30, después de haber establecido que el matrimonio y la familia constituyen la base de la comunidad y que, por ello, están bajo la protección del Estado, en su párrafo 2 decreta, asimismo, la derogación de todas aquellas disposiciones

(188) Breves referencias a las cuestiones apuntadas pueden encontrarse en BEITZKE, *Die Gleichberechtigung*, 27-42, y en HÜBNER, *Gleiche Rechte*, 47-93. Ambos trabajos, en BEITZKE-HÜBNER, *Die Gleichberechtigung* (cita completa en la nota 170).

(189) Cfrs. especialmente los núms. 8 y 9.

que sean contrarias a la equiparación de marido y mujer en el matrimonio (190). Como puede apreciarse, la Constitución de Alemania oriental no se ha limitado, en la materia que nos ocupa, a establecer un simple principio de carácter programático, sino que, por el contrario, ha dotado a la equiparación de eficacia jurídica inmediata sin esperar al desarrollo legislativo de la declaración constitucional, puesto que, por determinación expresa de los artículos citados, «quedaron derogadas» todas las normas y disposiciones que no estuvieran de acuerdo con el postulado de igualdad de derechos. Como decíamos más atrás (191), los textos constitucionales indicados produjeron «de golpe» un gran impacto en la Legislación alemana, ya que el establecer de manera tan brusca la derogación de todo un sistema de la familia, sin ofrecer la configuración legislativa de otro que le sustituyera, no podía conducir más que a un desconcertante caos jurídico. Lo único cierto, dentro de este caos, es que a partir de la Constitución de 1949, en Alemania oriental, han quedado sin vigencia todas las normas que supusieran desigualdad de varón y mujer: concretamente, con referencia al Derecho de familia, han quedado derogadas las bases sobre las que el BGB estructuraba el organismo familiar y, con ellas, un sin fin de preceptos de este Código, sin que todavía, salvo alguna ligera excepción, se hayan dictado las normas que han de sustituir a las derogadas. Esto, unido al sentido vacilante y al matiz político que la «nueva jurisprudencia» tiene en la Zona oriental, puede dar una idea de la situación actual del Derecho de familia en dicha Zona.

Podemos entender constituida la segunda fase legislativa de la equiparación en la República democrática por la Ley de 27 de septiembre de 1950 sobre protección a la madre y a los hijos y sobre los derechos de la mujer. Aunque esta Ley no ofrece, ni mucho menos, un desarrollo completo del principio de equiparación ni tampoco ofrece, en general, posibilidades de inmediata aplicación a los casos litigiosos, por lo menos contiene ciertos preceptos que afectan a importantes norma del BGB: más que como derogación de las mismas, como aclaración a una derogación que ya se había producido como efecto inmediato de lo dispuesto en los textos constitucionales ya citados, textos que, en algunos aspectos, son desarrollados por la Ley de 1950. En lo que se refiere a la equiparación el contenido fundamental de esta Ley es el siguiente: 1) Suprime el derecho de decisión del marido, después de manifestar que el matrimonio no trae como consecuencia ninguna limitación o reducción en los derechos de la mujer. En los asuntos referentes a la vida matrimonial común, el derecho de decisión del marido se sustituye por un «derecho de decisión conjunta» (*gemeinsame Entscheidungsrecht*) de ambos cónyuges (§ 14 de la Ley, que afecta al § 1.354 BBG). 2) Considera que el matrimonio

(190) El texto literal de los arts. 7 y 30 de la Constitución puede consultarse en el núm. 8 y en la nota 132.

(191) Cfr. nota 132.

no puede ser un obstáculo para la actividad profesional y política de la mujer, por lo cual finalidades profesionales, sociales o políticas pueden justificar, incluso, la supresión de la vida matrimonial común entre los cónyuges (§ 15 de la Ley, que afecta al § 1.358 BGB). 3) Los «cuidados paternos» (192) se atribuyen conjuntamente a ambos cónyuges (§ 16 de la Ley, que afecta al § 1.627 BGB.) 4) Se mejora la posición jurídica de la madre en relación con los hijos habidos fuera de matrimonio (§ 17 de la Ley, que afecta a los §§ 1.707-1.708 BGB) (193).

Esto es todo lo que hasta ahora ha desarrollado el legislador de una manera positiva del principio de equiparación. En todo lo demás, la eficacia de éste es puramente negativa o derogatoria (cfr. arts. 7 y 30 de la Constitución), con lo cual están huérfanas de reglamentación cuestiones tan importantes como la relativa al régimen legal de bienes en el matrimonio. La Jurisprudencia de la Zona ha entendido que, como consecuencia de la equiparación, vale como «estado legal» la separación de bienes (194).

El postulado de la equiparación tiene en Alemania oriental su tercera fase legislativa en el Proyecto de Código de familia de 1954, si bien esta obra tiene una significación mucho más amplia que la de ser meramente un desarrollo de la equiparación de derechos de ambos sexos: el Proyecto desarrolla, en efecto, el principio indicado; pero, además, reglamenta de nuevo, por completo, todo el Derecho de familia y, precisamente, en esta nueva reglamentación es donde toma en cuenta las exigencias impuestas por los artículos 7 y 30 de la Constitución. La posición del Proyecto, respecto a la equiparación, resulta clara de lo que hemos dicho con anterioridad: sólo repetiremos que en él se utiliza la igualdad de derechos de la mujer como un medio de insertar plenamente a ésta en el proceso de producción; la equiparación se emplea, pues, más con finalidades políticas, industriales o económicas que con fines propiamente jurídicos. No es el mejoramiento de la posición jurídica de la mujer lo que interesa a los redactores de la obra, sino la utilización de aquélla como un medio más de reforzar la caduca situación económica del país (195). En cuanto a los puntos concretos de que se ocupó la Ley de 1950 en relación con la equiparación, el Proyecto viene a coincidir con sus disposiciones (196).

(192) En cuanto al significado de esta expresión, cfr. nota 156.

(193) El texto de las normas citadas de la Ley de 1950 puede consultarse en LAUTERBACH, en PALANDT: BGB. *Kurskommentar* (16.^a ed., 1957), 1.093, 1.100, 1.243, 1.278. Breves referencias en ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, vol. 1, 45. Ofrecemos la traducción literal de los preceptos citados en la nota 137.

(194) Cfr. BEITZKE, *Familienrecht*, 72; LAUTERBACH, en PALANDT: BGB, *Kurskommentar*, introducción al § 1.363, núm. 4, 1.109. También HINTZE, *Bemerkungen zur Rechtsprechung in Zivilsachen* (DDR), NJ, 1954, 198.

(195) Referencias concretas y más indicaciones en los núms. 8 y 9.

(196) En materia de equiparación han de tenerse en cuenta, sobre todo, las siguientes normas del Proyecto: §§ 2 y 3 (principios generales),

b) Los *aspectos fundamentales* de la equiparación en la República democrática y las orientaciones que la presiden se deducen claramente de lo ya indicado; razón por la cual excusamos repetir aquí ideas expuestas con anterioridad.

13. *El problema de la equiparación en la República federal.*—A diferencia de lo que ha ocurrido en Alemania oriental, donde —de acuerdo con los textos constitucionales indicados— el postulado de equiparación de sexos ha producido «de golpe» y de una manera brusca la derogación de todas las disposiciones legales que fueran contrarias a dicho principio (197), en la República federal los acontecimientos se han desarrollado de una forma más pausada, más lógica y, desde luego, mucho más adecuada a la importancia y dificultades que trae consigo el desarrollo normativo del principio de igualdad de derechos de varón y mujer. La Ley fundamental de Bonn sanciona como principio constitucional el de la equiparación jurídica de los sexos; pero, en lugar de decretar la inmediata derogación de las disposiciones que no estuvieran de acuerdo con él, haciéndose cargo del caos jurídico que semejante derogación habría ocasionado, mantiene, de momento, la vigencia de estas disposiciones hasta que el legislador llevara a cabo su adaptación al principio de equiparación, si bien estableciendo una fecha tope para la vigencia de las mismas. Si una vez llegada esta fecha (31 de marzo de 1953), el legislador no había realizado la adaptación prevista, se produciría, no obstante, la pérdida de vigencia de todas aquellas disposiciones que fueran contrarias al mencionado principio.

Los textos que se refieren a la cuestión de la igualdad de derechos de ambos sexos en la Ley fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, son el párrafo 2.º del artículo 3 y, como complemento, el párrafo 1.º del artículo 117. La primera de estas disposiciones, como ya hemos indicado (198), sienta entre los derechos fundamentales el principio de que «hombres y mujeres están equiparados jurídicamente» (199). A su vez, el artículo 117, situado entre las disposiciones finales y de transición, determina el momento en que debe comenzar la eficacia derogatoria del principio de equiparación, al establecer en su párrafo 1.º que «las normas que estén en contradicción con el artículo 3, párrafo 2.º, quedan en vigor hasta su adaptación a esta determinación de la Ley Fundamental, no excediendo, sin embargo, su vigencia del 31 de marzo de 1953». Así pues, en Alemania occidental, el principio de equi-

§§ 8-11 (aspecto personal del matrimonio), §§ 12-23 (aspecto patrimonial del mismo, sobre régimen de bienes cfr. nota 161), §§ 38 y sigs. (relaciones con los hijos, sobre todo § 39).

(197) Cfr. más atrás núms. 12 y 8.

(198) Véase núm. 7.

(199) «Männer und Frauen sind gleichberechtigt», dice textualmente la versión alemana del art. 3, II, de la Ley Fundamental.

paración de varón y mujer no produjo, de momento, cambio alguno en la Legislación; su eficacia derogatoria quedó aplazada, puesto que, según se deriva claramente del texto transcrito, las disposiciones que fueran contrarias a dicho principio no podían quedar sin vigencia hasta el 1 de abril de 1953, a no ser que antes el legislador hubiese llevado a cabo su adaptación al mismo (200).

Hechas estas indicaciones respecto al que pudiéramos calificar de «programa constitucional» sobre la forma en que habría de desarrollarse la eficacia derogatoria del principio de equiparación, veamos ahora cuál ha sido, en efecto, su evolución en la realidad, o, lo que es lo mismo, cuáles han sido las fases o etapas por las que dicho principio ha pasado en la República federal; fases que, como es lógico, vienen determinadas por lo dispuesto en el artículo 117, I, de la Ley fundamental, en relación con la forma en que ulteriormente se han desarrollado los acontecimientos.

a) Las *fases legislativas* en que ha cristalizado en Alemania occidental la evolución y desarrollo del principio de equiparación de sexos, sancionado por el artículo 3, II, de la Ley fundamental, son las tres siguientes: la primera abarca desde la promulgación de la Ley fundamental de 1949 hasta el 31 de marzo de 1953; la segunda, desde el 1 de abril de 1953 hasta la Ley de equiparación de 1957; la tercera, comienza con esta Ley, que es la que lleva a cabo el desarrollo legislativo del principio. Refirámonos por separado a cada una de las etapas indicadas y a los términos en que en cada una de ellas se ha presentado la cuestión de la equiparación, caracterizada en la primera por su simple alcance programático o enunciativo, en la segunda, por su eficacia meramente derogatoria y en la tercera, por su positivo desarrollo por el legislador.

I. La *primera fase* por que ha pasado la equiparación en Alemania occidental está delimitada en su duración por el artículo 117, párrafo 1.º, de la Ley fundamental. De esta disposición, cuyo texto ya conocemos, se desprende claramente que esta que hemos llamado primera fase de la equiparación habría de abarcar hasta que tuviera lugar la adaptación de las normas del Derecho alemán al postulado de igualdad jurídica de los sexos o, a lo sumo, hasta el 31 de marzo de 1953. Esto último, como es lógico, sólo en el caso de que las normas contrarias al principio de equiparación no hubieran sido adaptadas al mismo con anterioridad a esa fecha, señalada como tope para la vigencia de las normas en cuestión. Como, dentro del plazo referido, el legislador no llevó a cabo la indicada adaptación, la primera fase ha durado, pues, hasta el 31 de marzo de 1953. Es, asimismo, el artículo 117, párrafo 1.º, la norma que precisa el contenido de la equiparación en esta primera fase, al atribuirle, durante ella, un alcance puramente programá-

(200) Como esta adaptación legislativa no tuvo lugar antes de la indicada fecha, hasta entonces no pudo producirse la derogación de las normas contrarias al principio de equiparación.

tico. El principio de equiparación no produce, pues, de momento, cambio alguno en la legislación, limitándose la Ley fundamental a anunciar la futura derogación de las disposiciones que fueran contrarias a dicho principio; pero manteniendo inicialmente la vigencia de las mismas. Esta forma de proceder es mucho más sensata y mucho más adecuada que la seguida por la Constitución de la República Democrática (201), sobre todo, si se piensa en lo delicado de la cuestión de la equiparación de los sexos y en el profundo cambio que ésta supone e impone en los fundamentos del Derecho de familia. Al establecerse un término para la derogación de las normas contrarias al principio del artículo 3, II, en lugar de decretarse sin más su inmediata pérdida de vigencia, se facilitó así la posibilidad de que, al producirse aquélla, el ambiente jurídico hubiera al menos tomado contacto con el problema y estuviera en condiciones de hacer frente a los principales aspectos que dicha derogación traería consigo, si es que antes no los había resuelto el poder legislativo.

En efecto, la doctrina pronto comienza a hacerse cargo del problema de la equiparación, ya refiriéndose a él de una manera general (202), ya ofreciendo la solución o posibles soluciones de

(201) Recuértese que en Alemania Oriental con la Constitución de octubre de 1949 quedaron derogadas todas las normas que no estuvieran de acuerdo con la equiparación de los sexos. Cfr. núm. 12.

(202) Entre las publicaciones aparecidas en esta primera fase y destinadas a ofrecer el panorama de conjunto de la equiparación y de las reformas que ésta haría necesarias en la legislación pueden citarse, aparte de los ensayos de BEITZKE y HÜBNER, recogidos bajo el título conjunto de *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau* e indicados en la nota 170, los trabajos siguientes: HAGEMeyer: *Denkschrift über die Gleichberechtigung von Mann und Frau* (Art. 3 Abs. 2 GG) *erforderlichen Gesetzesänderungen*, Teil I, II, III, Colonia, 1950, y sigs.; SCHEFFLER-ULMER: *Die Gleichberechtigung der Frau. In welcher Weise empfiehlt es sich gemäss Art. 117 des Grundgesetzes das geltenden Recht an Art. 3 Abs. 2 des Grundgesetzes anzupassen?* Referate von — sowie Diskussionsbeiträge und Beschlüsse (38. Deutsche Juristentag, Teil B: Bürgerlichrechtliche Abteilung), Tubinga, 1951; BOSCH: *Familienrechtsreform: Eheschliessung, Ehescheidung, Gleichberechtigung von Mann und Frau. Recht des unehelichen Kindes* (2 Vorträge), Siegburg, 1952; BOSCH: *Die Rechtsordnung in Ehe und Familie. Grundsätzliche Auseinandersetzung* (4 Aufsätze), Regensburg, 1952-1953; HEDEMANN: *Die Rechtsstellung der Frau. Vergangenheit und Zukunft*, Berlín, 1952; CONRAD: *Grundprobleme einer Reform des Familienrechts* (separata de «Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen», cuaderno, 12, 53-93), Colonia-Opladen, s. a. De entre los trabajos de revistas, homenajes, colecciones, artículos, etc., destacan los siguientes: MITTEIS: *Die Anpassung des Familienrechts an das Bonner Grundgesetz*, SJZ, 1950, 243 (publicado después en la colección de escritos del autor aparecida con el título «Die Rechtsidee in der Geschichte. Gesammelte Aufsätze zur Rechtsgeschichte», 1957); DÖLLE: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht (eine rechtspolitische Skizze auf rechtsvergleichender Grundlage)*, en Festgabe für KAUFMANN, 1950, 39; BOEHMER: *Die Gleichberechtigung der Frau im Eherecht*, MDR, 1950, 386, 451; RÜDEL: *Die Reform des Familienrechts*, JR, 1951, 744; 1952, 49; ERMECKE: *Zur Reform des Ehe-*

algún aspecto concreto del mismo (203). Al propio tiempo, estas aportaciones doctrinales habrían de constituir una orientación de gran valor en la tarea de desarrollo legislativo del principio de equiparación, siendo, además, el primer apoyo o sustento de la jurisprudencia en la fundamental misión creadora que le correspondería en la segunda fase, de la que a continuación pasamos a ocuparnos.

II. Comienza esta *segunda fase* el 1 de abril de 1953, pues a partir de esta fecha quedaron derogadas todas las normas del Derecho alemán que no estuvieran de acuerdo con el principio de equiparación jurídica de los sexos (cfr. art. 117, I, Ley fundamental). Su duración abarca hasta la Ley de equiparación de 18 de julio de 1957.

Como ya indicamos en otro lugar (204), la situación del Derecho de familia en Alemania occidental durante este período es ciertamente anómala. Han quedado derogadas unas normas sin haber sido antes sustituidas por otras, con lo cual se ha producido una considerable laguna o vacío legislativo (205) que ha tenido que ser colmado por la doctrina y, sobre todo, en la realidad práctica de cada día, por la labor de la jurisprudencia. La sola existen-

und Familienrechts (Allgemeine sozialwissenschaftliche Grund- und Leitsätze) en «Die Kirche in der Welt», 1951, entrega II, Nr. 35, 259; MÖRS-DORF: *Mann und Frau in den Ordnungen von Ehe und Familie*, ibidem, entrega II, Nr. 34, 247; EGGER: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung (Deutschland und Schweiz)* ZSchwR, 1951, 1; BEITKE: *Gleichberechtigung und Familienrechtsreform*, JZ, 1952, 744; BOSCH: *Leitsätze zur Neuordnung des Familienrechts*, en «Jahresbericht des Görresgesellschaft», 1952, 70; VON BRUCK: *Männer und Frauen sind gleichberechtigt*, en «Die Gegenwart», 1952, 553; MAHN: *Gleiches Recht für Mann und Frau*, en «Sammlung», 1952, 557.

(203) A la cuestión del régimen de bienes en el matrimonio se han referido BOEHMER: *Eheliches Güterrecht*, MDR, 1950, 458; KNUR: *Referat von — über eheliches Güterrecht mit Diskussionsbeiträgen*, en «Deutscher Notartag», 1952. El problema de la deuda de alimentos en relación con la equiparación ha sido estudiado por WÄNDREY: *Die gesetzliche Unterhaltspflicht unter Berücksichtigung der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, 2.^a ed., Bonn, s. a. (1953). El aspecto personal de la patria potestad ha sido examinado por SCHWOERER: *Personensorge und Gleichberechtigung*, ZBlJugR, 1951, 17. Aunque no relacionados de forma primordial con la cuestión de la igualdad de derechos de varón y mujer, han de tenerse en cuenta, en materia de filiación ilegítima, los escritos de BECKER: *Zur Frage der Neuordnung des Unehelichenrechts*, NJW, 1950, 413, y FICKER: *Zum Statut der Einbenennung* (§ 1.706, II, 2 BGB), ACP, 151, 236; el primero referente a los hijos extramatrimoniales en general; el segundo al nombre de los mismos. Como relativo a la adopción hay que citar el trabajo de BECKER: *Neugestaltung des Adoptionsrechts*, NJW, 1950, 90.

(204) Cfr. MELON INFANTE: *Código civil alemán*, trad. cit. XIX-XXI.

(205) Los juristas de la Zona Oriental, olvidando que en su República Democrática Alemana semejante situación se había producido de la forma más brusca y sin la menor preparación para ella (cfr. núm. 12); han criticado, con fines propagandísticos, este vacío legislativo surgido en la República Federal desde el 1 de abril de 1953. Cfr., sobre todo NIETHAMMER-

cia del principio de equiparación, no desarrollado legislativamente, no basta para resolver las muchas y delicadas cuestiones que la nueva situación plantea en el Derecho de familia, algunas de ellas de extraordinaria dificultad para ser abordadas sin apoyo legal de ninguna clase. Nada tiene, pues, de extraño que en la práctica se apreciara, en principio, una cierta resistencia a tener que crear la norma aplicable al caso concreto, como consecuencia de la vigencia inmediata del principio de equiparación a partir del 1 de abril de 1953, llegando, incluso, a negarse tal vigencia (206). Como es lógico, semejante postura no podía prevalecer por ser contraria a lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 117 de la Ley fundamental. De ésta se deduce, con indiscutible claridad, que, desde la fecha mencionada, el postulado de igualdad jurídica de los sexos tiene una vigencia directa e inmediata a través de su eficacia derogatoria de las normas que le fueran contrarias (207).

Ante la situación que dejamos descrita es fácil comprender la importantísima misión que, durante esta segunda fase, ha correspondido a la doctrina y a la jurisprudencia. A la primera como orientadora de los fallos judiciales y del legislador para cuando éste desarrollara legislativamente el principio de equiparación. A la segunda como creadora de las normas que día a día habían de ir resolviendo los problemas surgidos del postulado de igualdad jurídica de los sexos, en tanto careciese de reglamentación legal (208). Precisamente, no ha surgido un auténtico caos en ma-

NEUMANN: *Das familienrechtliche «Vacuum» in Westdeutschland*, NJ, 1953, 701. También ARTZT: *Der Grundsatz der Gleichberechtigung in der westdeutschen Rechtsprechung*, NJ, 1954, 353; ARTZT: *Der Stand der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Familienrechts in Westdeutschland*, NJ, 1954, 624.

(206) Sobre el problema, SCHELD: *Im Familienrecht hat sich am 1-IV-1953 durch Gleichberechtigung nichts geändert*, JR, 1953, 294; KNUR: *Ist der Gleichheitsgrundsatz im Familienrecht seit 1 April 1953 geltendes Recht?*, DNotZ, 1953, 345. Breves referencias en BEITZKE: *Familienrecht*, 7: innegable la inmediata vigencia del principio desde el 1 de abril de 1953. Es la opinión de la casi totalidad de los autores y, desde luego, la única sostenible.

(207) Fundamental en este sentido es la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 18-12-1953. En ella, con objeto de zanjar toda discusión al respecto, se manifiesta, entre otras cosas, lo que sigue: a) El artículo 3, II, de la Ley Fundamental en una norma jurídica genuina. Dicho precepto contiene, lo mismo que el artículo 3, III, de la propia Ley, una concreción del principio general de igualdad ante la Ley (contenido en el art. 3, I). b) A partir del transcurso del plazo señalado en el artículo 117, I, de la Ley Fundamental, varón y mujer quedan también equiparados en el ámbito del matrimonio y de la familia. Puede consultarse este fallo en NJW, 1954, 65. En relación con él, KRÜGER-NIELAND: *Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht über die Gleichberechtigung*, DRiZ, 1954, 23; KRAUSS: *Das Gleichberechtigungsurteil des Bundesverfassungsgericht*, EF, 1954, 61.

(208) En este desarrollo judicial del principio constitucional de equiparación han de distinguirse como indica ESSER, dos aspectos diferentes: a) La posibilidad de adaptación interpretativa del Derecho legislado existente, mediante la interpretación y configuración progresiva de las insti-

teria de Derecho de familia, durante esta segunda fase, gracias a la tarea constructiva realizada por la doctrina y, ante todo, por la jurisprudencia, las cuales, con gran sentido práctico y haciendo gala de una extraordinaria ecuanimidad, han sabido trazar unas directrices fundamentales o pilares básicos que han constituido el primer desarrollo de la equiparación y su primera adecuación a las necesidades prácticas y a la casuística de la vida diaria. Tanto los fallos jurisprudenciales como las aportaciones de la doctrina han apoyado con frecuencia sus puntos de vista en el artículo 6, párrafo 1.º, de la Ley fundamental que, al colocar a la familia y al matrimonio bajo la especial protección del Ordenamiento del Estado, permite suavizar en las necesarias ocasiones la rígida aplicación del principio constitucional. Puede afirmarse, aunque tan sólo a título de criterio orientador, que en el desarrollo de dicho principio por la doctrina y la jurisprudencia se ha entendido que, como modo de subsanar el vacío legislativo existente, en lo posible había que considerar aplicables a ambos sexos las normas que en la anterior reglamentación hacían objeto de especial tratamiento a uno de ellos. No pudiendo seguirse este sistema, o resultando impropio, debía estimarse derogado el precepto concreto de que se tratase, sustituyéndolo por la oportuna decisión judicial. En definitiva, pues, la misión de los tribunales y de la doctrina quedaba concretada en las dos posibilidades a que ya hemos hecho referencia (209): o adaptar las normas existentes a las exigencias de la equiparación o configurar otras nuevas.

