

Apuntes sobre la evolución del Derecho civil de la República Federal de Alemania en 1983

(Legislación y Jurisprudencia)

Por el Profesor Dr. HANS-LEO WEYERS

Ayudante, Beate Düring, Frankfurt

I

Desde la perspectiva del Derecho civil de la República Federal de Alemania, el año 1983 ha sido un año relativamente tranquilo. Las disposiciones complementarias (*Novelle*) sobre arrendamientos, de las que ya dimos cuenta (A. D. C. 1984, pág. 159), aunque han entrado en vigor en el presente año, ya estaban elaboradas en 1982 y habían sido discutidas públicamente. Por lo demás, tanto el legislador como los Tribunales —éstos en primer lugar— han continuado ocupándose de las consecuencias de la reforma llevada a cabo en la regulación del divorcio.

II

La «Ley sobre regulación de casos injustos en la nivelación de pensiones» (de 21 de febrero de 1983, *Bundesgesetzblatt* del año 1983, I, 105) constituye, como no pocas leyes de los últimos años, una reacción del legislador ante una decisión del Tribunal Constitucional.

Para entenderlo, es necesario aclarar brevemente el sistema de las consecuencias económicas de un divorcio en el Derecho alemán vigente, y de modo especial el llamado *Versorgungsungleich* —nivelación de pensiones—, una original, pero extraordinariamente compleja regulación de la pensión por jubilación de los cónyuges divorciados (véase, ante todo, A. D. C. 1981, pág. 964). Si los cónyuges se divorcian después de largo tiempo de matrimonio el marido suele tener derecho a una pensión por jubilación, mientras que la mujer —que no ha ejercido ninguna actividad profesional en beneficio de la familia o la ha interrumpido ya— no tiene derecho o sólo tiene derecho a una pensión por jubilación mucho más reducida. Según la antigua regulación del divorcio, la

mujer tenía derecho, únicamente en determinadas circunstancias, a una prestación de alimentos que debía satisfacer su marido (del que se había divorciado). Tal prestación de alimentos puede obtenerla aún hoy día. Pero junto a ella, existe hoy, en los términos de los párrafos 1.587 y ss. del BGB, y con respecto a la pensión de jubilación, la llamada *nivelación de pensiones*. Esto significa que el derecho a pensión que los cónyuges habían adquirido durante el matrimonio, debía dividirse en principio entre ellos como cualquier otro elemento patrimonial, en el caso de divorcio, de manera que el «más rico» de los cónyuges debía entregar al «más pobre» la mitad de «la ganancia». Los detalles de la cuestión son bastante complicados, y no son importantes para la comprensión del fin que persigue la Ley de 21 de febrero de 1983. Hay que llamar la atención sobre lo siguiente: la distribución del derecho a la pensión tiene lugar en la mayoría de los casos de tal manera que el derecho a la misma que corresponde al cónyuge «más rico» se transmite en parte al «más pobre» (y por ello, generalmente a la mujer). Este derecho se convierte así en un derecho propio y autónomo del cónyuge «más pobre» (la mujer). Por eso no tiene en principio, después de haberse transmitido con arreglo a los párrafos 1.587 y siguientes del BGB, ninguna importancia el destino del otro cónyuge para la subsistencia de este derecho. Esto puede conducir a un enriquecimiento de las instituciones que tienen que satisfacer las pensiones. El ejemplo más claro es el de que la mujer muera antes de haber alcanzado la edad en que le correspondería percibir la pensión. En este caso no se le pagará a ella ni un marco, y en cuanto al marido se reducirá su derecho a la pensión en relación con el derecho de la mujer, y—lo que es decisivo— permanecerá reducido. El resultado es abiertamente injusto. Hay otros casos menos drásticos.

A la vista de tales resultados, la ley fue impugnada por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Bien es verdad que el Tribunal declaró que los párrafos 1.587 y siguientes estaban adecuados a la Constitución, pero añadió que la propia Constitución exigía una regla complementaria que estableciera una excepción para los «casos injustos», como es el del ejemplo antes indicado (premorienza de uno de los cónyuges). En esencia, la finalidad de la Ley de 21 de febrero de 1983 es establecer esa regla de excepción para casos injustos que exigía el Tribunal Constitucional. Por ello, en el caso de que el cónyuge titular hubiese muerto antes de haber empezado a pagarse la pensión, y por tanto la Caja de pensiones no le hubiese realizado ninguna prestación, la reducción del derecho del otro cónyuge debía anularse, de modo que éste reciba la pensión íntegra. Si sólo se hubiere pagado algo durante corto tiempo por razón de la cuota de pensión transmitida, se anulará también en parte la reducción sufrida por el otro cónyuge. La Ley regula también otros casos injustos. Pero nos llevaría muy lejos adentrarnos en los mismos. La Ley sólo estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 1986. Después deberá dotarse de nueva regulación a la «nivelación de pensiones».

III

Como hemos dicho, la jurisprudencia también se ha visto fuertemente afectada por las consecuencias de la nueva normativa del divorcio. Dejando a un lado algunas otras sentencias del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de preceptos aislados del BGB (entre otras, la Sentencia de 27 de enero de 1983 sobre el párrafo 1.587 b) III del BGB, *Neue Juristische Wochenschrift* de 1983, pág. 1417), hay que llamar la atención sobre algunas sentencias del Tribunal Constitucional. En la sentencia de 26 de enero de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift* 1983, 1548) se trataba de decidir si los mismos fundamentos que según el párrafo 1.361 III del BGB en relación con el párrafo 1.579 I n.º 4 del BGB bastan para excluir en los casos en que los cónyuges vivan separados el derecho a alimentos (generalmente a favor de la mujer) por razón de grave iniquidad —*grobe Unbilligkeit*—, bastan también para excluir el derecho de alimentos tras el divorcio. La cuestión se resuelve afirmativamente por el Tribunal Constitucional en los casos ordinarios, y especialmente en aquel en que el cónyuge con derecho a alimentos (la mujer) lo pierde por constituir una comunidad *more uxorio* con otra pareja durante su matrimonio, y esa comunidad continúa tras el divorcio. Es, sin embargo, una cuestión general, si el comportamiento —que no tiene hoy en principio ninguna significación para el divorcio mismo— puede tener alguna significación respecto de su derecho a alimentos. No se puede excluir que el legislador decida, en época próxima, sobre esta cuestión aun hoy tan discutida.

