

NUEVAS TENDENCIAS EN EL DERECHO CIVIL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA*

Karl August Prinz Von Sachsen Gessaphe.**

I. Introducción

1. La Temática.

El Derecho civil alemán, al igual que el mexicano, no ha quedado estancado en su estado original. A causa de diferentes factores, ha sufrido, más bien, una serie de cambios. En una breve mirada, no es posible hacer mención de todos los cambios sobrevenidos. Querer pronosticar el futuro del Derecho civil alemán, me parece aún menos posible. La variedad de factores extrajurídicos que han influido en su evolución, no permanecen estáticos: nuestra sociedad se encuentra en permanente transformación; la revolución técnica está penetrando cada día más nuestra vida, sea en el trabajo, sea en el hogar. El legislador deberá estar alerta de estos cambios en la realidad social, económica y cultural. En Alemania, esta realidad está sufriendo notables cambios como consecuencia del proceso de unificación en este país; ¡hace un año, nadie hubiera pensado en la posibilidad de tal proceso!

Tal interrelación entre ley y sociedad nos hace tan difícil la tarea de prever a largo plazo el futuro del Derecho civil. Lo que sí se puede, es trazar las principales líneas de la evolución que una codificación ha tenido, a partir de que entró en vigor (sub II), hasta hoy en día (sub III). Ello nos da indicios acerca de un posible futuro (sub IV). Como no es posible abordar todos los cambios sobrevenidos, me limitaré a algunos puntos que me parecen de interés. La reforma del Derecho familiar ocupará el mayor espacio, debido a que es la parte del Derecho civil que mayores cambios ha sufrido.

* Versión revisada y actualizada por el autor de la ponencia leída en la *Primera Semana Internacional de Derecho Civil* que se llevó a cabo en la Ciudad de México en marzo de 1989; dedico este trabajo a mi apreciado maestro, el profesor *Dr. Hans-Jürgen Sonnenberger*.

** Profesor Asistente en el Instituto de Derecho Internacional y Comparado de la Universidad de München, R.F.A.

2. El BGB como Fuente Principal del Derecho Civil.

Hoy día, el Derecho civil en sentido amplio comprende, además del clásico *jus civile*, gran cantidad de materias afines⁽¹⁾. En Alemania, suele distinguirse entre el Derecho privado y el derecho civil. El Derecho civil propiamente dicho se limita a las relaciones civiles, en las que cada ciudadano puede formar parte⁽²⁾. En la República Federal de Alemania⁽³⁾, la fuente principal del Derecho civil es el Código Civil, llamado *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)⁽⁴⁾. El Derecho privado comprende, además, los llamados Derechos privados especiales (*Sonderprivatrechte*), como son el Derecho mercantil, laboral, de patentes y otros más⁽⁵⁾.

El BGB se divide en cinco libros:

Parte general (§§ 1-240), Derecho de obligaciones (§§ 240-853), Derecho de cosas (§§ 854-1296), Derecho familiar (§§ 1297-1921) y Derecho de sucesiones (§§ 1922-2385).

Además, existen leyes especiales que tratan de materias civiles en el sentido de los cinco libros del BGB⁽⁶⁾. En lo que sigue, me limitaré al Derecho civil contenido en el BGB y en algunas de estas leyes especiales.

1. Acerca de la noción del Derecho civil en México, cf. R. de Pina, *Derecho Civil Mexicano*, vol. I, 14a ed., México 1985, 76 s.
2. K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7a ed., München 1989, 5.
3. Originalmente, el BGB rigió en todo el territorio del Imperio Alemán. Debido a los cambios políticos y geográficos sobrevenidos a consecuencia de la capitulación del Imperio Alemán el 8 de mayo de 1945, se ha ido disminuyendo el ámbito espacial de aplicación del BGB. Así, por algún tiempo ya nada más estuvo rigiendo en el territorio de la República Federal de Alemania. En la República Democrática Alemana, el BGB había sido derogado poco a poco y, finalmente, sustituido por el Código Civil del 19.6.1975 (ZGB), el Código Familiar del 20.12.1965 y diferentes leyes sobre Derecho económico; para más detalles véase G. Brunner, *Einführung in das Recht der DDR*, 2a ed., München 1979, 38-40. Respecto a la R.D.A., parece que el BGB recobrará vigencia, después de un período de transición. Así, según el anexo II/III.3 al Protocolo Común al Tratado entre los dos Estados alemanes del 18.5.1990, los §§ 705-740 BGB, relativos a las sociedades civiles, tienen nuevamente vigencia en la R.D.A. a partir del 1.7.1990. Sin embargo, el mismo Protocolo en su anexo III/H.8 introduce ciertos cambios al ZGB, de lo que puede deducirse que en lo demás, este Código quedará en vigor, por el momento; acerca del estado actual del Derecho civil de la R.D.A y sus necesidades de ser reformado cf. K. Westen: "Der Stand des Zivilrechts in der DDR und seine Reformbedürftigkeit" en *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift* 1990, 1-7.
En los demás ex-territorios alemanes, están en vigor las leyes de los Estados, bajo cuyo poder los respectivos territorios se encuentren en la actualidad. Esta situación ha sido ya sancionada por los parlamentos de ambos Estados alemanes en cuanto a los territorios que hoy forman parte de Polonia, al reconocer las actuales fronteras occidental y norte de este país.
4. Entre sus fuentes destacan el Derecho Romano, el Derecho Germano y las leyes que estuvieron en vigor en los diferentes Estados del Imperio Alemán con anterioridad al BGB, Heinrichs en Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 49a ed., München 1990, Einleitung, nota III 3. Acerca de las leyes anteriores al BGB, véase F.J. Sacker en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (MünchKomm) I, 2a ed., München 1984, Einleitung, nota marg. 9.
5. Para más detalles, véase D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 3a ed., Heidelberg 1988, notas marginales 13-15a.
6. Así, la Ley para reglamentar el Derecho de las Condiciones Generales de Contratación (AGB-Gesetz) del 9.12.1976, la Ley del Matrimonio (Ehegesetz) del 20.2.1946, la Ley sobre la Propiedad Horizontal y el Derecho permanente de Habitación (WEG) del 15.3.1951, y otras más, véase H. Heinrichs en Palandt, (obr. cit. supra n. 4) Einleitung, nota IV 1.

II. El BGB Histórico

1. Punto de Partida.

El BGB entró en vigor el 1.1.1900. Refleja los principales pensamientos políticos, económicos y sociales de la época del Emperador Guillermo II. Estos pensamientos eran, por un lado, conservadores, por lo que el BGB se dirige en primera línea a la burguesía, no tanto a la clase obrera⁽⁷⁾. Por otro lado, eran los tiempos de un creciente liberalismo económico que trataba de eliminar toda clase de barreras al comercio⁽⁸⁾.

Este liberalismo se entremezcla con una fuerte corriente individualista, fundada en ideas de la filosofía alemana, sobre todo de *Kant*⁽⁹⁾. El individualismo tenía como modelo al hombre razonable, responsable de sí mismo y capaz de discernir, quien regula sus asuntos en libre autodeterminación y quien defiende sus intereses adecuadamente⁽¹⁰⁾. El BGB adoptó estas ideas individualistas. Por eso, la persona física como portador de derechos y obligaciones constituye el núcleo de la codificación.

Estas ideas liberales e individualistas, se reproducen en las libertades de dominio, de contratación, de testar, de comercio y de competición, ampliamente concedidas por el BGB.

La tendencia liberal y conservadora provocó que no se hiciera mucho para la protección de los económicamente débiles. Esta tendencia que ya fue punto de crítica en los debates de la comisión redactora del BGB⁽¹¹⁾, demuestra que, al entrar en vigor, este cuerpo legal correspondía sólo en parte a las realidades y necesidades sociales de su época.

La situación es algo diferente en el Derecho de familia, en el que ya se concedía protección a los que en aquel entonces típicamente solían ser los débiles en una familia, es decir, a la esposa y a los niños. El Derecho de familia se basaba en un concepto patriarcal, siguiendo la tendencia conservadora de aquella época.

En cuanto a la técnica legislativa, cabe mencionar que el BGB sigue el sistema del pandectismo según el cual, lo general antecede lo especial. El texto de las normas es sumamente conciso, evitando enumeraciones en favor de normas de carácter general y abstracto. Todo ello conlleva a un alto nivel de abstracción del BGB.

7. Para más detalles véase R. Damm en R. Wassermann (ed.), *Kommentar zum Bürgerlichen Recht* (Reihe Alternativkommentare) Neuwied 1987 (en lo que sigue AK-BGB) Einl., notas marg. 51-56. Sin embargo, el legislador de la época de Guillermo II, no se había olvidado por completo de las clases humildes, A. Laufs: "Beständigkeit und Wandel - Achtzig Jahre deutsches Bürgerliches Gesetzbuch" en *Juristische Schulung* 1980, 853-860 (856).

8. Larenz, (obr. cit. supra n.2) 45; Damm en *AK-BGB*, (lug. y obr. cit. supra n. 7).

9. Larenz, (obr. cit. supra n.2) 34-39.

10. Heinrichs en Palandt, (obr. cit. supra n. 4) Einleitung, nota III 3.

11. Véase sobre todo la profética crítica de *Otto von Gierke* desde un ángulo social-conservador, referida por Damm en *AK-BGB*, (obr.cit. supra n. 7) nota marg. 53, así como la crítica más bien socialista de *Anton Menger*, referida *ibidem*, notas marg. 54 s.