Descrita ya la situación en que se encontró el Derecho de familia a partir del 1 de abril de 1953, veamos ahora cuáles han sido los aspectos fundamentales de la equiparación durante esta segunda fase o, mejor dicho, cuáles han sido las novedades que, en función de dicha equiparación, ha experimentado durante ella el Derecho de familia por vía doctrinal y jurisprudencial. Aludiremos por separado a los efectos del matrimonio en general (relaciones personales entre los cónyuges), al régimen de bienes (relaciones patrimoniales entre los mismos), y a las relaciones paterno-filiales. En estas tres zonas del Derecho de familia es donde más repercute la equiparación jurídica de los sexos, puesto que hace necesaria la configuración de las mismas sobre bases distintas a las sancionadas por el BGB. Como es natural, en esta somera descripción del contenido que se ha atribuido al postulado de igual-

fuciones reconocidas por la Ley; b) La posibilidad constructiva de una configuración judicial de las instituciones, derivada del principio constitucional. Cfr. ESSER: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, 1956, 72. Con anterioridad ESSER: *Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht*, JZ, 1953, 521. Referencias bibliográficas sobre los aspectos constitucionales de esta misión creadora de la jurisprudencia, cuestión de la que aquí no procede ocuparse, en la nota 177. Además, BIRKENDAHL: *Die Rechtsprechung im Familienrecht vor neuen Aufgaben*, Justiz, 1953, 148.

(209) Cfr. nota anterior.

dad de derechos de varón y mujer, tan sólo nos referimos a sus aspectos fundamentales y más importantes, a aquellos puntos que, en general, han sido abordados y resueltos por la doctrina y la jurisprudencia con una cierta unanimidad; prescindimos, por completo, de las cuestiones de detalle, respecto a las cuales, aparte de su menor importancia, no existe criterio uniforme.

Las modificaciones fundamentales, desarrolladas por vía doctrinal y jurisprudencial en el Derecho de Familia e impuestas desde el 1 de abril de 1953 por el principio de equiparación jurídica de los sexos, son las siguientes (210) (211):

(210) La producción bibliográfica en torno al problema de la equiparación y a su repercusión en el derecho de familia durante esta segunda fase que se inicia el 1 de abril de 1953, es realmente abrumadora; en ocasiones incluso desorbitada. Sin pretensiones exhaustivas (que en este caso sin duda fracasarían), he aquí una indicación de las obras que abordan la cuestión de una manera general, ofreciendo una visión de conjunto de la misma y un tratamiento de sus diversos aspectos concretos. La mayoría de las publicaciones que vamos a recoger, siendo de gran utilidad para la práctica, no tienen, sin embargo, una alta significación doctrinal. Están escritas con el objetivo esencial de ser, ante todo, una ayuda para llenar el vacío legislativo existente, siendo, pues, con preferencia obras de tipo práctico más que científico. Pueden consultarse las siguientes: WAGNER: *Gleichberechtigung von Mann und Frau?*, Augsburg, 1953; BEITZKE: *Gleichheit von Mann und Frau*, en *Die Grundrechte (Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte)*, publicado por NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, tomo II, Berlín, 1954, 199-242; ARNOLD: *Angewandte Gleichberechtigung im Familienrecht. Ein Kommentar der Rechtsituation seit dem 1.5.1953*, Frankfurt del Main, 1954; BOSCH: *Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie. Eheschliessung. Ehescheidung. Gleichberechtigung*, Siegburg, 1954 (apostillas a esta obra: GIESE: *Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie*, EF, 1954, 132); BOSCH: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau. Zur Situation im Ehe- und Familienrecht*, Bielefeld, 1954 (contiene: *Ehe und Familie in der Rechtsordnung ab 1.4.1953*; *Die Situation im Ehe- und Familienrecht: Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. II, 117, Abs. I GG*. Estos trabajos se publicaron anteriormente por el autor en el revista «Rpfleger», vid. nota 117, al final. En su edición separada suelen citarse como «Rpfleger-Familienrechts-Sonderheft» o «Familienrechts-Sonderheft» simplemente); VON KORTZFLEISCH (Anna): *Die Frau in der Familie*, Hannover, 1954 (tomo 1 de la serie «Eine Staatsbürgerkunde für die Frau»); DOMBOIS-SCHUMANN: *Familienrechtsreform. Dokumente und Abhandlungen*, Witten (Ruhr), 1955 (tomo 8 de la serie «Glaube und Forschung»); HABSCHIED-MEYER: *Neues Familienrecht. Rechtsgrundsätze zur Gleichberechtigung von Mann und Frau*, Bielefeld, 1957 (obra muy práctica que ofrece, con referencia a cada párrafo del BGB afectado por la equiparación, la nueva situación acompañada de indicaciones de jurisprudencia o bibliografía. Contiene, además, en Apéndice, el texto de la Ley de equiparación de 1957 con breves comentarios). Entre los trabajos aparecidos en revistas, homenajes, colecciones de estudios, etc., podemos citar los que siguen: BOSCH: *Ehe und Familie in der Rechtsordnung ab 1 April 1953*, Rpfleger, 1953, 273 (recogido después en «Familienrechts-Sonderheft», cfr. más atrás en esta misma nota); BOSCH: *Die Situation in Ehe und Familienrecht*, Rpfleger, 1953, 387, 481, 545; 1954, 1, 57 (recogido también en «Familienrechts-Sonderheft»); ARNOLD: *Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung*, DRiZ, 1953, 81; ARNOLD-WALNER VON DEUTEN-FÜNFSTÜCK: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 258, 260; ARNOLD-GERKEN-GETHMANN: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 326; VON RANT-

Con referencia a los efectos del matrimonio en general, reglamentados en los §§ 1.353 a 1.362 BGB (212), se entiende suprimi-

ZAU: *Der Stand der Familienrechtsreform*, Justiz, 1953, 48; BERGMANN: *Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau*, NJW, 1953, 130; ERMECKE: *Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau und zur Reform des Ehe- und Familienrechts in Deutschland*, en «Die christliche Frau», 1953, cuaderno 3, 75; GRUND: *Das neue Familienrecht*, en «Polizei-Praxis», 1953, 145; ISCHINGER: *Gleichberechtigung von Mann und Frau*, (Mitteilungen aus der Praxis herausgegeben von Württembergische Notarverein, 1953, 57, 101); FINKE: *Probleme des Familienrechts nach dem Inkrafttreten des Grundsatzes der Gleichberechtigung am 1.4.1953*, BB, 1953, 271; GRITSCHNER: *Gesetzlose Gleichberechtigung*, en «Stimmen der Zeit», 1953, 462; HAGEMAYER (Marie): *Das Familienrecht seit dem 1 April 1953 (A. Allgemeines. B. Persönliches Eherecht)*, NJW, 1953, 601; HOFFMANN: *Das Familienrecht in Berlin seit dem 1 April 1953*, JR, 1953, 199, 284, 458; KRÜGER (Hildegard): *Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung*, DRiZ, 1953, 82; KRÜGER: *Die Rechtslage der Frau im Familienrecht*, en «Der Deutsche Beamte», 1953, 82; MASSFELLER: *Die Stellung der Ehefrau. Rechtverkehr seit dem 1 April 1953*, 1 Teil, Betrieb, 1953, 268; 2 Teil, Betrieb, 1953, 289; MASSFELLER: *Der Stand der Meinungen zur Gleichberechtigungsfrage*, 1 Teil, Betrieb, 1953, 569; 2. Teil, Betrieb, 1953, 588; PATSCHE: *Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Geschlechter seit dem 1.4.1953*, BB, 1953, 402; SCHAFER: *Die familienrechtlichen Auswirkungen des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, STAZ, 1953, 266; SCHEFFLER (Erna): *Die Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung*, DRiZ, 1953, 85; STOLDT: *Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau (Die Rechtslage nach dem 31 März 1953)*, SchlHolstAnz, 1953, 89, 127, 147, 178, 196, 280; 1954, 38; DÖLLE: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht*, JZ, 1953, 353; HEDEMANN: *Was wird mit der Gleichberechtigung?*, JR, 1953, 197; INNERLOHNER: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau*, DNotZ, 1953, 308; GLASER: *Gleichberechtigung von Mann und Frau* (Art. 3, Abs. 2; Art. 117, Abs. 1 GG), MDR, 1953, 408; FRICKE (Elisabeth): *Familienrechtsreform*, en «Carl-Sonnenschein-Blätter», 1954, 117; CONRAD: *Der gegenwärtige Stand der Familienrechtsreform*, en «Die Kirche in der Welt», 1954, 65; MASSFELLER: *Zur Reform des Ehe- und Kindschaftsrechts*, en «Bundesanzeiger» de 20.1.1954, 7; BOSCH: *Die neueste Entwicklung des Ehe- und Familienrechts in der Bundesrepublik Deutschland* (conferencia pronunciada en Viena el 10-III-1954), JB, 1954, 249; DÖLLE: *L'évolution du droit allemand de la famille après l'entrée en vigueur de l'art. 3, al. 2 de la Constitution fédérale (Die Entwicklung des deutschen Familienrechts nach dem Inkrafttreten des Art. 3 Abs. II des Grundgesetzes)*, publicado en «Le Droit international privé de la famille en France et en Allemagne», Tubinga-París, 1954, 574-577; ARNOLD: *Wird die Familienrechtsreform gelingen?*, EF, 1955, 225.

(211) Aparte de las publicaciones citadas en la nota anterior, la cuestión de la equiparación y su repercusión en el Derecho de familia, a partir del 1 de abril de 1953, puede encontrarse recogida en cualquier edición comentada del BGB posterior a esa fecha (en las ediciones sin comentarios suele hacerse una somera indicación de los párrafos afectados por el principio de equiparación) o en cualquier Manual de Derecho de Familia posterior a la misma. De todas formas, las ediciones comentadas del BGB y los Manuales o Tratados, en lo que al Derecho de familia se refiere, son escasos. Entre las primeras han de tenerse en cuenta la 14.^a ed. del ROSENTHAL y la 8.^a del SOERGEL, citadas en la nota 80, y, sobre todo, la obra de PALANDT, *BGBKurzkommentar*, en cuyas ediciones 11.^a (1953) a 16.^a (1957), el Derecho de familia, a cargo de LAUTERBACH, se expone ya en función de la situación surgida desde el 1 de abril de 1953. Indudablemente esta obra es la más recomendable. Entre los Tratados y Manuales hay que citar el

do el poder de decisión que correspondía al marido en los asuntos concernientes a la vida matrimonial común, de conformidad con el § 1.354 (213). Las cuestiones referentes a la vida matrimonial común han de ser resueltas ahora por marido y mujer de común acuerdo.

No se considera adecuada a la igualdad de derechos de ambos cónyuges la norma del § 1.355 que decreta que la mujer casada adquiere el nombre del marido; aunque en este punto no existe plena unanimidad, entendiéndose, con razón, por un cierto sector de opiniones que las exigencias de la equiparación han de armonizarse con la conveniencia de nombre unitario en el matrimonio y en la familia (214).

La obligación que se imponía a la mujer de trabajar para el marido, en el hogar y en los negocios de éste, se ha entendido suprimida, o más bien referida a ambos cónyuges. Por tanto, igual el marido que la mujer están obligados a colaborar en los trabajos del otro cónyuge, siempre que esto sea usual, según las circunstancias en que los cónyuges vivan (§ 1.356, II, *mutatis mutandis*) (215).

El poder de la llave, atribuido por el § 1.357 exclusivamente a la mujer, se confiere ahora a ambos cónyuges, con lo cual no puede desconocerse que queda por completo desnaturalizada la esencia misma de la institución que, por naturaleza, es propia de la mujer (216).

de BEITZKE: *Familienrecht*, 4.^a ed., 1955 y 5.^a ed., 1956 (breve, pero muy clara exposición).

(212) Sobre los efectos del matrimonio en general, tal como se entienden configurados de acuerdo con la equiparación; cfr. LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), 1.088-1.106; BEITZKE: *Familienrecht* (4.^a ed., 1955), 38-50. Además, GERKEN, en ARNOLD-GERKEN-GETHMANN: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 339; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1953, 482; MASSPELLER: *Der Stand der Gesetzgebung in der Frage der Gleichberechtigung (Allgemeine Ehwirkungen)*, Betrieb, 1954, 121. En los lugares citados en esta nota se alude a los distintos efectos concretos del matrimonio que el BGB agrupa bajo la rúbrica «Efectos del matrimonio en general» (§§ 1.353-1.362): comunidad de vida, poder decisorio del marido, potestad de la llave, trabajo de la mujer, alimentos entre cónyuges, nombre de la mujer, presunciones de propiedad.

(213) Recuérdese que en Alemania Oriental la Ley de 27-VII-1950 sustituyó el derecho de decisión del marido por un derecho de decisión conjunta de ambos cónyuges. Cfr. núm. 12. También nota 137, donde ofrecemos el texto del § 14 de la Ley citada.

(214) Sobre el nombre de la mujer pueden consultarse los trabajos de NEUFFER: *Der Gleichberechtigungsgrundsatz und die Namensführung der Ehefrau*, StAZ, 1953, 209; MULLE: *Zur Namensführung der Ehefrau nach dem Gleichberechtigungsgrundsatz*, StAZ, 1954, 113; BECKER: *Namensrecht und Namensänderung*, EF, 1955, 40; KRÜGER (Hildegard): *Der Name der Frau nach bürgerlichem Recht*, ACP, 156, 232. En este último trabajo no sólo se estudia el problema con referencia a la equiparación, sino con un criterio más amplio.

(215) El «co-trabajo» de un cónyuge en el negocio del otro (§ 1.356, II, BGB) ha sido tratado por ejemplo por GETHMANN (Hildegard), en ARNOLD-GERKEN-GETHMANN: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 335.

(216) Con respecto al «poder de la llave» en esta segunda fase cfr. AR-

Queda suprimido el derecho de denuncia que, según el § 1.358, correspondía al marido con respecto a aquellas relaciones jurídicas en cuya virtud la mujer se había obligado para con un tercero a una prestación a realizar por ella en persona. Tal derecho del marido es, desde luego, incompatible con el principio de equiparación (217).

Con relación a la deuda alimenticia se impone, por igual, a ambos cónyuges, el deber recíproco de alimentos y la contribución al sostenimiento de la familia, entendiéndose que si marido y mujer tienen los mismos derechos han de tener, asimismo, iguales obligaciones (218). Queda, pues, modificado el sistema que establecía el § 1.360, en el que el deber de alimentos de la mujer tenía sólo un carácter subsidiario para el caso de que el marido no estuviera en condiciones de sustentarse por sí mismo.

Las presunciones de propiedad, establecidas de modo preferente en favor del marido y en beneficio de sus acreedores por el § 1.362, se entienden ahora configuradas, por igual, para ambos cónyuges, con lo cual, al recibir éstos igual tratamiento en lo que a estas presunciones se refiere, los acreedores de la mujer quedan equiparados a los del marido.

Uno de los aspectos en que más ha repercutido el principio de equiparación jurídica de varón y mujer ha sido en el relativo al régimen de bienes en el matrimonio. Como es sabido, el BGB (§§ 1.363 sigs.) instauraba como régimen legal o «estado legal de bienes» el de «administración y aprovechamiento» por el marido de los bienes del matrimonio. En él, el marido ocupaba una situación de acusada preeminencia con relación a la mujer: el patrimonio de ésta, en concepto de patrimonio aportado, quedaba sometido a la administración y aprovechamiento del marido (219). Tan sólo es-

NOLD, en ARNOLD-WALNER VON DEUTEN-FÜNFFSTÜCK: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 263; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1953, 494; PETERSEIM: *Schlüsselgewalt und Gleichberechtigung. Eine Studie zum geltenden Recht*, EF, 1956, 169; PETERSEIM: *Die Schlüsselgewalt im neuen Familienrecht. Eine Reformstudie auf rechtsvergleichender Grundlage*, Bonn, 1956. Además, el estudio de MÜLLER-FRIEINFELS: *Zur heutigen Schlüsselgewalt*, en «Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts». Festschrift für Heinrich LEHMANN zum 80. Geburtstag, publicado por H. C. NIPPERDEY, Berlín, 1956 (2 tomos).

(217) Lo mismo en Alemania Oriental. Cfr. lugares citados en la nota 213.

(218) Sobre la nueva configuración de la obligación de alimentos cfr. WALNER VON DEUTEN, en ARNOLD-WALNER VON DEUTEN-FÜNFFSTÜCK: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 260; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1953, 490; TIPKE: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Unterhaltsrecht*, ZFW, 1953, 226; GERNHÜBER: *Die Schwügerschaft als Quelle gesetzlicher Unterhaltspflichten. Zugleich ein Beitrag zum allgemeinen Eherecht und zum Ehegüterrecht*, EF, 1955, 193.

(219) Precisamente por la circunstancia de que el marido administraba, conjuntamente con el suyo el patrimonio de la mujer, semejante sistema se

taban exceptuados de la administración y aprovechamiento matrimoniales los bienes reservados de la mujer. Es fácil comprender que este sistema, dadas sus características, resultaba del todo incompatible con el postulado constitucional de igualdad de derechos de la mujer casada con relación a su marido. Por esto, se ha entendido con criterio unánime que el régimen de «administración y aprovechamiento» tuvo que quedar suprimido, como estado legal de bienes (220), a partir del 1 de abril de 1953. Así lo imponía la equiparación de marido y mujer en la sociedad conyugal. Durante esta segunda fase, y en tanto el legislador configurara un nuevo régimen económico del matrimonio adecuado a la posición «equiparada» de los cónyuges (221), la doctrina y la jurisprudencia

designaba también a veces con el nombre de «régimen de comunidad de administración».

(220) Ello no impide que semejante sistema se estableciera, en virtud de contrato matrimonial, como régimen convencional (cfr. § 1.432 BGB). Así lo ha entendido la doctrina. Cfr. por ejemplo BEITZKE: *Familienrecht*, 79; LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurskommentar* (16.^a ed., 1957), introducción al § 1.363, 1.107-1.108. A nosotros esta postura no nos parece del todo correcta por lo siguiente: el § 1.433, referente a las limitaciones de la libertad contractual de los cónyuges que establezcan mediante pacto su régimen de bienes, determina que éste no puede determinarse «por remisión a una ley ya no vigente o a una ley extranjera». Y, en realidad, el sistema de administración y aprovechamiento ya no está vigente desde el 1 de abril de 1953.

(221) Sin duda uno de los problemas jurídicos que más polémica ha provocado en Alemania en estos últimos años ha sido el referente a cuál debía ser el futuro régimen legal de bienes, cuando se desarrollase legislativamente el principio de equiparación. Las posibilidades fundamentales que se le ofrecían al legislador, y que eran al propio tiempo las más importantes propuestas doctrinales en torno a la cuestión, son las siguientes: a) Separación de bienes (*Gütertrennung*). Tiene el inconveniente, y por este motivo ha sido muy criticada, de que no se adapta de forma satisfactoria a la esencia del matrimonio (*ein Leib, ein Gut*), aparte de que no está arraigada en la mentalidad popular. b) Comunidad de bienes (*Gütergemeinschaft*). Este sistema tiene el inconveniente contrario a la separación: con frecuencia supone una vinculación demasiado fuerte en el aspecto patrimonial que, en ocasiones, limita en exceso la esfera individual de los cónyuges; semejante vinculación no es necesaria para satisfacer las exigencias de la vida matrimonial común. La administración del patrimonio común conjuntamente por ambos cónyuges, que sería lo lógico, daría lugar a dificultades, no pudiendo tampoco resolverse de forma adecuada la cuestión de la responsabilidad por deudas; cualquier solución que se aceptase podría provocar ventajas o desventajas injustificadas, ya para los cónyuges, ya para sus respectivos acreedores. c) Comunidad de ganancias o más propiamente «comunidad de adquisiciones» (*Errungenschaftsgemeinschaft*). Aunque evita en parte los inconvenientes de la comunidad universal de bienes, se trata de un sistema cuyo mecanismo no se adapta bien a la complicación que hoy tiene el tráfico dinerario y patrimonial. d) De lo dicho se deduce que, como futuro régimen legal de bienes, había de configurarse un sistema que, mediante una acertada combinación de elementos comunitarios y de elementos separacionistas, evitase los inconvenientes de la comunidad y de la separación aunando sus respectivas ventajas; el sistema que mejor se adaptaba a esta finalidad es el de «separación con división de ganancia» (*Zugewinnbeteiligung*) o «comunidad de ganancia» (*Zugewinnsgemeinschaft*). Es el sistema previsto por los Proyectos de reforma elaborados por el Gobierno Federal y recogido después por la Ley de equiparación de 1957.

cia han estimado, generalmente, que el régimen legal era el de separación de bienes: marido y mujer mantienen separados sus respectivos patrimonios, contribuyendo, por igual, al sostenimiento de la familia y a los gastos matrimoniales. Hemos de advertir, sin embargo, que esta separación de bienes, que rige desde la fecha indicada como régimen legal, no coincide exactamente con la separación que el BGB configura en los §§ 1.426 sigs. como sistema legal subsidiario; pues mientras que en éste no se parte de la igualdad de situación jurídica entre los cónyuges, aquél ha tenido que estructurarse por la jurisprudencia y la doctrina, adaptándolo al principio básico de que marido y mujer gozan en el matrimonio de iguales derechos y obligaciones (222).

Como al tratar de esta Ley hemos de describir las características de esa «comunidad de ganancia»; remitimos a lo que se dirá más adelante. De momento sólo advertiremos que este régimen de bienes nada tiene que ver con la «comunidad de adquisiciones» o «comunidad de ganancias» (*Errungenschaftsgemeinschaft*); hacemos esta indicación porque lo parecido de su designación en castellano (*Errungenschaftsgemeinschaft* = comunidad de ganancias, *Zugewinnsgemeinschaft* = comunidad de ganancia) pudiera inducir a error. Sobre las distintas propuestas en torno al futuro régimen de bienes, cfr. brevemente BEITZKE: *Familienrecht*, 72-73. Además los trabajos siguientes: HAEGELE: *Die Regelung von Vermögensangelegenheiten unter Ehegatten*, 2.^a ed., Bonn, s. a. (1953); HÜBNER: *Wider die Zugewinnsgemeinschaft*, ACP, 151, 416; HOFFMANN: *Anderungsvorschläge zu den eherechtlichen Bestimmungen des geplanten Familienrechtsgesetzes*, NJW, 1953, 127; ALBRAND: *Eine Enquête zur Reform des ehelichen Güterrechts*, ACP, 152, 373; REINICKE: *Zur Reform des ehelichen Güterrechts*, en «Bundesanzeiger» de 13.1.1954, 3; KRAUSS: *Verteidigung der Gütergemeinschaft*, EF, 1954, 89; GREVEN: *Die Frau und das eheliche Güterrecht*, EF, 1954, 93; BOSCH: *Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts*, EF, 1954, 149; BEITZKE: *Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts*, EF, 1954, 156; DÖLLE: *Bemerkungen zum künftigen gesetzlichen Güterstand*, EF, 1954, 205; NEUMAYER: *Die Kombination von Vermögensstrennung und Vermögensteilhabe im ehelichen Güterrecht. Ein rechtsvergleichender Beitrag zu den Problemen familienrechtlicher Gleichstellung von Mann und Frau*, «RabelsZ», 1954, 376; DÖLLE: *Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Problem des künftigen gesetzlichen Güterstandes in Deutschland*, «RabelsZ», 1954, 608; ZAJTAY: *Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinnes und Régime de participation aux acquêtes*, «RabelsZ», 1954, 643; KNUR: *Zur Situation der Güterrechtsreform*, «DNotZ», 1954, 618; SCHREIBER: *Selbstbestimmung im Familienrecht, insbesondere im Ehegüterrecht*, EF, 1954, 125; SCHREIBER: *Freie Auswahl des ehelichen Güterstandes*, EF, 1955, 64; SPIRITUS: *Obligatorische oder fakultative Wahl des ehelichen Güterstandes?*, EF, 1955, 203; FINKE: *Das künftige eheliche Güterrecht*, BB, 1956, 1.077; MERZBACHER: *Die Zugewinnsgemeinschaft. Eine weiderentdeckte Institution des ehelichen Güterrechts*, ACP, 156, 1; FERID: *Zwei Gesichtspunkte zur «erbrechtlichen Lösung» des Zugewinnausgleiches bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten*, EF 1957, 70.

