

EL DIVORCIO EN ALEMANIA

Carolina Riveros Ferrada*

P. Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCIÓN

El divorcio, que es uno de los modos mediante el cual fenece, jurídicamente, el matrimonio, desencadena un conjunto de importantes consecuencias jurídicas, tanto en lo que respecta a las personas que otrora fueron cónyuges entre sí, como en cuanto a los hijos procreados durante la vigencia del vínculo matrimonial. En el presente ensayo se pretende describir, el tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial que presenta el divorcio en el Derecho de Familia alemán, especialmente considerando las importantes reformas en materia de alimentos posmatrimoniales de comienzos de 2008.

II. EL DIVORCIO EN EL DERECHO DE FAMILIA ALEMÁN

1. Aspectos generales

De acuerdo a las normas del BGB¹, específicamente §1353 Abs.1 S.1 BGB², el matrimonio se contrae para toda la vida. Sin embargo, este principio que rige la institución del matrimonio alemán puede ser

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; Doctora en Derecho, Ludwig-Maximilian-Universität. Profesora de Derecho Civil Universidad Central de Chile. criverosf@ucentral.cl.

¹ BGB (Bürgerliches Gesetzbuch= Código Civil Alemán)

² Las normas no especificadas deben entenderse citadas del BGB. El § 1353 Abs. 1 dispone "Eheliche Lebensgemeinschaft. Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen. Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet; sie tragen füreinander Verantwortung".

vulnerado a través del divorcio. Por ello, se considera el divorcio como una causal de disolución del matrimonio, por razones que surgieron luego de su celebración. Este concepto se diferencia de la nulidad del matrimonio, ya que en ésta el motivo de la disolución acontece al momento de su celebración³.

El proceso de divorcio es conocido por los juzgados civiles, específicamente por los juzgados de familia⁴. El juzgado es competente para conocer los asuntos conyugales, patria potestad de los menores, derecho a mantener una relación directa con los hijos, etc. El divorcio y sus efectos son conocidos generalmente por el mismo tribunal y las sentencias deben dictarse conjuntamente.

2. Causal de divorcio

El divorcio alemán está regido desde el año 1976⁵ por la idea del divorcio-remedio a diferencia del denominado divorcio-sanción, puesto que, en el Derecho alemán sólo se constata la ruptura irremediable de la convivencia matrimonial. Por ello es irrelevante cuál de ambos cónyuges es responsable por aquel quiebre en la comunidad matrimonial⁶, más aún si se considera que ni los cónyuges ni el Juez -muchas veces- están en la situación de determinar cuáles fueron las causas de la ruptura matrimonial y con qué intensidad afectaron a la relación matrimonial⁷. La única razón existente para demandar el divorcio es la ruptura de la convivencia entre los cónyuges. Según § 1565 Abs.1 S.2⁸ el matrimonio está arruinado, cuando no existe una comunidad de vida entre los cónyuges y no es de esperar que los cónyuges restituyan dicha comunidad. En este sentido, el Juez de familia debe enfocar su labor a dos aspectos: en

³ Es importante destacar que, la nulidad del matrimonio (§ 1313 ss.) en Alemania tiene efecto hacia el futuro, por ello, el legislador efectuó una remisión a las normas del divorcio.

⁴ § 23 b GVG (Gerichtsverfassungsgesetz).

⁵ Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (EheRG) de 14.06.1976. Esta ley comenzó a regir el 01.07.1977.

⁶ GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar *Lehrbuch des Familienrechts*, (München 2006), p. 226, n. 4 s.; LÜDERITZ, Alexander – DETHLOFF, Nina *Familienrecht*, (München 2007), p.195, n.166.

⁷ SCHLÜTER, Wilfried *Familienrecht* (Heidelberg, 2006), p. 119; RAUSCHER, Thomas *Familienrecht* (Heidelberg, 2001), p.322, n. 512.

⁸ § 1565 Abs. 1 S. 2 "Die Ehe ist gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen".

primer lugar, debe conocer el estado actual del matrimonio y, en segundo lugar, las posibilidades de una reconciliación entre los esposos. Por lo que respecta al análisis del estado actual del matrimonio, el juez puede examinar si los cónyuges viven por mucho tiempo separados, si existe una relación extramarital, etc. En cuanto al segundo aspecto, el Juez debe establecer si existe o no, por parte de los esposos, voluntad de reconciliación⁹.

