

Título: Reformas al derecho internacional privado de Alemania Federal.

Autor: Weinberg, Inés M.

Publicado en: LA LEY1987-B, 782

Cita Online: AR/DOC/5970/2001

Sumario: SUMARIO: I. Introducción.- II. Nacionalidad o residencia habitual.- III. Elección de ley aplicable.- IV. Derecho sucesorio.- V. Conclusión.

#### I. Introducción

La finalidad de este trabajo es una descripción parcial de las reformas introducidas a la ley de introducción al Código Civil de Alemania Federal del 18 de agosto de 1896, que codifica el derecho internacional privado alemán.

Esta reforma, en vigor desde el 1 de setiembre de 1986, se da en una época en que la codificación del derecho internacional privado ha sido reconocida como necesaria en los países tanto del este como del oeste. Comenzando con la codificación de normas de colisión la URSS (4/12/1963 y 27/6/1968), han seguido Polonia (12/11/1965); Portugal (25/11/1966), Argelia (26/9/1975), Alemania Democrática (5/12/1975), Austria (1979), Hungría (1979), Turquía (22/5/1982) y Yugoslavia (15/7/1982) [\(1\)](#).

La reforma a la anterior codificación de 1896 se hizo necesaria para compatibilizar las normas de derecho internacional privado alemanas con la ley de igualdad de derecho de hombre y mujer del 18/6/57, la ley sobre hijos extramatrimoniales del 19/8/69, la reforma del derecho matrimonial y de familia del 14/6/76, la reforma a la ley de divorcio del 14/6/76 y la ley de adopción del 2/7/76.

El nuevo articulado comprende: art. 3º: definición del derecho internacional privado, valor de los tratados, estatutos generales y particulares; art. 4º: reenvío; art. 5º: estatutos personales; art. 6º: orden público; arts. 7º y 8º: capacidad e incapacidad de derecho y de hecho; art. 9º: declaración de presunción de fallecimiento; art. 10: nombre; art. 11: forma; art. 12: protección de la parte contratante en caso de incapacidad de la otra; art. 13: celebración del matrimonio; art. 14: efectos del matrimonio; art. 15: régimen de bienes del matrimonio; art. 16: protección de terceros en materia patrimonial matrimonial; art. 17: divorcio; art. 18: alimentos; art. 19: filiación matrimonial; art. 20: filiación extramatrimonial; art. 21: legitimación; art. 22: adopción de menores; art. 23: consentimiento; art. 24: tutela y curatela; arts. 25 y 26: sucesión internacional, disposiciones de última voluntad; arts. 27 al 37: obligaciones contractuales (autonomía de la voluntad, ley aplicable, contratos del consumidor y de trabajo, cesión, reenvío, etcétera).

#### II. Nacionalidad o residencia habitual

Con motivo de la reforma se planteó el interrogante si en las materias de derecho de las personas, de familia y derecho sucesorio debía continuarse con la remisión a la ley nacional de las partes o sustituirse por la ley del domicilio o residencia habitual como punto de conexión.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán había decidido el 22 de febrero de 1983 y el 8 de enero de 1985 [\(2\)](#) la nulidad de los arts. 15, párrs. 1º, 2º y 17, párr. 1º respectivamente, por ser contrarios a la igualdad de derechos de hombre y mujer en tanto estos artículos sometían el primero, el régimen de bienes del matrimonio a las leyes de la nacionalidad del marido y, el segundo sometía el divorcio a las leyes de la ley de nacionalidad del marido al momento de la interposición de la demanda.

Como se ve, las disposiciones de la ley de introducción al Código Civil alemán [\(3\)](#) priorizaban la ley nacional del marido por sobre la de la mujer, creando una desigualdad.

Para solucionar esta desigualdad se podía recurrir a la ley del domicilio o residencia habitual de los cónyuges como punto de conexión.

La Exposición de Motivos [\(4\)](#) explica que se buscó elegir como ley aplicable la que mayor contacto tiene con la persona, prefiriéndose como tal a la ley de la nacionalidad por sobre la ley del domicilio o residencia habitual, debido a que la nacionalidad como punto de conexión es más estable y menos sujeta a la manipulación de los interesados. Esta circunstancia es de vital importancia en el derecho internacional de las personas y de familia donde se trata de la constitución o modificación duradera de los estados personales o de familia (capacidad, matrimonio, divorcio, filiación, etcétera).

La nacionalidad continua, es comprobable con mayor facilidad que el domicilio o residencia habitual. A ello se suma la mayor movilidad internacional de las personas que cambian sus domicilios o residencias. Asimismo el domicilio y la residencia son conceptos diferentes para las distintas legislaciones y, muchas veces, el momento del cambio de residencia no se puede comprobar con exactitud, es decir en qué momento la residencia habitual deja de ser habitual. El cambio de la nacionalidad siempre tiene fecha determinada. El principio de

nacionalidad guarda relación con el origen de la persona e implica que la relación de origen recién es sustituida por una relación más fuerte y nueva al momento del cambio de nacionalidad.

La Exposición de Motivos aclara que el principio de la nacionalidad dio buenos resultados en Alemania pero, cuando en una relación intervienen partes con nacionalidades diferentes, la reforma (5) establece:

Artículo 15: Los efectos patrimoniales del matrimonio se someten a la ley que al momento de la celebración del matrimonio es aplicable a los efectos generales del mismo. Se permite a las partes elegir para los efectos patrimoniales de su matrimonio el derecho nacional de uno de ellos, el derecho del estado en que uno de ellos tiene su residencia habitual o para inmuebles la *lex rei sitae*.