2. Ideas Orientadoras.

En seguida, veremos las ideas orientadoras del BGB histórico.

a) *Autonomía de la Voluntad*

Como consecuencia del concepto individualista, el BGB concede amplio margen a la autonomía de la voluntad. Su típico campo de aplicación es el Derecho de obligaciones. Aquí, en primer lugar es cosa de las partes regular sus relaciones civiles. Por eso, la mayoría de las disposiciones del segundo libro son dispositivas. La autonomía de la voluntad, empero, no se limita a los dos primeros libros del BGB: en el Derecho de cosas, se realiza en la propiedad privada y las amplias facultades concedidas al propietario (cf. §§ 903 ss. BGB); en el Derecho de sucesiones, se concede la libertad de testar, limitada por el derecho de la legítima⁽¹²⁾. Sin embargo, en el Derecho de cosas, de familia y de sucesiones, prevalecen las normas imperativas sobre las dispositivas⁽¹³⁾.

b) *Libertad de Contratación*

Como emanación de la autonomía de la voluntad, se concede la libertad de contratación, § 305 BGB. Esta libertad, no se refiere nada más al contenido de las obligaciones. Las partes quedan, más bien, en libertad de elegir el tipo de contrato o de crear nuevos tipos, no previstos por la ley.

En el Derecho de cosas, de familia y de sucesiones, esta libertad se limita a la elección entre los tipos de negocios jurídicos previstos por la ley⁽¹⁴⁾.

c) *Principio de Confianza*

En las relaciones humanas, el que confía, puede esperar que se le confíe⁽¹⁵⁾. El BGB se hace eco de este postulado de la ética, especialmente a través del principio de buena fe (*Treud und Glauben*), confirmado en el § 242 BGB⁽¹⁶⁾. Aunque esta disposición esté contenida dentro del segundo libro, se aplica a la totalidad de relaciones civiles⁽¹⁷⁾.

El principio de confianza constituye uno de los fundamentos de todo el Derecho civil alemán. Es imposible enumerar todas sus aplicaciones. Produce deberes entre

12. La legítima en Derecho alemán, a contrario del Derecho mexicano, confiere al pariente preterido en el testamento un derecho personal a la mitad de la cuota que le hubiera correspondido en la sucesión legítima, sin que tenga que tomarse en cuenta la necesidad del preterido, § 2303.

13. Esto se debe a que, en estos tres libros, casi siempre pueden afectarse los intereses de terceros. Además, en estas áreas, el legislador quiere imponer sus ideas del orden económico y familiar. Cf. Larenz, (obr. cit. supra n. 2) 32.

14. Larenz, (obr. cit. supra n.2) 31.

15. Larenz, (obr. cit. supra n. 2) 43.

16. Esta disposición dice textualmente: "El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención de los usos del tráfico".

17. Cf. el estudio exhaustivo de C.W. Canaris, *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971.

los contratantes, como el de lealtad y de diligencia. Prohíbe actuaciones que van en contra de la buena fe. En las declaraciones recepticias de voluntad, no hay que tener en cuenta la voluntad interna del declarante, si el receptor no la conocía o no pudo conocerla. Por razón del principio de confianza, la declaración deberá ser interpretada desde el punto de vista de su destinatario. El que actúa de buena fe, puede adquirir derechos reales *a non domino*⁽¹⁸⁾.

Por ende, el principio de buena fe puede constituir límites a la autonomía de la voluntad. Así, ya en su texto original, el BGB abrió la puerta para mitigar los efectos de su extremada tendencia individualista, según las necesidades del caso concreto.

d) Justicia Contractual

Según el modelo individualista del BGB, es cosa de las partes realizar su voluntad en el contrato. Esto presupone que entre las partes exista más o menos equilibrio en las posibilidades de imponerse. En la realidad social, empero, es muy frecuente que uno de los contratantes se encuentre en mejores condiciones que el otro, pudiendo imponerle su voluntad. De ser así, ya no puede hablarse de autonomía de la voluntad del inferior⁽¹⁹⁾.

Originalmente, el BGB hizo poco para lograr un reparto equitativo de los riesgos contractuales. Para alcanzar una mayor justicia contractual, se limitó más bien a algunas disposiciones imperativas y cláusulas generales. Pero no hay que olvidar que son precisamente las cláusulas generales que han servido a la jurisprudencia para modificar el modelo social del BGB en favor de los económicamente débiles⁽²⁰⁾.

e) Facilidad y Seguridad del Tráfico Jurídico

Como fruto del liberalismo económico, muchas de las disposiciones del BGB persiguen facilitar y asegurar el tráfico jurídico⁽²¹⁾, por ejemplo:

(1) En conexión con el principio de confianza, se protege a la parte que confía en una apariencia provocada por la otra. Esto es el caso en la adquisición de buena fe⁽²²⁾.

(2) Por lo general, la celebración de contratos es informal.

(3) Se ha creado el registro de la propiedad para proteger al dueño y a los demás interesados en transacciones inmobiliarias. Así, la adquisición, transferencia, vinculación y modificación de derechos reales requieren de la inscripción en dicho registro

18. Véanse los §§ 932-935 BGB acerca de la adquisición *a non domino* del dominio sobre bienes muebles (*gutgläubiger Erwerb*).

19. MünchKomm-Säcker, (obr. cit. supra n.4) Einleitung, nota marg. 30.

20. Heinrichs en Palandt, (obr. cit. supra n. 4) Einleitung, nota III 3.

21. Véase Larenz, (obr. cit. supra n.2) 45.

22. Véase supra n. 18.

para que surtan efectos⁽²³⁾; o sea, en estos casos, la inscripción tiene carácter constitutivo, a diferencia de los países de tradición francesa.

En este contexto cabe mencionar uno de los principios básicos del Derecho civil alemán que, al mismo tiempo, lo distingue de los demás regímenes jurídicos del mundo: en Alemania, el dominio, sea de muebles o inmuebles, no se transmite por el mero consentimiento, como es el caso en Francia. Más bien, se distingue rigurosamente entre el contrato, por ejemplo de compraventa, como negocio obligatorio, y la transmisión del dominio como negocio real (principio de abstracción). El primero constituye la causa del negocio traslativo. La nulidad del contrato no repercute directamente sobre el negocio traslativo del dominio; el propietario original tiene que reclamarle al actual propietario la retransmisión del dominio por vía de la *condictio indebiti*.

f) Responsabilidad por Culpa

Como emanación del concepto de la persona, el BGB partía de la responsabilidad por actos y omisiones propios. Esta responsabilidad requería de culpa, para poder ser imputada al actor⁽²⁴⁾. En caso de culpa, se produce la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

Este principio rige los cinco libros del BGB. En algunas disposiciones especiales, se modifica el grado de culpa exigido. Originalmente, sólo en el caso del poseedor de animales, el BGB conocía una responsabilidad objetiva (§ 833 BGB).

III. Evolución del Derecho Civil

1. El Proceso Reformador

a) Punto de Partida

Han transcurrido 90 años, desde que el BGB entró en vigor. Durante ese tiempo, el orden político de Alemania ha sufrido cambios diametrales: el cambio de la monarquía a la democracia al perder la Primera Guerra Mundial, el régimen totalitario de Hitler, y el retorno a la democracia en la parte occidental de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial. Hoy día, estamos viviendo una auténtica revolución del orden establecido en Europa después de 1945 que se manifiesta en el retorno de los ex-Estados satélites de la URSS al mundo democrático-occidental, entre ellos la R.D.A.

23. Para la transmisión del dominio sobre inmuebles, se requiere de un contrato notarial en el que las partes manifiestan su acuerdo sobre tal transmisión (consentimiento real), y la inscripción de la misma en el registro de la propiedad, § 873 BGB.

24. Larenz, (obr.cit. supra n.2) 37 s.

Estos cambios políticos se ven acompañados por cambios en el orden socio-económico de Alemania: el Imperio fue sustituido por una República democrática y social, la sociedad burguesa de fines del siglo pasado se transformó en una sociedad pluralista, masificada e industrializada, la técnica moderna está penetrando cada día más nuestra vida. En el plan de relaciones humanas, el consenso social, si es que jamás ha existido, se ve contestado por una creciente diversificación de modelos de vida, lo que se refleja sobre todo en el área familiar (sub III.3).

A ello hay que agregar los problemas socio-culturales causados por la inmigración de millares de alemanes, provenientes de la R.D.A. y otros países comunistas, a la R.F.A.⁽²⁵⁾. Todos estos cambios no han podido pasar inadvertidos por el legislador y la jurisprudencia⁽²⁶⁾.

b) Legislador y Jurisprudencia

Si comparamos el Derecho civil vigente en 1900 con las normas actuales en la materia, podemos notar cambios substanciales. Como consecuencia de la creciente especialización y diversificación en nuestra vida social y económica, han ido creándose nuevas leyes especiales sobre materias que, originalmente, estuvieron reguladas en el BGB⁽²⁷⁾, lo cual significa una particularización del Derecho civil en detrimento del ideal del siglo pasado de concentrar todo el Derecho civil en una sola codificación.

Aunque haya habido 90 reformas al BGB, éste aún conserva en gran parte su texto original, con excepción del cuarto libro sobre la familia⁽²⁸⁾. Sin embargo, a esta identidad en el texto, no corresponde una identidad en la interpretación del mismo. Aquí nos encontramos ante una de las más notables peculiaridades en la evolución del Derecho civil alemán: la reformación de su contenido no se debe exclusivamente a la actuación del legislador sino que, en parte igual, a la interpretación dinámica realizada por la jurisprudencia y dogmática⁽²⁹⁾. Este proceso puede compararse con la evolución habida en el Codice Civile italiano⁽³⁰⁾.

Tal tendencia, no ha quedado sin crítica, pues se dice, entre otro, que la creación de Derecho por el juez plantea serios problemas constitucionales por alterar el reparto de competencias entre el poder legislativo y el jurisdiccional⁽³¹⁾.