3. Plazos para presentar la solicitud de divorcio

Existen tres diferentes plazos que permiten a uno de los cónyuges presentar una solicitud de divorcio:

3.1. Los cónyuges no viven todavía un año separados: En este caso uno de los cónyuges puede pedir la disolución del matrimonio alegando que el demandado ha provocado con su conducta la ruptura de la convivencia matrimonial y de esta manera la continuación del matrimonio sería para él inexigible (§ 1565 Abs. 2¹⁰). Así, por ejemplo, el marido solicitó el divorcio debido a que su mujer, luego de la separación, inició labores de prostitución¹¹. La idea es evitar que el cónyuge que con su conducta provocó la ruptura del matrimonio pueda, además, solicitar antes del año el divorcio. Podríamos decir que aquí se sigue el adagio jurídico "Nadie puede sacar provecho de su propio dolo". Al margen de dicho argumento, el hecho de que se requiera de la existencia de una situación grave que provoque y fundamente el divorcio implica también cierta posibilidad para que los esposos puedan tomar una decisión de dicha envergadura, esto es, la decisión de divorciarse, sin mayor premura, evaluando todos los efectos¹².

3.2. Cuando los cónyuges viven más de un año separados y ambos demandan el divorcio o bien, uno de ellos lo solicita y el otro otorga su

⁹ KLEIN, Michael en WEINREICH, *Kompakt-Kommentar Familienrecht* (München 2005), p. 574, n. 8 y ss.

¹⁰ § 1565 Abs. 2 "Leben die Ehegatten noch nicht ein Jahr getrennt, so kann die Ehe nur geschieden werden, wenn die Fortsetzung der Ehe für den Antragsteller aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte darstellen würde".

¹¹ OLG Bremen FamRZ 1996, 489.

¹² SCHLÜTER, Wilfried, cit (n. 6), p.123.

consentimiento se presume, irrefutablemente, que el matrimonio está arruinado (§ 1566 Abs.1¹³).

3.3. Cuando los cónyuges viven separados más de tres años¹⁴ se presume, irrefutablemente, que la convivencia matrimonial no puede restablecerse. Por ello, a diferencia del caso anterior, no se requiere, por parte de los cónyuges, voluntades comunes (§ 1566 Abs. 2¹⁵).

De esta forma crea el legislador alemán dos presunciones, esto es, la presunción en el caso que estén separados un año y existe anuencia de parte de los cónyuges y en el evento de que la separación dure más de tres años. Dichas presunciones buscan evitar que aspectos íntimos de una pareja sean materia de juicio. Como punto esencial se hace necesario referir al concepto de separación, éste se encuentra definido en §1567 Abs. 1¹⁶ y contiene dos elementos: el primero es de orden objetivo, éste tiene relación con la inexistencia de una comunidad entre los cónyuges y el segundo aspecto, que es de orden subjetivo, se refiere a la falta de voluntad -por lo menos de uno de los cónyuges- de rehacer la vida en común. No se consideran como separados, para estos efectos, los cónyuges que viven separados porque uno de ellos se encuentra en la cárcel o debe vivir en otra ciudad debido a su trabajo. Es posible -según la norma que se comenta- que ambos cónyuges continúen viviendo en el mismo inmueble pero manteniendo una vida de separados, es decir, el legislador permite que la vivienda siga siendo común, sin embargo, es estricto en cuanto deben establecerse similares condiciones a como si viviesen en diferentes hogares¹⁷. Por último, una reconciliación por breve tiempo no influye para la determinación de los plazos del § 1566.

¹³ § 1566 Abs. 1 "Vermutung für das Scheitern. Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt".

¹⁴ SCHWAB, Dieter *Familienrecht* (München, 2006) p. 146 n. 303.

¹⁵ § 1566 Abs. 2 "Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben".

¹⁶ § 1567 Abs. 1 "Getrenntleben. Die Ehegatten leben getrennt, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. Die häusliche Gemeinschaft besteht auch dann nicht mehr, wenn die Ehegatten innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben".

¹⁷ Esta posibilidad tiene como fundamento, el hecho que no todos están en condiciones de mantener dos hogares paralelamente.