En su sentencia de 23 de febrero de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift* de 1983, 1.429) el Tribunal Constitucional se ha ocupado de la cuestión de la cuantía del derecho de alimentos de los hijos, tras el divorcio de los padres, cuando éstos —separadamente— viven en distinta situación económica. En una sentencia anterior (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1981, 1559), el Tribunal Constitucional resolvió que sólo el nivel de ingresos del cónyuge que satisface los alimentos en dinero es el determinante de la cuantía a que tienen derecho los hijos. En la sentencia más reciente, el Tribunal Constitucional ha añadido lo siguiente: no se deriva automáticamente de lo anterior que el derecho de alimentos de los hijos deba alcanzar una cuantía proporcional a los ingresos del progenitor obligado al pago. La prestación de alimentos a los hijos menores de edad debe abarcar el conjunto de sus necesidades vitales, pero no implica que aquéllos deban participar en el lujo del alimentista.

También ha tenido que ocuparse el Tribunal Constitucional de nuevo de un problema sobre las relaciones entre padres e hijos (Resolución de 31 de mayo de 1983, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, 2491). Según el párrafo 1.634, I, 1, II, 1, inciso 1.º y II, 2.º del BGB, puede decidir el Tribunal de Familia en qué modo puede el progenitor, al que no corresponda la patria potestad, mantener relaciones personales con el hijo. Un Tribunal de Familia de Westfalia sometió

ese precepto al Tribunal Federal, consultando su constitucionalidad, pues a través del mismo cabía lesionar el derecho, garantizado por la Constitución, que corresponde al progenitor titular de la patria potestad. El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del precepto, y fundamentó aquélla en que tanto la patria potestad de uno de los padres como el derecho de comunicación del otro están bajo la protección del artículo 6 de la Ley Fundamental. En caso de desacuerdo de los padres, el Estado debe tomar una decisión respetando los derechos fundamentales de aquéllos y haciendo que esto sea compatible con el bienestar del hijo.

En este A. D. C., año 1984, págs. 159 y 160, hemos informado ya sobre el proyecto de reforma del Derecho internacional privado de la República Federal de Alemania. A este tema corresponde también una resolución del Tribunal Constitucional de 22 de febrero de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1983, 1.968), en la que se trataba de decidir sobre la constitucionalidad del artículo 15 de la EGBGB (Ley de Introducción al Código civil alemán). Según esa disposición, el régimen económico-matrimonial lo determina el Derecho del Estado al que pertenecía el marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Como era de esperar, el Tribunal Constitucional declaró nulo este artículo por otorgar preferencia al marido.

IV

Un tema completamente nuevo es el abordado por nuestro Tribunal Supremo en su decisión de 7 de abril de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1983, 2.073). Se trata de la cuestión de qué *status* ha de tener el niño engendrado artificialmente a través de la llamada heteroinseminación o inseminación por un extraño, es decir, con semen que no es del marido de la madre. En el caso controvertido, el marido de la madre había impugnado el carácter matrimonial del hijo, que le correspondía según las reglas legales, probando que él no era el padre del niño. El Tribunal Constitucional aprovechó la ocasión para hacer observaciones generales al problema de la heteroinseminación en su conjunto. Según las mismas, se trata aquí, en primer lugar, de una tarea del legislador. Por diversas razones, no corresponde a los Tribunales resolver el problema en su conjunto. Según el Derecho actual, no cabe privar en todo caso al marido de la madre de su derecho a impugnar el carácter matrimonial de tal niño. En todo caso hay que advertir que las circunstancias de la pretendida heteroinseminación eran, en este supuesto, bastante dudosas, y por ello quizá haya de ser tratado de nuevo el problema en posteriores sentencias.

V

En nuestro último informe (A. D. C., año 1984, págs. 163 y 164) aludimos ya al «caso de la madre enferma de rubeola». Entre tanto, el Tribunal Supremo se ha ocupado de nuevo de un caso semejante (Sen-

tencia de 22 de noviembre de 1983; *Neue Juristische Wochenschrift*, año 1984, 658). En este caso se trataba de una mujer que, ya con avanzada edad, había dado a luz un hijo mongólico. Es sabido que tal enfermedad del niño puede determinarse con un riesgo relativamente pequeño de error mediante el examen del líquido amniótico de la madre. Según el Código penal de la República Federal de Alemania, la provocación de un aborto en este caso no es punible. En el presente caso, el médico que trataba a la mujer embarazada no se había informado suficientemente sobre la posibilidad de analizar el líquido amniótico. El Tribunal Supremo declaró, en primer lugar, que el médico está obligado a probar que la mujer, correctamente asesorada, no habría consentido el referido examen, y, como consecuencia del mismo, tampoco la interrupción del embarazo. Dado que el médico no podía realizar la prueba a su favor, estaba obligado a indemnizar los daños. El deber de indemnizar abarcaba todo el sostenimiento del niño que había nacido con mongolismo. En la «decisión sobre la rubeola», el Tribunal Supremo resolvió exclusivamente con fundamentos procesales, si el médico debía indemnizar los mayores gastos de sostenimiento que debían satisfacer los padres, y que derivaban precisamente del defecto del niño. Ahora ha declarado categóricamente el Tribunal Supremo, que debían indemnizarse todos los gastos de sostenimiento realizados por los padres, pues si el médico les hubiese dado una correcta información, el niño no habría nacido.

VI

El 27 de septiembre de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1984, 655) tuvo que tratar el Tribunal Supremo el problema de la llamada «operación del principiante». El núcleo del problema reside en que todo paciente tiene derecho a ser operado por el mejor método posible, y en que, por otro lado, cualquier médico sólo llega a tener la necesaria aptitud para ello a través de la práctica, y esta práctica comienza a adquirirla, en definitiva, con un enfermo cualquiera. En este caso, un médico auxiliar había realizado una operación de cuello a una enferma, conforme a las instrucciones del médico jefe correspondiente, y en ella resultó lesionado un nervio. Era la primera operación de esta naturaleza realizada por el médico auxiliar. El Tribunal Supremo reconoció a la enferma un derecho a indemnización por daño y perjuicios contra el hospital, aduciendo que la operación debía de haber sido supervisada por un médico experimentado. Respecto de la carga de la prueba, dispuso el Tribunal Supremo que pesaba sobre el hospital en lo relativo a la relación de causalidad entre las cualidades del médico principiante y el daño infringido a la enferma. La reclamación sólo puede dirigirse contra el médico auxiliar, según la decisión del Tribunal Supremo, cuando pueda reprochársele que, según sus conocimientos y su grado de experiencia, podía haber previsto la lesión de la enferma.