25. Sólo para 1989, se cuenta con una cifra de 700.000 inmigrados!

26. Acerca de los cambios políticos, económicos y sociales y su influencia sobre la evolución del Derecho civil, cf. Laufs, (obr.cit. supra n.7) 856-859, y Damm en *AK-BGB*, (obr. cit. supra n.7) Einl., notas marg. 59-109.

27. Por ejemplo el Código de la Circulación (StVG) del 19.12.1952, la Ley sobre el uso pacífico de la energía nuclear y la protección contra sus peligros (AtomG) del 15.7.1985, etc. Véanse Heinrichs en Palandt, (obr. cit. supra n. 4) Einleitung, nota IV 1; Laufs, (obr.cit. supra n.7) 859.

28. Heinrichs en Palandt, (obr. cit. supra n.4) Einleitung, nota IV 2.

29. Laufs, (obr.cit. supra n.7) 858; acerca de los más notables cambios introducidos por vía de la interpretación judicial cf. Damm en *AK-BGB*, (obr.cit. supra n.7) Einl., notas marg. 87-109.

30. Como pude desprender de la ponencia del profesor Alberto Trabucchi, sostenida en el mismo evento (cf. nota *).

31. Cf. Damm en *AK-BGB*, (obr.cit. supra n.) Einl., notas marg. 82, 83, 85, con más citas.

c) Influencia de la Jurisprudencia

La jurisprudencia alemana, ya no se limita al simple proceso de subsunción (interpretación estática). En la interpretación de la ley, el juez, sin duda, debe partir de los términos utilizados por la norma en cuestión. Pero además, debe buscar los valores y principios rectores de la misma, teniendo en cuenta las necesidades que se plantean en la realidad social y en el caso concreto (interpretación dinámica)⁽³²⁾.

Siguiendo estos criterios, la jurisprudencia, frecuentemente inspirada por la doctrina científica, ha logrado nuevas soluciones, apartándose del texto original de BGB. Esto ha sucedido sobre todo a través de las cláusulas generales, como el principio de buena fe (§ 242 BGB), y en la creación de nuevas instituciones, al integrar algunas legales. Así, la Corte Federal (*Bundesgerichtshof*) ha ampliado la responsabilidad contractual a actos sucedidos antes de celebrarse el contrato, pero después de iniciarse los contactos entre las partes (*culpa in contrahendo*)⁽³³⁾. En algunos casos, la jurisprudencia no se ha detenido ante el texto del BGB, haciendo una interpretación *contra legem*⁽³⁴⁾.

Es de notar, además, que la jurisprudencia y la doctrina científica también han preparado el terreno en muchas de las reformas introducidas por el legislador. Es el caso, por ejemplo, en la Ley para reglamentar el Derecho de las Condiciones Generales de Contratación (*ABG-Gesetz*) del 9.12.1976⁽³⁵⁾.

d) Impacto de las Garantías Individuales

En 1949, la Ley Fundamental de la R.F. de Alemania (*Grundgesetz*, en lo que sigue GG) entró en vigor. Todo el orden jurídico debe subordinarse a esta ley y a las garantías individuales contenidas en la misma. Estas garantías individuales están ejerciendo una creciente influencia, también en el Derecho civil⁽³⁶⁾. Por un lado, esta influencia se hace notoria en la labor interpretativa de la jurisprudencia. Así, la Corte Federal ha creado un derecho general de la personalidad cuya lesión obliga a la indemnización pecuniaria de daños y perjuicios. Este derecho, no previsto por el BGB, lo ha derivado de las garantías de la dignidad del hombre y del libre desarrollo de su personalidad, Arts. 1 y 2 GG⁽³⁷⁾.

32. Véase al respecto Larenz, (obr.cit. supra n.2) 73-76.

33. Para más detalles, consúltese D. Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 4a ed., München 1988, 52-60.

34. Es obvio que se trata de camuflar tales interpretaciones bajo el rubro de extensivas; sin embargo, comparando los resultados obtenidos en estos casos con el texto legal, no cabe más que la denominación "contra legem". Así, el § 253 BGB restringe la posibilidad de reclamar una indemnización pecuniaria por daños morales a los casos expresamente establecidos en la ley; sin embargo, la jurisprudencia ha evolucionado una nutrida casuística de daños morales en que sí se concederá tal indemnización; cf. la crítica de Heinrichs en Palandt, (obr.cit. supra n. 4), § 253 BGB nota 1.

35. Medicus, *Schuldrecht I* (obr.cit. supra n.33), 22.

36. Véase al respecto Larenz, (obr. cit. supra n.2) 82-87.

37. Derogando así el § 253 (supra n.34); cf. al respecto la decisión de la Corte Federal, *BGHZ* 13, 334-341.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) puede decretar la nulidad de disposiciones del BGB por violar las garantías individuales. En muchos de estos casos, sobre todo en el Derecho de familia⁽³⁸⁾, el Tribunal Constitucional ha forzado al legislador a sustituir las normas anuladas por otras que tomen en cuenta los postulados del GG en la interpretación hecha por este Tribunal. Así, el Tribunal Constitucional acaba de anular la regulación contenida en los §§ 1593, 1598 y 1596 I BGB en cuanto deniega al hijo mayor de edad, nacido de matrimonio, la facultad de aclarar su filiación por vía judicial, sin hacer excepción alguna⁽³⁹⁾.

e) Influencia del Derecho Internacional

Con la creciente integración de los Estados miembros de la Comunidad Europea (C.E.), el proceso reformador ya no se encuentra exclusivamente en manos del legislador federal alemán⁽⁴⁰⁾. Así, la directiva 374 de la C.E. sobre responsabilidad por el producto del 25.7.1985 obliga a los legisladores de los Estados miembros de promulgar una ley nacional correspondiente, con el fin de unificar el Derecho sustancial en la materia. En Alemania, esta directiva ha sido transformada por ley del 15.12.1989⁽⁴¹⁾.

Además, hay que tener en cuenta los tratados internacionales sobre unificación del Derecho sustantivo. Estos tratados están cobrando cada día mayor relevancia, no nada más en Alemania, sino que también a nivel mundial. Entre estos tratados, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías⁽⁴²⁾ reviste especial importancia: en su ámbito de aplicación, sustituirá las disposiciones de las codificaciones civiles de los Estados miembros sobre la compraventa⁽⁴³⁾. Esta Convención acaba de entrar en vigor para México⁽⁴⁴⁾, para Alemania entrará en vigor el 1.1.1991⁽⁴⁵⁾.

38. Véase al respecto F.W. Bosch: "Entwicklungslinien des Familienrechts in den Jahren 1947-1987" en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1987, 2617-2630 (2620).

39. BVerfG 31.1.1989 en *NJW* 1989, 891. El Tribunal alude a que esta restricción es violatoria del derecho de personalidad del niño, el cual abarca también el conocer su filiación; cf. el comentario crítico de E. Koch: "Der Anspruch des Descendentes auf Klärung der genetischen Abstammung - ein Paradigmawechsel im Abstammungsrecht" en *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1990, 569-574.

40. Ultimamente, acerca de la influencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho laboral cf. R. Birk: "Der Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf das Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland" en *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)* 1989, 6-15.

41. Produkthaftungsgesetz, *Bundesgesetzblatt (BGBI.)* 1989 I 2198, que entró en vigor el 1.1.1990.

42. Texto en *Revue de Droit Uniforme* 1980 I, 60-137.

43. Acerca de los requisitos de aplicación de la Convención véase P. Kindler: "Die Anwendungsvoraussetzungen des Wiener Kaufrechtsübereinkommens der Vereinten Nationen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr" en *RIW* 1988, 776-782.

44. El 1.1.1989, véase "Status of Conventions, Note by the Secretariat", UN-Dok.A/CN.9/304.

45. Kindler: "Das neue UN-Kaufrecht und der deutsch-mexikanische Warenverkehr" en *El Mensajero* (Boletín informativo de la Asociación Mexicano-Alemana de Juristas) 2 (München 1989) 38-42 (39), con resumen en español, ibidem, 42 s (42); sobre la relevancia de esta Convención para las relaciones mexicano-alemanas cf. ibidem.

Sin embargo, cabe mencionar que las preocupaciones por crear en determinados sectores un Derecho uniforme, se ven algo mitigadas por divergencias, sea en la transformación de las directivas europeas⁽⁴⁶⁾, sea en la interpretación de las normas uniformes⁽⁴⁷⁾.

2. Las Reformas en el BGB

Aquí, no trataré de las reformas habidas en el cuarto libro sobre el Derecho familiar (sub 3).

a) *Parte General*

El texto original del primer libro casi no ha sufrido cambios. La doctrina científica y la jurisprudencia han modificado la teoría general del negocio jurídico en algunos puntos⁽⁴⁸⁾. A través de estas modificaciones, se ha tratado de realizar mejor los principios de confianza y de justicia contractual, basándose para ello sobre todo en el principio de buena fe (§ 242 BGB). Tomemos el ejemplo de contratos en los que las partes hayan olvidado de regular un punto. Para poder salvar estos contratos, se han ampliado las facultades de complementarlos por vía de interpretación, fundándose a estos efectos en la presunta voluntad de las partes.

b) *Derecho de Obligaciones*

El Derecho de obligaciones no es una materia estática, siendo que las costumbres y las necesidades del tráfico jurídico se encuentran en permanente evolución. En las reformas del Derecho de obligaciones, son tres los factores que saltan al ojo⁽⁴⁹⁾:

La tendencia general de proteger a la parte que típicamente se encuentra en condiciones inferiores; el principio de buena fe (§ 242 BGB) como base de la creación de nuevas instituciones jurídicas y de la elaboración de nuevas soluciones; el importante papel de la jurisprudencia y de la doctrina científica.

aa) *La Protección de la Parte Típicamente Inferior*

Habíamos dicho que, a consecuencia de los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de contratación, el BGB originalmente no hacía mucho para prote-

46. Aun partiendo de la misma directiva 374 de la C.E., la diferente transformación en leyes nacionales por los respectivos legisladores ya ha dado lugar a nuevas divergencias en materia de responsabilidad por el producto.