Es interesante destacar que la declaración de divorcio puede ser denegada, a pesar de la existencia de los requisitos ya enumerados, es decir, el matrimonio está arruinado y los plazos se han cumplido¹⁸. Esta cláusula de dureza se basa en dos casos: en primer lugar, en el evento de que con la denegación del divorcio se pueda proteger el interés superior de un hijo menor de edad. Así se estableció en un juicio de divorcio, en el cual el hijo amenazaba con cometer suicidio si sus padres se divorciaban¹⁹. En segundo lugar, también se configura esta excepción en el caso de que el demandado se encuentre bajo tales circunstancias que hagan necesaria la conservación del matrimonio. Se otorgó esta excepción en el caso de un cónyuge que poseía una enfermedad muy grave y en la que efectivamente se pudo establecer que psicológica y físicamente la declaración de divorcio significaría una enorme carga para dicha persona²⁰. Se denegó la excepción en el juicio de divorcio en que uno de los cónyuges exigía el mantenimiento del matrimonio por razones de índole religiosas²¹.

4. Titularidad y ejercicio de la acción de divorcio

Uno o ambos cónyuges pueden solicitar el divorcio (§ 1564 Abs. 1 S. 1²²). Para el evento que sea un divorcio de mutuo acuerdo, puede uno de los cónyuges solicitar el divorcio y el otro debe expresamente declarar que consiente dicha solicitud²³.

En el caso de las personas que están bajo curaduría general, los curadores²⁴ pueden ejercer la acción de divorcio, con la anuencia del Tribunal correspondiente. La acción es, además, irrenunciable y no se extingue por el mero transcurso de tiempo.

¹⁸ GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar *Lehrbuch des Familienrechts*, (München 2006), p. 258, n. 53 s.; GIESEN, Dieter *Familienrecht* (Tübingen, 1994).

¹⁹ OLG Hamburg FamRZ 1986, 470.

²⁰ BGH FamRZ 1985, 905.

²¹ OLG Stuttgart FamRZ 1991, 334.

²² § 1564 Abs. 1 S. 1 "Eine Ehe kann nur durch gerichtliches Urteil auf Antrag eines oder beider Ehegatten geschieden werden".

²³ V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd en GEHARDT, Peter - V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - KLEIN, Michael *Handbuch Fachanwalt Familienrecht* (München, 2005), p.197. n. 65 y ss.

²⁴ Las normas de los curadores están en §§ 1896 y ss. En términos muy generales, se puede indicar que los adultos que poseen una enfermedad física, o una discapacidad corporal o mental, pueden tener un curador.

5. Efectos jurídicos del divorcio

Con la sentencia de divorcio se disuelve el matrimonio (§ 1564 Abs.1 S.2²⁵). Enseguida surgen los efectos jurídicos del divorcio, puesto que la sentencia posee un carácter constitutivo. Para regular los efectos del divorcio, el legislador alemán toma en consideración dos aspectos determinantes: por una parte, se intenta buscar un equilibrio justo y adecuado que considere el aporte de ambos cónyuges a la vida matrimonial y, por otra parte, se estima que con el divorcio no se acaba o parcialmente sigue existiendo una suerte de deber de protección y asistencia respecto del otro cónyuge. Por lo tanto, existe de cierto modo un reconocimiento de la responsabilidad que cada uno posee respecto de su ex-cónyuge.

Los efectos jurídicos del divorcio que se analizan a continuación son: la distribución de los gananciales (régimen de participación en los gananciales), y la determinación de los derechos de alimentos.

5.1. En cuanto a la distribución de los gananciales se debe indicar, en primer lugar, que el régimen de participación en los gananciales es el régimen legal matrimonial supletorio en el Derecho de familia alemán (§ 1363 Abs. 1²⁶). En segundo lugar, es preciso señalar que el régimen de participación permite la libre administración y disposición del patrimonio a cada cónyuge durante su existencia (§ 1364²⁷). No obstante, el Derecho alemán contiene herramientas jurídicas que limitan dicha facultad durante el matrimonio, es decir, mientras los cónyuges se encuentran casados bajo este régimen²⁸.

Existen normas que tienen por objeto la conservación de la base económica de la familia y su adecuada protección, con lo cual se impide que uno de los cónyuges pudiese reducir su patrimonio para perjudicar al otro en el posible crédito de gananciales al momento de

²⁵ §1564 Abs. 1 S. 2 "Die Ehe ist mit der Rechtskraft des Urteils aufgelöst".

²⁶ § 1363 Abs. 1 "Zugewinnngemeinschaft. Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren".

²⁷ § 1364 "Vermögensverwaltung. Jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbständig; er ist jedoch in der Verwaltung seines Vermögens nach Maßgabe der folgenden Vorschriften beschränkt".