(222) Que la separación de bienes es el régimen legal a partir del 1 de abril de 1953 es la opinión que puede considerarse casi unánime. Así, por ejemplo, BEITZKE: *Familienrecht*, 71-72, 76; LANGE: *BGB. Allgemeiner Teil*, 27; BOEHMER: *Einführung*, 96; LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), 1107, 1108. Cfr. también los trabajos que se citan en la nota 224.

En cuanto al régimen contractual de bienes, es decir, en cuanto al régimen económico de la sociedad conyugal establecido en virtud de contrato matrimonial, cabe pactar cualquiera de los sistemas configurados como contractuales por el BGB: comunidad universal de bienes, comunidad de ganancias o de adquisiciones y comunidad de muebles y ganancias; aparte del sistema de administración y aprovechamiento que ahora, según cree la doctrina, puede pactarse como régimen convencional (223). Este es, resumido a grandes rasgos, el estado de la cuestión relativa al régimen de bienes en el matrimonio durante esta segunda fase (224).

Relacionadas con el matrimonio, la equiparación suscita algunas otras cuestiones de menor interés de las que aquí prescindimos (225).

La reglamentación de las *relaciones paterno-filiales* también ha tenido que ser modificada en algunos aspectos con objeto de igualar la posición jurídica del padre y la de la madre y de suprimir ciertas diferencias entre los hijos, según su sexo. La equiparación hace necesario que la madre tenga con respecto a los hijos los mismos derechos y obligaciones que el padre, precisando, asimis-

(223) No creemos acertada esta postura por lo que dijimos en la nota 220.

(224) La bibliografía en torno al régimen de bienes (legal o convencional) a partir de la fecha tantas veces repetida (1 de abril de 1953) es también bastante abundante. En ella pueden consultarse con más detalle las cuestiones que aquí no hemos hecho sino exponer en sus rasgos fundamentales. Cfr. JUNG: *Das eheliche Güterrecht nach dem 31.3.1953*, DRiZ, 1953, 97; ARNOLD, en ARNOLD-WALNER VON DEUTEN-FÜNFSTÜCK: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MDR, 1953, 263 (régimen legal); ARNOLD, en ARNOLD-GERKEN-GETHMANN: *Die neue Rechtslage im Familienrecht*, MRD, 1953, 326 (régimen convencional); BOSCH: *Zum ehelichen Güterrecht*, JZ, 1953, 448; DÖLLE: *Errungenschaftsgemeinschaft-gesetzlicher Güterstand?*, JZ, 1953, 617; MASSFELLER: *Die Stellung der Ehefrau im Rechtsverkehr seit dem 1. April 1953*, 2. Teil, Betrieb, 1953, 289; MASSFELLER: *Der Stand der Meinungen zur Gleichberechtigungsfrage*, 1. Teil, Betrieb, 1953, 568; 2. Teil, Betrieb, 1953, 588; STROETZEL: *Der Güterstand der vor dem 1. April 1953 geschlossenen Ehen*, NJW, 1953, 891; REINICKE: *Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung*, NJW, 1953, 681; MOHRBÜTTER: *Folgen der Gleichberechtigung vom Mann und Frau für das Güterrechtsregister*, «Rp-fleger», 1953, 321; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rp-fleger», 1954, 57; MASSFELLER: *Der Stand der Gesetzgebung in der Frage der Gleichberechtigung (Eheliches Güterrecht)*, Betrieb, 1954, 145; POHLE: *Die seit dem 1.4.1953, zulässigen Wahlgüterstände und ihre Überleitung in das künftige Güterrecht*, EF, 1954, 183; MAUBE: *Zur Frage des gesetzlichen Güterstandes*, EF 1955, 281; ALEBRAND: *Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten am Hausrat gemäss § 1.353 Abs. 1 BGB*, EF, 1955, 348; LENZ: *Die fortgesetzte Gütergemeinschaft der vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen und die Gleichberechtigung*, MDR, 1955, 399.

(225) A las repercusiones de la equiparación en materia arrendaticia se ha referido WEIMAR: *Die Rückwirkung der Gleichberechtigung der Geschlechter auf Ehegatten als Mieter*, ZMR, 1953, 299. Las consecuencias del principio constitucional en relación con la responsabilidad civil pueden consultarse en TAUBE: *Konsequenzen der Gleichberechtigung von Mann und Frau für das Haftpflichtrecht*, VersR, 1953, 380.

mo, que se identifique el tratamiento otorgado a los hijos y a las hijas. Como es sabido, el BGB atribuía al padre una posición preeminente con relación a la madre y en ocasiones no igualaba por completo a los hijos varones con las hijas. Esta situación ha debido modificarse en aras de la equiparación de sexos. Veamos cómo, fijándonos únicamente, como siempre, en los aspectos fundamentales.

Con referencia a las relaciones entre padres e hijos, en general (226), se ha discutido si debía o no considerarse subsistente la institución del ajuar o «Aussteuer» que se entregaba a las hijas al contraer matrimonio (§§ 1.620-1.623 BGB), por entender que se trataba de una ventaja a favor de éstas, sin equivalente para los hijos varones (227). Parece que la opinión dominante es la de que el ajuar tan sólo debe concederse a aquellas hijas que no hubieran recibido una instrucción análoga a la dada a los hijos: carrera, preparación para una profesión, etc. (228).

La patria potestad se atribuye ahora a ambos padres por igual, quedando así modificada la reglamentación del BGB, que atribuía dicha función únicamente al padre, confiriéndosela a la madre sólo en ciertos casos y de una manera subsidiaria (cfr. § 1.627 BGB en relación con el § 1.684). Las normas sobre el contenido y ejercicio de la patria potestad se adaptan a la idea de que ésta ha de ser desempeñada conjuntamente y en común (*gemeinschaftlich*) por ambos padres, siendo decisiva la intervención del Tribunal de Tutelas en los supuestos en que no se logre el acuerdo de aquéllos respecto a algún punto concreto. La intervención de este organismo en asuntos familiares, que siempre ha sido tan importante en Alemania, se ha acentuado, pues, durante esta segunda fase. Las normas sobre designación de un consejero (§ 1.687 sigs. BGB), que antes sólo entraban en juego en los casos en que la patria potestad fuera ejercida por la madre, se han adaptado ahora a ambos padres. Cuando uno solo de ellos ejerza la patria potestad, sea el padre o sea la madre, puede designarse dicho consejero (229).

(226) Sobre las relaciones paterno-filiales en general, consideradas bajo el prisma de la equiparación, han de tenerse en cuenta los trabajos de DEISENHOFER: *Kind gleichberechtigter Eltern*, UJ, 1953, 292; FINKE: *Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern unter dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, NJW, 1953, 606; MASSFELLER: *Der Stand der Gesetzgebung in der Frage der Gleichberechtigung (Kindschaftsrecht)*, Betrieb, 1954, 188; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1954, 3.

(227) Téngase en cuenta que el equipo o *Ausstattung* se concede por igual a las hijas que a los hijos. Cfr. §§ 1.624-1.625 BGB.

(228) En este sentido, BEITZKE: *Familienrecht*, 110; LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (16.^a ed., 1957), § 1.620, 1.235-1.236. Es, asimismo, la posición de la jurisprudencia dominante. Referencias en los lugares citados.

(229) Sobre la patria potestad en relación con la equiparación, cfr. los trabajos citados en la nota 226. Además, como siempre, BEITZKE y LAUTERBACH (PALANDT), obras citadas.

Al estar equiparados jurídicamente el padre y la madre, los alimentos a los hijos y descendientes han de satisfacerse por ambos en igualdad de condiciones, quedando, pues, modificada la norma del § 1.606, II, BGB que hacía gravitar la deuda alimenticia antes sobre el padre que sobre la madre, como regla general (230).

Estos son los puntos básicos o aspectos fundamentales que el principio constitucional de equiparación de sexos ha planteado con referencia al Derecho de familia, y que han tenido que ser abordados y resueltos por la jurisprudencia y por la doctrina (231), algunas de cuyas soluciones han sido confirmadas después, como enseguida veremos, por la Ley de equiparación de 1957, que pasamos a estudiar en la tercera fase.

III. Esta *tercera fase* se abre al promulgarse la Ley de equiparación (*Gleichberechtigungsgesetz*) de 18 de junio de 1957, cuyo título completo es «Ley sobre la equiparación jurídica de varón y mujer en el ámbito del Derecho civil» (232). Dada la enorme significación de esta Ley, vehículo de la reforma más importante que

(230) En relación con alimentos a los hijos a partir del 1 de abril de 1953 cfr. ARNOLD: *Der Unterhalt des ehelichen Kindes seit dem 1.4.1953*, JR, 1953, 241.

(231) Otras materias que se han tomado en cuenta relacionándolas con la reforma del Derecho de familia, y que se han conectado de manera más o menos directa con el problema de la equiparación o que incluso se han considerado al margen de éste, son las relativas a la impugnación de la legitimidad, a los hijos de matrimonio nulo, a la filiación ilegítima y a la adopción. Todas ellas, no de una manera general, sino más bien con referencia a algún punto concreto necesitado de revisión y reforma. La impugnación de la legitimidad ha sido estudiada por OTTO: *Das Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter als Folge der Gleichberechtigung*, EF, 1954, 127; KRÜGER: *Das Ehelichkeitsanfechtungsrecht der Mutter*, NJW, 1954, 1.509. A los hijos de matrimonio nulo se refiere el trabajo de ARNOLD: *Die Rechtsstellung des Kindes aus nichtiger Ehe in der Familienrechtsreform*, JR, 1954, 171. Sobre la filiación ilegítima, BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1954, 73 (consideración de conjunto); WAGNER: *Namenserteilung* (1.706, II, BGB) und *Einwilligungen*, StAZ, 1953, 234 (nombre del hijo ilegítimo); KRASSNIG: *Zur Problematik der Namenserteilung (Einbenennung) gemäss § 1.706, II, 2, BGB*, EF, 1956, 268, 339 (idem); WEBLER: *Elterliche Gewalt für die aussereheliche Mutter? Ergebnis einer Mutterbefragung*, ZBlJugR, 1956, 301 (patria potestad de la madre ilegítima). En materia de adopción han de tenerse en cuenta los siguientes trabajos: KLEIN: *Zur Neuordnung des Adoptionsrechtes*, EF, 1954, 66 (generalidades y cuestiones concretas); MASSFELLER: *Der Name des Adoptivkindes einer Frau nach künftigen Recht*, StAZ, 1954, 73; RICHTER (Ilse): *Der Familienname des Adoptivkindes einer Frau* (§ 1.758, I, 2, BGB), EF, 1957, 81 (ambos trabajos relativos al nombre del hijo adoptivo cuando la adoptante es una mujer); MACHLEID: *Nochmals: Zur Reform des Adoptionsrechtes*, EF, 1957, 81 (validez y nulidad del contrato de adopción); KREMER: *Erlangt das uneheliche Kind der Ehefrau bei Adoption durch ihren Ehemann die rechtl. Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes?*, EF, 1955, 237 (posición del hijo ilegítimo de la madre adoptado por su marido).

(232) En rigor esta tercera fase no comienza con la promulgación de la Ley de 1957, sino más propiamente con su entrada en vigor, señalada para el 1 de julio de 1958 (cfr. art. 8, II, disposición final 4 de la propia Ley). Hasta entonces, y no obstante estar ya dictada la Ley que desarrolla el prin-

ha sufrido desde su entrada en vigor el BGB, vamos a dedicarle dos apartados especiales (el *b* y el *c*); en el primero (apartado *b*) nos referimos a su génesis, estructura y finalidad, y en el segundo (apartado *c*) a los puntos esenciales de su contenido, o sea, a los aspectos fundamentales de la equiparación jurídica de los sexos en el Derecho de familia, tal como han quedado configurados legislativamente en sus disposiciones, configuración legislativa que en ocasiones coincidirá con su anterior configuración doctrinal y jurisprudencial.

b) *Referencia a la Ley de equiparación de 18 de junio de 1957.*— Describiremos, en primer lugar, la génesis de la Ley, para después indicar cuál es su estructura y cuál su objetivo o finalidad:

I. *La génesis de la Ley de equiparación*, a tono con lo difícil y, sobre todo, delicado de los problemas que había de abordar y resolver, ha sido bastante lenta. El poder legislativo ha procedido despacio, sin precipitaciones; dando tiempo a que la doctrina jurídica participase en la elaboración del texto legal mediante el estudio y crítica de los sucesivos Proyectos (233).

El primero de ellos es de octubre de 1952 y se debe al Gobierno federal. Su título exacto es «Proyecto de Ley para la adaptación del Derecho civil al principio de equiparación jurídica de varón y mujer y para el restablecimiento de la unidad jurídica y legislativa en el ámbito del Derecho de familia» (Proyecto I) (234). Este primer Proyecto del Gobierno contiene no sólo las modificaciones necesarias para la adaptación del Derecho civil al principio constitucional de equiparación de sexos (Ley fundamental, artículo 3, II; art. 117, I), sino que pretende además restablecer la unidad jurídica y legislativa en el ámbito del Derecho de familia, mediante la nueva reglamentación, sobre bases jurídicas alemanas y dentro del BGB, de la materia relativa a la conclusión del matrimonio y al divorcio, contenida ahora en la Ley de Matrimonio de 1946 (235). Se pretende, pues, aprovechar la coyuntura que ofrece la necesidad de reforma del Derecho de familia (impuesta por el postulado de equiparación) para reintegrar al BGB

cipio de equiparación de la Ley Fundamental (art. 3, II), la situación sigue siendo la misma que en la segunda fase. Por eso decimos que, en realidad, la tercera no empieza hasta la fecha indicada.

(233) Cuando redactamos el «Preliminar» a nuestra traducción del Código civil alemán aludíamos a los que entonces eran los tres últimos Proyectos. Cfr. MELON INFANTE: *Código civil alemán*, trad. cit., XX-XXI.

(234) *Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Brürgerlichen Rechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau und zur Wiederherstellung der Recht- und Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts.* El Proyecto aparece en la Gaceta del Bundestag, Núm. 3.802, primera legislatura (BT-Drucksache, Nr. 3.802, 1. Wahlperiode). Al Proyecto en cuestión se le designa como «Proyecto I» (*Entwurf I*).

(235) Sobre la Ley de Matrimonio de 1946 cfr. lo que dijimos más atrás. Número 6 y notas 78, 79 y 80.

materias cuya única sede adecuada radica dentro del mismo (236) (237).

A continuación del primer Proyecto del Gobierno (Proyecto I) aparece el redactado por el Partido liberal demócrata (*Freie Demokratische Partei* = FDP) en diciembre de 1953. Su denominación precisa es «Ley sobre la equiparación jurídica de varón y mujer y sobre el restablecimiento de la unidad jurídica en el ámbito del Derecho de Familia» (Proyecto del FDP) (238). Lo mismo que el indicado anteriormente, el Proyecto a que ahora hacemos referencia persigue una doble finalidad: desarrollo legislativo de la equiparación y restablecimiento de la unidad legislativa en materia de Derecho de familia (239).

Poco tiempo después, en enero de 1954, ve la luz el Proyecto que elabora el Partido socialista o Partido social demócrata (*Sozialdemokratische Partei Deutschlands* = SPD), con el título de «Ley para la adaptación del Derecho de familia al artículo 3, párrafo 2.º de la Ley fundamental» (Proyecto del SPD) (240). Su alcance

(236) En Alemania se aprecia una decidida tendencia a «encajar» en el BGB el mayor número posible de disposiciones relativas al Derecho civil y que han sido objeto de Leyes especiales o «Leyes separadas». Fundamental en este sentido es la Ley para el restablecimiento de la unidad legislativa en el ámbito del Derecho civil de 5-III-1953, citada en el número 7 y a la que se refiere la nota 110.

(237) Sobre el Proyecto I pueden consultarse los escritos de MASSFELLER: *Der Entwurf des Familienrechtsgesetzes*, StAZ, 1952, 276; MASSFELLER: *Die güterrechtlichen Bestimmungen im Entwurf des Familienrechtsgesetzes*, BB, 1952, 589; STRAUSS: *Der Entwurf des Familienrechtsgesetzes*, JZ, 1952, 449; HOFFMANN: *Anderungsvorschläge zu den eherechtlichen Bestimmungen des geplanten Familienrechtsgesetzes*, NJW, 1953, 127; SCHWOERER: *Zur Reform des § 74 Ehegesetzes*, ZBlJugR, 1953, 11; FERID: *Bürgerschaften verheirateter Personen. Ein Ergänzungsvorschlag zum Entwurf des Familienrechtsgesetzes*, JR, 1953, 85; KÜTSCHER: *Gesetzesentwürfe zur Gleichberechtigung*, JZ, 1953, 52 (en Apéndice); HILLENKAMP: *Zwei Anregungen zu den amtlichen Entwurf des Familienrechtsgesetzes (§§ 1.632, 1.685 ff)*, ZBlJugR, 1954, 8; KRÜGER: *Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Bestimmungen der dem Bundestag vorliegenden 3 Gesetzesentwürfe über die Gleichberechtigung von Mann und Frau*, RA, 1954, 99. Especialmente importante, MASSFELLER: *Das neue Familienrecht. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Gesetzesentwurf 1952)*, Berlín-Frankfurt, 1952 (comparación sinóptica de las disposiciones del BGB con las reformas que propone el Proyecto I).

(238) *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau und über die Wiederherstellung der Rechseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts*. Gaceta del Bundestag, núm. 112, segunda legislatura (BT-Drucksache, Nr. 112, 2. Wahlperiode). Es conocido como «Proyecto del FDP» (*FDP-Entwurf*).

(239) Sobre el Proyecto del FDP cfr. los trabajos de KÜTSCHER y KRÜGER citados en la nota 237. Además, FINKE: *Zum Schutz der Ehe und Familie. Der neue Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau*, en el «Bulletin der Bundesregierung», de 6.1.1954, 10.

(240) *Gesetz zur Anpassung des Familienrechts an Art. 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*. Gaceta del Bundestag, Nr. 178, segunda legislatura (BT-Drucksache, Nr. 178, 2. Wahlperiode). Se le designa como «Proyecto del SPD» (*SPD-Entwurf*).

es más limitado que el de los dos anteriores, puesto que no pretende otra cosa que la adaptación del Derecho de familia al principio constitucional de igualdad jurídica de los sexos (241).

Sólo con diferencia de unos días en relación con el Proyecto del SPD, y también en enero de 1954, aparece el segundo Proyecto redactado por Gobierno federal (242), el «Proyecto de Ley sobre la equiparación jurídica de varón y mujer en el ámbito del Derecho civil» (Proyecto II) (243). Como de su nombre se deduce, este Proyecto tiene aspiraciones más estrictas que el Proyecto I y que el Proyecto del FDP, ya que, con un criterio más realista que éstos y coincidiendo en ello con el Proyecto del SPD, se limita a la solución de las cuestiones surgidas de la equiparación. Su objetivo es poner fin lo antes posible al vacío legislativo surgido a partir del 1 de abril de 1953 y al consiguiente estado de incertidumbre jurídica ocasionado desde entonces (244). Se prescinde por el momento de la aspiración de lograr el restablecimiento de la unidad legislativa en materia de Derecho de familia, que hubiera llevado al BGB ciertas leyes especiales (como la Ley de Matrimonio de 1946), previa modificación unificadora de algunas disposiciones (245).

Tomando por base el Proyecto del Partido liberal demócrata (Proyecto del FDP), el del Partido socialista (Proyecto del SPD)

(241) Referencias al Proyecto del SPD en el trabajo de KRÜGER citado en la nota 237.

(242) El Proyecto del SPD es de 13 de enero de 1954; el segundo del Gobierno de 29 de enero de 1954.

(243) *Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*. Gaceta del Bundestag, núm. 224, 2.^a legislatura («BT-Drucksache, Nr. 224, 2. Wahlperiode»). Es conocido como «Proyecto II» (*Entwurf II*).

(244) En relación con el Proyecto II, puede consultarse a STRAUSS: *Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts*, JZ, 1954, 177; DELITZ: *Der Gleichberechtigungsentwurf im Staatsangehörigkeitsrecht* StAZ, 1954, 97; SCHWOBERER: *Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe. Stellungnahme zur geplanten Reform*, EF, 1954, 120; BRAGA: *Die Ausgleichsforderung im künftigen Ehegüterrecht (Kritik und Vorschläge zum Regierungsentwurf II)*, EF, 1955, 1. La Federación de jueces alemanes (Deutscher Richterbund) ha emitido dictamen en torno al Proyecto II: «Zur Gleichberechtigung von Mann und Frau. Kommissionsgutachten zum Reg. Entwurf II (insbesondere zum ehelichen Güterrecht, zu dem §§ 1.354 bis 1.361, zur Aussteuerpflicht, zu den §§ 1.628, 1.666, 1.671 Entwurf II)», publicado en DRiZ, 1954, 253. Referencias al Proyecto II y a los otros tres pueden encontrarse también en LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar*, 16.^a ed., 1957, 1.079; mejor aún la 17.^a ed. 1958, 1.087. Además abundantes alusiones a los distintos Proyectos, con relación al problema estudiado en cada trabajo, en las publicaciones citadas en las notas 210, 211, 212, 214, 215, 216, 218, 221 y 224.

(245) Este problema queda encomendado a otro Proyecto. Se publica éste en 1955 elaborado por el Gobierno Federal y con el título de «Proyecto de Ley para la unificación y modificación de las disposiciones del Derecho de

y, ante todo, el segundo Proyecto redactado por el Gobierno (Proyecto II), la Subcomisión de Derecho de familia del Bundestag (246) elabora el Proyecto definitivo, conocido generalmente como «Proyecto de la Subcomisión» (*Unterausschuss-Entwurf*) y designado en algunas ocasiones como «Proyecto III» (*Entwurf III*). Su aspecto más importante se refiere, sin duda, a la materia relativa al régimen matrimonial de bienes, pues en lo demás suele adoptar, aunque a veces lleve a cabo alguna modificación, las soluciones de los Proyectos indicados, en especial las del Proyecto II. Con referencia al régimen de bienes en el matrimonio, el Proyecto de la Subcomisión acoge como «estado legal» el mismo que proponían los dos Proyectos oficiales (el Proyecto I y el Proyecto II), la separación de bienes con nivelación de ganancia (247); pero introduciendo en él, aun en contra de las propuestas del Gobierno, una importante novedad. La siguiente: en el supuesto de que éste régimen de bienes termine por muerte de uno de los cónyuges la porción hereditaria del supérstite se incrementa en una cuarta parte de la herencia, en concepto de «nivelación de ganancia» o *Zugewinn-Ausgleich* (§ 1.371 BGB en la redacción del Proyecto). O sea, que dicha nivelación, en el caso de muerte de un cónyuge, se realiza a favor del otro mediante el indicado incremento de su porción hereditaria, siendo indiferente para ello

Familia» (*Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften*). Gaceta del Bundestag, núm. 1.586, 2.ª legislatura (BT-Drucksache, Nr. 1.586, 2. Wahperiode). También Gaceta del Bundesrat, núm. 39/55 (BR-Drucksache, Nr. 39/55), y en el «Bundesanzeiger» de 10-VIII-1956. El Proyecto acoge de nuevo la necesidad de restablecer la unidad jurídica en el Derecho de familia, superando en los aspectos fundamentales las correspondientes propuestas del Proyecto I. Sobre el Proyecto que nos ocupa cfr. FINKE: *Der Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften*, EF, 1955, 30 (*Ehelichkeitsanfechtung und Adoption*); 1955, 57 (*Sonstige Vorschläge des Entwurfs*); 1955, 238 (*Anderungsvorschläge des Bundesrats und Stellungnahme der Bundesregierung hierzu*). También MASFELLER, en el «Bundesanzeiger», Nr. 45, de 5.3.1955 y en StAZ, 1955, 97. En materia de adopción, KLEIN, en ZBlJugR, 1955, 162.

(246) Esta «Subcomisión de Derecho de Familia» (*Unterausschuss-Familienrecht*) lo es de la «Comisión de Derecho» del Bundestag (*Rechtsausschuss des Bundestages*).