47. Las disposiciones de la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías serán interpretadas por los tribunales de los Estados miembros, sin que exista una autoridad competente que vele sobre una interpretación uniforme, lo que en la práctica constituye una fuente para futuras divergencias en la aplicación de esta Convención.

48. Para más detalles, véase Medicus, *Allgemeiner Teil* (obr.cit. supra n.5), nota marg. 42.

49. Medicus, *Schuldrecht I* (obr. cit. supra n.33), 22.

ger a la parte típicamente débil. En el paso del tiempo, se ha dado más importancia a la tarea social del Derecho civil⁽⁵⁰⁾. Esto se debe a un cambio en la concepción del individuo. Sobre todo bajo la influencia de las garantías individuales, se ha subrayado la ambivalencia de la persona como individuo y como parte de la sociedad⁽⁵¹⁾. Esto no significa que ya no valgan los principios originales del BGB, basados en el individualismo. Pero han sido modificados en el sentido de que a las libertades individuales, corresponden deberes y responsabilidades sociales⁽⁵²⁾. Esta nueva concepción se manifiesta en una tendencia que trata de lograr una mayor justicia contractual, fortificando la posición de la parte que se encuentra típicamente en condiciones inferiores de imponer su voluntad. Esta tendencia pone de relieve que en realidad, las decisiones legislativas dependen en gran medida de factores extrajurídicos, de índole social, cultural, económica, etc., y de su valoración por el legislador⁽⁵³⁾.

Tomemos como ejemplos de esta corriente los contratos de arrendamientos urbanos y el control de condiciones generales de contrato:

(1) Arrendamientos Urbanos

El arrendamiento urbano es un caso típico en el que el legislador tiene que valorar los intereses contrapuestos de las partes, además de factores de orden público. El arrendador está interesado en el máximo rendimiento de las viviendas que le pertenecen con el mínimo de gastos, mientras que el inquilino se interesa en pagar la menor cantidad posible para una vivienda que le convenga lo mejor posible. Este conflicto de intereses no se puede dejar a la autorregulación por las partes, con fundamento en los mecanismos del libre mercado, por tratarse de una típica situación de desigualdad contractual entre las partes: por un lado, el espacio disponible para construir y, en consecuencia, el número de viviendas disponibles, es escaso; por el otro, los inquilinos están obligados a contratar para poder tener un hogar. Aquí, ya no existe libertad de contratación.

Para no dejar a los arrendatarios al albedrío de los arrendadores, el legislador ha estado modificando constantemente las normas aplicables en la materia⁽⁵⁴⁾. Se han introducido un cierto control de precios de alquiler, así como normas imperativas para proteger a los inquilinos contra el desahucio. Sin embargo, la protección efectiva de los intereses de los inquilinos provocó un cierto estancamiento en la construcción de nuevas viviendas, y, consecuentemente, una creciente escasez de viviendas.

50. Larenz, (obr. cit. supra n.2) 52; Heinrichs en Palandt, (obr. cit. supra n.4) Einleitung, nota IV 2 b, aa.

51. Véase también W. Henke: "Die Sozialisierung des Rechts" en *Juristenzeitung* 1980, 369-378.

52. Larenz, (obr. cit. supra n.2) 51 s.; Heinrichs en Palandt, supra n. 50.

53. Cf. mi obra, *Das Konkubinat in den mexikanischen Teilrechtsordnungen*, Tübingen 1990, 82.

54. Los constantes cambios, efectuados además en pésima técnica legislativa, han originado una situación legal sumamente confusa que hace del Derecho de arrendamientos urbanos una materia casi incomprensible. Véase también la crítica de D. Medicus, *Schuldrecht II, Besondere Teil*, 11.ª ed., München 1987, 108 y 119-120.

Con el cambio de gobierno, se ha tenido por conveniente de mitigar la protección del inquilino, facilitando, sobre todo, el aumento del alquiler. Así, se esperaba dar nuevos impulsos a la industria constructora, para poder subsanar la escasez de viviendas⁽⁵⁵⁾.

Esta solución, tampoco parece haber tenido los efectos deseados, pues resulta que en las grandes ciudades alemanas, los precios del alquiler han alcanzado niveles tan elevados que se tragan gran parte del sueldo de los inquilinos, sin que el número de viviendas haya aumentado considerablemente. El rendimiento obtenible del alquiler, no es el único factor que influye en la escasez de viviendas; entre otros, cabe destacar que a consecuencia de los cambios estructurales en la sociedad alemana⁽⁵⁶⁾, se nota un creciente número de personas que viven solas⁽⁵⁷⁾, lo que aumenta la demanda de viviendas. Nuevos problemas se acercan en la parte oriental de Alemania, pues allá, los precios de alquiler son extremadamente bajos, y las casas en estado deplorable.

Se trata de uno de los más grandes retos, no nada más para el legislador alemán, de encontrar una solución equilibrada entre los intereses de inquilinos y arrendadores, teniendo en cuenta las realidades sociales y económicas y la paz social.

(2) Condiciones Generales de Contrato

En los negocios cotidianos, gran parte de los vendedores se sirve de contratos preformulados. Por lo general, el comprador ordinario no se tomará el tiempo de leer cada una de estas condiciones generales de contrato. Aunque las lea, no tendrá el poder de negociación suficiente para imponer su modificación. Para asegurar que, a pesar de la desigualdad económica, exista justicia en esta clase de contratos, la jurisprudencia ha ido elaborando criterios para el control de las condiciones generales, basándose para ello nuevamente en el principio de buena fe⁽⁵⁸⁾.

En 1977, el legislador ha reaccionado, creando el *AGB-Gesetz*. Esta ley condiciona la aplicabilidad de las condiciones generales de contrato que hayan sido debidamente introducidas en el mismo. Con esto, se quiere garantizar que el comprador haya tenido la oportunidad de enterarse de su contenido. Para asegurar la justicia contractual, el contenido de las condiciones generales es sometido a un control, a

55. Véase la Ley para aumentar la oferta de viviendas (EAMWoG) del 20.12.1982, y los comentarios de J. Sonnenschein: "Die Entwicklung des privaten Wohnraummietrechts 1982 und 1983" en *NJW* 1984, 2121 y ss.

56. Si antes la familia solía componerse de abuelos, padres, tíos y niños que todos convivían en una vivienda, hoy día, la familia clásica se reduce tan sólo a la pareja con sus hijos menores. Al alcanzar la mayor edad, los hijos acostumburan emanciparse, también en cuanto a su vivienda; después del divorcio y de la separación fáctica de uniones libres, los ex-conviventes suelen vivir en diferentes viviendas, lo cual, dada la alta tasa de separaciones, agrava aún más la escasez - cf. acerca de la sociología de la familia mi obra: "Síntesis del Derecho familiar de la República Federal de Alemania" en *Derecho de Familia* 1989/1 (Buenos Aires), 49-63 (50).

57. Así, en la ciudad de Munich, 51% de los hogares son formados por un solo individuo.

58. Larenz, (obr.cit. supra n.2) 59-62.

través de un catálogo de condiciones prohibidas (Arts. 10 y 11) y, para casos omisos en este catálogo, a través del principio de buena fe (Art. 9).

bb) Modificaciones en la Responsabilidad por Delito

En el campo de la responsabilidad extracontractual, el Derecho tal y como es aplicado por la jurisprudencia, ya se ha apartado bastante del texto original del BGB que aún está en vigor. Esto se debe a un gran número de factores⁽⁵⁹⁾ que es imposible de profundizar en este lugar. Destacaré algunos de los más importantes⁽⁶⁰⁾:

La constante evolución técnica lleva consigo cada vez más y nuevos riesgos para personas y cosas. La densidad de población ha aumentado notablemente, lo que repercute en el número de accidentes. Hoy día, se busca un responsable para cada daño⁽⁶¹⁾. En este contexto, es de notar que la mayoría de los riesgos está asegurada; en el caso de accidentes de tránsito, por lo general los que litigan, ya no son el responsable y la víctima, sino que las compañías de seguros. Siendo así, ya no es el individuo responsable del delito el que tendrá que cargar el peso de la indemnización, sino que la sociedad, puesto que las compañías de seguros calculan sus cuotas en base a los daños asegurados habidos, y, a través del aumento de las cuotas, pasan el riesgo a la comunidad de los asegurados. Estos factores no se reflejan debidamente en la reglamentación de la responsabilidad extracontractual del BGB, basada en la sociedad y la técnica del siglo pasado.

Esta incongruencia entre realidad social y regulación legal ha provocado una constante modificación de los conceptos originales del BGB a través de las actuaciones del legislador y de la jurisprudencia, sin olvidarse del importante papel de la doctrina. Esta evolución, todavía no ha llegado a su punto final. Así, a partir de un anteproyecto de 1967⁽⁶²⁾, se está discutiendo una reforma total o parcial de la responsabilidad por delito, sin que esta discusión haya desembocado en una auténtica reforma⁽⁶³⁾.