²⁸ Además, es posible que los cónyuges posean un patrimonio común, pues la ley no lo prohíbe. V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd – GEHARDT, Peter *Materielles Scheidungsrecht*. n. 75. (Neuwied, 2003).

la disolución del régimen. En efecto el § 1365 Abs. 1²⁹ impide que un cónyuge obligue el total o la mayor parte de su patrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge³⁰. De esta manera se ve limitada la libre administración del patrimonio. Además, también existe una restricción a la libre administración del patrimonio en cuanto a los *enseres del hogar*³¹, pues el cónyuge dueño sólo puede disponer de ellos con la autorización del otro (§ 1369³²).

Para el cálculo de los gananciales en el caso del divorcio establece el legislador alemán una norma muy importante. El cálculo se realiza al momento de quedar entablado el juicio de divorcio, por lo tanto, el momento se ha adelantado desde la disolución del régimen matrimonial (caso normal) al inicio del juicio de divorcio (§ 1384³³). Esta medida tiene como claro objetivo la protección del cónyuge que presumiblemente obtendrá un crédito de gananciales en contra del otro.

En cuanto a la determinación del valor de los bienes, tanto del patrimonio inicial como del patrimonio final, el legislador alemán sólo normó la tasación de una específica industria agrícola y forestal. Para este caso se atiende al valor de los rendimientos efectivos (§ 1376

²⁹ § 1365 Abs. 1 “Verfügung über Vermögen im Ganzen. Ein Ehegatte kann sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt”.

³⁰ La jurisprudencia alemana ha desarrollado un criterio para determinar que se considera *la mayor parte del patrimonio*, indicando que por lo menos debe permanecer el 15 % para un patrimonio pequeño y 10 % para un patrimonio grande. OLZEN, Dirk *Rechtsprobleme des § 1365 BGB* en *Jura* 1988, p.16.

³¹ Por *enseres del hogar* deben ser entendidos todos los bienes muebles que sirven a la familia, el concepto concuerda con § 1361 a y las normas de *Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats*. HausratsVO (Reglamento sobre el tratamiento del inmueble familiar y los enseres familiares). RAUSCHER, Thomas *Familienrecht*, (Heidelberg, 2001) n. 392.

³² § 1369 Abs. 1 “Verfügungen über Haushaltsgegenstände. Ein Ehegatte kann über ihm gehörende Gegenstände des ehelichen Haushalts nur verfügen und sich zu einer solchen Verfügung auch nur verpflichten, wenn der andere Ehegatte einwilligt”.

³³ § 1384 “Berechnungszeitpunkt bei Scheidung. Wird der Ehe geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns an die Stelle für die Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags”. JOHANNSEN, Kurt – HENRICH, Dieter *Eherecht § 1375* n. 2. (München, 2003); RAUSCHER, Thomas *Familienrecht* (Heidelberg, 2001), p.251, n. 414.

Abs. 4³⁴). En los demás casos, la jurisprudencia y la doctrina han desarrollado otros métodos de tasación o avalúo de los bienes, de acuerdo con la naturaleza de los mismos. Así por ejemplo, en el caso de empresas, se realiza una combinación entre el valor de los rendimientos efectivos y el valor del activo real³⁵.

Ahora bien, para poder hablar del crédito de participación en los gananciales, es menester indicar que, tras las operaciones para determinar los gananciales de cada cónyuge, se debe verificar, en definitiva, si uno de ellos es titular de un crédito en contra del otro cónyuge.

Finalmente, es interesante considerar que existen una serie de medidas tendientes a la verificación del crédito de participación, que no sólo se refieren a aspectos económicos, sino que también incluyen intereses personales y familiares. De tal modo, donaciones entre los cónyuges que fueron realizadas durante el matrimonio, son imputadas al crédito al momento de pagarlo (§ 1380³⁶). Asimismo, puede el cónyuge deudor excepcionarse de pagar el crédito debido a que el pago de éste sería totalmente inequitativo³⁷. La ley señala ejemplarmente el caso de la falta grave a los deberes económicos del

³⁴ § 1376 Abs. 4 "Ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb, der bei der Berechnung des Anfangsvermögen und des Endvermögens zu berücksichtigen ist, ist mit dem Ertragswert anzusetzen, wenn der Eigentümer nach § 1378 Abs. 1 in Anspruch genommen wird und eine Weiterführung oder Wiederaufnahme des Betriebs durch den Eigentümer oder einen Abkömmling erwartet werden kann; die Vorschrift des § 2049 Abs. 2 ist anzuwenden".

³⁵ También se han fijado criterios para determinar el valor de despachos de profesiones liberales, de inmuebles, de seguros de vida, entre otras.