VII

La cuestión de si una persona puede exigir indemnización de daños y perjuicios si otra le ha «estropeado las vacaciones», ha sido ya objeto, repetidas veces, de decisiones judiciales. El problema jurídico reside en que, según el parágrafo 253 del BGB, los daños inmateriales sólo han de indemnizarse excepcionalmente. Por ello se ha discutido mucho si el tiempo de vacaciones, que una persona se ha ganado con su trabajo durante la mayor parte del año, y por el que quizá ha pagado un alto precio a una empresa turística, puede considerarse como un elemento del patrimonio material. Esta problemática ha entrado en una nueva fase con la Ley del contrato de viaje de 1 de octubre de 1979. Pues el nuevo parágrafo 651 f) II del BGB establece: «Si el viaje se frustra o se reduce notablemente, el viajero puede exigir, por pérdida inútil del tiempo de vacaciones, el correspondiente resarcimiento en dinero» (se sobreentiende: de la empresa turística). La cuestión jurídica que desde entonces se trataba de resolver era solamente, si de esta regla cabía deducir una conclusión analógica, o, a la inversa, una conclusión *a sensu contrario*. El Tribunal Supremo no se ha pronunciado terminantemente sobre esta cuestión, pero excluyendo en todo caso una conclusión analógica, sólo ha estimado correcta la consideración de este transcurso desaprovechado de las vacaciones en el marco del derecho a la indemnización por daños personales (parágrafo 847 del BGB).

VIII

Por último, hay que aludir a un problema especialmente complejo desde el punto de vista dogmático, que el Tribunal Supremo ha tenido que tratar en dos sentencias de 18 de enero de 1983 (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1983, 810 y 812). Se trata de la relación entre la acción derivada del contrato y la derivada del delito. En principio, según el Derecho alemán, el contratante cuyos derechos han sido lesionados puede fundar su acción para la indemnización de eventuales daños, en el incumplimiento del contrato, o, independientemente de lo anterior, y siempre que se den los presupuestos necesarios, en el delito. De ahí que si el arrendatario de un automóvil, por ejemplo, estropea el vehículo, el arrendador tiene tanto una acción derivada del contrato de arrendamiento como una acción derivada de la lesión de su propiedad. Pero el ejercicio de esta última acción presupone que el demandante es propietario de la cosa dañada. Y esto no se puede, ciertamente, afirmar, cuando el vendedor transmite al comprador una cosa, con un defecto que da lugar a la destrucción posterior de la cosa comprada. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en una conocida sentencia (*Neue Juristische Wochenschrift*, año 1977, 379) —a mi entender desafortunada— ha reconocido la posibilidad de ejercitar una acción por delito en un caso en que, por defectuoso funcionamiento de un interruptor eléctrico, una

gran instalación se incendió y quedó destruida (es el llamado caso del «Schwimmerschalter», denominación que proviene del «interruptor de nivel» cuyo defectuoso funcionamiento provocó el incendio). Esa instalación fue suministrada al demandante por el demandado. Normalmente, el demandante sólo habría tenido por ello una acción derivada del contrato. Es evidente que el Tribunal Supremo quería conceder en este caso concreto al demandante, por causas que no pueden ser expuestas aquí detenidamente, una acción por delito que en el caso concreto resultaría más ventajosa para el demandante. Ha sentado con ello la peligrosa regla de que han de reconocerse acciones por responsabilidad civil cuando la cosa comprada (o adquirida de otro modo) tiene en una parte pequeña y determinada un defecto que luego produce la destrucción de la cosa comprada en su totalidad. No hace falta gran perspicacia para adivinar que ya han surgido grandes dificultades de esta regla, por no permitir claras delimitaciones. Esto ya se ha constatado en los casos citados. En el primer caso se había comprado un automóvil que tenía el cable del acelerador defectuoso. Como consecuencia de ello ocurrió un accidente, por el que el coche se estropeó. El Tribunal Supremo reconoció aquí también la procedencia de una acción por responsabilidad civil. En el segundo caso rechazó sin embargo tal acción. Se trataba de una «plataforma de elevación», es decir, de un aparato para levantar los automóviles durante su reparación, que tenía un defecto como consecuencia del cual un automóvil cayó de la plataforma y resultó gravemente dañado. En este caso se modificó la regla establecida en el «caso del interruptor» «Schwimmerschalter». Es dudoso, sin embargo, que la nueva regla —extraordinariamente complicada— vaya a tener una vigencia más larga que la anterior. Quizá dentro de algunos años tengamos que informar de algo nuevo sobre este punto.

Traducción a cargo de

ANTONIO PAU PEDRÓN

Registrador de la Propiedad

La codificación del Derecho internacional privado en la República Federal de Alemania(*)

JÜRGEN SAMTLEBEN

Instituto Max Planck de Derecho privado extranjero e internacional privado
Hamburgo

La codificación del derecho internacional privado alemán es un tema muy complejo que tiene varios aspectos diferentes. Para mi ponencia de hoy he escogido estos rasgos de la reforma que desde la vista de un observador español pueden ser los más interesantes. Para facilitar la distinción de los diferentes aspectos del tema he dividido mi exposición en tres partes: I. Los trabajos de codificación. II. Las normas generales del proyecto alemán. III. La parte especial del proyecto.

I. LOS TRABAJOS DE CODIFICACION

1. *Introducción*

En unas notas introductorias quiero hablar sobre la necesidad de la reforma del Derecho internacional privado alemán y sobre las razones que se aducen en pro y en contra de la codificación.

La regulación del Derecho internacional privado alemán se encuentra actualmente en la Ley de Introducción al Código civil (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch) de 1896. Estas normas se basan en concepciones del siglo pasado que hoy día

* Conferencia dictada en Madrid, el 31 de mayo de 1984, en el coloquio «La Codificación del Derecho Internacional Privado en Europa», organizado por el Departamento «Francisco de Vitoria» de Derecho Internacional en el Instituto de Ciencias Jurídicas del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Se ha conservado el texto literal de la conferencia y sólo añadido algunas notas.

Para un resumen del coloquio, cf. A.-L. CALVO CARAVACA, «*JPR-Reform in Spanien und Deutschland*», en «*Rasels Zeitschrift*», vol. 48 (1984), pp. 745-748.

ya no corresponden a la realidad. En primer plano está el principio de nacionalidad, que tiene su fundamento en el nacionalismo político de su época. En segundo lugar se destaca la prioridad del derecho del marido en las relaciones familiares, que corresponde a la tradición patriarcal de la sociedad alemana del siglo diecinueve. Técnicamente, las normas de la Ley de Introducción eran insuficientes, porque consideraciones políticas llevaron a los legisladores a formular sólo normas unilaterales. Así, para la evolución del Derecho internacional privado alemán, desde el principio, el papel de la jurisprudencia era esencial.