Hoy en día, se pueden distinguir dos bases de la responsabilidad extracontractual: la responsabilidad por culpa y la objetiva. Para un gran número de actividades peligrosas, se han ido creando leyes especiales en base a la responsabilidad objetiva⁽⁶⁴⁾, como es el caso en la legislación sobre energía nuclear⁽⁶⁵⁾, y, últimamen-

59. Cf. H. Kohl en *AK-BGB*, (ob.cit. supra n.7) Vor §§ 823 ff., notas marg. 1-11.

60. Cf. Ch. von Bar en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Köln 1981, II, 1688-90.

61. Von Bar, ibidem, 1691; W. Zöllner: "Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert" en *Archiv der civilistischen Praxis (AcP)* 188 (1988) 85-100.

62. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften, Karlsruhe 1967.

63. Cf. los análisis y anteproyectos de P. Schlechtriem, Ch. von Bar y H. Kötz, en *Gutachten*, (obr.cit. supra n.60) II, 1591 y.ss.

64. Véase al respecto Larenz, (obr. cit. supra n.2) 62 s.

65. Véase arriba n. 27.

te, en la responsabilidad por el producto [sub (b)]. Para los casos regulados por el BGB, la jurisprudencia ha conservado el principio de responsabilidad por culpa. No obstante, existe una nutrida casuística para poder responder de manera flexible a las necesidades de la realidad y, en especial, del caso concreto⁽⁶⁶⁾. En esta casuística, pueden diferenciarse dos corrientes: por un lado, la jurisprudencia ha ido desarrollando el clásico instrumentalario del BGB en la materia, introduciendo, por ejemplo, la acción preventiva de abstención con base en el § 823 I BGB⁽⁶⁷⁾; por el otro, ha ido mitigando el principio de responsabilidad por culpa hacia una responsabilidad objetiva⁽⁶⁸⁾. Tomemos dos ejemplos para demostrar la segunda corriente:

(1) *Deberes de Garantizar la Seguridad del Tráfico*

Existe el deber general de tomar en consideración posibles peligros para los demás. En consecuencia, la jurisprudencia ha desarrollado una responsabilidad del que crea o mantiene una fuente de peligros, por los daños causados al realizarse estos peligros (*Verkehrssicherungspflichten*)⁽⁶⁹⁾, diciendo que⁽⁷⁰⁾:

El que crea o mantiene una fuente de peligros para otros, debe de tomar las precauciones necesarias y razonables, a fin de que no se realicen estos peligros. El que, por no haber observado esta obligación, dé causa a que se lesione uno de los derechos protegidos (vida, salud, libertad, propiedad etc.), será tratado como responsable del daño.

Aquí, puede observarse con toda claridad la tendencia de objetivación de la responsabilidad extracontractual: el § 823 I BGB exige la lesión dolosa o por negligencia de uno de los derechos protegidos. El contenido del deber de precaución, exigido por la jurisprudencia, en cambio, equivale a lo que objetivamente se debe como diligencia. La culpa ya nada más cobra importancia en su componente subjetiva, como situación excepcional para evitar la responsabilidad objetivamente establecida⁽⁷¹⁾.

(2) *Responsabilidad por el Producto*

Por lo general, el damnificado tiene que probar todos los requisitos de su acción. En el caso de ser dañado por un producto industrial, será muy difícil de probar la culpa del producente. Claro que el dañado podrá demandar al que le haya vendido este producto por vicios ocultos. Pero puede ser que el vendedor ya no sea solvente o

66. Véase al respecto Laufs, (obr.cit. supra n.7) 859.

67. Véase también Laufs, ibidem, con más citas.

68. Véase Larenz, (obr. cit. supra n.2) 62-64.

69. Para más detalles, cf. Medicus, (*Schuldrecht II* (obr.cit. supra n.54), 337 s.

70. D. Medicus, *Bürgerliches Recht*, 10a ed., Köln-München 1981, notas marg. 654 s.

71. Tomemos como ejemplo al dueño de una casa al que incumbe el deber de quitar la nieve de la banqueta delante de su casa; si por haber estado enfermo no pudo cumplir con este deber suyo, no será responsable del daño sufrido por un pasante por no haberse quitado la nieve, pues su falta de negligencia lo exculpa de su falta objetivamente cometida: cf. Medicus, ibidem, nota marg. 659.

no responda por el defecto. Entonces es necesario que el dañado tenga una acción eficaz en contra del productor.

El hecho de poner en circulación productos defectuosos, origina la responsabilidad del productor por haber creado una fuente de peligros⁽⁷²⁾, como acabamos de ver. Para mejorar la posición del damnificado aún más, la Corte Federal ha invertido la carga de la prueba respecto a la culpa: cuando una persona o una cosa es dañada como consecuencia del uso apropiado de un producto industrial, el productor tendrá que probar su falta de culpa⁽⁷³⁾. En consecuencia, la jurisprudencia ya ha acercado mucho la responsabilidad del productor a una responsabilidad objetiva.

Este último paso se ha dado, al entrar en vigor este año la Ley sobre responsabilidad por el producto (Produkthaftungsgesetz)⁽⁷⁴⁾, dictada en cumplimiento de la directiva 374 de la C.E. Aquí, nuevamente nos encontramos ante la tendencia de proteger al económicamente débil.

c) Derecho de Cosas

aa) Tendencias Generales

El Derecho de cosas ha demostrado ser mucho más estático. La mayoría de las reformas se debe nuevamente a la labor de la jurisprudencia y de la doctrina científica. Entre las pocas reformas legislativas, cabe destacar la Ley sobre la Propiedad Horizontal y el Derecho permanente de Habitación (WEG) que ha tenido la finalidad de contribuir a una mayor dispersión de la propiedad habitacional⁽⁷⁵⁾.

En el Derecho de cosas, nos encontramos ante una materia de suma importancia comercial. Aquí, por ende, han sido más bien las necesidades del comercio, su facilidad y seguridad, las que han impulsado las reformas. El factor social no se expresa tanto en nuevas instituciones dogmáticas o legales, como en la actuación jurisprudencial en el caso concreto⁽⁷⁶⁾. Las ideas sociales de las garantías individuales han originado un cambio en la concepción de la propiedad privada, poniendo de relieve los deberes del dueño frente a la sociedad⁽⁷⁷⁾; sin embargo, esta transformación no es propia del Derecho civil, sino que del público.

bb) Reserva de Dominio

La tendencia de facilitar el comercio se nota especialmente en las garantías de créditos⁽⁷⁸⁾. El comercio ha ido creando constantemente nuevas formas de garantizar

72. Thomas en Palandt, (obr.cit. supra n.4) § 823, nota 15 b, ad.

73. *BGHZ* 51, 91 ss.

74. *Supra* n.41.

75. Heinrichs en Palandt, (obr. cit. supra n.4) Einleitung, nota IV 2 c.

76. Cf. M. Wolf: "Beständigkeit und Wandel im Sachenrecht" *NJW* 1987, 2647-2652 (2652).

77. Para más detalles véase Wolf, *ibidem*, 2647 s.

78. Consultese al respecto Wolf, *ibidem*, 2650 s.

créditos, concediéndole al acreedor seguridades reales. La jurisprudencia ha tenido que controlar este movimiento, también para garantizar la protección de las partes y de los terceros acreedores en caso de insolvencia. Es oportuno de mencionar en este contexto la reserva de dominio, ya conocida por el BGB (§ 455). Partiendo de la simple reserva de dominio hasta efectuarse el pago completo, se ha desarrollado una muchedumbre de modificaciones y ampliaciones sumamente sofisticadas⁽⁷⁹⁾. Es muy frecuente, por ejemplo, la reserva de dominio alargada (*verlängerter Eigentumsvorbehalt*):

El vendedor surte al comprador materiales bajo reserva de dominio. El comprador los utiliza para fabricar un producto. Según el § 950 BGB, el que transforma una cosa, adquiere la propiedad sobre el nuevo producto. Para poder perpetuar la reserva del dominio, las partes acuerdan que el comprador transformará la cosa para el vendedor, con lo que el dominio del último se extiende a la cosa transformada. Además, el vendedor autoriza al comprador a vender la nueva cosa. Como equivalente, el comprador cede al vendedor de antemano su crédito contra el futuro comprador.

Pero frecuentemente, el comprador ya habrá cedido sus créditos a otros acreedores⁽⁸⁰⁾, por ejemplo a un banco. Por lo regular, prevalece la primera cesión, como consecuencia del principio de la prioridad. Sin embargo, la jurisprudencia tiende a anular las cesiones hechas en favor de los bancos, en caso de que el deudor haya cesado la totalidad de sus créditos. Estas cesiones globales son consideradas contrarias a las buenas costumbres (§ 138 I BGB)⁽⁸¹⁾. Aquí entran nuevamente aspectos sociales y de justicia contractual.

d) Derecho de Sucesiones

El quinto libro del BGB casi no ha sufrido reformas. Se han facilitado las formalidades en los testamentos⁽⁸²⁾. A consecuencia del Art. 6 V GG (sub 3.a.dd), se ha tratado de equiparar los hijos ilegítimos con los legítimos. Sin embargo, la equiparación no es total, tratándose de la sucesión legítima del padre y de sus parientes: aquí, el hijo ilegítimo no es heredero, sino que le corresponde tan sólo un derecho de crédito contra los herederos equivalente a la porción que le correspondiera como heredero legítimo (§ 1934 a BGB).

79. Véase F. Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13a ed., München 1985, 577-597.

80. En Alemania, al cederse un crédito, el cedente no tiene que informar a su deudor.

81. La jurisprudencia dice que tales cesiones globales restringen excesivamente la libertad de contratación del cedente, conediendo al mismo tiempo demasiadas garantías a los bancos, en relación con los créditos, objeto de tales garantías; cf. Medicus, *Bürgerliches Recht* (obr.cit. supra n.70), notas marg. 525-530.