(247) A este sistema se le designa indistintamente como «comunidad de ganancia» (*Zugewinnsgemeinschaft*), «nivelación de ganancia» (*Zugewinnausgleich*) o «división de ganancia» (*Zugewinnbeteiligung*). Quizá con más propiedad, dado su mecanismo, se habla otras veces de comunidad, nivelación o división de la mayor ganancia» (*Zugewinnstgemeinschaft, Zugewinnstausgleich* o *Zugewinnstbeteiligung*, respectivamente). De todas formas, su única denominación adecuada es «separación de bienes con nivelación de ganancia» o «separación de bienes con nivelación de la mayor ganancia». Las características del sistema serán indicadas más adelante, al referirnos al contenido esencial de la Ley de equiparación, ya que es el sistema sancionado por ésta.

que la ganancia exista o no en la realidad (248) (249). Tanto en este punto concreto como en los demás, las soluciones propuestas por el Proyecto de la Subcomisión son de extrema importancia, porque coinciden textualmente, incluso en la numeración de los párrafos, con las que después va a adoptar la Ley de equiparación, que no es otra cosa que el indicado Proyecto investido de la necesaria vigencia a través del procedimiento constitucional (250).

En efecto, el Proyecto de la Subcomisión o Proyecto III, después de votado por el Bundestag como Ley de equiparación (251) y una vez aprobado como tal por el Bundesrat (252), se ha convertido en la «Ley sobre la equiparación jurídica de varón y mujer

(248) En relación con este punto concreto de la «comunidad de ganancia» como estado legal de bienes en el Proyecto de la Subcomisión cfr. MASSFELLER-REINICKE: *Zu dem Entwurf über die Neuordnung des ehelichen Güterrechts in der Fassung der Unterausschusses «Familienrechts-gesetz» des Bundestages*, en el «Bundesanzeiger», Nr. 154, de 10.8.1956 (hay separata); WAHL: *Die Erhöhung des Ehegatten-Erbrechts um ein Viertel als Zugewinn-Ausgleich bei Auflösung der Ehe durch den Tod*, EF, 1956, 133; también en el «Festschrift für H. LEHMANN», tomo I, 1956, 419; FERID: *Zwei Gesichtspunkte zur «erbrechtliche Lösung» des Zugewinnausgleiches bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten*, EF, 1957, 70. A la «comunidad de ganancia» en general, tal como ha quedado configurada en el Proyecto de la Subcomisión, se refiere el importante trabajo de MERZBACHER: *Die Zugewinn-gemeinschaft. Eine wiederentdeckte Institution des ehelichen Güterrechts*, ACP, 156, 1.

(249) A otros aspectos de este Proyecto, distintos del régimen matrimonial de bienes, hacen referencia MASSFELLER-REINICKE: *Zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts in der Fassung des Unterausschusses «Familienrechts-gesetz» des Bundestages*, en el «Bundesanzeiger», Nr. 59, de 26.3.1957 (hay separata); SCHWARZHaupt (Elisabeth): *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen. Bericht über die Vorschläge des Familienrechts-Unterausschusses des Bundestags*, EF, 1957, 33; SCHWARZHaupt: *Anderungen im Verwandtschaftsrecht. Unterhaltspflicht. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder. Adoption (Bericht über die Vorschläge des Familienrechts-Unterausschusses des Bundestags)*, EF, 1957, 65.

(250) Por esto los trabajos citados en las notas 248 y 249 son fundamentales en relación con la Ley de equiparación de 1957. En el fondo, y desde un punto de vista material, ya que no formal, pueden considerarse referidos a ésta.

(251) La votación del Bundestag tiene lugar el 3-V-1957. Cfr. Gaceta del Bundestag, Nr. 3.409, 2.ª legislatura (BT-Drucksache, Nr. 3.409, 2. Wahlperiode), juntamente con el informe escrito de la Comisión de Derecho redactado por los diputados WEBER, SEIDL, WITTRÖCK, SCHWARZHaupt y WAHL. Sobre la sesión del Bundestag de 3 de mayo de 1957 cfr. el Informe de Sesiones o Diario de Sesiones del mismo (BT-Sitzungsberichte, 11761-11763, 11768-11801. Además, en las páginas 11824-11863 se contiene también el Informe de la Comisión de Derecho antes citado, y desde la página 11863 las peticiones de reforma llegadas al Bundestag).

(252) La aprobación por el Bundesrat se realiza el 24-V-1957. Cfr. Gaceta del Bundesrat, Nr. 200/57 y Nr. 200/1/57 (BT-Drucksache, Nr. 200/57, Nr. 200/1/57). Sobre la sesión del Bundesrat de 24 de mayo de 1957 puede consultarse el Informe de Sesiones o Diario de Sesiones de esta Cámara (BR-Sitzungsberichte, 655).

en el ámbito del Derecho civil» de 18 de junio de 1957 (253). Descrita ya su lenta elaboración, pasemos a ocuparnos de su estructura y finalidad.

II. *Estructura y finalidad de la Ley de equiparación.*—Consta la Ley de equiparación de 1957 de ocho artículos. En los siete primeros se ofrecen las modificaciones que opera en la legislación alemana, dando nueva redacción a numerosas e importantes disposiciones de ésta; el artículo 8.º es el destinado a las disposiciones de transición y a las finales de la Ley. Las reformas que han tenido que llevarse a cabo en el BGB, al desarrollar legislativamente el postulado constitucional de igualdad jurídica de los sexos, se contienen en el artículo 1.º de la Ley, cuyo contenido se forma con 48 apartados, en los que se va ofreciendo el nuevo texto de los párrafos modificados o la indicación de los que quedan derogados sin que su antiguo texto sea sustituido por otro nuevo. Las reformas que la Ley de equiparación ha introducido en el BGB son, sin duda, las más importantes y de más acusada entidad, tanto por lo que afecta a su contenido (la familia se configura sobre nuevas bases) como por lo que se refiere a su número (basta decir que han resultado afectados por la reforma más de trescientos párrafos del Código) (254).

Como ya dijimos más atrás (cfr. nota 114), en materia de Derecho de familia la Ley de 18 de junio de 1957 es la más importante y trascendental de cuantas se han dictado desde la promulgación del BGB, siendo al mismo tiempo la que más decisivas modificaciones ha introducido en el texto de éste. La finalidad de la Ley, como de la lectura de su título se deduce, no es otra que la de dar realización legislativa, a través de su desarrollo pormenorizado, al principio constitucional de equiparación jurídica de los sexos sancionado por el artículo 3.º, II, de la Ley fundamental de Bonn. Como idea orientadora puede afirmarse que la Ley modifica o deroga todos aquellos preceptos del BGB que supusieran una desigualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio o, en general, de varón y mujer.

(253) *Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts.* Su título coincide, pues, con el del Proyecto II. Suele designársela como «Ley de equiparación» (*Gleichberechtigungsgesetz*). Se hace extensiva al Berlín Occidental por Ley de 24-VI-1957. Cfr. LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurskommentar* (17.ª ed., 1958), 1.090.

(254) Los demás artículos de la Ley de equiparación tienen este contenido: El artículo 2 contiene las modificaciones introducidas en la Ordenanza Procesal Civil; el artículo 3, las que afectan a la Ordenanza de Concursos y a la Ordenanza sobre transacciones en el concurso; el art. 4 modifica algunas disposiciones de la Ley sobre jurisdicción voluntaria; el artículo 5 nos ofrece las reformas introducidas en la Ordenanza de 21 de octubre de 1944 sobre destino del domicilio conyugal y del ajuar doméstico después del divorcio («Sexta Ordenanza» a la Ley de Matrimonio); los artículos 6 y 7 contienen, respectivamente las modificaciones a la Ley sobre auxiliares judiciales y a la Ordenanza sobre costas.

Dado lo multiforme y delicado de los problemas con que ha tenido que enfrentarse, la Ley de equiparación, no obstante lo lento con que su gestación se ha desenvuelto, no podía, ni mucho menos, ser una ley perfecta. Ahora bien, en general, las soluciones que aporta son bastante satisfactorias (255). El legislador ha procedido con encomiable ecuanimidad desde el punto de vista de las soluciones concretas y en relación con las exigencias de la política jurídica. La equiparación de los sexos no se ha desarrollado de una manera rígida ni mecánica, sino de una forma orgánica teniendo en cuenta la específica manera de ser de cada uno de ellos. Por encima de los intereses individuales del varón y de la mujer se ha colocado el interés de la familia, como célula esencial de la sociedad y del Estado que está sometida a la especial protección de éste (cfr. Ley fundamental, artículo 6, I) (255 bis).

c) *Aspectos fundamentales de la equiparación de los sexos en el Derecho de familia según la Ley de equiparación de 1957.*— Examinada la génesis, descrita la estructura e indicada la finalidad de la Ley de equiparación, procede ahora ocuparnos de los aspectos fundamentales que integran su contenido; en otras palabras, de las modificaciones que esta Ley ha operado en el Derecho de familia (ante todo en el libro IV del BGB) al desarrollar, en el área del Derecho civil, el principio constitucional de igualdad jurídica de los sexos (256).

A grandes rasgos y a través de una simple indicación de las mismas, vamos a referirnos, por tanto, a las novedades que presenta el Derecho de familia en Alemania, después de la Ley de 1957 (257). Por separado, y de manera sucesiva, nos fijaremos en las modificaciones introducidas en lo tocante a los efectos del matrimonio en general, al régimen matrimonial de bienes, a la obligación de alimentos entre parientes, a las relaciones paternofiliales, a la tutela y, como complemento, a las reformas llevadas a cabo en el Derecho sucesorio y en la Parte General (libros V y I del BGB, respectivamente).

(255). A pesar de ser la materia que más atención ha merecido en la elaboración de la Ley, quizá la parte «más floja» de la misma es la relativa al régimen legal de bienes en el matrimonio; más que por el sistema elegido, por la regulación que se da a algún aspecto concreto de su mecanismo.

(255 bis) En la Zona Oriental, con ese criterio sensacionalista y propagandístico allí habitual, la Ley de equiparación dictada en la República Federal se ha considerado como un gran paso atrás en la evolución del Derecho de Familia. Así ARTZ: *Das westdeutsche Gleichberechtigungsgesetz: ein grosser Schritt zurück*, NJ 1957, 651.

(256) Aunque en un trabajo posterior se estudie con todo detalle el contenido de la Ley de equiparación y las reformas que introduce en el Derecho de Familia, hacemos aquí una somera indicación de las mismas. No quedaría completo el presente estudio si omitiéramos estas referencias.

(257) Sobre la Ley de equiparación en general pueden consultarse KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, Munich-Berlin, 1958; REINICKE-SCHWARZHaupt: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach dem Gesetz vom 18.6.1957 (Eine gemeinsverständliche Dars-*

I. *Efectos del matrimonio en general.*—Los que pudiéramos calificar de efectos generales de la relación conyugal o de efectos del matrimonio considerado desde un punto de vista general, se regulan por el BGB en las §§ 1.353 a 1.362, agrupados en un título (el título 5.º de la sección 1.ª del libro IV), cuyo epígrafe es precisamente el que hemos atribuido a este apartado. Las modificaciones que en dicho título ha introducido la Ley de equiparación son éstas (258):

1) : Queda suprimido, mediante la derogación del § 1.354, el poder decisorio que correspondía al marido con referencia a los asuntos concernientes a la vida matrimonial común. Semejante poder del marido no se ha considerado compatible con el postulado de igualdad de derechos entre los cónyuges.

tellung des Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts, Stuttgart, 1957; MASSFELLER-REINICKE: *Das Gleichberechtigungsgesetz mit Erläuterungen*, Berlín-Colonia, 1958. Entre las ediciones recientes del BGB (aparte de las de bolsillo sin comentarios) que toman ya en cuenta la Ley de equiparación, PALANDT: *BGB Kurzkomentar*, 17.ª ed. Munich-Berlín, 1958 (Derecho de Familia a cargo de LAUTERBACH); ACHILES-GREIFF: *BGB (unter Einarbeitung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.6.1957, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen)*, 20.ª ed. Berlín, 1958 (Derecho de Familia a cargo de EGGEL y BEITZKE); ERMANN: *Handkommentar zum BGB (tomo complementario: Gleichberechtigungsgesetz)*, 2.ª ed. Münster/Westf., 1958. De estas obras las más recomendables son los Comentarios a la Ley de KRÜGER-BREITZKE-NOVACK, los de MASSFELLER-REINICKE y los Comentarios al Código, de PALANDT. Entre los Manuales que exponen el «nuevo» Derecho de Familia, BEITZKE: *Familienrecht*, 6.ª ed., Munich-Berlín, 1958; SCHMIDT: *Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch seiner Grundsätze*, tomo IV, *Das Familienrecht*, 2.ª ed., Berlín, 1957; SCHAEFFER-WIEFELS: *Bürgerliches Recht. Familienrecht*, Düsseldorf, 1958. Además, MÜLLER: *Einführung in das Ehe- und Familienrecht nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, 1957; MASSFELLER: *Das gesamte Familienrecht (Sammlung aller familienrechtlichen Vorschriften mit Hinweisen, unter besonderer Berücksichtigung des Gleichberechtigungsgesetzes)*, Frankfurt del Main-Berlín, 1958. También GROSSEN: *L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille*, Neuchatel, 1957. Los estudios de conjunto publicados en revistas son, por ahora, los siguientes: BOSCH: *Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1957, 189; BOSCH: *Ergänzende Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1957, 231; FINKE: *Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz*, MDR, 1957, 449, 514, 577; MASSFELLER: *Das Gleichberechtigungsgesetz mit Ausnahme des ehelichen Güterrechts*, DNotZ, 1957, 342 (no trata el régimen de bienes); MÜLLER-FREIENFELS: *Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes*, JZ, 1957, 685 (se ocupa sobre todo de ciertos aspectos del régimen de bienes, del derecho de decisión y de ciertas cuestiones referentes al nombre); REINICKE, *Das Gleichberechtigungsgesetz* (II), NJW, 1957, 934 (no trata del régimen de bienes); SCHWOERER: *Gleichberechtigung und richterliche Praxis*, Justiz, 1957, 321. Entre las "Überblicken" o breves ojeadas de conjunto relativas a la Ley de equiparación podemos citar las de FICKER: StAZ, 1957, 173; GIESELER: ZFW, 1957, 227; POTRYKUS: RJ, 1957, 225; SCHULTZ, en la sección «Blick in die Zeit» de la MDR, 1957, 461.

(258). Sobre los efectos del matrimonio en base a la Ley de 1957 cfr. MEYER: *Die Neugestaltung des persönlichen Wirkungen der Ehe durch das Gleichberechtigungsgesetz*, «Rpfleger», 1957, 285. Además, en éste

2) Con respecto al nombre de la mujer, el § 1.355 (259) establece que el «nombre del matrimonio» y el «nombre de la familia» lo es el del marido, quedando, sin embargo, autorizada la mujer para unir al nombre del marido el suyo de soltera. Este derecho de la mujer ha de ejercitarse mediante declaración al funcionario del estado civil, públicamente autenticada (260).

3) Dirección del hogar. Trabajo de los cónyuges. Como es lógico, la dirección del hogar se atribuye a la mujer, que desempeña esta función bajo su propia responsabilidad, y queda autorizada a ejercer una profesión en la medida que ello sea compatible con sus obligaciones en el matrimonio y en la familia. Así lo dispone el § 1.356, I.

El propio § 1.356, en su párrafo II, impone a cada cónyuge la obligación de trabajar en el negocio o profesión del otro, si esto es usual, teniendo en cuenta las circunstancias en que los cónyuges vivan (261). Antes esta obligación sólo pesaba sobre la mujer (§ 1.356, II, antiguo texto).

4) El poder de la llave se sigue atribuyendo a la mujer (262), pero configurando su posición jurídica respecto a él de forma distinta. Antes, dentro de su círculo de acción doméstico, se entendía que la mujer, en su actuación como «ama de casa», no hacía otra cosa que cuidar de los negocios del marido y representar a éste, por autorización de la ley (cfr. § 1.357, I, antiguo). Ahora, en su actuación dentro de ese círculo de acción doméstico (*häuslicher Wirkungskreis*), ya no se considera que la mujer actúa como mera cuidadora de los negocios del marido y como representante de éste, sino en virtud de una facultad que la ley le confiere de actuar *por sí y en su propio nombre*, pero con eficacia a favor y en contra del marido (§ 1.357, I, nuevo) (263).

como en todos los problemas que vamos a ir examinando, hay que tener en cuenta la bibliografía citada en la nota anterior.

(259) Advertimos que, en tanto no indiquemos lo contrario, todas las citas que hagamos a partir de ahora sobre parágrafos del BGB han de entenderse referidas al nuevo texto que reciben por la Ley de equiparación (art. 1).

(260) Con referencia al nuevo nombre de familia» cfr. BERNSTORFF: *Der Familienname in der deutschen Rechtsordnung*, NJW, 1957, 1901.

(261) Esta obligación de cada cónyuge de trabajar o colaborar en el negocio o profesión del otro se designa con el nombre de «deber de cotrabajo» o *Mitarbeitspflicht*. En torno a él, MONJOU: *Arbeitsverhältnisse zwischen Eheleuten*, Betrieb, 1957, 821.

(262) La Ley de equiparación rectifica, pues, la posición dominante durante la segunda fase, en la que se entendió que el «poder de la llave» debía corresponder a ambos cónyuges. Cfr. más atrás.

(263) En su redacción primitiva el § 1.357, I, decía: «Dentro de su círculo de acción doméstico, la mujer está autorizada a cuidar los negocios del marido por él, y a representarle. Los negocios jurídicos que celebre dentro de este círculo de acción valen como celebrados en nombre del marido si de las circunstancias no se deduce otra cosa.» El nuevo texto, en cambio, establece: «La mujer está autorizada a cuidar, con eficacia para el marido, los negocios que caen dentro de su círculo de acción doméstico. Por los negocios jurídicos que celebre dentro de este círculo de

5) Ha sido suprimido el derecho que correspondía al marido de denunciar las relaciones jurídicas en las que la mujer se había obligado frente a un tercero a una prestación a realizar por ella en persona. Queda, pues, derogado el § 1.358.

6) Deber recíproco de alimentos. El § 1.360 impone a los cónyuges la recíproca obligación de contribuir, mediante su trabajo y con su patrimonio, al sustento adecuado de la familia. Con respecto a la mujer se entiende que cumple su obligación de contribuir con su trabajo al sostenimiento de la familia, por el hecho de dirigir el hogar; imponiéndosele sólo un deber de trabajar profesionalmente cuando la capacidad de trabajo del marido y las rentas de ambos cónyuges no basten para el sostenimiento de la familia y no sea adecuado a las circunstancias en que los cónyuges viven que utilicen con este fin el capital de su patrimonio (§ 1.360).

Lo que ha de entenderse por «sustento adecuado de la familia» nos lo dice el § 1.360a, I, según el cual éste abarca todo lo que, conforme a las circunstancias de los cónyuges, sea preciso para sufragar los gastos del hogar y las necesidades personales de dichos cónyuges, así como para satisfacer las necesidades de los hijos comunes con derecho a alimentos.

La forma de prestarse el sustento es la facilitada por la comunidad matrimonial de vida, debiendo el marido poner a disposición de la mujer, por anticipado, la cantidad que deba aportar para el sostenimiento común (§ 1.360a, II).

Una cuestión muy discutida durante la segunda fase (264) ha venido a ser resuelta por la Ley de equiparación, que impone a cada cónyuge el deber de anticipar costas al otro, cuando éste no esté en condiciones de hacer frente a las que cause un litigio que se refiera a un asunto personal suyo o cuando las costas sean las originadas por la defensa en un proceso penal dirigido contra él (§ 1.360a, IV).

Por último, con respecto a los alimentos o sustento, el § 1.360 b establece que si un cónyuge contribuye con una suma mayor que

acción, el marido adquiere derechos y obligaciones, a no ser que de las circunstancias se deduzca otra cosa; si el marido no es solvente queda obligada también la mujer.»

(264) El problema de los anticipos de costas en relación con la equiparación a partir del 1 de abril de 1953 ha sido estudiado por BREITZKE: *Der Prozesskostenvorschuss in Ehesachen und Gleichberechtigung*, NJW, 1953, 614; LAUTERBACH: *Die Pflicht des Ehemanns zum Vorschuss von Prozesskosten*, NJW, 1953, 1.538; BOSCH: *Die Situation im Ehe- und Familienrecht*, «Rpfleger», 1953, 545; TSCHISCHGALE: *Die Prozesskostenvorschusspflicht im Bundesgebiet und in Berlin im Zeichen der Gleichberechtigung*, JR, 1953, 243; WENGLER: *ibidem*; SEIDEL: *Prozesskostenvorschuss durch den Ehemann auch nach dem 31 März 1953?*, JR, 1953, 373; STOLDT: *Prozesskostenvorschusspflicht der Ehegatten im künftigen Recht*, DRIZ, 1954, 48. No es necesario indicar que el núcleo de la discusión consistía en sí, a pesar de la equiparación, el marido tenía que seguir anticipando costas a la mujer y si semejante deber incumbía también a ésta.

la incumbe, hay que entender, en la duda, que no pretende exigir indemnización del otro cónyuge (265).

7) Vida separada de los cónyuges. Para el supuesto de que los cónyuges vivan separados, la nueva reglamentación establece dos reglas; una, referente a los alimentos; la otra, relativa a la distribución de los objetos del hogar común.

Con respecto a los alimentos se determina que cada cónyuge puede exigir dichos alimentos del otro en la medida que tal exigencia corresponda a la equidad, debiendo tenerse en cuenta, ante todo, los motivos de la separación, las respectivas necesidades de los cónyuges y sus circunstancias patrimoniales y de adquisición (§ 1.361, I). En el supuesto de que el marido, por sí solo o de forma predominante, haya sido culpable de la separación, únicamente se puede imponer el deber de sustentarse por sí misma a la mujer que no desempeña una profesión, en dos casos: a) si también hubiera estado obligada a trabajar aun subsistiendo el matrimonio; b) si el exigir el sustento del marido es gravemente contrario a la equidad, según las específicas circunstancias del caso, en especial en consideración a una actividad profesional de la mujer o a la corta duración del matrimonio (§ 1.361, II).

En cuanto a la distribución de los objetos del hogar, establece la Ley de equiparación que cada cónyuge puede exigir la restitución de los objetos que le pertenecen, si bien cediendo el uso de los mismos al otro cónyuge en la medida que éste los necesite para tener su hogar separado y siempre que esta cesión corresponda a la equidad según las circunstancias del caso. Los objetos del hogar que pertenecen a ambos cónyuges se distribuyen entre ellos de acuerdo con los postulados de la equidad (§ 1.361a).

8) El último efecto regulado, dentro de la eficacia general del matrimonio, es la presunción de propiedad en beneficio de los acreedores de los cónyuges. Con anterioridad a la Ley de equiparación el antiguo § 1.362 establecía en beneficio de los acreedores del marido la presunción de que pertenecían a éste las cosas muebles que se encontraban en posesión de uno o de ambos cónyuges; en cambio, para la mujer, en su relación con el marido y con sus acreedores, sólo se establecía una presunción de pertenencia con respecto a la «gerade» (266). Esta norma era manifiestamente injusta, pues, frente al privilegio del marido y sus acreedores, colocaba a la mujer y a los suyos en una situación desventajosa. La regulación introducida por el nuevo § 1.362 es mucho más adecuada: equipara, en el terreno de la presunción

(265) Sobre el deber recíproco de alimentos de los cónyuges en la nueva regulación cfr. REINICKE: *Zum Unterhaltsrecht der Ehegatten nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, DRiZ, 1958, 43; BRUHL: *Der Familienunterhalt nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1957, 277.

(266) En relación con este concepto cfr., por ejemplo, PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. de la 3.ª ed. alemana por MELON INFANTE, Barcelona, 1957, 304.

de propiedad, a la mujer con el marido, e indirectamente a sus respectivos acreedores. La presunción se configura para ambos cónyuges por igual, con lo que reciben tratamiento semejante los acreedores del marido y los de la mujer; en beneficio de los acreedores de cualquiera de los cónyuges se presume ahora que las cosas muebles que se encuentran en posesión de uno de ellos o de ambos pertenecen al deudor, no valiendo la presunción cuando los cónyuges vivan separados y las cosas sean poseídas por el cónyuge no deudor (§ 1.362) (266 bis).

II. *Régimen matrimonial de bienes.*—Es sin duda la materia que más se ha discutido al elaborarse la Ley de equiparación y la que requiere un tratamiento más minucioso. Sin perjuicio de dedicárselo en un trabajo posterior, en éste no haremos sino indicar sus rasgos fundamentales a modo de introducción de lo que diremos en aquél.