Pero especialmente en las últimas décadas hubo cambios muy importantes en el orden social y jurídico. Actualmente, se encuentran más de cuatro millones de extranjeros en la República Federal de Alemania, un hecho que evidentemente pone en tela de juicio el principio de nacionalidad. Por otro lado, la posición dominante del marido no corresponde ya a la opinión pública y a la realidad social. Así hay muchos casos de matrimonios de alemanas con extranjeros en los cuales no se justifica siempre la aplicación del Derecho extranjero (1).

En el campo jurídico encontramos una evolución paralela. Las nuevas Convenciones de La Haya, de que Alemania es parte, han abandonado el principio de nacionalidad y dan preponderancia al lugar de la residencia habitual. Este hecho ha influido también en el Derecho internacional privado alemán fuera del ámbito convencional. Por otra parte, la Constitución de la República Federal de Alemania prevé en su artículo 3, par. 2 la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Bajo este aspecto, las normas de la Ley de Introducción que remiten a la ley del marido, han sido declaradas inconstitucionales por los tribunales. Así la necesidad de una nueva codificación se impone.

Pero no hay sobre este punto una opinión unánime entre los autores alemanes. Hay voces muy autorizadas en contra de una codificación porque la consideran prematura y ven el peligro que una codificación inspirada por la problemática actual no sea apropiada para solucionar nuevos problemas que podrían surgir en el futuro. Personalmente no comparto esta opinión porque en este sentido nunca habrá un momento idóneo para la codificación. Por otra parte, el estado actual del Derecho internacional privado alemán es tan confuso y complicado que sólo puede ser manejado por los especialistas de la materia. Esto no se puede tolerar en una rama del Derecho que por su importancia práctica tiene que ser aplicada por muchos abogados y jueces. Por esta razón es urgente la reforma del Derecho internacional privado alemán y tenemos que dirigir nuestros esfuerzos a lograr una nueva codificación que sirva para solucionar los problemas de nuestra época.

(1) En el año 1982 hubo 18.000 matrimonios nuevos, según estadística en *Der Amtsvormund* 1984, p. 43.

2. Los proyectos

Ya hemos dicho que uno de los motivos principales de la reforma era el artículo 3 par. 2 de la Constitución alemana de 1949 (el art. 3 par. 2 entró en vigor cuatro años más tarde). La influencia de esta disposición sobre el Derecho internacional privado no era siempre indiscutida. Sobre esta cuestión hubo tres opiniones diferentes. La opinión mayoritaria después de la entrada en vigor del artículo 3 par. 2 negó toda influencia sobre el Derecho internacional privado porque las normas de colisión eran solamente Derecho formal sin ninguna implicación de mérito. Así se argumentó que no se podría saber de antemano si el Derecho del marido aplicable en un caso concreto sería más favorable o no para la mujer que su propio Derecho. Esta posición dominó también en la jurisprudencia de las primeras décadas bajo la nueva Constitución.

Una segunda opinión negó igualmente una influencia directa del artículo 3 par. 2 sobre el Derecho internacional privado, pero veía en esta norma una directriz para una legislación futura. Parece que esta opinión estaba todavía inspirada por la tradición de la Constitución de 1918 en la cual los derechos fundamentales sólo tenían carácter programático. Sobre esta base comenzaron los trabajos de codificación en el seno del «Consejo Alemán de Derecho Internacional Privado» (Deutscher Rat für Internationales Privatrecht), órgano consultivo del Ministerio de Justicia constituido por expertos, que entre los años 1954 y 1972 publicó sucesivamente cuatro volúmenes de proyectos e informes sobre las diferentes materias del Derecho internacional privado. Estos proyectos, que fueron retocados en los últimos años, constituyen la base de reforma actual. Por su contenido, siguen la tradición científica del Derecho internacional privado alemán, con una abierta inclinación al principio de nacionalidad.

Una tercera opinión, al principio solamente defendida por pocos autores, se pronunció por la inconstitucionalidad de aquellas normas de colisión que para las relaciones de familia remiten a la ley del marido. Esta opinión, basada en la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales según el artículo 1 par. 3 de la Constitución, encontró respaldo en la famosa decisión del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del Derecho español, la llamada «Spanierentscheidung», del año 1971 (2). Creo que todos ustedes están familiarizados con los detalles del caso en que un español soltero quería casarse con una alemana divorciada, lo que le fue negado en base al Derecho español, pero concedido por el Tribunal con base en la Constitución. Aquí el asunto principal era la realización entre el Derecho extranjero y la Constitución. Pero en ese

(2) Tribunal Constitucional, Sentencia de 4 de mayo de 1971, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 31, p. 58 = *Rabels Zeitschrift*, vol. 36 (1972), p. 145.

mismo contexto, el Tribunal Constitucional declaró que las normas de colisión sólo pueden considerarse en vigor si corresponden a la Constitución. Como la disposición del artículo 13 de la Ley de Introducción regula el matrimonio por la ley nacional de ambos contrayentes, esta norma quedó intacta.

A partir de esta decisión, la invalidez de varias normas de la Ley de Introducción, que están en conflicto con el artículo 3 par. 2 de la Constitución, era manifiesta. Con todo, la jurisprudencia sólo en los últimos años ha llegado a esta consecuencia, declarando inválidas las normas sobre régimen de bienes y sobre divorcio (3). El Ministerio de Justicia, ya en el año 1976, comenzó a trabajar en la reforma del Derecho internacional privado. Encomendó esta tarea al profesor Gunther Kühne, antes funcionario del mismo Ministerio, que publicó su proyecto en el año 1980. Este proyecto sigue los rasgos generales de los trabajos del «Deutscher Rat», pero contiene algunas modificaciones, dando más espacio a la autonomía de las partes (un tema que el prof. Kühne ya había tratado en su tesis de doctorado). Sobre este fundamento se elaboró en el Ministerio de Justicia un anteproyecto de ley (1981), que con algunas modificaciones se publicó en el año 1983 como proyecto de ley y se encuentra ahora en el proceso parlamentario (4). También este proyecto está basado en el principio de nacionalidad.