³⁶ § 1380 "Anrechnung von Vorempfängen. Auf die Ausgleichsforderung eines Ehegatten wird angerechnet, was ihm von anderen Ehegatten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet ist, dass es auf die Ausgleichsforderung angerechnet werden soll. Im Zweifel ist anzunehmen, dass Zuwendungen angerechnet werden sollen, wenn ihr Wert den Wert von Gelegenheitsgeschenken übersteigt, die nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich sind". El sentido de la norma es incluir en el pago del crédito aquellas donaciones que fueron realizadas durante el matrimonio en resguardo del cónyuge; por ejemplo, un cónyuge le regaló un auto al otro cónyuge. Después de haber efectuado los cálculos de los gananciales, se rebajará el valor del auto al crédito del cónyuge acreedor, si lo hubiese. V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - GEHARDT, Peter *Materielles Scheidungsrecht*, n. 231. (Neuwied, 2003).

³⁷ Gran parte de la doctrina piensa que, a través de esta excepción del deudor se pueden eliminar los defectos del régimen legal matrimonial. RAUSCHER, *Familienrecht*, n. 430.

matrimonio (§ 1381³⁸). Es posible también la concesión de una prórroga, en caso de que el pago inmediato generara serios perjuicios al deudor³⁹. También se consideran los perjuicios que puedan ser creados al acreedor y a los hijos, como por ejemplo si se tuviese que vender el inmueble donde habita la familia. El Tribunal puede en tal caso conceder una prórroga, pues se intenta mantener, en cierta forma, la situación de los hijos, en cuanto a su ambiente familiar y escolar (§ 1382 Abs. 1⁴⁰). El cónyuge acreedor puede excepcionalmente solicitar el pago por medio de imputaciones de bienes, éste es un derecho que la ley sólo otorga al acreedor y también se basa en la idea de proteger intereses no sólo de índole económico sino también personales y familiares, así por ejemplo, puede solicitar el cónyuge la tradición del auto familiar (§ 1383⁴¹) y también la constitución de una garantía en el caso que la conducta del deudor haga temer⁴² el no pago del crédito (§ 1389⁴³).

³⁸ § 1381 Abs. 1 "Leistungsverweigerung wegen grober Unbilligkeit. Der Schuldner kann die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre". Abs. 2 "Grobe Unbilligkeit kann insbesondere dann vorliegen, ..., längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat". El caso más típico es el no pago de alimentos.

³⁹ JOHANNSEN/HENRICH/JAEGER *Eherecht* § 1382 n. 4 y ss. (München, 2003).

⁴⁰ § 1382 "Stundung. Das Familiengericht stundet auf Antrag eine Ausgleichsforderung, soweit sie vom Schuldner nicht bestritten wird, wenn die sofortige Zahlung auch unter Berücksichtigung der Interessen des Gläubigers zur Unzeit erfolgen würde. Die sofortige Zahlung würde auch dann zur Unzeit erfolgen, wenn sie die Wohnverhältnisse oder sonstige Lebensverhältnisse gemeinschaftliche Kinder nachhaltig verschlechtern würde".

⁴¹ § 1383 "Übertragung von Vermögensgegenständen. Das Familiengericht kann auf Antrag des Gläubigers anordnen, dass der Schuldner bestimmte Gegenstände seines Vermögens dem Gläubiger unter Anrechnung auf die Ausgleichsforderung zu übertragen hat, wenn dies erforderlich ist, um eine grobe Unbilligkeit für den Gläubiger zu vermeiden, und wenn dies dem Schuldner zugemutet werden kann; in der Entscheidung ist der Betrag festzusetzen, der auf die Ausgleichsforderung angerechnet wird".

⁴² El temor debe ser analizado objetivamente, considerando todas las circunstancias STAUDINGER/THIELE § 1389 n. 15. (Berlin, 2000).

⁴³ § 1389 "Sicherheitsleistung. Ist die Klage auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns erhoben oder der Antrag auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe gestellt, so kann ein Ehegatte Sicherheitsleistung verlangen, wenn wegen des Verhaltens des anderen Ehegatten zu besorgen ist, dass seine Rechte auf den künftigen Ausgleich des Zugewinns erheblich gefährdet werden". La garantía no sólo se solicita en el caso del divorcio, ésta también puede solicitarse en caso de nulidad de matrimonio y para el evento en que se distribuyan los gananciales con anterioridad, pues un cónyuge ha cometido faltas que inducen al otro a solicitar dicha medida, por ejemplo,