A semejanza de lo que ocurría en la antigua reglamentación, la nueva distingue asimismo entre régimen legal y régimen convencional de bienes; como régimen legal se configura un nuevo sistema que sustituye al de administración y aprovechamiento a favor del marido, y en cuanto al régimen convencional se simplifica bastante la regulación anterior. Veamos lo fundamental de ambos regímenes (267).

A) *Régimen legal.*—En lugar del sistema de administración y aprovechamiento a favor del marido, que ya había sido derogado a partir del 1 de abril de 1953 por ser incompatible con el principio de igualdad de derechos de ambos cónyuges (vid. lo dicho en la segunda fase), la Ley de equiparación introduce como «estado legal» un sistema de separación de bienes con nivelación de ganancia al que califica, con no mucha propiedad por cierto, de

(266 bis) Sobre el nuevo § 1.362 BGB cfr. LENT: *Das Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung* (auch zu § 1.362 BGB n. F., § 739 ZPO n. F.), ZZP, 1957, 403.

(267) Al régimen de bienes en general en la nueva reglamentación se refiere FINKE: *Das künftige eheliche Güterrecht*, JR, 1957, 161; MASSELLER: *Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes*. Teil 1: *Allgemeiner Überblick und Überleitung alter Güterstände*, Betrieb, 1957, 473; Teil 2-4: *Die Zugewinnsgemeinschaft*, Betrieb, 1957, 499, 525, 623; Teil 5: *Das vertragmässige Güterrecht*, Betrieb, 1957, 738; Teil 6: *Güterrecht und Zwangsvollstreckung*, Betrieb, 1957, 1.145; MASSELLER: *Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes* Düsseldorf, 1957 (reunión de los trabajos publicados antes en Betrieb); MEYER: *Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung*, «Rpfleger», 1957, 151; REINICKE: *Zum neuen ehelichen Güterrecht* (D), NJW, 1957, 889; HAEGELE: *Das neue Güterrecht nach dem Gleichberechtigungsgesetz insbesondere in Handels-, Gesellschaft- und Grundstücksachen*, en «Der Wirtschaftsreuhänder», 1957, 167; HAEGELE: *Verfügungsbeschränkungen im ehelichen Güterrecht nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, Justiz, 1957, 488; TIEDAU: *Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen ehelichen Güterrecht*, MDR, 1957, 641; WEBER: *Die Überleitung des ehelichen Güterrechts nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, DNotZ, 1957, 570; HAEGELE: *Ersatzforderungen zwischen Ehegatten und Gleichberechtigung*, EF,

«comunidad de ganancia» o «Zugewinngemeinschaft» (§§ 1.363 y sigs.) (268).

Este régimen entra en juego en aquellas hipótesis en que los cónyuges no hayan pactado otro en virtud de contrato matrimonial. «Los cónyuges, dice el § 1.363, I, viven en el estado de bienes de comunidad de ganancia si no pactan otra cosa por contrato matrimonial». La característica esencial de esta «comunidad» consiste en que el patrimonio respectivo de cada cónyuge conserva su autonomía sin pasar a formar un patrimonio común o patrimonio colectivo de marido y mujer; no obstante lo cual, al finalizar el régimen de bienes, la «ganancia» o «Zugewinn» que los cónyuges hayan obtenido durante el mismo ha de *nivelarse* según las normas que más adelante indicaremos. De forma clara establece esta regla el § 1.363, II, cuando dice: «El patrimonio del marido y el patrimonio de la mujer no se convierten en patrimonio común de los cónyuges; esto vale también para el patrimonio que uno de ellos adquiera después de la conclusión del matrimonio. Sin embargo, la ganancia (Zugewinn) que los cónyuges obtengan en el matrimonio *se nivela* cuando finaliza la comunidad de ganancia». Por lo tanto, la nota tipificadora del nuevo régimen legal de bienes estriba en ser un sistema de separación que, tan sólo cuando termina y entra en su fase liquidatoria, está adornado de ciertos elementos comunitarios formados por esa *nivelación de la ganancia* de que nos habla el nuevo texto legal.

Según esto, para apreciar de manera correcta la estructura y mecanismo del régimen de «comunidad de ganancia», es preciso distinguir en él dos fases o etapas, respectivamente delimitadas por la vigencia de la comunidad y por la terminación de la misma. Durante la primera funciona con arreglo a los principios propios de los sistemas de separación de bienes; durante la segunda, es decir, al terminar, es cuando entran en juego los escasos elementos de comunidad que le caracterizan: la nivelación de la «Zugewinn» o «ganancia». Veámoslo.

a) Vigencia de la «comunidad». El principio general se contiene en el § 1.364, según el cual cada uno de los cónyuges administra de manera autónoma (selbständig) su respectivo patrimo-

1958, 43. También MODEL: *Testament und Güterstand des Unternehmers*, 2.^a ed., Colonia 1958. Especialmente importante el amplio estudio de conjunto de BARMANN: *Das neue Ehegüterrecht* ACP, 157, 145.

(268) Además del trabajo de MERZBACHER citado en la nota 248, al final, y de los indicados en la nota anterior, pueden consultarse sobre la *Zugewinngemeinschaft* o «comunidad de ganancia», HAUSSMANN: *Der neue gesetzliche Güterstand*, BadWürtNotZ, 1957, 298; KEHRER: *Der neue gesetzliche Güterstand*, Justiz, 1957, 365; LAMPE: *Der neue gesetzliche Güterstand*, Justiz, 1957, 432; KNER: *Zugewinngemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todes wegen*, DNNotZ, 1957, 451. La Asociación de campesinos de la Baja Sajonia no considera adecuado a la vida rural el nuevo régimen legal de bienes. Cfr. *Verband des Niedersächsischen Landvolks, Zur Neuregelung des gesetzlichen Güterstandes*, RL, 1957, 317 (apostillas de BUTNER, RL, 1958, 1).

nio, quedando sin embargo sometido en esta administración independiente a ciertas limitaciones establecidas por la Ley en aras del interés comunitario de la familia y de la cohesión de ésta. Son las siguientes:

Cada cónyuge sólo puede obligarse a disponer de su patrimonio «como un todo» (in ganzen) si cuenta con el consentimiento del otro. Si se ha obligado sin el necesario asentimiento de éste, únicamente puede cumplir la obligación con su consentimiento. En el supuesto de que el negocio jurídico que se pretende celebrar esté de acuerdo con las reglas de una ordenada administración, el Tribunal de Tutelas, a petición, puede suplir el asentimiento del otro cónyuge si éste se niega sin motivo suficiente a otorgarlo o si está impedido para emitir una declaración de voluntad al respecto por enfermedad o ausencia, y siempre que con la espera vaya unido un riesgo (§ 1.365).

Los contratos y negocios jurídicos unilaterales que un cónyuge lleve a cabo sin contar con el necesario consentimiento del otro son ineficaces, si bien, tratándose de contratos, cabe que la posterior ratificación de éste dé lugar a su eficacia (§ 1.366, I, respecto a los contratos y § 1.367 con referencia a los negocios jurídicos unilaterales (269). En todos los casos en que un cónyuge haya dispuesto de su patrimonio sin el necesario asentimiento del otro, también éste puede hacer valer judicialmente contra terceros los derechos derivados de la ineficacia de la disposición (§ 1.368) (270).

Con relación a los objetos del hogar doméstico se establecen dos reglas especiales. La primera determina que cada cónyuge sólo puede disponer de los objetos del hogar que le pertenecen u obligarse a una disposición sobre los mismos, si consiente en ello el otro cónyuge; el asentimiento de éste puede, a petición, suplirse por el Tribunal de Tutelas si el cónyuge que debía otorgarlo se niega a ello sin motivo suficiente o si, por enfermedad o por ausencia, está impedido para emitir una declaración de voluntad. Así lo dice el § 1.369 (271). La segunda de las reglas indicadas, para determinar a quién corresponde la propiedad de los objetos del hogar que se adquieran con fines de reemplazamiento

(269) El propio § 1.366, en sus restantes párrafos, se refiere a la posición de quien contrató con el cónyuge hasta la ratificación (párrafo II), al supuesto de que éste contratante exija la obtención de la ratificación del otro (párrafo III) y a la ineficacia del contrato si dicha ratificación es negada (párrafo IV).

(270) Esta cuestión de las limitaciones que pesan sobre cada cónyuge en la administración independiente de su patrimonio ha sido tratada de manera específica por REINICKE: *Verwaltungsbeschränkungen im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft*, BB, 1957, 564.

(271) Sobre el nuevo § 1.389 BGB cfr. ZIEGE: *Zur Auslegung des § 1.369 BGB n. F.*, NJW, 1957, 1.579; ZUNFT-ZIEGE: *Zur Auslegung des neuen § 1.369 BGB*, NJW, 1958, 130 (réplica de ZUNFT al anterior escrito de ZIEGE y contrarréplica de éste).

de otros, aplica a ellos el sistema de la subrogación real: los objetos adquiridos en lugar de los que ya no existen o hayan devenido sin valor pertenecerán al cónyuge a quien correspondía la propiedad de éstos (§ 1.370) (272).

b) Terminación de la «comunidad». Es ahora, al terminar la «comunidad de ganancia», cuando pueden hacer su aparición los escasos elementos comunitarios que caracterizan a este régimen de bienes. Sin embargo, la llamada por la ley «nivelación de la ganancia» (*Ausgleich des Zugewinns*) se realiza de forma completamente distinta según que la «comunidad» termine por muerte de uno de los cónyuges o por otro motivo. A la primera hipótesis se refiere el § 1.371; a la segunda, los §§ 1.372 y siguientes.

1) En el caso de que la «comunidad» finalice como consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges, la «nivelación de la ganancia» se traduce normalmente, por determinación de la ley, en un incremento de la porción hereditaria que corresponde al cónyuge superviviente. Ahora bien, esto que acabamos de indicar no es más que una orientación o idea que anticipamos y que es necesario concretar y delimitar de una manera más precisa. Por otra parte, el incremento sucesorio indicado no se produce siempre; es la solución normal, y si se quiere más frecuente, en el supuesto de muerte de un cónyuge, pero no la única, como en seguida vamos a ver. Comenzaremos por transcribir el § 1.371 BGB, que es el referente a la hipótesis de terminación del régimen de «comunidad de ganancia» por la muerte de uno de los esposos. Es quizá la norma más importante de cuantas se refieren al nuevo sistema legal de bienes, la «pieza esencial» del mismo como con razón ha dicho BREETZKE (273).

El § 1.371 está dividido en cuatro párrafos o apartados, cuyo texto es el que sigue: «Si el estado de bienes termina por la muerte de un cónyuge, la nivelación de la ganancia se lleva a cabo mediante la circunstancia de que la porción hereditaria legítima del cónyuge superviviente se incrementa en una cuarta parte de la herencia; para esto (274) es indiferente que los cónyuges hayan obtenido—o no—una ganancia en el caso concreto (párr. I).—Si el cónyuge superviviente no es heredero ni tampoco le corresponde ningún legado, puede exigir la nivelación de la ganancia de acuerdo con las

(272) Ni que decir tiene que, dado el sistema establecido por la Ley, en el que no existe patrimonio común de los cónyuges (cfr. § 1.363 BGB), los objetos del hogar que no se adquieran con fines de sustitución serán propiedad del cónyuge con cuyos medios se obtengan.

(273) Este autor califica al § 1.371 de *Kernstück* o *Herzstück* (pieza esencial, pieza básica o central) de la *Zugewinnsgemeinschaft* o «comunidad de ganancia». Cfr. BREETZKE, en KRÜGER-BREETZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, 339, 342. Asimismo nos dice, y con razón, que se trata de una norma que es más de Derecho sucesorio que de Derecho de familia, 340.

(274) Es decir, para que el indicado incremento se opere. Tal es en este caso el sentido de la expresión «hierbei».

disposiciones de los §§ 1.373 a 1.383 y 1.390; la legítima del cónyuge supérstite o de otro titular de legítima se determina en este caso según la cuota hereditaria legítima del cónyuge no incrementada (pár. II).—Si el cónyuge supérstite repudia la herencia, puede, junto a la nivelación de la ganancia, exigir también la legítima, aunque ésta no le correspondiese según las determinaciones del Derecho sucesorio; esto no vale si ha renunciado a su derecho hereditario legítimo o a su derecho a la legítima por contrato con su cónyuge (párr. III).—Si existen descendientes del cónyuge premuerto con derecho a la herencia, que no desciendan del matrimonio disuelto por la muerte de este cónyuge, el cónyuge supérstite está obligado, si lo necesitan y en la medida que lo necesiten, a procurar a estos descendientes los medios para una formación adecuada, a costa de la cuarta parte concedida en concepto de incremento según el párrafo 1.º (pár. IV). Hasta aquí el texto, literalmente traducido, del nuevo § 1.371 BGB. Refirámonos por separado a los cuatro párrafos de esta norma trascendental (275).

El que pudiéramos calificar de supuesto normal o de regla general se contiene en el párrafo I del precepto. En él, como hemos visto, se establece que, terminado el régimen legal de bienes por muerte de uno de los cónyuges, la nivelación de la ganancia se realiza mediante el incremento de la porción hereditaria *legítima* del cónyuge supérstite en una cuarta parte de la herencia; siendo indiferente, para que este incremento tenga lugar, que los cónyuges hayan obtenido o no ganancia en el caso concreto (276). En

(275) De una manera específica se refieren a la terminación de la «comunidad de ganancia» por muerte de un cónyuge y al consiguiente incremento sucesorio en favor del otro, cuando procede, los trabajos de BRAGA: *Das ehgüterrechtliche Erbrecht der überlebenden Ehegatten (Zum § 1.371 BGB in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18 Juni 1957. Erbrechtliche und internationalprivatrechtliche Aspekte)*, EF, 1957, 334; HARGELE: *Erbrechtliche Fragen in Gleichberechtigungsgesetz*, «Justiz», 1957, 386; METZGER: *Ehegattenerbrecht und Zugewinnausgleich in der Beratungspraxis des Notars*, BadWürttNotZ, 1957, 288; LANGE: *Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinnngemeinschaft*, NJW, 1957, 1.381; REINICKE: *Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten*, NJW, 1958, 121; LANGE: *Nochmals: Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten*, NJW, 1958, 287 (réplica a REINICKE); ULMER: *Die Stellung des erstversterbenden Ehegatten bei der Zugewinnngemeinschaft*, NJW, 1958, 170; RITTNER: *Der Ausbildungsanspruch der «Stiefabkömmlinge» nach dem neuen Familienrecht*, DNotZ, 1957, 483 (sólo se refiere al párrafo IV del § 1.371); RUPP: *Einwirkung des Gleichberechtigungsgesetzes auf alte Testamente*, NJW, 1958, 12 (el problema considerado es el de si en los testamentos, otorgados antes de la Ley de equiparación, en que se instituya a los herederos legítimos en la porción hereditaria legítima la del cónyuge ha de estimarse o no «incrementada» por lo dispuesto en el nuevo § 1.371 BGB). Además la bibliografía citada en la nota 248 con referencia al Proyecto de la Subcomisión.

(276) Como ya indicamos al referirnos someramente a los Proyectos de Ley de equiparación, este sistema del incremento sucesorio fué introducido por la Subcomisión de Derecho de familia del «Bundestag» al redactar

relación con este incremento sucesorio establecido por el § 1.371, en su párrafo I, deben tenerse en cuenta las tres circunstancias siguientes: *Primera*. Para que la norma pueda aplicarse, es decir, para que proceda el incremento sucesorio a favor del cónyuge superviviente, parece necesario que éste sea heredero en virtud de la sucesión legítima y no en virtud de una disposición testamentaria o de un contrato sucesorio. El § 1.371 nos dice que lo que se incrementa es la porción hereditaria *legítima* del cónyuge, con lo cual convierte en presupuesto del incremento el hecho de que exista a favor del superviviente dicha porción hereditaria legítima, la cual sólo puede ser consecuencia, como es lógico, de la sucesión legítima; no, de la sucesión voluntaria (testamentaria o contractual) (277). Existiendo, por ejemplo, una sucesión testamentaria,

el Proyecto definitivo o «Proyecto de la Subcomisión». Referencias en la nota 248.

(277) La doctrina ha manifestado que la sucesión legítima es presupuesto del incremento sucesorio a favor del superviviente, y que sin aquélla no procede éste, Así LAUTERBACH (PALANDT, *BGB. Kurzkomentar*, 17.^a ed., 1958, § 1.371, 2, 1.128) ha dicho que «el principio del párrafo I sólo procede que se aplique en el caso de sucesión *legítima*, pero no cuando el premuerto, por disposición de última voluntad o por contrato sucesorio, ha instituido heredero al otro cónyuge o le ha atribuido un legado... Semejante ordenación del causante, continúa el autor citado, no resulta afectada por la regulación legal, la cual, por el contrario, parte de la idea de que entonces (es decir, en el caso de que exista testamento o contrato sucesorio) se han adoptado ya previsiones para el superviviente, quien, por su parte, es libre de darse por satisfecho con ellas o de repudiar; en este supuesto, párrafos II y III (del § 1.371, se entiende)». En igual sentido se manifiesta BREITZKE (KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, § 1.371 BGB, 340, 342, 343): «Esta disposición (se refiere al § 1.371), de acuerdo con su contenido positivo y a pesar de su posición sistemática, pertenece al Derecho sucesorio, ya que su base o fundamento es la porción hereditaria *legítima*, que en ella resulta incrementada»; en otro lugar afirma: «Esta disposición (§ 1.371, I), que constituye la pieza esencial de la «comunidad de ganancia», deja intacta la libertad de testar...». «El párrafo I (del § 1.371) presupone que el cónyuge superviviente sea heredero *en virtud de la ley*, y no en base a una disposición por causa de muerte. Entonces es cuando se incrementa su porción hereditaria *legítima* en una cuota adicional de una cuarta parte de la herencia...» «En tanto falte una disposición por causa de muerte y el cónyuge superviviente sea heredero *en virtud de la ley* es cuando se incrementa su porción hereditaria *legítima* en una cuarta parte.» Análogamente BARMANN (*Das neue Ehegüterrecht*, ACP, 157, 186, 187, 188): «El derecho hereditario incrementado en el sentido expuesto corresponde al cónyuge superviviente, pero *sólo* en la sucesión legítima; no se incrementa, pues, una institución de heredero ordenada por disposición de última voluntad (sea por testamento o por contrato sucesorio)...». «La *sucesión legítima*, al menos para el cónyuge superviviente, es presupuesto para que se produzca el incremento de su derecho hereditario en una cuarta parte. Si el cónyuge premuerto, por ejemplo, ha instituido heredero al superviviente mediante disposición de última voluntad en una mitad de su caudal relicto, no estamos ya ante una sucesión legítima, sino ante una sucesión testamentaria. Por lo tanto, en este caso, la porción hereditaria testamentaria no se incrementa en una cuarta parte para pasar de la mitad a tres cuartas partes, siendo indiferente que el cónyuge heredera en concurrencia con descendientes o con herederos de segundo orden. Tampoco la institución de here-

el cónyuge supérstite o se dará por satisfecho con lo dispuesto por el premuerto respetando su última voluntad (solicitando cuando sea oportuno el suplemento de legítima) o repudiará, en cuyo caso habrá que estar al párrafo III del propio § 1.371 a que más adelante aludiremos; pero en ninguno de los dos casos deberá tener lugar el incremento sucesorio establecido por el párrafo I del citado párrafo. *Segunda.* La norma del § 1.371, I, que establece el incremento sucesorio se aplica tanto si existe como si no existe ganancia (*Zugewinn*) a favor de los cónyuges en el caso concreto. Así se deduce de forma inequívoca del inciso final del precepto que comentamos (§ 1.371, I). Por esto, no resulta correcto, desde el punto de vista conceptual y terminológico, hablar de «nivelación de la ganancia» en la hipótesis de muerte de uno de los cónyuges, ya que la disposición que nos ocupa se aplica por completo al margen de que se haya obtenido o no «ganancia» y de cuál sea la cuantía de ésta en el supuesto de que exista. Es, pues, injustificada la ficción a que acude el § 1.371 de entender que la nivelación de la ganancia se realiza *mediante* el incremento sucesorio indicado o la de entender, lo que es lo mismo, que dicho incremento se atribuye *en concepto de* nivelación de la ganancia (278). Hubiera sido mucho más lógico y mucho más exacto que el citado párrafo, sin alterar para nada su contenido dispositivo, hubiese establecido en su párrafo I pura y simplemente que en el caso de terminar la «comunidad» por muerte de un cónyuge, el otro vería incrementada su porción hereditaria legítima en una cuarta parte de la herencia; sin aludir para nada a la «nivelación de la ganancia», debido a que el incremento sucesorio se opera en todo caso y prescindiendo de que exista o no exista dicha ganancia en el caso concreto. No se trata, pues, de un incremento sucesorio o derecho hereditario *en concepto de*, sino *en lugar de* nivelación de la ganancia (279). *Tercera.* El incremento sucesorio de una cuarta par-

tero en una cuarta parte se incrementará en otro tanto para pasar a ser la mitad de la herencia. Parece, pues, que puede establecerse como principio fundamental el de que el causante, siempre que haya testado, ha querido configurar él por completo el derecho hereditario del cónyuge supérstite y que no desea aceptar ningún otro incremento (legal) de una cuarta parte...». En otro lugar añade: «Si el supérstite es heredero en virtud de la ley, lo cual es presupuesto para el incremento del derecho hereditario en una cuarta parte conforme al § 1.371, párrafo I...». Por último, LANGE (*Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinnsgemeinschaft*, NJW, 1957, 1.381) nos dice que «en el § 1.371, párrafo I, se incrementa en una cuarta parte la porción hereditaria *legítima* del cónyuge supérstite». Hemos aportado amplia información sobre la cuestión tratada (procedencia del incremento sucesorio sólo en los casos de sucesión legítima) porque, aunque ésta parece ser indudablemente la solución correcta en base al párrafo I del § 1.371, su posible relación con el párrafo II de la propia norma pudiera inducir a primera vista a una cierta desorientación.

(278) Basta leer el nuevo § 1.371, I, BGB para darse cuenta de que la estructura del precepto está concebida de esta forma (véase).

(279) Nos parece, por lo tanto, plenamente correcta la terminología

te de la herencia en que se aumenta la porción hereditaria legítima del cónyuge superviviente, por disposición del nuevo § 1.371, I, ha de armonizarse con lo establecido en el § 1.931 referente a la sucesión legítima del cónyuge viudo y con lo preceptuado en el § 2.303 sobre los derechos legitimarios del mismo. Según esto, resultará que la porción hereditaria legítima del cónyuge superviviente es ahora la mitad de la herencia o tres cuartas partes de ella, según los casos (280). El incremento de la porción hereditaria legítima trae como consecuencia el que también resulte aumentada la cuantía de la cuota legitimaria que, según el § 2.303, se determina en base a aquella: es su mitad. Así, pues, la legítima es ahora una cuarta parte de la herencia o tres octavas partes de la misma, según los casos (281) (282).

empléada por BARMANN que, al exponer esta materia en su reciente trabajo sobre el nuevo Derecho matrimonial de bienes publicado en el «Archiv» y ya citado, habla de «derecho hereditario en lugar de nivelación de la ganancia». Cfr. BARMANN: *Das neue Ehegüterrecht*, ACP, 157, 181 y sigs.

(280) El porqué de esta solución está claro. El § 1.931 determina que la porción hereditaria legítima del cónyuge superviviente consiste en una cuarta parte de la herencia cuando concurre con herederos de primer orden y en la mitad de la misma si la concurrencia es con herederos de segundo orden o con abuelos. Si, por disposición del § 1.371, I, la porción hereditaria legítima del cónyuge queda incrementada en una cuarta parte de la herencia, la totalidad de aquella será en el primer caso (concurrencia con herederos de primer orden) de la mitad de dicha herencia, y en el segundo (concurrencia con herederos de segundo orden o con abuelos) de tres cuartas partes de ella. No surge cuestión cuando el cónyuge concurre con parientes más lejanos, porque en tal hipótesis se le defiere toda la herencia (§ 1931, II). No hay, pues, lugar al juego del incremento.