Finalmente, quiero referirme a dos proyectos no oficiales que fueron elaborados en el seno del Instituto Max Planck de Hamburgo. Se trata, por un lado, del proyecto de Paul Heinrich Neuhaus y su discípulo Jan Kropholler (5). Este proyecto puede considerarse como la suma científica de Neuhaus, profesor hoy emérito de la Universidad de Hamburgo. Se caracteriza por sus grandes líneas sencillas y por su tendencia de evitar regulaciones detalladas para dejar espacio a la jurisprudencia. En vez del principio de nacionalidad, los autores del proyecto proponen la residencia habitual como conexión principal. Pero hay que advertir que la noción de la residencia habitual es entendida por Neuhaus de manera diferente que en el lenguaje común, y no se refiere al mero hecho de la residencia, sino a la integración social en un determinado orden jurídico.

Por otro lado, están las propuestas de reforma elaboradas por un grupo de trabajo dentro del Instituto (6). Estas propuestas se orientan por la práctica diaria del Instituto que en muchos casos da informes para los tribunales alemanes sobre cuestiones de

(3) Tribunal Constitucional, Sentencia de 22 de febrero de 1983, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 63, p. 181 = *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1983, p. 562; Corte Federal, Sentencia de 8 de diciembre de 1982, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs*, vol. 86, p. 57 = *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1983, p. 255.

(4) *Bundestagsdrucksache*, núm. 10/504, de 20 de octubre de 1983.

(5) Publicado en *Rabels Zeitschrift*, vol. 44 (1980), p. 326 ss.

(6) Publicado en *Rabels Zeitschrift*, vol. 44 (1980), p. 344 ss.

Derecho internacional privado y extranjero. Por razones prácticas, se ha tomado como base el principio de nacionalidad, pero atenuando el rigor del principio por varias excepciones. Así este proyecto se caracteriza por su flexibilidad, lograda especialmente a través de conexiones alternativas y dando mayor espacio a la autonomía de las partes. El mismo grupo de trabajo después elaboró un informe crítico sobre el proyecto oficial y fórmulas alternativas para sus diferentes disposiciones (7).

3. *El proyecto oficial*

Para terminar con esta primera parte de mi ponencia quiero dar un breve resumen del contenido del proyecto oficial. Este proyecto está destinado a remplazar las respectivas normas de la Ley de Introducción de 1896. Para facilitar la aplicación de la nueva ley, se ha procurado conservar la numeración actual, de tal manera que la mayoría de las disposiciones bajo el mismo número trate la misma materia como antes. Sin embargo, se ha mejorado el plan y la división del respectivo capítulo, que lleva en el proyecto el título «Derecho Internacional Privado». Las dos primeras subdivisiones contienen la Parte General y el Derecho de las personas en los artículos 3-12. Sigue el Derecho de la familia y el Derecho de sucesiones en los artículos 3-12. Sigue el Derecho de la familia y el Derecho de sucesiones en los artículos 13-26. De estas normas generales y especiales del proyecto vamos a tratar en seguida más detalladamente.

Las demás subdivisiones del proyecto contienen la regulación de los contratos, copiando las normas de la Convención europea de Roma de 1980, y algunas modificaciones de las leyes de procedimiento. También se espera una futura codificación del Derecho de obligaciones no contractuales y del Derecho de bienes (8). De estas materias no se trata aquí, porque son objeto de otra ponencia en el coloquio.

II. NORMAS GENERALES DEL PROYECTO

En seguida quiero tratar de las normas generales del proyecto, entendiéndolo como tales no sólo las que se refieren a la Parte General del Derecho internacional privado en sentido estricto, sino también las normas sobre personas y negocios jurídicos en general.

(7) Publicado en *Rabels Zeitschrift*, vol. 47 (1983), p. 595 ss.

(8) El Ministerio de Justicia ha elaborado un anteproyecto sobre estas materias que fue distribuido en mayo de 1984.

1. *Parte General*

La Parte General del Derecho internacional privado ha encontrado en el proyecto sólo una regulación fragmentaria en los artículos 3-6 bajo el título «remisión» (*Verweisung*). Este título no trata de las cuestiones famosas como la cuestión previa, la calificación o la adaptación, y creo que lo hace con buena razón. Porque estos problemas son materia de la ciencia jurídica y no son apropiados para una codificación. En cambio, este título se limita a algunas normas básicas, y quiero dar primero un breve resumen de estas reglas.

El artículo 3 en su par. 1 nos da una definición del Derecho internacional privado, en su par. 2 establece la primacía de los tratados internacionales y en su par. 3 contiene una excepción general a favor de la *lex rei sitae* que es difícil de entender y explicar. (No voy a intentar aquí explicar esta regla, sólo anotar que nuestro Instituto se ha pronunciado en contra de esta norma de excepción y esperamos que se suprima durante el proceso parlamentario). El artículo 4 trata del reenvío y en su último párrafo de la determinación del Derecho aplicable cuando en el Estado respectivo existen diferentes sistemas legislativos (esta regla coincide con el art. 12 n.º 5 del Título preliminar español). Los siguientes artículos 5 y 6 se refieren al estatuto personal y al orden público. Se menciona expresamente como parte del orden público los derechos fundamentales de la Constitución. Aquí se nota la influencia de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional en el caso del español («Spanierentscheidung»). Pero hay que subrayar que conforme esta decisión no todo conflicto con los derechos fundamentales excluye la aplicación del Derecho extranjero, sino que debe valorarse también la intensidad de contacto que el caso concreto tiene con el exterior.

En mi ponencia de hoy sólo quiero estudiar más detenidamente la norma del artículo 4 sobre el reenvío, porque sé que este problema era muy controvertido en España hasta la reforma del Título preliminar en 1974. Es curioso que la codificación española y el proyecto alemán en esta materia parten de posiciones opuestas pero ofrecen para los casos más frecuentes de la misma solución. Así el artículo 12 n.º 2 del Título preliminar del Código civil español dice que la remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, pero admite como excepción el reenvío en favor de la ley española. En cambio, el artículo 4 par. 1 del proyecto alemán parte del supuesto que la remisión al Derecho extranjero incluye también su derecho internacional privado (exceptuados los casos en que la norma de colisión se refiere expresamente al Derecho material —esto se dice en el art. 3—). Pero si el Derecho extranjero remite al Derecho alemán, se aplica el Derecho alemán material sin admitir un reenvío ulterior a la ley extranjera. Lo que se puede resumir brevemente en que en ambos

ordenamientos se acepta el reenvío a la ley propia (reenvío de primer grado o de retorno).