Artículo 17: El divorcio se rige por la ley que al momento de la interposición de la demanda sea válida para los efectos generales del matrimonio. En el supuesto de que, conforme a este derecho, el matrimonio no sea divorciable, se aplica el derecho alemán si el actor es alemán en este momento o lo fue en el momento de contraer matrimonio.

El art. 14 determina que a los efectos generales del matrimonio se aplica el derecho nacional de ambos cónyuges. En su defecto el derecho de la residencia habitual de ambas partes, supletoriamente la ley del estado que tenga mayor contacto con las partes. Si un cónyuge tiene más de una nacionalidad, pueden los cónyuges elegir una de ellas si coincide con la del otro cónyuge. Ambos cónyuges pueden elegir la ley nacional de uno de ellos si no se da el primer supuesto de este artículo y ninguno de los cónyuges es nacional del estado en el cual ambos tienen su residencia habitual o cuando los cónyuges no tienen su residencia habitual en el mismo estado. La posibilidad de elegir la ley aplicable termina cuando ambos cónyuges obtienen la misma nacionalidad.

Estas normas específicas del derecho de familia guardan relación con el art. 5º que dispone que cuando hay una remisión a la ley nacional de una persona y ésta tiene más de una nacionalidad, se aplica la ley nacional a la que la persona esté más intensamente ligada, especialmente a través de su residencia habitual o el transcurso de su vida. Si una de las nacionalidades de la persona es la alemana, se prioriza ésta. En caso de carecer de nacionalidad se aplica la ley de la residencia o residencia habitual. Cuando la remisión es a la ley del estado de la residencia o residencia habitual de una persona y la misma modifica su residencia siendo incapaz de hecho y sin el consentimiento de su representante legal, la modificación no implica por sí el cambio de la ley aplicable.

La última parte del artículo parece querer evitar que en el supuesto de secuestro de menores, la sustracción misma de lugar a un cambio de estatuto.

El art. 12 también deja de lado la ley de la nacionalidad cuando se celebra un contrato entre personas que se encuentran en el mismo estado. En este caso la persona física que es capaz de derecho y de hecho conforme al derecho material de este país, sólo puede invocar su incapacidad conforme a la ley de otro estado cuando la otra parte al momento de la celebración del contrato conocía o pudo conocer esta incapacidad. Esta disposición no se aplica en materia de derecho de familia y sucesorio ni con relación a la disposición de inmuebles en otro país.

### III. Elección de ley aplicable

Una innovación de la ley permite a las partes elegir su derecho aplicable aún en el derecho de familia. La ley permite la elección del derecho aplicable únicamente en las relaciones entre los cónyuges, evitando que ello tenga efectos sobre el estado de los hijos, pues sus consecuencias serían imprevisibles.

La elección de la ley aplicable fundamentalmente se da en el derecho de las obligaciones contractuales a través de la incorporación del Tratado sobre Obligaciones Contractuales de la Comunidad Económica Europea del 19/6/1980. Este tratado de 1980 sólo ha sido ratificado hasta el presente por Francia, Italia y Dinamarca.

El tratado parte del principio de que las partes pueden elegir la ley aplicable en sus relaciones contractuales con los límites que impone el derecho ambiental, los contratos de trabajo y el orden público. Establece asimismo las consecuencias de la falta de capacidad de las personas físicas.

La elección de la ley aplicable debe ser explícita o inferirse de las disposiciones del contrato o las circunstancias del caso. La elección de la ley aplicable puede ser para todo o parte del contrato. Cuando los hechos al momento de la elección de la ley aplicable sólo tienen contacto con un estado, no puede la elección de la ley aplicable de otro estado ser contraria a las normas de orden público del primero (art. 27).

A falta de elección de ley aplicable conforme al art. 27, se aplica el derecho del estado con el que el contrato tiene las relaciones más estrechas. Si parte de un contrato se puede separar, puede aplicarse el derecho que tenga la relación más estrecha con esta parte. El contacto más estrecho se presume con el estado en el que se debe cumplir la prestación característica, o la residencia habitual de la persona física o administración principal en la persona jurídica al momento de la celebración del contrato. Si el contrato se celebra con motivo de una actividad profesional u oficio de una parte, se supone que el contacto más estrecho se da en el estado en que se

encuentra la sede o la sucursal que debe realizar la prestación (28).

#### IV. Derecho sucesorio

También en esta, materia se permite cierta autonomía de la voluntad por cuanto el art. 25 establece que la sucesión se rige por la ley nacional del causante pero permite al causante disponer por causa de muerte de inmuebles en Alemania, conforme al derecho alemán.

#### V. Conclusión

Esta codificación de 1986 es una codificación parcial que no incluye las obligaciones extracontractuales ni los derechos reales, cuyo texto reformado será incorporado con posterioridad.

A pesar de ello se trata de una codificación muy completa que comprende temas de la parte general de la materia, como el reenvío.

Poco después de la publicación de su contenido la reforma fue criticada para algunos autores alemanes pero, como dice Ferid (6) "es mejor en determinados casos hacer algo malo que nada".

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1) FERID, M., "Internationales privatrecht", Berlín 1986, E-3; MAKAROV, A. N., "Quellen des IPR", Tübingen, 1978.

(2) B VerfGE 63, p. 181; B VerfGE 68, p. 384.

(3) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1982.

(4) Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/5632.

(5) Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, Drucksache 10/5632.

(6) FERID, M., ob. cit., E-I.