5.2. Derecho de alimentos⁴⁴

El derecho de alimentos se encuentra reglamentado en los §§ 1569 y ss. del BGB. En primer lugar, debe destacarse que el § 1569⁴⁵ contiene expresamente - desde la reforma de 2007- el principio de Autoresponsabilidad, es decir, cada cónyuge tras el divorcio debe solventar sus propios costos, sólo en el caso que un cónyuge no pueda alimentarse podrá demandar al otro cónyuge. La idea del legislador fue en su momento buscar un equilibrio entre dos extremos: por una parte, una noción estricta de la propia responsabilidad de cada cual⁴⁶ y, por otro lado, una concepción en la que el ex cónyuge está obligado a la manutención económica total del otro, es decir, una forma de solidaridad entre los cónyuges que traspasa el matrimonio. Desde la reforma es posible aseverar que el principio de Autoresponsabilidad se ha reafirmado, aunque no es menos cierto que la validez de este principio queda sin duda entregada a los jueces de fondo.

Se puede indicar que el derecho a alimentos entre los ex-cónyuges contiene los siguientes elementos: casos indicados por la ley (§§ 1570 – 1576), estado de necesidad del demandante (§ 1577), cuantía de los alimentos (§ 1578), solvencia del demandado (§ 1581), tipo de prestación de alimentos (§ 1585), excepciones (§§ 1578 y 1579).

5.4.1. Casos indicados por la ley⁴⁷

5.4.1.1. Alimentos en razón del cuidado de hijos menores⁴⁸ comunes (§ 1570⁴⁹)

el no cumplimiento de los deberes económicos del matrimonio (derecho a alimentos) por un período extenso de tiempo.

⁴⁴ Existe un proyecto de ley de reforma al derecho a alimentos. Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 7.4.2006, BR-Drucks 253/06 (7.4.2006); BT-Drucks.16/1830 (15.6.2006)

⁴⁵ § 1569 “Abschließende Regelung. Kann ein Ehegatte nach der Scheidung nicht selbst für seinen Unterhalt sorgen, so hat er gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Unterhalt nach den folgenden Vorschriften”.

⁴⁶ KALTHOENER, BÜTTNER, NIEPMANN *Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts* (München, 2004), p. 207, n. 136.

⁴⁷ KLEIN, Michael en WEINREICH, *Kompakt-Kommentar Familienrecht* (München 2005), p. 590 n. 8 ss.

⁴⁸ Son menores todos aquellos que no han cumplido 18 años (§ 2 BGB).

⁴⁹ § 1570 Abs:1 “Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes. Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen wegen der Pflege oder Erziehung eines

El cónyuge que se queda a cargo de los hijos en su cuidado y educación tiene derecho a alimentos por lo menos hasta los tres años desde el nacimiento del menor. Por lo tanto, no es requisito poseer la patria potestad del menor para demandar alimentos, puesto que, en la mayoría de los casos, la patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos padres. Por ende, el derecho tiene como base una situación más bien de orden fáctica, es decir, podrá demandar el cónyuge que está diariamente al cuidado del menor⁵⁰. Esta norma fue reformada a comienzos de 2008 y obedece entre otras cosas a la necesidad de equiparar la situación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio⁵¹: Los alimentos en la hipótesis legal del § 1570 BGB se fundan en el interés superior del niño⁵², es decir, el cónyuge divorciado no está obligado a trabajar si es que cuida a un hijo común. La excepción al principio de Autosuficiencia está legitimada, ya que, la reponsabilidad parental es una responsabilidad común.

Se consideran hijos comunes los nacidos en el matrimonio (§ 1591⁵³ y 1592 N° 1⁵⁴), los hijos que fueron reconocidos antes del matrimonio de los padres (§ 1592 N° 2, 3⁵⁵) y también los hijos adoptivos (§1754 Abs. 1⁵⁶). Además, quedan incluidos los hijos que fueron concebidos durante el matrimonio, pero nacieron después de la declaración del divorcio.

gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen. Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen von ihm Erziehung eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann“.

⁵⁰ BORTH, Helmut en SCHWAB, Dieter *Handbuch des Scheidungsrechts* (München, 2004), p. 760, n. 160.

⁵¹ BVerfG FamRZ 2007, 965 ss.

⁵² Véase actas del Parlamento alemán BT – Drucks 16/6980, p. 16. Además, la profesora Eva Schumman indica que la justificación viene dada por una solidaridad parental en interés de los hijos. SCHUMMAN, E “Einführende Überlegungen zur Unterhaltsreform”, p. 4 en LIPP/SCHUMMAN/VEIT *Reform des Unterhaltsrechts*, 5. Göttinger Workshop zum Familienrecht, Göttinger Juristische Schriften, Tomo 3, 2007.