Así teóricamente coinciden la ley española y el proyecto alemán en esta solución, pero no en los resultados prácticos. Supongamos un caso de un matrimonio de un alemán con una española casados en España y que tienen su residencia habitual en este país. Según el Derecho internacional privado español, las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges se rigen por la ley alemana que es la ley del marido (art. 9, núms. 2 y 3, Tít. prel.) (9). En cambio, según el proyecto alemán las relaciones entre los cónyuges se rigen en defecto de una nacionalidad común por la ley de la residencia habitual, en el caso la ley española (arts. 14 y 15 del proyecto). Si aplicamos ahora las normas sobre reenvío, llegamos al siguiente resultado: El juez español aplicaría en este caso la ley española, porque acepta la remisión de la ley alemana a su propia ley. En cambio, conforme al proyecto alemán, el juez alemán tendría que aplicar la ley alemana, porque la norma española remite a la ley del marido.

Ya es dudoso si este resultado no estaría en conflicto con el artículo 3 par. 2 de la Constitución alemana que establece la igualdad de derechos de hombre y mujer. En todo caso, de esta manera se pierde la armonía internacional de decisiones que se quería lograr con el reenvío. Por eso, nuestro Instituto ha propuesto una fórmula alternativa que evita estos resultados contradictorios. Según esta fórmula se excluye el reenvío que abiertamente contradice los fines de la norma de conflicto alemana. Como la finalidad de la nueva codificación alemana es justamente asegurar la igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho internacional privado, en nuestro caso no se puede aceptar el reenvío a la ley del marido. Por eso, en última consecuencia se debe aplicar el Derecho español.

2. *Ley personal*

De las otras disposiciones de este título del proyecto nos interesa especialmente el artículo 5, que trata de la ley personal o del estatuto personal (en alemán «Personalstatut»). Ya hemos dicho que el proyecto —conforme a la tradición legal en Alemania y España— sigue el principio de nacionalidad y sólo subsidiariamente se refiere a la residencia habitual. Ahora el artículo 5 se ocupa de los casos de doble nacionalidad (par. 1), de los apátridas o personas con nacionalidad indeterminada (par. 2) y de la determinación de la residencia habitual de las personas incapaces. De estos párrafos

(9) Salvo que se considere que la Constitución española de 1978 ha derogado automáticamente las conexiones discriminatorias para la mujer casada contenidas en tales artículos, como sostiene el profesor Julio D. González Campos en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado, Parte especial*, vol. II, Oviedo, 1984, p. 173 y s.

los últimos no ofrecen mayores problemas y creo que ambos coinciden con el Derecho español. Por eso quiero limitarme aquí a la discusión del par. 1 sobre la doble nacionalidad.

En la práctica, el caso más frecuente de doble nacionalidad es la persona que tiene la nacionalidad del país del foro y de un país extranjero. Aquí la actitud casi unánime de las naciones es considerar sólo la nacionalidad del foro. Esta solución se justifica en el Derecho internacional público, pero no se adapta a los fines del Derecho internacional privado. Por ejemplo, según esta regla, a una persona con nacionalidad alemana y española, los tribunales aplicarían en Alemania el Derecho alemán y en España el Derecho español (art. 9, núm. 9, Tít. prel.), lo que también (como en el caso del reenvío) impide la armonía internacional de decisiones. Por eso, en los últimos años hubo una evolución en el Derecho internacional privado alemán, primero en la doctrina y después también en la jurisprudencia de la Corte Federal (10), en contra de la preferencia automática de la nacionalidad del foro. En cambio, la ley personal de estas personas con doble nacionalidad hoy se determina por criterios objetivos como en el caso de dos nacionalidades extranjeras. Esta solución, que también es defendida en otros países, era igualmente aceptada por todos los proyectos anteriores en Alemania. Sin embargo, el proyecto oficial ahora quiere dar otra vez la preferencia a la ley alemana, lo que se debe considerar como un verdadero retroceso.

Esperamos entonces que se quite esta norma del proyecto y que se siga para todas las personas con doble nacionalidad la misma regla. Pero, ¿cuál es esta regla? El proyecto alemán para el conflicto de dos nacionalidades extranjeras da preferencia a aquella nacionalidad a que la persona tiene la más íntima conexión, especialmente por su residencia habitual o su vida anterior. En cambio, el artículo 9, núm. 9, Tít. prel. del Código civil español en este caso remite a la regla sobre apátridas o personas con nacionalidad indeterminada, quiere decir que se aplica la ley de residencia habitual, que también puede ser la ley de un tercer Estado. Sé que esta regla, que igualmente encontramos en la nueva legislación húngara, es criticada por voces muy autorizadas en España (11). Personalmente, tengo mucha simpatía por esta regla, que tiene una larga tradición y ya fue defendida en el siglo pasado en forma similar por el fundador del principio de nacionalidad Mancini y por Franz Kahn en Alemania. Pero esta solución, que he expuesto más detalladamente en un trabajo escrito hace algunos años (12), no ha encontrado eco en el proceso codificador alemán ni en el seno del propio Instituto Max Planck. Por eso no quiero insistir aquí en este tema.

(10) Cf. Corte Federal, Sentencia de 17 de abril de 1980, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1980, p. 2016, con nota de SAMTLEBEN, *ibid.*, p. 2645.

(11) Cf. PÉREZ VERA, *Derecho internacional privado, Parte especial*, Madrid, 1980, p. 77 ss.

(12) SAMTLEBEN, *Rabels Zeitschrift*, vol. 42 (1978), p. 456 ss.

3. Derecho de las personas

Ahora vamos a comentar brevemente los artículos 7-12 del proyecto sobre Derecho de las personas y negocios jurídicos. Primero hay que resaltar que el proyecto sólo trata de las personas naturales y no de las personas jurídicas o de las sociedades. En cambio, las propuestas del Instituto contienen una norma sobre un aspecto particular, la forma de los actos o contratos sociales (un problema que en los últimos años frecuentemente ha ocupado la doctrina y jurisprudencia alemana).

El proyecto oficial regula en los artículos 7-10 la capacidad, la interdicción civil, la declaración de muerte y el nombre de la persona. La capacidad de las personas se rige como en el Derecho español por la ley de su nacionalidad (igualmente se admite el principio que un cambio de nacionalidad y la declaración de muerte pueden pronunciarse en Alemania en ciertos casos según el Derecho alemán. Los siguientes artículos 11 y 12 sobre la forma de los actos jurídicos y la protección de la otra parte contratante tienen su origen en la Convención europea sobre el derecho aplicable a las obligaciones contractuales. La incorporación de las normas de la Convención en la ley alemana suscita problemas especiales que son objeto de otra ponencia en este coloquio.