82. Heinrichs en Palandt, (obr.cit. supra n.4) Einleitung, nota IV 2 d. Véase también H. Brox, *Erbrecht*, 11a ed., Köln 1988, 15.

3. Derecho de Familia

El Derecho de familia es el que mayor transformación ha sufrido entre los cinco libros del BGB⁽⁸³⁾. Esta área es, tal vez, la más sensible a cambios en la realidad social. En Alemania, la realidad social de la familia ha cambiado mucho, desde que entró en vigor el BGB, y sobre todo en los últimos años⁽⁸⁴⁾. Cabe destacar la creciente emancipación de la mujer, pero también de los hijos, en detrimento de la estructura patriarcal de la que partía el BGB. El matrimonio, ya no es considerado como única forma de convivencia sexual. Así, la futura regulación de uniones libres constituye uno de los puntos más controvertidos en la discusión científica⁽⁸⁵⁾. A causa de la alta tasa de divorcios y separaciones de uniones de hecho, es muy frecuente que un progenitor viva solo con sus hijos. El número de personas mayores de 65 años está ocupando un porcentaje cada vez mayor del total de la población.

Nuevos problemas se plantean debido a los avances científicos en la genética humana y la reproducción asistida.

a) Impacto de las Garantías Individuales

aa) Constitución y Familia

Por lo general, es la sociedad que se transforma, provocando luego reformas que adapten la legislación a la nueva realidad social. En Alemania, sin embargo, las garantías individuales del GG⁽⁸⁶⁾ han marcado nuevas orientaciones para la vida familiar que, en parte, todavía no existían en la realidad social. En este contexto cabe mencionar la igualdad entre los esposos, postulada por el GG ya mucho antes de convertirse ésta en realidad social. Por último, el legislador ordinario entró en juego, reformando la legislación familiar. Es de notar que el legislador no ha sido siempre el motor para transformar los mandamientos constitucionales en realidad legal. Ese papel lo ha jugado más bien la jurisprudencia, sobre todo del Tribunal Constitucional, forzando repetidamente la actuación del legislador o frenando, a veces, su ímpetu excesivo⁽⁸⁷⁾.

83. Acerca del nuevo Derecho familiar de la R.F. de Alemania, véase mi obra: "Síntesis" (obr.cit. supra n.56) en *Derecho de Familia* 1989/1, 49-63, que fue presentada como ponencia en el V. Congreso Mundial de Derecho Familiar que se llevó a cabo del 18 al 25 de septiembre de 1988 en San Cristóbal de Las Casas, Chiapas.

84. Para más detalles, cf. J. Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts*, 3a ed., München 1980, 1-5, y mi obra: "Síntesis" (obr.cit. supra n.56) en *Derecho de Familia* 1989/1, 50; cf. también supra n.56.

85. La futura regulación de uniones libres ha sido la temática del 57. Deutscher Juristentag que se llevó a cabo en Mainz del 27 al 30 de septiembre de 1988, cf. las resoluciones del mismo en *NJW* 1988, 2993-2999.

86. Acerca del impacto de las garantías individuales sobre el Derecho familiar cf. mi obra: "Síntesis" (obr.cit. supra n.56) en *Derecho de Familia* 1989/1, 53-58.

87. Bosch, (obr.cit. supra n.38) 2620.

bb) Art. 6 fr. I GG

El GG contiene en su Art. 6 garantías especiales relativas a la familia. Según su fracción primera, "el matrimonio y la familia están bajo la especial protección del Estado". Se trata de la norma fundamental y orientadora de toda legislación e interpretación de leyes en el ámbito familiar. Son múltiples las influencias que como tal ha ejercido sobre la evolución del Derecho familiar⁽⁸⁸⁾. Una de las más importantes es que el legislador debe dejar a los cónyuges una cierta autonomía en las relaciones conyugales como en las paterno-filiales. Así, el BGB deja libertades a los esposos para determinar el reparto de las esferas entre ellos, cuestiones de la vida conyugal y del régimen de bienes⁽⁸⁹⁾.

cc) Art. 6 fr. II y III GG

Las fracciones II y III del Art. 6 GG⁽⁹⁰⁾ se refieren a la educación de los niños, estableciendo una ambivalencia entre el derecho de los padres de educar a sus hijos y el deber del Estado de velar sobre el mismo⁽⁹¹⁾. Al tratar de delimitar las facultades de los padres y el deber del Estado, hay que tener en cuenta que la educación corresponde en primer término a los padres, como privilegio natural. Sólo en caso de que los padres abandonen los intereses de sus hijos, es cuando el Estado debe entrar en acción. Hay que tomar en consideración, además, la finalidad de la garantía en cuestión: la evolución del niño hacia una personalidad responsable de sí mismo. En el grado, en que el menor se está acercando a este fin, disminuye el derecho de los padres⁽⁹²⁾.

Ese conjunto de garantías ha tenido impacto en la legislación ordinaria a través de las reformas de 1980⁽⁹³⁾, estableciendo explícitamente el bien del niño como base del derecho a la educación. El § 1626 fr. II BGB⁽⁹⁴⁾ repite la idea orientadora de la reforma, apartándose del concepto jerárquico en las relaciones paterno-filiales en favor de un mayor respeto a la creciente capacidad de autodeterminación y a las necesidades del menor⁽⁹⁵⁾. En suma, la ley quiere tomar en serio al menor como auténtica personalidad.

88. Véase al respecto Gernhuber (obr.cit. supra n.84) 35-42.

89. G. Beitzke, *Familienrecht*, 25a. ed., München 1988, 5.

90. Art. 6 GG: "II.- La cura y la educación de los niños es derecho natural de los padres y es obligación que, primordialmente, les incumbe a ellos. La comunidad estatal vela sobre su ejercicio.

III.- En contra de la voluntad de los que ejercen la patria potestad, los hijos no pueden ser separados de sus familias más que por ministerio de la ley, en los casos en que los que ejercen la patria potestad fallan o en que los niños corren peligro de abandono por otras causas".

91. M. Zuleeg: "Familienpolitik und Verfassungsrecht" en *FamRZ* 1980, 210-215 (212).

92. Th. Maunz en Maunz-Dürig, *Kommentar zum Grundgesetz*, München 1980, Art. 6 GG, nota marg. 25 g.

93. *Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge* (SorgeRG), de 18.7.1979, en vigor 1.1.1980.

94. Art. 1626 fr. II BGB: "En la cura y educación, los padres tendrán que respetar la creciente capacidad y necesidad del niño de actuar con independencia y responsabilidad. Hablan con él sobre cuestiones de patria potestad y tratar de llegar a soluciones de mutuo acuerdo, según su estado de desarrollo".

95. Véase al respecto Bosch, (obr.cit. supra n.38) 2621.

dd) Art. 6 fr. V GG

La fracción V del Art. 6 GG postula la equiparación de los hijos nacidos fuera de matrimonio con los legítimos. El legislador no ha obedecido a este mandamiento constitucional, ya contenido en la Constitución de Weimar de 1919, hasta que el Tribunal Constitucional le puso una fecha límite para entrar en acción⁽⁹⁶⁾. Por medio de la Ley sobre la condición jurídica de los hijos ilegítimos de 1969⁽⁹⁷⁾, se intentó introducir la equiparación postulada por la norma constitucional.

Las normas reguladoras de la condición de los hijos legítimos, por lo general, les son aplicables también a los ilegítimos. Sin embargo, quedan aún diferencias en el trato que la ley da a hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. El legislador ha tenido por conveniente mantener estas distinciones, arguyendo que en la mayoría de los casos, los hijos ilegítimos se crían bajo condiciones completamente diferentes, sobre todo que los padres no se ocupan de ellos⁽⁹⁸⁾. En consecuencia, existen disposiciones especiales para la filiación, el apellido⁽⁹⁹⁾, los alimentos, la patria potestad⁽¹⁰⁰⁾ y la herencia (supra III.2.d). En la actualidad, empero, está aumentando el número de padres que auténticamente se ocupa de sus hijos extramatrimoniales, especialmente en el caso de uniones de hecho; a lo menos en estos casos, la ley ya no corresponde a la realidad social.

ee) El Principio de Igualdad

Finalmente, la segunda fracción del Art. 3 GG postula el principio de igualdad entre hombre y mujer. Tiene como finalidad equiparar las situaciones de hombre y mujer susceptibles de comparación. Se prohíbe toda discriminación por razón de sexo que no proceda de la diferencia biológica⁽¹⁰¹⁾.

El reparto de los papeles en el matrimonio tiene que atenerse a lo susodicho. El BGB originalmente le confería todas las decisiones en cuestiones conyugales, de educación y de administración del patrimonio familiar al hombre, siguiendo así una idea patriarcal⁽¹⁰²⁾. Sin embargo, el legislador ordinario ha tardado mucho tiempo en realizar el mandamiento constitucional, repetidamente forzado a ello por el Tribunal Constitucional⁽¹⁰³⁾.

96. Véase la ejecutoria del Tribunal Constitucional, *BVerfGE* 25, 167 ss.; véase también Bosch, (obr. cit. supra n.38) 2619 s.

97. *Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder* (NEhelG), de 19.8.1969, en vigor 1.7.1970.

98. Beitzke, (obr. cit. supra n. 89) p. 198.

99. Por lo general, el niño recibe el apellido de la madre, § 1617 I BGB, a diferencia de lo dispuesto en el Art. 389 fr. I CCDF.

100. La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio corresponde exclusivamente a la madre, § 1705. El padre queda excluido, también en el supuesto de haber reconocido al hijo; sólo participa en la patria potestad en caso de haber legitimado o adoptado al hijo.