(281) La razón es obvia. Si, conforme al § 2.303, la cuota legitimaria o «legítima» (*Pflichtteil*) es la mitad de la porción hereditaria legítima (*gesetzliche Erbteil*), y ésta es ahora la mitad o las tres cuartas partes de la herencia, según que la concurrencia sea con herederos de primer orden o lo sea con herederos de segundo orden o con abuelos, la cuota legitimaria tendrá que ser en el primer caso de una cuarta parte de la herencia y en el segundo de tres octavas partes. Advertimos, sin embargo, que no en todo caso se determina la cuota legitimaria en base a la porción hereditaria legítima incrementada; hay supuestos en que la fijación de aquella se hace a base de ésta sin incremento alguno. Así sucede en las hipótesis en que el cónyuge superviviente se beneficia de la «nivelación de la ganancia» (de forma semejante a lo que ocurre cuando el régimen de bienes se disuelve por una causa distinta de la muerte de uno de los esposos, §§ 1.373 y sigs.); en tal caso tiene derecho también a la legítima, pero fijada sobre la porción hereditaria sin incrementar. Así se deduce del párrafo II (y del III) del § 1.371 que en seguida estudiaremos. En definitiva: la legítima resulta incrementada (por tomarse por base la porción hereditaria con incremento) cuando el cónyuge superviviente no participa de la «nivelación de la ganancia» tal como ésta se configura en los §§ 1.373 y sigs. (o sea, cuando se aplica la llamada *solución de Derecho sucesorio*); la legítima no resulta incrementada (por tomarse por base la porción hereditaria sin incremento) cuando el cónyuge superviviente se beneficia de la «nivelación de la ganancia» regulada en los §§ 1.373 y sigs. (o sea, cuando se aplica la llamada *solución de Derecho de bienes*). La legítima no incrementada se califica de *kleiner Pflichtteil* (legítima estricta, legítima pe-

Para terminar la referencia al § 1.371 veamos brevemente lo dispuesto en sus párrafos II, III y IV. En los dos primeros se contienen unas reglas especiales para la hipótesis en que el cónyuge no es heredero o en que repudia la herencia; en el IV una determinación para el caso de existencia de hijastros, nietastros, etcétera, es decir, de descendientes del cónyuge premuerto que no lo sean a la vez del supérstite.

El párrafo II del § 1.371, como ya vimos al transcribirlo, establece que el cónyuge podrá exigir la «nivelación de la ganancia» de acuerdo con el sistema de los §§ 1.373 y siguientes (o sea, del mismo modo que cuando la «comunidad» no termina por muerte de un cónyuge) en la hipótesis en que no sea heredero ni le corresponda tampoco ningún legado (283). En este caso, continúa

queña); la legítima incrementada se denomina *grosser Pflichtteil* (legítima amplia, legítima grande). En el sentido aquí indicado, BREITZKE, LAUTERBACH, RECHENMACHER, LANGE, etc. Citas en la nota siguiente.

(282) En relación con el incremento de la porción hereditaria legítima y coincidiendo con lo dicho en el texto cfr., por ejemplo, LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzkommentar* (17.^a ed., 1958), § 1.371, 2, 1128; BREITZKE, en ACHILLES-GREIFF, *BGB* (20.^a ed., 1958), § 1.371, 3, 744; BREITZKE, en KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, § 1.371, *BGB*, 2, 343-344; BARMANN: *Das neue Ehegüterrecht*, ACP, 157, 185-186; LANGE: *Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinnsgemeinschaft*, NJW, 1957, 1.381. El propio § 1.931 ha sido adicionado por la Ley de equiparación con un inciso final en el que deja a salvo lo dispuesto en el nuevo § 1.371. En lo tocante al incremento de la cuota legítimaria, la solución indicada en el texto y precisada en la nota anterior es también la mantenida por LAUTERBACH: § 1.371, 2, 1128; 4, 1129; RECHENMACHER: *ibidem*, § 2.303, 3, 1615; BREITZKE: § 1.371, 2, 344; 7, 348-350; 8, 350-352; LANGE: 1.381, 1.382. También el § 2.303 ha sido adicionado con un inciso en el que se deja a salvo lo dispuesto en el § 1.371. De los autores citados, LANGE se refiere conjuntamente al incremento de la porción hereditaria legítima y al de la cuota legítimaria cuando nos dice: «En el § 1.371, párrafo I, se incrementa la porción hereditaria legítima del cónyuge supérstite en una cuarta parte. Por esto, en concurrencia con descendientes, recibe ahora la mitad de la herencia y en concurrencia con los padres y sus descendientes y con abuelos las tres cuartas partes de la misma (§ 1.931, I). De acuerdo con esta porción hereditaria incrementada se determina la legítima, en su configuración normal y especial. Según esto, la legítima asciende ahora, en los supuestos de exclusión plena de la sucesión (*bei voller Enterbung*), a una cuarta parte o a tres octavas partes del valor de la herencia (§ 2.303, párrafo I, inciso 2). Esta regulación, termina el autor citado, es la pura y genuina solución de Derecho sucesorio; nada tiene que ver con la nivelación de la eventual ganancia». Cfr. LANGE, 1.381. A continuación alude a la hipótesis de que el cónyuge supérstite quiera beneficiarse de esta nivelación, en cuyo caso habrá que estar a los párrafos II y III del § 1.371. Si, además, el cónyuge exige la legítima, ésta se determina sobre la base de la porción hereditaria sin incrementar, siendo entonces de una octava parte (en concurrencia con descendientes) o de una cuarta parte de la herencia (en concurrencia con herederos de segundo orden o con abuelos). Así se desprende de la relación del § 1.931 con el § 2.303. Sobre esto, LANGE, 1.381-1.382. Amplias indicaciones con referencia a cuestiones difíciles en la práctica en BARMANN: *Das neue Güterrecht*, ACP, 157, 189-195.

(283) Como ya sabemos, si es heredero legítimo hay que estar a lo dis-

el párrafo II, la legítima del supérstite o la de otro titular de cuota legitimaria se determina en función de la porción hereditaria sin incrementar.

El párrafo III contempla la hipótesis de repudiación de la herencia por el cónyuge supérstite, determinando que entonces puede exigir, además de la «nivelación de la ganancia», la legítima, aunque ésta no le correspondiese según las disposiciones del Derecho sucesorio. Nos parece innecesario advertir que la nivelación de la ganancia y la determinación de la legítima se harán conforme a lo preceptuado en el párrafo II, del cual el III no es sino una *subspecie* concreta (284). Termina el párrafo III estableciendo que no se podrá exigir la legítima por el cónyuge (así es como ha de entenderse la expresión «esto no vale») si aquél ha renunciado a su derecho hereditario legítimo o a su derecho a la legítima por contrato con el premuerto.

Por último, el párrafo IV contiene una norma específica para el caso de que existan descendientes del cónyuge fallecido que no lo sean a la vez del supérstite. En tal hipótesis, éste ha de procurar a aquéllos los medios para una formación adecuada. Ha de hacerlo así si lo necesitan y en la medida que lo necesitan y a costa de la cuarta parte que como incremento le corresponde según el párrafo I. La norma del párrafo IV es, pues, un complemento de la contenida en el párrafo I.

Con lo dicho, creemos que queda suficientemente completa la exégesis del nuevo § 1.371 BGB, sin duda una de las disposiciones fundamentales referentes al régimen legal de bienes instaurado por la Ley de equiparación de 1957 (285).

2) Terminación de la «comunidad» por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges. Se regula esta hipótesis en los §§ 1.372 a 1.390 (nueva redacción). «Si el estado de bienes, dice el § 1.372, termina de una forma distinta a la muerte de un cónyuge, la ganancia se nivela según las disposiciones de los §§ 1.373 a 1.390». Veamos, pues, sucintamente, qué es lo que determinan estas normas (286). Comenzaremos por afirmar que en el supuesto o con-

puesto en el párrafo I. Si lo es testamentario, o acepta (en cuyo caso todo se hará conforme a la voluntad del cónyuge causante) o repudia (en cuya hipótesis la norma a aplicar es el párrafo III, a cuyo contenido vamos a referirnos en seguida).

(284) Por lo tanto; nivelación de la ganancia, según los §§ 1.373 y sigs.; determinación de la legítima en base a la porción hereditaria legítima «sin incrementar».

(285) Aparte de los indicados se relacionan más o menos directamente con el § 1.371 los §§ siguientes del BGB: 1.932, 2.008, 2.054, 2.311, párrafo I, inciso 2; 2.331, 2.356, párrafo II, inciso 1. Cfr. BARMANN: *Das neue Güterrecht*, 185.

(286) Así como a lo dispuesto en el § 1.371, I, para el caso de muerte de un cónyuge (incremento sucesorio) se le da el nombre de «solución de Derecho sucesorio» (*erbrechtliche Lösung*) a las disposiciones que ahora vamos a considerar, contenidas en los §§ 1.373 y sigs., se las designa como «solución de Derecho de bienes» (*güterrechtliche Lösung*). Cfr. LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB. Kurzcommentar*, 17^a ed., 1958, 1.128-1.129.

junto de supuestos que vamos a estudiar (terminación de la «comunidad» por motivo distinto a la muerte de un cónyuge) es cuando propiamente y con corrección puede y debe hablarse de «nivelación de la ganancia» (*Ausgleich des Zugewinns*). Por dos razones: porque las reglas contenidas en los §§ 1.373 y sigs. son, en efecto, disposiciones que contemplan y estructuran un verdadero procedimiento de nivelación y porque esta nivelación sólo procede, cosa natural, cuando de una manera efectiva exista la «ganancia» en la realidad. Por tanto, la primera cuestión a resolver al terminar la «comunidad de ganancia» es la de concretar si, durante la vigencia de la misma, los cónyuges han obtenido o no *Zugewinn* o «ganancia».

De la recíproca relación entre los §§ 1.373, 1.374 y 1.375 resulta que existe *ganancia* o *Zugewinn* para un cónyuge cuando la cuantía de su patrimonio, al terminar el régimen de bienes, sea superior a la cuantía del mismo al empezar dicho régimen; en otras palabras, y para emplear la terminología legal, cuando su patrimonio final supere a su patrimonio inicial. «*Zugewinn* (ganancia), establece el § 1.373, es la suma en que el patrimonio final de un cónyuge supera al patrimonio inicial del mismo». La «ganancia» es, pues, una cantidad que funciona, como indica BEITZKE (287), siempre con signo positivo; no cabe una «*Zugewinn*» negativa. Únicamente existe «ganancia» cuando el patrimonio inicial resulta superado por el patrimonio final. Lo que ha de entenderse por ambos patrimonios nos lo dicen los §§ 1.374 y 1.375. Según el primero de ellos, se entiende por *patrimonio inicial* (*Anfangsvermögen*) el patrimonio que, previa deducción de las obligaciones, corresponde a un cónyuge al comenzar el régimen de bienes. El propio precepto determina que las obligaciones sólo pueden deducirse hasta la cuantía del patrimonio, y en cuanto a lo que un cónyuge adquiera, después de tener ya vigencia la «comunidad», por causa de muerte o en consideración a un derecho hereditario futuro, por donación o como equipo, se establece que, también previa deducción de las obligaciones, se computará en el patrimonio inicial, en la medida en que lo adquirido no deba computarse en los ingresos o rendimientos, según las circunstancias. He aquí el texto literal del § 1.374: «Patrimonio inicial es el patrimonio que, previa deducción de las obligaciones, pertenece a un cónyuge al producirse el estado de bienes; las obligaciones sólo pueden ser deducidas hasta la cuantía del patrimonio (288).—El patrimonio

(287) Cfr. BEITZKE, en ACHILLES-GREIFF, BGB, 20ª ed., 1958, § 1.373, 745. En el supuesto de que exista pérdida para un cónyuge, por ser mayor su patrimonio inicial que su patrimonio final, el otro cónyuge «no participa» en esa pérdida; ésta sólo recae sobre el cónyuge a quien afecte.

(288) Resulta así que el patrimonio inicial nunca puede tener un signo negativo; podrá ser como mínimo *cero*, pero no una cantidad negativa. Para esto precisamente se determina que la deducción de obligaciones tiene su límite cuantitativo en el importe del patrimonio que exista de manera real. La finalidad de esta disposición está clara: evitar que el patri-

que un cónyuge adquiriera, después de producirse el estado de bienes, por causa de muerte o en consideración a un derecho hereditario futuro, por donación o en concepto de equipo, se computa, previa deducción de las obligaciones, en el patrimonio inicial, en la medida en que lo adquirido no haya de computarse en los ingresos o rendimientos (*Einkünfte*) según las circunstancias» (289). Al patrimonio final (*Endvermögen*) se refiere, como ya hemos dicho, el § 1.375. Se considera, según esta norma, patrimonio final el patrimonio que, previa deducción de las obligaciones, corresponde a un cónyuge al terminar el régimen de bienes. En cuanto a la deducción de las obligaciones, cabe que ésta tenga lugar incluso en lo que superen la cuantía del patrimonio (recuérdese que en el patrimonio inicial las obligaciones sólo se deducen hasta el importe del mismo) en el supuesto de que procedan pretensiones contra terceros por haber recibido donaciones del cónyuge, cuyo patrimonio final se trata de determinar (§ 1.390). Continúa el § 1.375 indicando que en el patrimonio final hay que computar la cantidad en que éste ha disminuído como consecuencia de que, después de estar vigente el régimen de bienes, el cónyuge haya hecho donaciones, haya gastado pródigamente su patrimonio o haya llevado a cabo actos con las intenciones de perjudicar a su consorte. Termina el precepto que nos ocupa manifestando que la computación mencionada no tiene lugar si la aminoración patrimonial se había realizado, por lo menos, diez años antes de producirse la terminación del régimen de bienes o si el otro cónyuge estaba de acuerdo con la atribución gratuita o con la prodigalidad. El texto literal del § 1.375 es el siguiente: «Patrimonio final es el patrimonio que, previa deducción de las obligaciones, pertenece a un cónyuge al terminar el estado de bienes. Las obligaciones, si pueden ejercitarse pretensiones contra terceros de acuerdo con el § 1.390, se deducen incluso en la medida que superen la cuantía del patrimonio (290).—En el patrimonio final de un cónyuge ha de computarse

monio final resulte consumido por la posterior «nivelación de la ganancia» (BEITZKE) o, lo que es lo mismo, evitar que la *Zugewinn* o «ganancia» pueda ser mayor que el patrimonio final que exista realmente (LAUTERBACH). Cfr. BEITZKE, en ACHILES-GREIFF, BGB, § 1.374, 4, 745; LAUTERBACH, en PALANDT: *BGB-Kurkcommentar*, § 1.374, 2, 1.131. También BREITZKE, en KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz. Kommentar*, § 1.374, 1, 361-362; BARMANN: *Das neue Ehegüterrecht*, 168-169.

(289) Como indica LAUTERBACH (PALANDT, § 1.374, 2, 1.131) es lógico que, salvo cuando deba computarse como rendimiento normal, lo adquirido después de estar vigente el régimen de bienes, por causa de muerte, en consideración a un derecho hereditario futuro, por donación o como equipo, corresponda exclusivamente al cónyuge que lo adquiere sin que tenga que «nivelarlo» con el otro. Para ello es para lo que se computa en el patrimonio inicial. A nuestro juicio hubiera sido más lógico, en lugar de añadir las adquisiciones indicadas al patrimonio inicial, deducirlas del patrimonio final. El resultado práctico habría sido el mismo, pero conseguido a través de una fórmula más correcta desde el punto de vista de la lógica y de la técnica jurídica.

(290) De este inciso 2 del párrafo I del § 1.375 se deduce que tam-

la suma en que este patrimonio resulta disminuído por la circums-

bién con relación al patrimonio final la regla general es la de que las obligaciones sólo pueden deducirse hasta el importe del mismo, por lo cual dicho patrimonio normalmente no podrá ser una cantidad negativa; su cuantía mínima será *cero*, pero no menos de *cero* (cfr. LAUTERBACH: § 1.375, 2 y 5, 1.133; BREITZKE: § 1.375, I, 365; BARMANN: 169-170, etc.). Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con relación al patrimonio inicial (la regla no tiene excepción alguna, cfr. § 1.374, I), tratándose del patrimonio final el principio de que las obligaciones sólo se deducen hasta el importe del mismo tiene una importante excepción en el caso de que el cónyuge que tiene derecho a exigir la «nivelación de la ganancia» pueda ejercitar pretensiones contra terceros a causa de las atribuciones gratuitas que éstos han recibido del otro cónyuge y como consecuencia de no poder hacer valer contra éste su crédito de nivelación, porque este crédito se encuentra limitado por la cuantía del patrimonio que realmente exista (así es como hay que entender la remisión que el § 1.375, I, 2, hace al § 1.390, que a su vez se remite al § 1.378. Como más adelante veremos, el § 1.378 establece que el crédito de nivelación es la mitad del exceso de la *Zugewinn* de un cónyuge sobre la del otro, y que este crédito queda limitado por el importe del patrimonio que exista. Sobre esto hemos de volver; de momento sólo hacemos esta anticipación para explicar la excepción que estamos tratando). Decimos que en el supuesto de que el cónyuge con derecho a nivelación pueda dirigirse contra terceros, por las razones indicadas, cabe que las obligaciones del patrimonio final se deduzcan incluso en lo que superen el importe de dicho patrimonio (§ 1.375, I, 2); o sea, que, en este caso excepcional, el patrimonio final puede ser inferior a *cero*: una cantidad de signo negativo. La finalidad de esta disposición es colocar al cónyuge que tiene derecho a «nivelación de la ganancia» en la misma situación en que se encontraría de no haberse hecho (por el otro cónyuge) a favor de tercero las donaciones que le facultan a dirigirse contra éste. Si en esta hipótesis, al computar en el patrimonio final las donaciones en cuestión (§ 1.375, II, núm. 1), se partiera de *cero* en lugar de partir de la oportuna cantidad negativa que resulta de deducir las obligaciones (que superaban al activo existente), resultaría ficticiamente aumentada la *Zugewinn* o «ganancia» y, como consecuencia, incrementado de forma injustificada el crédito de nivelación. Esto es lo que se quiere evitar mediante la disposición que comentamos (§ 1.375, párrafo I, inciso 2). Con un ejemplo quedará aclarado lo que hemos dicho. Supongamos (en un caso en el que el patrimonio inicial del marido es *cero*, y *cero* el patrimonio final de la mujer) que el activo del patrimonio final del marido es de 15.000 marcos; supongamos también que ha hecho donaciones por valor de 10.000 marcos, y supongamos, por último, que las deudas ascienden a 20.000 marcos. Conforme al precepto que estudiamos la manera de computar el patrimonio final es ésta: de los 15.000 marcos de activo se deducen los 20.000 de obligaciones, con lo que queda una suma negativa de - 5.000 marcos. Pero como a esa cantidad hay que añadir los 10.000 marcos que importan las donaciones (cfr. § 1.375, II núm. 1), el patrimonio final definitivo del marido será $- 5.000 + 10.000 = + 5.000$. Estos 5.000 marcos son la *Zugewinn* o «ganancia» del marido. El crédito de nivelación de la mujer será, por lo tanto, de 2.500 marcos (téngase en cuenta que según el § 1.378, I, el crédito de nivelación es la mitad del exceso de la «ganancia» de un cónyuge sobre la del otro y téngase en cuenta además que en el ejemplo propuesto la mujer no obtuvo «ganancia», porque su patrimonio final era *cero*; luego el exceso de la *Zugewinn* del marido sobre la suya es de 5.000, siendo, pues, 2.500 el crédito de nivelación). Veamos cómo sería el mismo el crédito de nivelación en el supuesto de que el marido no hubiese hecho donaciones por valor de 10.000 marcos. Entonces, en el ejemplo que utilizamos, el patrimonio final del marido tendría un activo de $15.000 \div 10.000$, o sea, de 25.000 marcos,

tancia de que el cónyuge, después de haberse producido el estado de bienes: 1, haya hecho atribuciones gratuitas mediante las cuales no haya atendido a un deber moral o a una medida a tomar en relación con el decoro; 2, haya gastado el patrimonio con prodigalidad, o 3, haya llevado a cabo actos con la intención de perjudicar al otro cónyuge.—El importe de la disminución del patrimonio no se computa en el patrimonio final si ha tenido lugar, por lo menos, diez años antes de la terminación del estado de bienes o si el otro cónyuge ha estado de acuerdo con la atribución gratuita o con la prodigalidad».

Una vez fijados el patrimonio inicial y el patrimonio final de cada cónyuge y constatada a través de su respectiva comparación la existencia de «ganancia» para ambos cónyuges (recuérdese que para cada uno de ellos la «Zugewinn» es la cantidad en que su patrimonio final supera a su patrimonio inicial, § 1.373), es preciso cotejar la «ganancia» o «Zugewinn» del marido y la de la mujer, para determinar si procede o no la «nivelación» de que habla la ley. Dicha «nivelación de la ganancia» (*Ausgleich des Zugewinns*) sólo deberá tener lugar en el caso de que dichas «ganancias» sean desiguales, es decir, en el caso de que la «Zugewinn» de un cónyuge sea superior a la del otro. En tal hipótesis, conforme se deduce del § 1.378, I, el cónyuge que haya obtenido una «ganancia» menor puede exigir del otro, *en concepto de crédito de nivelación* (*als Ausgleichsforderung*, dice el texto legal), la mitad del excedente de una «ganancia» sobre la otra (291). «Si la *Zugewinn* de

que, una vez deducidos los 20.000 de obligaciones, quedarían reducidos a 5.000. Esta cantidad sería la *Zugewinn* del marido, y el crédito de nivelación de la mujer 2.500. Por lo tanto, igual que en el caso de haberse hecho donaciones y computarse su importe en el patrimonio final, deduciéndose de éste las obligaciones hasta donde proceda, aunque superen la cuantía del activo. Esto es precisamente lo que ha pretendido la regla del § 1.375, I, 2, al decretar que en el supuesto de poder ejercitarse pretensiones contra terceros que recibieron donaciones, las deudas del patrimonio final se deduzcan incluso en lo que superen a la masa activa de éste. Si, en el ejemplo propuesto, se hubiese seguido la regla general en cuanto a la deducción de las obligaciones (haciéndolo sólo hasta el importe del activo), al computar la cuantía de las atribuciones gratuitas en el patrimonio final hubiera tenido que considerarse que su valor era *cero* en lugar de —5.000. Con lo cual o + 10.000 de donaciones daría un patrimonio definitivo de 10.000. Esta sería en nuestro ejemplo la *Zugewinn*, importando entonces el crédito de nivelación 5.000 marcos en vez de 2.500 que es lo que verdaderamente corresponde que sea. Este aumento injustificado del crédito, consecuencia del incremento ficticio de la cuantía del patrimonio final, es lo que se ha querido evitar y para lo que se ha establecido la excepción a la regla general en cuanto al sistema a seguir en la deducción de obligaciones. Sobre la cuestión tratada, BREITZKE: § 1.375, I, 365-366; BEITZKE en *ACHILLES-GREIFF*, § 1.375, 5, 7-15; BARMANN, 170; LAUTERBACH, en *PALANDT*, § 1.375, 5, 1-133. De todas formas en todos estos autores la norma resulta explicada de manera oscura e insuficiente. Por eso hemos procurado hacerlo nosotros con la máxima claridad.

(291) Como es natural, aunque no se diga expresamente por la ley, la «nivelación» procederá asimismo en el caso de que sólo uno de los cónyuges haya obtenido «ganancia» o *Zugewinn*. En semejante supuesto deberá

un cónyuge, dice el párrafo I del § 1.378, supera a la *Zugewinn* del otro corresponde a ésta la mitad del exceso como crédito de nivelación» (292). Este crédito de nivelación está limitado en su importe por la cuantía del patrimonio que exista después de deducidas las obligaciones. El párrafo II del § 1.378 establece esta limitación en los siguientes términos. «El importe del crédito de nivelación, determina, está limitado por el valor del patrimonio que, previa deducción de las obligaciones, exista al terminar el estado de bienes». Por tanto, si el importe del crédito es superior al valor del patrimonio que realmente exista después de deducidas las deudas, el crédito queda limitado al valor de dicho patrimonio (293), sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder al cónyuge acreedor contra tercero (§ 1.390). El crédito de nivelación no puede, pues, ser superior al valor del activo que exista para hacerle frente. La finalidad de la limitación que estudiamos no es otra que la de proteger a los acreedores del cónyuge deudor de la nivelación; los créditos de terceros tienen, como dice BEITZKE, un rango preferente al crédito de nivelación (294). Las demás disposiciones que contiene el § 1.378 sobre dicho crédito se refieren al momento de nacimiento del mismo (al terminar el régimen de bienes) y a su cualidad de transmisible y heredable desde entonces (párrafo III), y a la prescripción trienal de él (párrafo IV) (295).