Algunas anotaciones sobre el artículo 10 que regula el Derecho aplicable al nombre y apellido de las personas. Sobre esta cuestión existen en Alemania tres concepciones muy divergentes. En principio hay conformidad que el nombre y apellido de la persona se rige por su ley personal. Este principio ha encontrado su expresión pura en el proyecto Neuhaus y Kropholler. Pero este principio está modificado en la doctrina y jurisprudencia por otras dos corrientes opuestas. Así la opinión tradicional en el Derecho internacional privado alemán sigue la idea que la adquisición o modificación del nombre y apellido que tiene su origen en el Derecho de familia, se rige por la *lex causae*, p. ej., la ley aplicable a la filiación, la legitimación, al matrimonio o al divorcio. Todavía se basan en esta concepción los proyectos del Consejo alemán (Deutscher Rat) y del prof. Kühne. En cambio, una tendencia más moderna que ha encontrado su expresión, p. ej., en las propuestas de nuestro Instituto, quiere dejar también en esta materia más espacio a la autonomía de las partes. La jurisprudencia durante muchos años siguió la teoría de la *lex causae* y solamente en los últimos años ha evolucionado en el sentido de que por un lado se respeta la ley nacional del hijo y por otro se concede cierta autonomía a la esposa para elegir la ley aplicable a su apellido. Especialmente los matrimonios entre cónyuges alemanes y españoles y los hijos de estas parejas han ocupado en muchos casos los tribunales, dando lugar a un sinnúmero de controversias.

También el artículo 10 del proyecto oficial parte del principio que el nombre y apellido se rige por la ley nacional de la persona

(par. 1). No ha seguido la teoría de la *lex causae*; en cambio admite en cierta medida la autonomía de las partes. Así dice el par. 2 que al hijo natural también se puede dar el apellido según la ley personal de uno de los padres o de la persona que le da su apellido. Aquí se nota la influencia del informe crítico de nuestro Instituto, porque el anteproyecto del Ministerio no contenía la excepción en esta forma. Sin embargo, no se entiende por qué el par. 2 limita esta excepción a los hijos naturales, ya que los mismos problemas se presentan con los hijos legítimos o legitimados. Igualmente en el caso del matrimonio el artículo 10 abre en los pars. 3 y 4 para los cónyuges ciertas posibilidades de elegir su apellido según una ley que no sea su ley personal. Pero también aquí estas posibilidades son muy limitadas y necesitan ser ampliadas para corresponder a la variedad de casos que se presentan en la práctica. No puedo aquí entrar en detalles, por eso remito a los que se interesan por este asunto a nuestro informe crítico sobre el proyecto oficial.

III. LA PARTE ESPECIAL DEL PROYECTO

En la tercera parte de mi ponencia quiero referirme a la Parte Especial del proyecto alemán, especialmente a las siguientes materias: matrimonio, filiación y sucesiones.

1. *Derecho matrimonial*

El derecho matrimonial se encuentra regulado en los artículos 13-17 del proyecto, que tratan de la celebración del matrimonio, de los efectos personales y patrimoniales del mismo y del divorcio. Según el artículo 13, los requisitos de fondo para contraer matrimonio se rigen para cada uno de los cónyuges por su ley personal. Pero se puede prescindir de la aplicación de esta ley, si coinciden los siguientes supuestos: 1. uno de los cónyuges es alemán o tiene en Alemania su residencia habitual; 2. debe existir un conflicto con la garantía constitucional de la libertad del matrimonio, p. ej. en caso de un divorcio en Alemania no reconocido en el país de nacionalidad, y 3. los contrayentes han hecho esfuerzos razonables para cumplir con su ley personal (p. ej. intentado un juicio de *exequatur* en su país). Aquí se manifiesta la influencia directa de la decisión del Tribunal Constitucional en el caso del español («Spanierentscheidung») y de la discusión siguiente en la doctrina y jurisprudencia.

Para la forma de celebración del matrimonio en Alemania, el artículo 13 contiene en su par. 3 una regulación especial que corresponde al Derecho vigente. Según esta norma, la forma del matrimonio civil del Derecho alemán en principio es obligatoria para todos los matrimonios realizados en Alemania. Esta regla choca con aquellos ordenamientos jurídicos que —como anteriormente

el Derecho español— exigen de sus nacionales en el extranjero la observancia de su ley nacional. Por eso el artículo 13 par. 3 abre una excepción para los matrimonios de extranjeros realizados ante una persona autorizada por el gobierno del Estado nacional de uno de los cónyuges. Esta excepción, que corresponde al artículo 50 del Código civil español, se aplica p. ej. a los matrimonios ante los cónsules autorizados a realizar tales actos. El Convenio entre España y Alemania del año 1872 sobre relaciones consulares no prevé una semejante autorización (y tampoco los cónsules alemanes en España están autorizados a realizar matrimonios). En cambio, para los cónsules españoles en Alemania tal autorización resulta del artículo 51 par. 3 del Código civil. Pero estos matrimonios sólo serán considerados válidos en Alemania si ninguno de los contrayentes es alemán, de lo contrario se trata de matrimonios claudicantes. Por eso, la norma del artículo 13 par. 3 debe considerarse insuficiente.

Más grave todavía es la situación en cuanto a los matrimonios religiosos. Para los españoles católicos en Alemania, el matrimonio canónico es admitido por el artículo 44 del Código civil y se puede realizar ante cada párroco. Pero según el Derecho internacional privado alemán, estos matrimonios serán inválidos, porque la autorización del sacerdote resulta del Derecho canónico y no proviene —como exige el texto legal— del gobierno del Estado nacional de uno de los cónyuges. En el pasado se ha encontrado para estos casos la solución en que el gobierno español ha autorizado expresamente a determinados sacerdotes en Alemania para celebrar tales matrimonios. Esta autorización, a pesar de no tener ninguna relevancia ante el Derecho canónico, era suficiente para el Derecho alemán. Pero esta solución tenía sus inconvenientes, porque no siempre se podía probar la autorización del sacerdote por el gobierno español. Por eso, se impone una reforma del proyecto alemán en el sentido de admitir para la forma del matrimonio tanto la *lex loci celebrationis* como la ley nacional de uno de los cónyuges (esta es la propuesta de nuestro Instituto).