101. G. Dürig en Maunz-Dürig, (obr.cit. supra n.92) notas marg.13 y 18; Gernhuber, (obr.cit. supra n.84) 54-59.

102. Beitzke, (obr.cit. supra n.89) 6 s.

103. Véase Bosch, (obr.cit. supra n.38) 2618-2620.

Por medio de varias reformas, el legislador ha logrado la plena emancipación formal de la mujer en el Derecho familiar⁽¹⁰⁴⁾. Se ha eliminado el poder unilateral del hombre de tomar las decisiones, repartiéndolo ahora entre los cónyuges. Antes, la ley tenía como imagen-guía que la mujer era la ama de casa, mientras que el hombre ganaba el dinero ejerciendo una profesión. Ahora, es cosa de los cónyuges repartir esas funciones entre sí (§ 1356 BGB). Se ha reformado el divorcio, cambiando el principio de culpa por el de descomposición del matrimonio (*Zerrüttungsprinzip*) y adaptando las consecuencias patrimoniales al principio de igualdad⁽¹⁰⁵⁾.

Como se puede desprender de los susodicho, la segunda fracción del Art. 3 GG es la garantía individual que mayor impacto ha tenido sobre la legislación familiar, especialmente en la regulación de las relaciones entre los cónyuges.

b) Nuevos Principios del Derecho Familiar

A través de un largo proceso legislativo⁽¹⁰⁶⁾, el legislador ha ido integrando las nuevas orientaciones establecidas por las garantías individuales. En cuanto a los cónyuges, reina el principio de igualdad y de participación. A ninguno de ellos le toca la preferencia; las decisiones tienen que tomarse de común acuerdo. El principio rector en las relaciones paterno-filiales es el bien del niño.

La ley concede a los cónyuges un cierto ámbito de autonomía, en las relaciones entre ellos como en las paterno-filiales. La autonomía es mayor en el régimen interno de los cónyuges. Aquí, los tribunales no pueden inmiscuirse. Entrando los intereses de los hijos en juego, la autonomía se ve restringida por cantidad de facultades judiciales en favor de los hijos.

Estos principios pueden interrelacionarse, como es el caso cuando los cónyuges no pueden ponerse de acuerdo sobre alguna cuestión: tratándose de un asunto conyugal, ya nadie tiene la última palabra, ni uno de ellos, ni los juzgados⁽¹⁰⁷⁾. En última instancia no queda más que el divorcio⁽¹⁰⁸⁾. En las relaciones paterno-filiales, empero, la autonomía de los esposos se restringe en interés del bien de los niños. Si los padres no llegan a un acuerdo en cuestiones educacionales de suma importancia para la prole, el tribunal tutelar podrá conferir el derecho de decisión a uno de ellos (§ 1628 fr.1).

Para ilustrar brevemente los nuevos principios en el Derecho familiar reformado, tomaré el divorcio como ejemplo.

104. U. Diederichsen en Palandt, (obr.cit. supra n.4) Einf. v. § 1353, nota 6.

105. Bosch, (obr.cit. supra n.38) 2625-2629; Diederichsen en Palandt, ibidem; Beitzke, (obr.cit. supra n.89) 7.

106. Véase al respecto Bosch, (obr. cit. supra n.38) 2617-2630.

107. Diederichsen en Palandt, (obr.cit. supra n.4) § 1353, nota 2 b,cc; D. Henrich, *Familienrecht*, 3a ed., Berlin 1980, 35. Beitzke, (obr. cit. supra n.89) 69 s., en cambio, se inclina en algunos casos por un derecho de decisión de uno de los cónyuges.

108. H. Dölle, *Familienrecht*, vol.I, Karlsruhe 1964, 404.

c) El Divorcio

Por medio de las reformas verificadas en 1977⁽¹⁰⁹⁾, el derecho del divorcio ha experimentado cambios fundamentales. Estas reformas han sido objeto de graves controversias, ocupando varias veces al Tribunal Constitucional⁽¹¹⁰⁾.

aa) El Principio de Descomposición del Matrimonio

Antes de las reformas, existía un catálogo de causas de divorcio, con base en la culpa. Hoy en día, la descomposición del matrimonio (*Zerrüttung*) es causa única⁽¹¹¹⁾. El divorcio presupone que el matrimonio haya fracasado. El matrimonio ha fracasado, cuando ya no exista vida conyugal y no sea probable que los cónyuges la restablezcan (§ 1567 fr.I). La ley distingue diferentes situaciones de divorcio, según el tiempo que los cónyuges vivan por separado. Cuanto más dure la separación, más fácil es el divorcio. Como consecuencia del principio de autonomía de los cónyuges, también se prevé el divorcio por mutuo consentimiento, en caso de que la separación ya dure más de un año.

Con el nuevo derecho del divorcio, el legislador ha querido evitar que se penetre en la esfera íntima de la familia ante los tribunales, cosa necesaria en el sistema basado en la culpa. Otro propósito ha sido de facilitar el procedimiento del divorcio. Pero resulta que esta facilitación ha contribuido a aumentar considerablemente la tasa de divorcio⁽¹¹²⁾. En este contexto, no pueden abordarse las cuestiones de índole moral y religiosa que puede plantear tal evolución.

bb) Consecuencias del Divorcio

Las reformas han afectado también a las consecuencias del divorcio, tanto en las relaciones entre los cónyuges como entre padres e hijos. En cuanto a las relaciones entre los cónyuges, cabe destacar dos importantes novaciones:

(1) Alimentos Postnupciales

En cuanto a los alimentos postnupciales, la novedad fundamental consiste en que la obligación de dar alimentos, ya no depende de la culpa del deudor, sino de la necesidad del acreedor⁽¹¹³⁾. El derecho a alimentos del cónyuge acreedor tiene sus límites en la capacidad del cónyuge deudor de proporcionarlos (§ 1581). Así, la nueva orientación en las causales del divorcio se manifiesta también en sus conse-

109. *Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts* (1. EheRG), de 14.6.1976, en vigor 1.1.1977.

110. Véase Bosch, (obr.cit. supra n.38) 2620-2623.

111. Para más detalles, véase Beitzke, (obr.cit. supra n.89) 159-164.

112. Así, antes de la reforma de 1977, la tasa fue de 108258 divorcios, comparado con 130894 en 1984, cf. Beitzke, (obr.cit. supra n.89) 155.

113. Beitzke, (obr.cit. supra n.89) 172; Henrich, (obr.cit. supra n.107) 101; Diederichsen en Palandt, (obr.cit. supra n.4) § 1569, nota 1.

cuencias. Como consecuencia del principio de igualdad, el legislador ha querido proteger al cónyuge que no ha podido ejercer una profesión por dedicarse al hogar y a la educación de los niños. Sin embargo, el legislador ha exagerado esta protección, llegando al otro extremo de orientarse unilateralmente en los intereses del cónyuge pobre⁽¹¹⁴⁾. Para corregir esta tendencia, el Tribunal Constitucional ha forzado al legislador a tomar en consideración también los intereses del deudor alimenticio⁽¹¹⁵⁾. La definición de la necesidad del acreedor alimenticio sigue constituyendo uno de los puntos más controvertidos⁽¹¹⁶⁾.

(2) El “*Versorgungsausgleich*”

La segunda gran innovación es la obligación de compensar los derechos pasivos adquiridos durante el matrimonio (*Versorgungsausgleich*), §§ 1587-1589. Se trata del reparto de la previsión social en caso de vejez o invalidez entre los cónyuges. La codificación de esta institución ha alcanzado tal grado de complicación que parece imposible exponerla en pocas palabras⁽¹⁷⁷⁾.

Una de las ideas orientadoras de la reforma de 1977 era que en el matrimonio, cada cónyuge es responsable del mantenimiento del otro, también en caso de vejez o de invalidez⁽¹¹⁸⁾. También se consideró justo que el cónyuge que, por manejar el hogar, no había adquirido por su cuenta derechos pasivos, reciba una participación en las expectativas de pensión que el otro, por haber ejercido una profesión, había podido asegurarse⁽¹¹⁹⁾. Se calculan los derechos de previsión social adquiridos por cada cónyuge durante el tiempo del matrimonio. Si el saldo de un cónyuge supera el del otro, éste tendrá derecho de reclamar la mitad del exceso.

La regulación del *Versorgungsausgleich* ha tenido que ser reformada en varios puntos por inconstitucionalidad⁽¹²⁰⁾. Sin embargo, quedan muchos puntos controvertidos por la injusticia notoria de las soluciones que ofrecen⁽¹²¹⁾.

114. Véase la crítica de H. Holzhauser: “Die Neuregelung des Unterhalts Geschiedener” en *Juristenzeitung (JZ)* 1977, 73-78 (77).

115. Véase *BVerfGE* 57, 361 ss. (381-389), declarando la inconstitucionalidad de la segunda fracción del § 1579, en su versión de 1977. El legislador ha reaccionado a través de la reforma verificada por medio del *Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und sonstiger Vorschriften* (UAndG), de 20.2.86, en vigor 31.3.86, véase Beitzke, (obr. cit. supra n.89) 172.

116. En principio, cada uno de los ex-cónyuges tiene que tratar de mantenerse de los ingresos de su trabajo. En este contexto, la ley exige que se ejerza “una profesión adecuada”. Este término da lugar a controversias. Véase también Beitzke, (obr. cit. supra n.89) 178.

117. Para más detalles consúltese Beitzke, (obr. cit. supra n.89) 182-195.

118. Beitzke, (obr. cit. supra n.89) 183.

119. Djedrichsen en Palandt, (obr. cit. supra n.4) Einf. v. § 1587, nota 3 b.

120. Véase al respecto Bosch, (obr. cit. supra n.38) 2621 s.

121. Beitzke, (obr. cit. supra n.89) 183 ss.

IV. Valoración y Perspectivas

1. Valoración Crítica

Hemos realizado un breve recorrido a través del BGB y algunas de sus principales evoluciones. No es aquí el lugar de entrar en un análisis detallado sobre estas evoluciones. Sin embargo, el análisis de algunos puntos clave nos puede trazar una pauta de futuras evoluciones.