⁵³ § 1591 “Mutterschaft. Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat”.

⁵⁴ § 1592 “Vaterschaft. Vater eines Kindes ist der Mann, 1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist,...

⁵⁵ 2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder. 3. dessen Vaterschaft nach § 1600 d gerichtlich festgestellt ist”.

⁵⁶ § 1754 Abs. 1 “Wirkung de Annahme Nimmt ein Ehepaar ein Kind oder nimmt ein Ehegatte ein Kind des anderen Ehegatten an, so erlangt das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Ehegatten”.

La prolongación de los alimentos está dada por las circunstancias del menor y las posibilidades de cuidado por un tercero (por ejemplo, presencia y ayuda de los abuelos) que le permitan efectuar una actividad lucrativa⁵⁷. En dicho caso le es exigible, por lo menos, cierta ocupación. Lo que no significa que deba en todo caso aceptar la ayuda que se le ofrece hasta los tres años, pues está la presencia del padre o madre para los niños hasta dicha edad ha sido reconocida como indiscutible por el legislador alemán⁵⁸. Finalmente también se agrega con la reforma la posibilidad que, atendiendo a criterios ya no propios de los menores sino más bien del matrimonio en sí, puedan ser prolongados los alimentos, entre otros criterios serán considerados la duración del matrimonio y la actividad lucrativa durante el matrimonio.

5.4.1.2. Alimentos en razón de la edad (§ 1571⁵⁹).

El fundamento del derecho está radicado en que no le es exigible al cónyuge efectuar una actividad de tipo lucrativa debido a su edad⁶⁰. Por lo tanto, esta hipótesis puede configurarse luego de que el cónyuge estuvo al cuidado de los hijos y que posteriormente no obtuvo un trabajo debido al mercado laboral⁶¹. La ley no determina una edad, en la cual no es exigible la realización de una actividad. Sin embargo, a partir de los 65 años de edad no es de esperar el desempeño de un trabajo⁶². Además se requiere que la situación de inexigibilidad se genere en un determinado momento: al dictarse la sentencia de divorcio⁶³, al terminar el cuidado y educación de los hijos

⁵⁷ OLG Stuttgart FamRZ 2007, 1022 s.

⁵⁸ KALTHOENER, BÜTTNER, NIEPMANN *Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts* (München, 2004) p. 516, n. 894.

⁵⁹ § 1571 "Unterhalt wegen Alters. Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit ihm im Zeitpunkt

1. der Scheidung

2. der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes oder

3. des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach den § 1572 und § 1573

wegen seines Alters eine Erwerbstätigkeit nicht mehr erwartet werden kann".

⁶⁰ Con 47 años fue denegada una demanda BGH FamRZ 1983, 144, pero con 53 años fue aceptada BGH NJW 1985, 1340; OLG Celle FamRZ 2006, 1544.

⁶¹ BORTH en SCHWAB *Handbuch des Scheidungsrechts* (München, 2004) p. 778, n. 189.

⁶² KALTHOENER, BÜTTNER, NIEPMANN *Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts* (München, 2004) p. 335, n. 416.

⁶³ En el momento que la sentencia queda firme.

comunes menores o en la circunstancia de que los §§ 1572 o 1573 BGB no sean aplicables. Por ende, si la incapacidad para realizar una ocupación debido a la edad surge después de las ya nombradas oportunidades, el derecho a alimentos no será otorgado.

5.4.1.3. Alimentos debido a enfermedad de orden psíquica o física (§ 1572⁶⁴).

La gravedad de la enfermedad⁶⁵ determinará si es posible la realización de la actividad laboral de tipo parcial o de media jornada. También aquí el derecho a alimentos se determinará en razón del momento en que exista la incapacidad para prevalecerse de los medios económicos necesarios para la subsistencia⁶⁶. Dentro de las oportunidades indicadas por el legislador se establecen: el divorcio, el término del cuidado de hijos comunes menores, el término de la educación o perfeccionamiento y la cesación de los requisitos previstos en § 1573. Alcoholismo y drogadicción⁶⁷ también configuran enfermedades que permiten solicitar alimentos, pues no es relevante si el demandante se provocó culpablemente dicha enfermedad. Aunque en tan especiales situaciones tendrá el demandado la oportunidad de oponer las excepciones del § 1579 N°3, en el caso que concurren los requisitos. Así por ejemplo, cuando el demandante ha abandonado una terapia para curar su dependencia.