Los siguientes artículos 14-17 del proyecto alemán tratan de los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y finalmente del divorcio. Aquí se sigue en principio el sistema de unidad, lo que quiere decir que se pretende determinar la ley aplicable para todas estas materias por la misma conexión. Se habla aquí del estatuto de la familia («Familienstatut»), que se determina por la nacionalidad común de los cónyuges o en su defecto por ciertas conexiones subsidiarias. Pero lo que varía en estas disposiciones es el momento decisivo para la conexión: para los efectos personales, la ley aplicable puede cambiar junto con el elemento de conexión, en cambio para los efectos patrimoniales es decisivo el momento de la celebración del casamiento (salvo un pacto contrario de los cónyuges) y para el divorcio el momento de la acción judicial (salvo una excepción en favor de cónyuges alemanes). Creo que este sistema coincide en general con el Derecho internacional

privado español. Lo que difiere, como ya hemos visto, son las conexiones subsidiarias. En defecto de una nacionalidad común de los cónyuges durante el matrimonio el Derecho español remite a la ley del marido, en cuanto el proyecto alemán declara aplicable la ley de la residencia habitual. (Omito aquí las otras conexiones subsidiarias.)

Estas normas del proyecto han merecido la crítica de nuestro Instituto, especialmente por las siguientes razones: 1. la inmutabilidad del régimen económico matrimonial, que no corresponde a las tendencias modernas de reforma y a las exigencias de la práctica; 2. la regulación insuficiente de la autonomía de las partes para los efectos personales y patrimoniales tanto del matrimonio como del divorcio; 3. la concepción errada del artículo 17 sobre divorcio, ya que dificulta el divorcio de extranjeros en Alemania y sólo prevé una excepción unilateral en favor de cónyuges alemanes. Otras críticas se refieren a problemas especiales como la prohibición del divorcio sin acción judicial («Privatscheidung») en Alemania o la regulación inadecuada del reajuste de los derechos a la pensión después del divorcio (el llamado «Versorgungsausgleich» del Derecho alemán). Por limitación de tiempo, no voy a entrar aquí en la discusión de estos problemas.

2. *Derecho de filiación*

En materia de filiación la situación es todavía más complicada porque en esta materia Alemania está ligada por varios tratados internacionales. Así Alemania es parte del Convenio de La Haya sobre la obligación alimenticia entre parientes de 1973. Igualmente está en vigor el Convenio de 1961 sobre protección de menores. Estos convenios tienen gran importancia práctica, porque se aplican a todos los menores con residencia habitual en Alemania, sin considerar su nacionalidad. Por eso, el proyecto alemán quiere incorporar en el artículo 18 las normas del Convenio sobre la obligación alimenticia de 1973. En cambio, en materia de tutela el artículo 24 contiene una regulación autónoma, que sólo se aplica a los casos fuera del ámbito del convenio sobre protección de menores. Sin embargo, entre España y Alemania esta materia se rige todavía por las normas del Convenio consular de 1872 y de la Convención de La Haya de 1902.

Las otras materias relacionadas con la filiación están reguladas en los artículos 19-23 del proyecto. También en esta parte el proyecto sigue la idea del «estatuto de la familia» (Familienstatut). Así la filiación legítima, la legitimación y la adopción por uno o dos cónyuges se rigen por la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio. Este principio, que está modificado y complementado por otras reglas secundarias, parece algo doctrinal. La regulación del proyecto no tiene en cuenta, que también en esta materia hay varias interferencias con los tratados internacionales, y por eso conduce en la práctica a resultados poco convenientes.

3. *Derecho de sucesiones*

Finalmente algunas consideraciones sobre el Derecho de sucesiones, que está regulado en los artículos 25-26 del proyecto alemán. Ningún problema ofrece la regulación de la sucesión intestada en el artículo 25, el cual como el derecho vigente —y conforme al art. 9, n.º 8 del Código civil español— remite a la ley nacional del causante. Para la forma de los testamentos rige en Alemania el Convenio de La Haya de 1961 que con su principio de múltiple conexión tiende al «favor validitatis». El proyecto alemán quiere incorporar las normas de esta Convención en el artículo 26 y extiende su ámbito de aplicación también a la forma de los pactos sucesorios. Por lo demás, el último párrafo del artículo 26 sujeta la validez de las disposiciones de última voluntad a la ley nacional del testador o disponente en el momento de su otorgamiento. Más acertado parece la regulación del artículo 9, n.º 8 del Código civil español, el cual en caso de cambio del estatuto personal del testador antes de su muerte sigue el principio del «favor validitatis» (así también las propuestas de nuestro Instituto). Tampoco los otros problemas que resultan de un tal conflicto móvil —muy discutidos en la doctrina y jurisprudencia— han encontrado en el proyecto una solución adecuada.

Pero el punto más controvertido en la discusión de reforma ya no aparece en el proyecto oficial. Desde hace varios años se ha propuesto en la doctrina alemana admitir la autonomía de las partes también el Derecho internacional privado sucesorio. Conforme esta opinión, el testador puede elegir la ley aplicable a su sucesión, lo que resulta muy práctico para evitar conflictos que puedan resultar de la situación de la herencia en diferentes países o de una divergencia entre el Derecho sucesorio y el régimen económico matrimonial. Como ya he mencionado en mi ponencia, éste era el tema de doctorado del prof. Kühne y por eso no es de admirarse que en su proyecto siguiera esta opinión. Pero también los otros proyectos —incluso el anteproyecto hecho por el mismo Ministerio— admitieron la autonomía del testador en el Derecho internacional privado sucesorio. El único punto controvertido era el ámbito de esta autonomía, es decir la enumeración de las legislaciones que el testador podría elegir. Parece que el Ministerio, cansado de estas controversias, al final llegó a suprimir la autonomía del testador en el proyecto oficial por completo. Pero las razones que se aducen en los motivos —la posibilidad de fraudes y abusos— no son convincentes y se podrían eliminar con una cláusula de excepción en favor de los parientes más próximos, como la hemos formulado en nuestras propuestas.

IV. *CONSIDERACIONES FINALES*

Estos son los grandes rasgos de la proyectada reforma del Derecho internacional privado alemán en materia de familia, Derecho

de personas y sucesiones. El proyecto oficial se encuentra ahora en una comisión del parlamento que lo va a considerar en este período legislativo, así que podremos contar con una nueva Ley de Introducción antes de 1987. No se sabe todavía cuáles serán las modificaciones que se incluyan en el proyecto durante el proceso parlamentario. Por eso es difícil dar un juicio final sobre los resultados de la reforma. En todo caso, se espera una simplificación y clarificación del Derecho internacional privado alemán. En cuanto a los resultados prácticos, muchas disposiciones del proyecto oficial pueden ser mejoradas y perfeccionadas. En mi ponencia de hoy, no he podido entrar en todos los detalles de la problemática. Pero seguramente volveremos a estos detalles en la discusión.

Muchas gracias.