En la aplicación del BGB, notamos una desbordante dogmática: se distinguen principios de Derecho y excepciones principales, excepciones de las excepciones principales y excepciones a éstas⁽¹²²⁾. Por un lado, el desarrollar una dogmática del Derecho civil, facilita la aplicación del mismo y crea certeza jurídica por determinarse el cómo de su aplicación. Una dogmática cada vez más diferenciada corresponde a la variedad de los casos que pueden presentarse en la realidad social, variedad además, creciente, debido a la diversificación de nuestra sociedad. Por el otro lado, con este dogmatismo a ultranza se pone en peligro la claridad de la ley, siendo que ya para el juriconsulto resulta a veces difícil desentrañar estos abismos. Este dogmatismo, seguramente está relacionado con una cierta tendencia positivista, aún muy fuerte en Alemania.

Junto con el dogmatismo podemos observar una tendencia casuista en la jurisprudencia que trata de realizar la justicia en el caso concreto⁽¹²³⁾. Sin embargo, la jurisprudencia quiere ocultar la finalidad de ese casuismo, buscando colocar la solución deseada del caso dentro de la dogmática ya existente, provocando una diversificación dogmática aún más sofisticada. Con ello, se trata de garantizar la certeza jurídica, al mismo tiempo que la justicia en el caso. En realidad, nos encontramos ante una tendencia de mitigar las fronteras entre el Derecho codificado y el *case law*, generalmente contemplados como antagónicos.

La interpretación dinámica del BGB por la jurisprudencia y la dogmática, ha hecho posible reaccionar a nuevas concepciones y necesidades de la sociedad, sin necesidad de reformar constantemente el Derecho escrito. Sin querer pronunciarse en contra de estas indudables ventajas de la aplicación dinámica del Derecho, hay que estar consciente de los problemas que puede originar. Por un lado, el Derecho tal y como es aplicado, en algunos casos ya se ha alejado considerablemente del texto legal. Especialmente en la creación de nuevas instituciones de Derecho o en la interlegal. Especialmente en la creación de nuevas instituciones de Derecho o en la interpretación contra legem, cabe preguntarse, si no es cosa del legislador tomar estas decisiones⁽¹²⁴⁾.

122. Cf. la crítica de Zöllner, (obr.cit. supra n.61) 86 s.

123. Cf. la crítica de Zöllner, (obr.cit. supra n.61) 87-90.

124. Véase también supra n.31.

Esto es sobre todo el caso, cuando se trate de cuestiones más bien de índole política. Hemos notado una creciente tendencia de proteger a la parte económicamente más débil. Esta evolución es sólo parte de una tendencia de darle más importancia a ideas extrajurídicas, sea en el proceso legislativo, sea en la aplicación del Derecho vigente. En última instancia, el modelo democrático del reparto de los poderes exige que las decisiones fundamentales de carácter político sean tomadas por el legislador.

2. *Perspectivas*

Como ya he indicado al principio de este trabajo, me limitaré a presentar algunos indicios acerca de un posible futuro del Derecho civil alemán, tomando en cuenta que este trabajo está condenado a la imperfección.

Debido a los recientes cambios políticos en Europa, será, sin duda, una de las principales tareas del legislador alemán para los próximos años unificar el Derecho civil en la Alemania entonces ya unificada. Aquí, cabe destacar los problemas del arrendamiento urbano, de la propiedad inmueble, sobre todo de las personas expropiadas por el régimen comunista derrocado, de las relaciones familiares etc. Al iniciarse el proceso de unificación alemana, se pensaba todavía en un acercamiento entre ambos regímenes jurídicos; sin embargo, la realidad de la calle ha precipitado este proceso en dirección a una adaptación casi total del sistema económico-político de Alemania Federal, por lo que, al parecer, también el sistema de Derecho civil de Alemania Federal será ampliado a la Alemania unida.

También fuera del proceso de unificación alemana, la importancia de la unificación del Derecho civil aumentará constantemente, sobre todo en el seno de la Comunidad Europea, en vísperas del Gran Mercado sin fronteras en 1992. Esta revolución nos aportará cambios radicales, en cuanto a la situación económica, laboral, pero también legal. Uno de los principales temas es la desregulación de los mercados nacionales de los países comunitarios para hacer posible el libre tráfico de mercancías, servicios y personas.

A nivel nacional, las garantías individuales del GG seguirán ejerciendo su influencia sobre el Derecho civil, sobre todo a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, a veces inspirado por la misma, del legislador. Así, en el Derecho vigente de tutela, el tutelado es absolutamente incapaz de contratar, § 104 Nr.3 BGB. Esto es considerado como violatorio de las garantías de dignidad humana y de libertad de acción (arts. 1 y 2 GG), por lo que en 1992, entrará en vigor una reforma del Derecho de tutela y cura, por medio de la cual, se eliminará, entre otro, la incapacidad automática como consecuencia de la tutela⁽¹²⁵⁾. Esta ley es también una reacción al creciente número de ancianos y sus problemas.

125. La ley *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige* (Betreuungsgesetz) acaba de ser aprobada el 1.6.1990; cf. el texto en *Bundesratsdrucksache* 316/90, y los comentarios de D. Schwab: "Das neue Betreuungsrecht" en *FamRZ* 1990, 681-693.

Hemos visto que una de las principales tendencias en el Derecho civil alemán es la de proteger a los económicamente débiles. Para el futuro, será una de las grandes tareas encontrar un equilibrio entre las auténticas necesidades de protección, o sea, la socialización del Derecho civil, por un lado, y la autonomía de la voluntad, por el otro⁽¹²⁶⁾.

En el Derecho de obligaciones, como hemos visto, están discutiéndose proyectos para una reforma total del mismo⁽¹²⁷⁾. Sin embargo, todavía no se ha llegado a planes más concretos. También se discuten reformas sobre algunas instituciones del segundo libro del BGB, como son los contratos de arrendamientos urbanos, la financiación externa de créditos del consumidor, y otros más⁽¹²⁸⁾. Por la aguda escasez de viviendas y los intereses de las partes involucradas en los contratos de arrendamientos urbanos, se espera dentro de poco una reforma legal en la materia. En este contexto, posiblemente tendrá que discutirse el alcance del derecho de propiedad del arrendador. La responsabilidad extracontractual es otro tópico que se presta para una reforma. Por los factores ya aludidos [supra III.2.b(2)], ésta tendrá que hacerse eco de las tendencias de objetivación de la responsabilidad. Al mismo tiempo, habrá que definir nuevamente la relación entre responsabilidad contractual y extracontractual, siendo que el BGB parte para ambos casos del principio de responsabilidad por culpa.

En el Derecho de familia, queda la tarea de adecuar los textos legales o las lagunas de la ley a las auténticas realidades sociales y a los mandamientos de la Constitución. Así, la equiparación completa de los hijos nacidos fuera de matrimonio con los matrimoniales, aún no se ha realizado. Está discutiéndose una reforma del Derecho de visita del padre, pero queda todavía por resolver el problema más grave que es el del ejercicio de la patria potestad sobre hijos nacidos fuera de matrimonio. Respecto a las uniones libres, está aumentando la presión sobre el legislador de entrar en acción⁽¹²⁹⁾.

El progreso tecnológico, se refleja también en el ámbito del Derecho civil, requiriendo la actuación del legislador. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de la fecundación asistida y de los métodos de reproducción artificial⁽¹³⁰⁾. En Alemania, ya existe un proyecto de ley al respecto⁽¹³¹⁾; estando muy controvertido, es dudoso que pronto entre en vigor.

126. Así también Henke, (obr.cit. supra n.51) 376-378; respecto de la nueva relación entre socialización y autonomía cf. Medicus, *Allgemeiner Teil* (obr.cit. supra n.5), notas marg. 179-183.

127. Cf. supra n.62-63.

128. Para más detalles, véase Medicus, *Schuldrecht I* (obr.cit. supra n.33), 22-24.

129. Véase supra n.85.

130. Cf. S. Trotnow/D. Coester-Waltjen, *Möglichkeiten, Gefahren und rechtliche Schranken befruchtungstechnischer und gentechnischer Eingriffe unter Berücksichtigung des Entwurfs eines Embryonenschutzgesetzes*, Köln 1990.

131. Cf. el proyecto de ley *Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen* del 25.10.1989 en *Bundestagsdrucksache* 11/5460.

La experiencia alemana demuestra la importancia de la jurisprudencia para mantener flexible al Derecho. No es recomendable reformar constantemente una ley. Claro que es el legislador el que debe tomar las decisiones fundamentales. Pero el desarrollo del Derecho, dentro de estos fundamentos, se realiza mejor por los jueces, en la aplicación concreta del mismo. Esto presupone que existan jueces bien preparados para esta tarea.

El Derecho no puede permanecer estático, porque tiene la función de regular la vida real. Según la realidad social vaya cambiando, el Derecho tendrá que ser transformado. Sin embargo, el Derecho no tiene que seguir todos los cambios en la sociedad. Especialmente a través de las normas fundamentales, tiene la oportunidad y el deber de establecer principios rectores para la evolución de la sociedad. Como hemos visto, esto ha sido el caso en el Derecho familiar. Al reflexionar sobre el futuro del Derecho civil, habrá que tomar muy en serio esta interdependencia entre Derecho y realidad social, influyendo, así, cuestiones extrajurídicas de carácter social, político, económico, moral, cultural, religioso etc. sobre el contenido del Derecho civil.