Lo que hasta aquí hemos indicado no son sino los aspectos fundamentales o trazos esenciales del nuevo régimen legal de bienes introducido en Alemania por las disposiciones de la Ley de equiparación de 1957; lo que con propiedad podríamos calificar

repartir por mitad dicha *Zugewinn* con el otro. En este sentido, por todos, cfr., por ejemplo BEITZKE, en ACHILLES-GREIFF, § 1.378, 2, 747. Precisamente en el ejemplo que propusimos en la nota anterior para explicar el inciso 2 del párrafo I del § 1.375 partimos de esta hipótesis para más simplicidad.

(292) Veamos con un ejemplo sencillo la esencia del sistema, deducida de los §§ 1.373, 1.374, 1.375 y 1.378, I. Patrimonio inicial de la mujer, 20; patrimonio final de la misma, 60. Su «ganancia» o *Zugewinn* es pues de 40. Patrimonio inicial del marido, 10; patrimonio final del mismo, 70. Es, por lo tanto, su «ganancia» o *Zugewinn* de 60. Como la «ganancia» del marido supera a la de la mujer en 20, le corresponde a ésta como crédito de nivelación la mitad del exceso, o sea, 10.

(293) Como dice LAUTERBACH (PALANDT, § 1.378, 2, 1.136), los casos en que en la práctica puede ser mayor el importe del crédito de nivelación que el valor del patrimonio son aquellos en que al determinar dicho patrimonio se han computado en él valores que ya no existen; como, por ejemplo, la cuantía de donaciones hechas a tercero (§ 1.375, II).

(294) Cfr. BEITZKE, en ACHILLES-GREIFF, § 1.378, 5, 747. En igual sentido LAUTERBACH, en PALANDT, § 1.378, 2, 1.136 y § 1.375, 4, 1.133; BREITZKE, § 1.378, 2, 376-377; BARMANN, 178, 179.

(295) Al «crédito de nivelación» (*Ausgleichsforderung*) y a la forma de fijación y computación del mismo se han referido REINTCKE: *Die Berechnung der Ausgleichsforderung im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft*, BB, 1957, 759; HAEGELE: *Zur Feststellung der Ausgleichsforderung bei Zugewinnsgemeinschaft*, «Justiz», 1958, 14 (con ejemplos de computación).

de armazón o esqueleto del sistema. Como es lógico, en la reglamentación legal de mismo existen otras muchas normas que complementan o aclaran lo indicado o que hacen referencia a alguna hipótesis concreta, para la que son necesarios preceptos específicos. Tales normas aluden a la forma de computación del patrimonio inicial y del patrimonio final y a la eficacia del inventario (§§ 1.376, 1.377), al deber de información sobre el estado del patrimonio (§ 1.379), a lo que ha de imputarse al crédito de nivelación (§ 1.380), a la facultad de negarse a satisfacer el crédito de nivelación, cuando la «nivelación de la ganancia» fuera gravemente contraria a la equidad según las circunstancias (§ 1.381) (296), a las formas y atenuaciones en el cumplimiento del crédito de nivelación (§§ 1.382, 1.383), a la computación de la *Zugewinn* en el caso de divorcio (§ 1.384), a la «nivelación» anticipada en los supuestos de vida separada y en otros casos (§§ 1.385 a 1.389) y a los derechos del cónyuge titular del crédito de nivelación frente a terceros en los supuestos en que éstos hayan recibido atribuciones gratuitas por parte del otro cónyuge (§ 1.390).

Indicados ya los aspectos principales de la «comunidad de ganancia» o «Zugewinnngemeinschaft», como nuevo régimen legal de bienes a «estado legal de bienes», introducido en Alemania por la Ley de equiparación de 1957, pasámos ahora a ocuparnos del régimen contractual de bienes o «estado contractual de bienes», tal como ha quedado configurado por dicha Ley en la nueva reglamentación.

B) *Régimen contractual*.—La nueva reglamentación del régimen de bienes establecido en virtud de contrato matrimonial se caracteriza por dos notas: a) A diferencia de lo que sucede en relación con el régimen legal, en lo que atañe al régimen contractual no se introduce en realidad un sistema nuevo en concepto de tal, sino que más bien lo que se hace es adaptar las antiguas normas a las exigencias derivadas del principio de igualdad de derechos de los cónyuges; b) se simplifica bastante la reglamentación anterior.

Teniendo en cuenta lo indicado, en especial la primera de las circunstancias apuntadas, sólo de una manera muy ligera nos vamos a referir a la nueva reglamentación del régimen convencional de bienes, que, en su mayor parte, no es otra cosa que una adaptación de normas sobradamente conocidas a la nueva situación originada en el Derecho de familia por el principio de igualdad

(296) Según el propio § 1.381 se da especialmente «grave inequidad» (*grobe Unbilligkeit*) cuando el cónyuge que ha obtenido una *Zugewinn* inferior, es decir, el cónyuge titular del crédito de nivelación no ha cumplido durante largo tiempo, y de manera culpable, los deberes económicos que se derivan de la relación conyugal. Sobre esta cuestión de la negativa de cumplimiento del crédito de nivelación por razones de equidad puede consultarse KLEINHEYER: *Die Verweigerung des Zugewinn-Ausgleich wegen grober Unbilligkeit* (§ 1.381 BGB, n. F.), EF., 1957, 283.

jurídica de los cónyuges y por el desarrollo del mismo en la Ley de equiparación (297).

La materia relativa al régimen contractual de bienes se encuentra contenida en los §§ 1408 a 1518 del BGB. Estas normas están agrupadas en tres apartados. El primero ofrece unas disposiciones generales sobre el contrato matrimonial: contenido, libertad de pacto limitada, forma de celebración, eficacia frente a terceros, cesión de un cónyuge al otro de su patrimonio para que lo administre y exclusión o limitación del derecho de revocar esta cesión (§§ 1.408-1.413) (298). El segundo contiene una simple alusión al régimen de separación de bienes (§ 1.414). El tercero está dedicado a la configuración normativa de la comunidad de bienes, como estado contractual de los mismos en el matrimonio (§§ 1.415 a 1.518).

Como puede apreciarse, se ha simplificado bastante el sistema con relación a la situación anterior, en la cual, aparte de la separación de bienes (que podía funcionar también como régimen legal subsidiario) se configuraban como «estados contractuales» la comunidad universal de bienes, la comunidad de adquisiciones o comunidad de ganancias (299) y la comunidad de muebles y ganancias. Ahora, después de la Ley de equiparación, como régimen convencional, propiamente dicho, sólo se regula la «comunidad de

(297) Además de la bibliografía recogida en las notas 257 y 267, al régimen contractual de bienes, o a alguno de sus aspectos, se refieren de una manera específica, HAEGELE: *Die vertraglichen Güterstände des Gleichberechtigungsgesetzes*, «Justiz», 1957, 427; HAEGELE: *Zum Ehevertrag auf allgemeine Gütergemeinschaft in den Übergangszeit*, EF, 1957, 286; MEYER: *Zum Ehevertrag während der Übergangszeit*, EF, 1957, 399; ROHS: *Geschäftswert der durch Ehevertrag vereinbarten Ausschliessung oder Aufhebung des Güterstandes der Zugewinnmehrschaft sowie der einseitigen Erklärung eines Ehegatten, dass für die Ehe Gütertrennung gelten solle*, «Rpfleger», 1957, 331; VOIGT-ROHS: *idem*, «Rpfleger», 1958, 8; WEIRICH: *Zum Ehevertrag während der Übergangszeit*, EF, 1957, 401; MEYER: *Güterstandsaufhebungsurteil und Güterrechtsregister*, EF, 1957, 285.

(298) El § 1.408 coincide textualmente con el antiguo § 1.432; manifiesta que «los cónyuges pueden regular por contrato (contrato matrimonial) sus relaciones jurídico-patrimoniales, en especial aun después de contraer el matrimonio pueden suprimir o modificar el estado de los bienes». El § 1.409 prohíbe que el estado de los bienes o régimen de los mismos se determine por remisión a una ley ya no vigente o a una ley extranjera. El § 1.410 establece que el contrato matrimonial tiene que concluirse ante Tribunal o ante notario con asistencia simultánea de ambas partes. El § 1.411 se refiere al caso de que uno de los contratantes esté limitado en su capacidad negocial, en cuya hipótesis requiere el asentimiento de su representante legal para concluir el contrato matrimonial. El § 1.412 preceptúa los presupuestos para la eficacia frente a tercero de aquel contrato matrimonial en que se excluye o modifica el régimen legal de bienes. Y el § 1.413 manifiesta por su parte que si un cónyuge cede su patrimonio a la administración del otro, el derecho de revocar esta cesión en todo momento sólo puede ser excluido o modificado por contrato matrimonial.

(299) Esta «comunidad de ganancias» o «comunidad de adquisiciones» (*Errungenschaftsgemeinschaft*) nada tiene que ver con la «comunidad de ganancia» (*Zugewinnmehrschaft*) que introduce la Ley de equiparación como régimen legal.

bienes», la cual, en realidad, no es otra cosa que la antigua comunidad universal adaptada, por supuesto, a la idea de que los cónyuges que en ella participan tienen iguales derechos y obligaciones (300). La separación de bienes, tanto puede considerarse régimen contractual como régimen legal subsidiario (301).

Refirámonos brevemente a la *comunidad de bienes* tal como está configurada, en concepto de régimen contractual, por los §§ 1.415 a 1.518 del BGB en la redacción que han recibido por la Ley de equiparación. Los párrafos indicados están distribuidos en cinco subapartados: *a)* disposiciones generales (§§ 1.415-1.421); *b)* administración del patrimonio común por el marido o por la mujer (§§ 1.422-1.449); *c)* administración conjunta del patrimonio común por ambos cónyuges (§§ 1.450-1.470); *d)* liquidación del patrimonio común (§§ 1.471-1.482); y *e)* comunidad de bienes continuada (§§ 1.483-1.518). He aquí lo fundamental de la nueva reglamentación.

1) La comunidad de bienes tiene lugar cuando los cónyuges pacten este sistema por contrato matrimonial (§ 1.415).

2) La masa patrimonial básica está constituida por el patrimonio común (*Gesamtgut*) de los cónyuges, que se integra con el patrimonio del marido y el de la mujer que, mediante la comunidad, se convierten en patrimonio conjunto de ambos cónyuges, del cual pasa a formar parte también lo adquirido por el marido o por la mujer con posterioridad a la vigencia de la comunidad (§ 1.416). Junto al patrimonio común existen otras dos masas de bienes que no pasan a formar parte del mismo. Estas masas independientes, excluidas del patrimonio común, están constituidas por el «patrimonio especial» (*Sondergut*) y por el «patrimonio reservado» (*Vorbehaltsgut*) de cada cónyuge (302). Estas dos masas

(300) «La Ley de equiparación, dice NOVACK, tan sólo conoce la comunidad de bienes como único sistema electivo reglamentado legislativamente», indicándonos a continuación que a este sistema se le denominaba hasta ahora «comunidad universal de bienes». Cfr. NOVACK, en KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz*, 420.

(301) Cfr. BEITZKE, en ACHILLES-GREIFF: BGB, 732, y también en § 1.414, 752-753. BREITZKE (en KRÜGER-BREITZKE-NOVACK, § 1.414, 419-420), entiende que la separación de bienes sólo puede producirse en virtud de contrato matrimonial o como consecuencia de sentencia que reconozca la nivelación anticipada de la «ganancia» en el régimen legal (§ 1.388). Cfr. también más ampliamente LAUTERBACH, en PALANDT, § 1.414; 1.151. El texto del § 1.414 nuevo, que es el que se refiere a la separación, es éste: «Si los cónyuges excluyen el estado legal de bienes o si lo suprimen, se produce la separación de bienes en el caso de que otra cosa no se deduzca del contrato matrimonial. Lo mismo vale si es excluida la nivelación de la ganancia o si es suprimida la comunidad de bienes.»

(302) Al patrimonio especial se refiere el § 1.417, que establece lo siguiente: «Del patrimonio común está excluido el patrimonio especial.—Son patrimonio especial los objetos que no pueden ser transmitidos por negocio jurídico.—Cada cónyuge administra independientemente su patrimonio especial. Lo administra por cuenta del patrimonio común.» Al patrimonio reservado se refiere el § 1.418 en estos términos: «Del patrimonio común está excluido el patrimonio reservado.—Son patrimonio reservado los

patrimoniales se administran de manera independiente por el cónyuge a quien pertenecen; pero con una importante diferencia entre ellas: mientras que cada cónyuge administra su patrimonio especial por cuenta del patrimonio común, su patrimonio reservado lo administra por su propia cuenta (§§ 1.417 y 1.418).

3) Con respecto a la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes, parece deducirse del § 1.419 que se trata de una comunidad en mano común (303), cuyos rendimientos y cuyo capital han de destinarse, en primer lugar, al sustento de la familia (§ 1.420).

4) El patrimonio común puede ser administrado por uno solo de los cónyuges o por ambos conjuntamente, de acuerdo con lo estipulado en el contrato matrimonial. Si nada se ha establecido al respecto, tiene lugar la administración conjunta de marido y mujer (§ 1.421).

La administración por uno de los cónyuges se regula minuciosamente en los §§ 1.422 a 1.449. Como criterio general y regla orientadora puede afirmarse que las normas que se establecen para la hipótesis de administración del patrimonio común por uno de los cónyuges (sea el marido o la mujer) coinciden sustancialmente, *mutatis mutandis*, con las que antes regulaban la administración del patrimonio común por el marido en la comunidad universal de bienes (§§ 1.443-1.470, redacción antigua) (304).

Son nuevas las disposiciones relativas a la administración conjunta del patrimonio común para ambos cónyuges (§§ 1.450-1.470). Como regla general se adopta el principio de actuación conjunta de ambos esposos; tanto los actos de administración (éstos por definición) como los actos de disposición han de llevarse a cabo de manera conjunta por marido y mujer. Por eso, se impone, lógicamente, a cada cónyuge un deber de colaboración con el otro, cuando lo requiera la ordenada administración del patrimonio común (§§ 1.450-1.454), indicándose los negocios jurídicos que cada cónyuge puede realizar sin la colaboración del otro (§ 1.455) o pre-

objetos: 1, que están declarados como patrimonio reservado de un cónyuge por contrato matrimonial; 2, que un cónyuge adquiere por causa de muerte o que le son atribuidos gratuitamente por un tercero, si el causante por disposición de última voluntad o el tercero en la atribución han determinado que lo adquirido debe ser patrimonio reservado; 3, que un cónyuge adquiere en base a un derecho perteneciente a su patrimonio reservado o como indemnización por la destrucción, menoscabo o sustracción de un objeto perteneciente al mismo o mediante un negocio jurídico que se refiere a dicho patrimonio reservado.—Cada cónyuge administra independientemente el patrimonio reservado. Lo administra por cuenta propia.» Este § 1.418 se cierra con una remisión a otra norma en relación con la eficacia frente a tercero de la pertenencia de objetos al patrimonio reservado.

(303) Conforme al § 1.419 cada cónyuge no puede disponer de su cuota en el patrimonio común ni de su cuota en los objetos singulares del mismo, sin que tampoco pueda exigir la división.

(304) Basta comparar los §§ 1.443-1.470 (redacción primitiva) con los §§ 1.422-1.449 (redacción Ley de equiparación) para darse cuenta de la exactitud de esta afirmación. Por ello, en este lugar, basta esta referencia conjunta a los nuevos §§ 1.422-1.449.

viéndose como hipótesis concreta la de que el marido o la mujer ejerzan de forma independiente un negocio (§ 1.456). Las demás normas sobre la administración del patrimonio común por el marido y la mujer hacen referencia al enriquecimiento de dicho patrimonio como consecuencia de un negocio jurídico que un cónyuge lleve a cabo sin el necesario asentimiento del otro (§ 1.457), a la administración por uno sólo de los cónyuges en el supuesto de incapacidad negocial del otro (§ 1.458), a las obligaciones y responsabilidades del patrimonio común (§§ 1.459-1.462), a la relación interna entre los cónyuges (§§ 1.463-1.464), a los gastos de un litigio entre ellos (§ 1.465), a la constitución del equipo de los hijos que lo son de uno solo de los cónyuges (§ 1.466), a las indemnizaciones al patrimonio común por el marido o la mujer (§§ 1.467-1.468) y a las acciones de supresión de la comunidad (§§ 1.469-1.470).

5) Las restantes normas sobre la comunidad, relativas a la liquidación del patrimonio común (§§ 1.471-1.482) y a la comunidad de bienes continuada (§§ 1.483-1.518), coinciden en gran parte y en lo esencial con las referentes a iguales materias en la antigua comunidad universal de bienes (§§ 1.471-1.518, redacción primitiva). En este caso, la Ley de equiparación no ha hecho sino retocar los textos para ponerlos de acuerdo con el axioma de que el marido y la mujer «son iguales» ante la ley o para adaptar las remisiones a la nueva numeración de otros parágrafos (305). Por esto, excusamos, pues, toda otra referencia a las normas en cuestión.

III. *Obligación de alimentos entre parientes.*—Son poco importantes las modificaciones que en relación con la deuda alimenticia entre parientes ha introducido la Ley de equiparación. Han consistido en lo siguiente (306):

1) Se retoca el § 1.604 para adaptarlo a las nuevas normas sobre régimen de bienes en el matrimonio.

2) Queda derogado el § 1.605, como lógica consecuencia de haberse suprimido; como más adelante veremos, el aprovechamiento paterno sobre el patrimonio del hijo.

3) En el § 1.606, al hacerse referencia al orden por el que han de responder los parientes de la línea ascendente obligados a alimentos, se da igual tratamiento al padre y a la madre.

4) Por último, el § 1.612 se modifica, en cuanto a la forma de prestación de los alimentos, en lo relativo a los plazos de satisfacción anticipada de la renta alimenticia; antes se satisfacía por trimestres anticipados, ahora por meses anticipados.

IV. *Relaciones paterno-filiales.*—Dentro de este epígrafe nos fijaremos, sucesivamente, en las relaciones entre padres e hijos en

(305) Una simple comparación de los antiguos §§ 1.471-1.518 con los nuevos de igual numeración demuestra el gran parecido que existe entre unos y otros.

(306) Sobre los fundamentos de la deuda alimenticia entre parientes después de que entre en vigor la Ley de equiparación, cfr. SCHRADE: *Die Grundzüge des Verwandten-Unterhalts nach dem Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes*, EF, 1957, 342.

general, en la patria potestad, en la filiación ilegítima y en la adopción. No es necesario advertir que los dos primeros apartados hacen referencia a la filiación legítima, hipótesis normal en las relaciones paterno-filiales (307).

A) *En general*. Los §§ 1.616 a 1.625 BGB se agrupan bajo un epígrafe que lleva por título «Relación jurídica entre los padres y el hijo en general». La Ley de equiparación ha introducido en él las siguientes novedades:

1) Se ha derogado el § 1.619, relativo al empleo por los padres de los rendimientos del patrimonio del hijo mayor de edad que sigue formando parte de la casa paterna y que ha cedido dicho patrimonio al padre o a la madre para que lo administren.

2) Queda suprimida, mediante la derogación de los §§ 1.620 a 1.623 la institución del «ajuar» o «Aussteuer» que el padre o madre habían de procurar a las hijas al casarse (308). La institución, por estar sólo configurada con relación a las hijas, se ha considerado incompatible con la equiparación; era una ventaja, sin equivalente para los hijos varones (309).

B) *Patria potestad*. Las reformas que se han introducido en relación con esta función paterna son importantes. Helas aquí:

a) A diferencia de lo que sucedía en la reglamentación anterior, en la que la patria potestad se confería en primer lugar al padre y sólo, subsidiariamente, a la madre (§ 1.627 relacionado con el § 1.684, redacción primitiva), la Ley de equiparación determina, con loable criterio, que la patria potestad corresponde conjuntamente a ambos padres, que han de ejercerla bajo su propia responsabilidad y de mutuo acuerdo en bien del hijo (§ 1.626, I, § 1.627) (310). En el desempeño de su misión se exige a los padres la diligencia *quam in suis* (§ 1.664).

Objeto de especial atención ha sido la hipótesis de que los padres, que conjuntamente ejercen la patria potestad, mantengan opinión distinta respecto a algún asunto concreto. En este caso

(307) Consideraciones de conjunto sobre la relación paterno-filial en la nueva reglamentación son las de HABSCHIED: *Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und ehelichen Kindern nach Gleichberechtigungsgesetz*, «Rpfleger», 1957, 326; DONAU: *Das neue Kindschaftsrecht*, MDR, 1957, 709; 1958, 6; ZIMMERMANN: *Die Stellung des Kindes im neuen Familienrecht*, UJ, 1957, 437 (I Teil); 1957, 533 (II Teil); PAULICK: *Das Eltern-Kind-Verhältnis gemäß den Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18 Juni 1957*, EF, 1958, 1; BEITZKE: *Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht*, EF, 1958, 7; HÄGELE: *Neues Kindschaftsrecht nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, «Justiz», 1958, 44.

(308) No hay que confundir el ajuar o *Aussteuer* con el equipo o *Ausstattung* que se recoge en los §§ 1.624 y 1.625.

(309) Durante la segunda fase se discutió si procedía o no la supresión del ajuar.

(310) El § 1.626, I, establece: «El hijo, mientras es menor de edad, está bajo la patria potestad del padre y de la madre.» El § 1.627, por su parte, manifiesta: «Los padres han de ejercer la patria potestad bajo su propia responsabilidad y de mutuo acuerdo en bien del hijo. En los casos de diversidad de opinión tienen que intentar ponerse de acuerdo.»

la reglamentación es la siguiente: Ante todo, se impone a los padres el deber de intentar ponerse de acuerdo. «En los casos de diversidad de opinión, dice el inciso final del nuevo § 1.627, tienen que intentar ponerse de acuerdo» (311). Si no lo consiguen, la decisión corresponde al padre, si bien con la obligación de tomar en cuenta el punto de vista de la madre. En ciertos casos, el Tribunal de Tutelas puede atribuir a la madre el derecho de decidir. «Si los padres no pueden ponerse de acuerdo, establece el § 1.628, decide el padre; éste ha de tomar en cuenta la opinión de la madre.—El Tribunal de Tutelas, a petición, puede encomendar a la madre la decisión de un asunto concreto o de una determinada clase de asuntos, si la conducta del padre, en una cuestión de especial significación, es contraria al bien del hijo o si la ordenada administración del patrimonio de éste así lo requiere.—Si el padre, en los casos de diversidad de opinión, infringe tenazmente su deber de intentar un acuerdo amistoso y de tomar en consideración la opinión de la madre en sus decisiones, el Tribunal de Tutelas, a petición, puede encomendar a la madre la decisión en los asuntos personales y patrimoniales del hijo, si ello corresponde al bien de éste».

b) Como es natural, la patria potestad sigue teniendo un aspecto personal y otro patrimonial, estando comprendida en ellos la representación legal del hijo., «El padre y la madre, dice el § 1.626, II, en tanto no se deduzca otra cosa de las disposiciones siguientes, tienen, en virtud de la patria potestad, el derecho y la obligación de velar por la persona y el patrimonio del hijo; el cuidado de la persona y del patrimonio comprende la representación del hijo».

En cuanto al aspecto personal de la patria potestad las normas del BGB, redactadas pensando en que era el padre quien ejercía dicha función, se han adaptado al principio de que ahora son el padre y la madre quienes, conjuntamente, la ejercen (cfr. §§ 1.630 sigs.) (312). Es preciso hacer una salvedad con respecto a la representación legal del hijo: ésta se atribuye inicialmente al padre y sólo con carácter subsidiario a la madre (§ 1.629, I) (313). Cuando, por alguna circunstancia, a uno de los padres no le corresponde cuidar de la persona del hijo, conserva, sin embargo, la facultad de seguir tratando personalmente con él (§ 1.634).

(311) «... müssen sie versuchen, sich zu einigen», dice el texto alemán.

(312) En cuanto al acuerdo sobre la educación religiosa del hijo en función de la equiparación, cfr. BECKER: *Gleichberechtigung. Freie Einigung der Eltern (Religiöse Kindererziehung)*, ZBlJugR, 1957, 189. Téngase en cuenta que la educación religiosa de los hijos es en Alemania objeto de una ley especial: la Ley sobre educación religiosa de los hijos de 15-VII-1921, que es un complemento del § 1.631 BGB. Cfr. más atrás, número 4.

(313) «La representación del hijo corresponde al padre; la madre representa al hijo cuando ejerza sola la patria potestad o cuando se le haya encomendado la facultad de decisión a tenor del § 1.628, párrafos 2 y 3» (§ 1.629, I). Sobre los párrafos 2 y 3 del § 1.628 cfr. más atrás, en el texto.

Las normas sobre el aspecto patrimonial de la patria potestad se han modificado en un doble sentido: en primer lugar, en el imprescindible de adaptarlas a la idea de que la función corresponde en común a ambos padres; en segundo, se ha simplificado su contenido en la forma que vamos a indicar. Antes de la Ley de equiparación, es decir, en la redacción inicial del BGB, el contenido patrimonial de la patria potestad se manifestaba en dos facetas: en la función (derecho y deber) de administrar el patrimonio del hijo (§§ 1.638-1.648, viejos); en el derecho de aprovechamiento o disfrute de dicho patrimonio por parte del titular de la patria potestad (§§ 1.649-1.663 viejos). En la nueva reglamentación, introducida en el BGB por la indicada Ley, se mantiene la administración del patrimonio del hijo por los titulares de la patria potestad, adaptando al mismo tiempo su configuración legal a la circunstancia de que ahora son ambos padres los que administran (§§ 1.638-1.648, nuevos). Se ha suprimido, en cambio, el aprovechamiento o disfrute sobre el patrimonio del hijo, quedando, pues, derogados los antiguos §§ 1.649 a 1.663 (314). En su lugar, el nuevo § 1.649 ofrece una regulación completa del destino que ha de darse a los rendimientos del patrimonio de los hijos, en cuya regulación se advierten, a lo sumo, insignificantes residuos del amplio derecho de aprovechamiento que correspondía al padre (o a la madre) que ejerciese la patria potestad. Dice así el § 1.649: «Los rendimientos del patrimonio del hijo, que no sean necesarios para la ordenada administración de este patrimonio, han de emplearse para el sustento de dicho hijo. En la medida en que los rendimientos del patrimonio no sean suficientes, pueden ser empleados los rendimientos que el hijo adquiriera por su trabajo o por la explotación independiente de un negocio a él permitida a tenor del § 112.—Los rendimientos del patrimonio, que no sean necesarios para la ordenada administración del mismo y para el sustento del hijo, pueden ser empleados por los padres para su propio sustento y para el de los hermanos menores y solteros de dicho hijo, en la medida que esto corresponda a la equidad en consideración a las circunstancias personales y de adquisición de los interesados. Esta facultad se extingue al casarse el hijo» (315).

c) La mayoría de las restantes normas referentes a la patria potestad no son más que una adaptación o adecuación de la regulación anterior, a veces con cambios en la numeración de los párrafos, a los nuevos presupuestos sobre los que se configura ahora dicha patria potestad (316): igualdad de ambos padres (y

(314) Aunque se ha aprovechado la coyuntura de reforma en el Derecho de familia, esta supresión del «aprovechamiento paterno» sobre el patrimonio del hijo nada tiene que ver con la cuestión de la equiparación de los sexos.

(315) Se ha referido a la aplicación por los padres, en interés propio, de los rendimientos del hijo, THEIS: *Zurechnung von Einkünften minderjähriger Kinder zu den Einkünften der Eltern*, «Betrieb», 1957, 980.

(316) Son nuevas las disposiciones referentes a la patria potestad en

consiguiente ejercicio por ambos de esta función) y supresión del aprovechamiento sobre el patrimonio del hijo. Así sucede claramente con las disposiciones relativas a las medidas de seguridad en los casos de riesgo en la situación personal o patrimonial del hijo (§§ 1.666-1.669), al concurso de uno de los padres como causa de terminación de la administración patrimonial (§ 1.670) (317), a la suspensión de la patria potestad (§§ 1.673-1.675), a la privación de la misma en el supuesto de delito contra el hijo (§ 1.676) o a su terminación en el caso de declaración de fallecimiento (§ 1.677).

Los preceptos reguladores del ejercicio de la patria potestad por uno solo de los padres en las hipótesis de entorpecimiento, suspensión, privación, muerte o declaración de fallecimiento del otro (§§ 1.678-1.692) son, asimismo, una simple adaptación de las normas que regían para el padre o la madre en la anterior reglamentación (318). Tal es el caso, por ejemplo, de la designación de consejero: antes sólo procedía su nombramiento cuando era la madre la que ejercía la patria potestad (§ 1.687, antigua redacción); ahora, cualquiera de los padres que por sí solo la desempeñe puede solicitar la designación (§§ 1.685, redacción nueva).

Como meras adaptaciones deben considerarse también las nuevas disposiciones referentes al entorpecimiento de ambos padres para ejercer la patria potestad (§ 1.693), a la misión de la Oficina de la juventud (§ 1.694), a las decisiones del Tribunal de Tutelas y a su responsabilidad (§§ 1.695-1.699), a la restitución del patrimonio y a la rendición de cuentas (§ 1.698), a la continuación de los negocios unidos al cuidado de la persona y el patrimonio del hijo (§ 1.698 a) y al cuidado de los asuntos urgentes después de la muerte de éste (§ 1.698 b).

C) *Filiación ilegítima*.—La Ley de equiparación de 1957 no lleva a cabo modificación alguna en esta materia, contenida en los §§ 1.705 y siguientes, que continúan idénticos a como estaban (319).

D) *Adopción*.—Son poco importantes las novedades introducidas en relación con esta figura. En realidad, la única novedad

caso de divorcio o de vida separada de los padres contenidas en los §§ 1.671 y 1.672, que derogan y sustituyen a los §§ 74 y 75 de la Ley de matrimonio de 1946. Se determina en ellos que el Tribunal de Tutelas decidirá a quién corresponde la patria potestad, no debiendo separarse de la propuesta de los padres a no ser que lo exija el bien del hijo y procurando que la función corresponda a uno solo de dichos padres.

(317) Cfr. KNÖCHLEIN: *Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Beendigung der elterlichen Gewalt in der Person eines Elternteils, insbesondere wegen Konkurseröffnung über dessen Vermögen*, «Rpfleger», 1958, 5.

(318) Al ejercicio de la patria potestad por uno de los padres, en sus posibles hipótesis, se ha referido SCHWOERER: *Der Einfluss von Störungen in der elterlichen Gewalt des einen Elternteils auf die elterliche Gewalt des anderen Elternteils nach altem Recht, Zwischenrecht und neuem Recht*, EF, 1958, 41; 1958, 88.

(319) Únicamente el necesario retoque en los §§ 1.738 y 1.740 para adaptar las remisiones en ellos contenidas a la nueva numeración de los párrafos a que se refieren.

propriadamente tal es la nueva reglamentación del nombre del hijo adoptivo cuando la adoptante es una mujer que está o ha estado casada. Antes de la Ley de 1957, si la adoptante era una mujer, que como consecuencia de su matrimonio había cambiado de nombre, el adoptado recibía el que la mujer adoptante había tenido antes de casarse (§ 1.758, versión antigua). Ahora, por virtud de la Ley indicada, el adoptado puede adquirir o bien el nombre de soltera de la mujer o bien el «nombre matrimonial» de ésta, es decir, el que la adoptante ha adquirido al casarse. Este extremo ha de pactarse en el contrato de adopción; si nada se establece al respecto, «vale como pactado» que el hijo adoptivo adquiere el «nombre matrimonial» de la madre adoptante. En todo caso, para que el adoptado adquiera este último nombre, es necesario el asentimiento del marido (o del antiguo marido) de la mujer, el cual puede, a veces, suplirse por el Tribunal de Tutelas (§§ 1.768 1.758 a, versión nueva).

La otra modificación, aparte de unos simples retoques en los §§ 1.760, 1.761 y 1.765, con objeto de adaptar las remisiones en ellos contenidas a la nueva numeración de los párrafos a que se refieren, ha consistido en suprimir en el § 1.767 la alusión al aprovechamiento sobre el patrimonio del hijo adoptivo. Es natural que así se haya hecho, pues al haberse suprimido dicho aprovechamiento con relación al patrimonio de los hijos legítimos (vid. más atrás) también ha de quedar suprimido con referencia al patrimonio de los hijos adoptivos que, por declaración del § 1.757 BGB, están equiparados a aquéllos.

V. *Tutela*.—Tampoco con relación a la tutela son de gran significación las reformas que se introducen. En síntesis, han consistido en lo siguiente (320):

1) Se ha simplificado el § 1.776, referente a los llamamientos para el desempeño del cargo de tutor. El nuevo texto de la norma determina que será tutor quien como tal esté nombrado por los padres (321); en el caso de que padre y madre hayan designado una persona distinta, vale el nombramiento hecho por aquel de los padres que haya muerto el último. Asimismo los abuelos (varones) han dejado de ser tutores legítimos, sin perjuicio, claro está, de poder ser tutores dativos en virtud del § 1.779. Como consecuencia de la reforma del § 1.776 han tenido que realizarse ciertas correcciones en el texto de los §§ 1.777, 1.778 y 1.782.

2) En el § 1.845 la remisión al § 1.669 se hace ahora al § 1.683.

3) Con referencia a la tutela dispensada, el nuevo texto del § 1.856 establece que si las ordenaciones de los padres son incompatibles entre sí, valen las acordadas por el que haya muerto el último.

(320) A las repercusiones que ha tenido la Ley de equiparación en materia de tutela, entendida esta expresión en sentido amplio, ha aludido MEYER: *Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft*, «Rpflegern», 1958, 39.

(321) El primitivo texto daba preferencia a la designación del padre sobre la hecha por la madre.

4) En el § 1.868 se retoca el párrafo I para adaptar las remisiones a la nueva numeración de los párrafos a que aquéllas hacen referencia. Se suprime el párrafo II, que daba rango preferente a las ordenaciones del padre sobre las de la madre, en relación con el Consejo de familia.

5) Mero cambio del número de las remisiones es el realizado también en el § 1.893.

6) En el § 1.899 se determina ahora simplemente que como tutores del mayor de edad están llamados los padres del pupilo, manteniéndose en el 1.900 la preferencia del cónyuge sobre los mismos.

7) Por último, aparte de un retoque aclaratorio en el texto del § 1.901, en el 1.903 las referencias al padre se hacen ahora al padre o a la madre. Lo mismo sucede en el § 1.904, en el que la referencia a la madre legítima se hace ahora al padre o a la madre.

En la institución de la curatela sólo se observan algunas levísimas correcciones de redacción en los §§ 1.909, 1.912 y 1.917

VI. *Modificaciones en el Derecho sucesorio.*—En el libro V del BGB se han revisado también algunos preceptos en lo tocante a los derechos sucesorios del cónyuge viudo con el fin de armonizar esta materia con las nuevas normas sobre el régimen de bienes en el matrimonio. Las modificaciones, en sí mismas consideradas; carecen de importancia, pues, en general, no son otra cosa que simples adecuaciones de tipo formal a las novedades introducidas en otros lugares del BGB.

Las reformas del libro V son éstas:

1) En los §§ 1.931 y 2.303, referentes, respectivamente, a la porción hereditaria legítima y a la cuota legitimaria del cónyuge viudo, se deja a salvo lo dispuesto en el § 1.371 (322).

2) En el § 1.932, y ésta es en el fondo la única novedad propiamente tal realizada en el libro V, se atribuye al cónyuge superviviente la «aventaja» (*Voraus*) también en el supuesto de concurrencia con herederos de primer orden (323), en la medida que los

(322) El § 1.371 es el relativo a la terminación del régimen legal de bienes por muerte de uno de los cónyuges, en cuyo caso determina que la porción hereditaria legítima del superviviente se incrementa en una cuarta parte de la herencia. Nos hemos referido detenidamente a esta cuestión en este mismo número 13 (apartado c, II, A).

(323) Conforme al primitivo texto del § 1.932 la aventaja sólo correspondía al cónyuge cuando concurría con parientes de segundo orden (padres y sus descendientes) o con abuelos, pero en tal caso haciendo abstracción de que dicha aventaja fuera o no necesaria para tener un hogar adecuado. Esta norma se ha mantenido tal como estaba, en el nuevo texto. La novedad ha consistido en añadir un inciso en el sentido indicado: atribuir el derecho a la aventaja aun concurriendo con descendientes; pero sólo en el supuesto y en la medida de la necesidad.

objetos que la integran sean necesarios para tener un hogar adecuado (324).

3) La hipótesis considerada en el § 2.008 de que la heredera fuese una mujer casada y la herencia perteneciese al patrimonio aportado o al patrimonio común se ha convertido ahora, en el nuevo texto de la norma, en el supuesto de que el heredero sea un cónyuge que vivía en régimen de comunidad de bienes y la herencia pertenezca al patrimonio común.

4) En los §§ 2.054 y 2.331 las referencias a los distintos tipos de comunidad se hacen ahora simplemente a la comunidad de bienes sin más especificación.

5) En el § 2.356, II, se introduce una referencia a la «comunidad de ganancia» o *Zugewinnngemeinschaft*, como estado legal de bienes en el matrimonio (325).

VII. *Modificaciones en la Parte General.*—En el libro I del BGB la Ley de equiparación ha reformado ciertos aspectos relativos a la declaración de mayoría de edad (§ 4) y al domicilio (§§ 8, 10 y 11) (326).

En relación con la declaración de mayoría de edad el nuevo párrafo II del § 4 establece que cuando el menor esté bajo patria potestad es también necesario el consentimiento de los padres (en el antiguo texto era el consentimiento del «tenedor de la patria potestad», que normalmente sería el padre). Si a uno de ellos no le corresponde el cuidado de la persona ni el del patrimonio del hijo, su consentimiento no es preciso. En cuanto a las hijas menores se determina que si están o han estado casadas pueden ser declaradas mayores de edad sin consentimiento de los padres (en el antiguo texto sólo se decía que la viuda menor no necesitaba el consentimiento del tenedor de la patria potestad).

Las modificaciones en materia de domicilio se refieren al de la mujer casada y al de los hijos. El § 8, después de haber establecido (lo mismo que antes) que no pueden constituir ni suprimir un domicilio sin la voluntad de su representante legal quienes adolezcan de incapacidad negocial o estén limitados en la misma (párrafo I), contiene ahora un párrafo II, que es nuevo, y que establece: «Una mujer menor que está casada (327) puede constituir

(324) La reforma introducida en el § 1.932 ha hecho necesaria una adecuación al mismo del § 2.311. Antes, según este precepto, sólo al determinar la legítima de los padres procedía no tomar en cuenta la ventaja porque únicamente en ese caso podía darse ésta en concurrencia con la legítima (§ 1.932, antiguo). Ahora, la ventaja puede coexistir también con la legítima de los descendientes (§ 1.932, nuevo), por lo cual también en este caso procede no tomar en cuenta dicha ventaja al determinar esa legítima (cfr. nuevo texto parágrafo 2.311).

(325) Estas modificaciones, realizadas en el Derecho sucesorio, pueden consultarse en las ediciones del BGB citadas en la nota 257, y en los trabajos allí indicados referentes a la Ley de equiparación en general.

(326) Cfr. nota anterior, en lo que se refiere a las novedades en la Parte General.

(327) El supuesto de varón menor de edad casado no puede darse en el

o suprimir independientemente un domicilio. Lo mismo vale para una mujer que estaba casada y que ha cumplido los dieciocho años».

El § 10, que establecía, como regla general, que la mujer casada compartía el domicilio del marido, ha sido derogado. Esta derogación, unida a la norma anteriormente indicada de que la mujer menor que está o ha estado casada puede constituir o suprimir un domicilio (§ 8, II), demuestra con claridad que el principio adoptado por la Ley de equiparación es el de que la mujer casada puede tener su domicilio independiente. Si el § 8, II, concede de manera expresa esta facultad a la mujer casada menor, es incuestionable que tal derecho corresponde con más razón a la mujer casada mayor de edad (328) (329).

En lo que se refiere al domicilio de los hijos, el primitivo texto del § 11 se limitaba a determinar que el hijo legítimo compartía el domicilio del padre, el ilegítimo el de la madre, el adoptivo el del adoptante. El nuevo texto del § 11 adecúa el domicilio del hijo legítimo al principio de equiparación jurídica de los padres y a la posibilidad de que tengan distinto domicilio, y añade una referencia al domicilio del hijo legitimado por declaración de legitimidad. El restante contenido del precepto continúa siendo el mismo. Se gún esto, la nueva versión del § 11 es la siguiente: «Un hijo legítimo comparte el domicilio de los padres; si éstos no tienen el mismo domicilio, comparte el de aquel de los padres que represente a dicho hijo en los asuntos personales. Un hijo ilegítimo comparte el domicilio de la madre, un hijo declarado legítimo el del padre y un hijo adoptivo el del adoptante. El hijo conserva este domicilio hasta que válidamente le sea suprimido.—La legitimación de un hijo mayor de edad o su adopción no tienen influencia alguna en su domicilio» (330).

14. *Consideración final.*—Terminamos así la exposición de las reformas que el desarrollo legislativo del principio de igualdad jurídica de los sexos ha hecho necesarias en el Código civil alemán, tal como éstas se han realizado en la Ley de equiparación de 18 de junio de 1957 y cuya vigencia comienza el 1 de julio de 1958. Sólo

Derecho alemán, porque el varón no puede contraer matrimonio hasta su mayoría de edad. Cfr. § 1.303 BGB; ahora Ley de matrimonio de 1946, § 1 en relación con § 2 BGB.

(328) Cfr. DANCKELMANN, en PALANDT: *BGB. Kurzkomentar* (17ª ed., 1958), § 10, derogado, 14; KRÜGER, en KRÜGER-BREITZKE-NOVACK: *Gleichberechtigungsgesetz*, 229-230; GREIFF, en ACHILLES-GREIFF: *BGB* (20ª ed., 1958), § 10, 8.

(329) No puede desconocerse la circunstancia de que esta posibilidad de domicilio independiente de los cónyuges debilita y resiente su recíproco deber de «comunidad matrimonial de vida» impuesto por el propio BGB (§ 1.353), pues es indudable que uno de los aspectos (quizá el fundamental) de esa «comunidad matrimonial de vida» es la vida en común, y es lógico pensar que ésta no se desenvolverá *con normalidad* si los cónyuges tienen distinto domicilio.

(330) Este segundo párrafo existía también en el antiguo § 11, pero estaba redactado de otra forma. Se trata, pues, en este caso, de una mera corrección de estilo, puramente formal.

nos hemos detenido en las cuestiones de mayor importancia, pero advertimos que la modificaciones del BGB han sido indicadas en su totalidad, añadiendo, siempre que nos ha sido posible, la necesaria información para un estudio de las mismas (331).

No puede desconocerse que, en general, la Ley de equiparación ha procedido con un criterio ecuaníme y muy ponderado, pero tampoco sería lícito ignorar que en algún caso al legislador alemán tal vez se le haya ido la mano (332) mientras que en otros ha procedido con una cierta inhibición (333). Ahora sólo resta espe-

(331) Otras cuestiones de las que se ha ocupado la doctrina en relación con la Ley de equiparación, y que sólo se indican aquí a título informativo, son las siguientes: Al *divorcio* se ha referido MÜLLER-FRIEINFELS: *Scheidungsstatut und Gleichberechtigung*, JZ, 1957, 148. Objeto de especial atención han sido los problemas relativos a la posible *eficacia retroactiva* de la Ley y a las cuestiones de *Derecho de transición* que suscita: DONAU: *Rückwirkende Kraft des Gleichberechtigungsgesetzes?*, NJW, 1958, 250; SCHEYHING: *Rückwirkende Kraft des Gleichberechtigungsgesetzes?*, JZ, 1957, 741; TSCHICHGALE: *Die Bewertung der Erklärung nach Art. 8, I, Nr. 3, Abs. 2 des Gleichberechtigungsgesetzes*, JR, 1957, 293. A la inconstitucionalidad del nuevo texto del § 646 de la ZPO, referente a la petición de *incapacitación de un cónyuge*, ha aludido VON BUCH: *Der Entmündigungsantrag gegen einen Ehegatten. Zur Verfassungswidrigkeit des § 646, Abs. I, ZPO*, n. F, EF, 1957, 403. La reglamentación de las *haciendas agrícolas vinculadas* puede verse afectada por la Ley de equiparación. LANGE: *Über den Einfluss des Gleichberechtigungsgesetzes auf die Höfeordnung* (frühere BrZ), NJW, 1957, 1503. La cuestión del *nombre comercial* ha sido tomada en cuenta por PABST: *Firmenrecht und Gleichberechtigung*, BB, 1957, 454. Las reformas en materia de *jurisdicción voluntaria* han sido recogidas por KEIDEL: *Die neue Gesetzgebung zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit* (auch betr. Gleichberechtigungsgesetz, das neue Personenstandsgesetz und Rechtspflegergesetz), JZ, 1957, 607. Las repercusiones de la Ley en materia de *concurso y transacción concursal* han sido indicadas por BÖHLE-STAMMSCHRADER: *Anderungen der Konkursordnung und Vergleichsordnung durch das Gleichberechtigungsgesetz*, KTSW, 1957, 97. Sobre *Derecho internacional privado*, NEUHAUS: *Die internationale Zuständigkeit in Ehesachen nach dem Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1958, 13; RAAPE: *Gleiches und Ungleiches im Bereiche des internationalen Privatrechts - auch Darlegungen zum Gleichberechtigungssatz*, StAZ, 1957, 205. Los *seguros de vida* y las *pensiones de viudedad*, en relación con la Ley de 1957, han sido considerados por MEYER: *Laufende Lebensversicherung und Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1957, 397; BRÜHL: *Witwergeld und Gleichberechtigungsgesetz*, EF, 1957, 401. Por último, sobre otros aspectos diversos, cfr. MASSFELLER: *Das Gleichberechtigungsgesetz im Geschäftsverkehr der Kreditinstitute*, Stuttgart, 1957; BOSCH: *Freiheit und Bindung in neuen Familienrecht*, EF, 1958, 81.

(332) A nuestro juicio, el ejemplo más característico en este sentido es la sanción del principio de que la mujer casada puede tener un domicilio independiente al del marido. Cfr. más atrás. Semejante norma está justificada e incluso es necesaria en circunstancias extraordinarias o excepcionales, pero consideramos impropio, por contrario a la esencia de la institución matrimonial, su reconocimiento como precepto de carácter general.

(333) Como tal debe considerarse la derogación del § 1.354, sin norma que le sustituya. Es indudable que el texto del precepto (que confería al marido el poder de decidir en todos los asuntos concernientes a la vida matrimonial común) tenía que ser revisado como lógica consecuencia de la

rar a que la Ley de equiparación lleve un cierto tiempo de vigencia para poder apreciar el impacto de la equiparación jurídica de los sexos en el mecanismo y funcionamiento de la familia, y para poder apreciar también si son o no fundados los temores de que paulatinamente se va a resentir la cohesión del organismo familiar.

Por nuestra parte, a fuer de sinceros, no queremos opinar aún en ningún sentido. La jurisprudencia alemana tiene ahora la palabra.

equiparación jurídica de los cónyuges. Pero no creemos que la mejor manera de modificar esta materia haya sido derogar sin más el § 1.354. Hubiera sido más conveniente adoptar un criterio análogo al seguido con referencia al poder de decisión de los padres en los asuntos concernientes a los hijos: conceder en primer lugar el derecho de decisión conjuntamente a ambos cónyuges y sólo para los casos de diversidad de opinión atribuir el poder decisorio al marido, pero tomando en cuenta el punto de vista de la mujer (cfr. §§ 1.627; 1.628 nuevos; vid. más atrás estas normas). Esta era precisamente la solución adoptada por el segundo Proyecto oficial (Proyecto II), que proponía la siguiente redacción para el § 1.354 BGB: «Los cónyuges han de resolver de mutuo acuerdo todos los asuntos que conciernen a la vida matrimonial común. En los casos de diversidad de opinión tienen que intentar ponerse de acuerdo. Si no pueden ponerse de acuerdo, decide el marido; ha de tomar en cuenta la opinión de la mujer. Si su decisión es contraria al bien de la familia, dicha decisión no es obligatoria para la mujer.» Fué la Subcomisión de Derecho de Familia del Bundestag la que, al elaborar el Proyecto definitivo (Proyecto III o Proyecto de la Subcomisión), optó por suprimir esta norma. Hemos de advertir, sin embargo, que el acuerdo se tomó por una insignificante mayoría: ocho votos contra siete. Sobre esta cuestión puede consultarse SCHWARZHAUPT: *Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen*, EF, 1957, 33-34 (cita completa del trabajo en la nota 249).