5.4.1.4. Alimentos en razón de cesantía (§ 1573 Abs. 1 y 3⁶⁸).

⁶⁴ § 1572 "Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen. Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm von Zeitpunkt.

1. der Scheidung

2. der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes,

3. der Beendigung der Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung oder

4. des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch nach den § 1573 an wegen Krankheit oder anderer Gebrechen oder Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann".

⁶⁵ No existe una definición legal para estos efectos, de esta manera debe interpretarse este concepto según las normas del Derecho Social. Por eso quién según el Derecho Social está enfermo, puede solicitar alimentos.; BERGSCHNEIDER, Ludwig *Die Ehescheidung und ihre Folgen* (München, 1998) p. 46.

⁶⁶ OLG Koblenz FamRZ 2006, p. 704.

⁶⁷ También el caso de la obesidad o anorexia. No así las depresiones, OLG Hamm FamRZ 1995, 996.

⁶⁸ § 1573 Abs. 1 "Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt. Soweit ein geschiedener Ehegatte keinen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis

En caso de que el cónyuge no encuentre un trabajo, puede demandar, según esta causal, sólo si él no tiene derecho a alimentos conforme a las hipótesis ya anteriormente explicadas, pues éstas prevalecen. Esto quiere decir que al cónyuge le es exigible una ocupación que le permita cubrir sus necesidades⁶⁹, mas debido a la circunstancia actual del mercado laboral no le es posible efectuar ninguna actividad.

Además, puede suceder que exista una ocupación posible de realizar, pero ésta no es una actividad lucrativa adecuada⁷⁰. Se entiende por una actividad lucrativa adecuada toda aquélla que corresponde al nivel educativo, las capacidades, una antigua actividad lucrativa, la edad y el estado de salud del divorciado (§ 1574 Abs.2)⁷¹. Naturalmente este concepto no significa que el divorciado sólo pueda efectuar un trabajo, que él considere como ideal, ya que en el mercado laboral actual se exige cierta flexibilidad. La norma también fue reformada pues se agregó el criterio de la antigua actividad lucrativa. Anteriormente si un cónyuge había realizado antes o durante el matrimonio una actividad sencilla, no se le podía exigir que volviese a realizar dicha actividad. En cuanto a la edad, es importante considerar algunas profesiones que sólo se pueden realizar en determinadas épocas de la vida, como por ejemplo deportista. La situación económica de la pareja cumple un notable rol al momento de estimar si una actividad es adecuada o no. En especial, por estimarse que el status social del demandante no debe decaer⁷². Aunque como hemos visto por medio de la reforma esto se ha flexibilizado.

1572 hat, kann er gleichwohl Unterhalt verlangen, solange und soweit er nach der Scheidung keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finde vermag“.

Abs. 3 “Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn Unterhalt nach den §§ 1570 bis 1572, 1575 zu gewähren war, die Voraussetzungen dieser Vorschriften aber entfallen sind”.

⁶⁹ Especialmente ha sido considerado para esta hipótesis a las dueñas de casa, ellas también se encuentran obligadas a buscar un trabajo remunerado, a pesar de que han estado mucho tiempo al cuidado del hogar y los hijos.

⁷⁰ BORTH en SCHWAB *Handbuch des Scheidungsrechts* (München, 2004) p. 805, n. 237 ss.

⁷¹ § 1574 Abs. 2 “Angemessene Erwerbstätigkeit. Angemessen ist eine Erwerbstätigkeit, die der Ausbildung, den Fähigkeiten, einer früheren Erwerbstätigkeit, dem Lebensalter und dem Gesundheitszustand des geschiedenen Ehegatten sowie den ehelichen Lebensverhältnissen entspricht; bei den ehelichen Lebensverhältnissen sind die Dauer der Ehe und die Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes zu berücksichtigen”.

⁷² KALTHOENER, BÜTTNER, NIEPMANN *Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts* (München, 2004) p. 328, n. 401.

La cesantía debe producirse después del divorcio, ya que en dicho momento termina la aplicación de las otras hipótesis arriba señaladas. Además, el derecho a alimentos en razón de cesantía puede ser limitado hasta determinado momento puesto que, de lo contrario, se estaría perjudicando gravemente al demandado (§ 1573 Abs. 5⁷³). En el caso que uno de los cónyuges pierda un buen trabajo justamente después del divorcio, no se le puede exigir al otro cónyuge que pague alimentos eternamente, entonces se limita el derecho a un par de años, pues se estima que no le es exigible y además no sería justo que el demandado tuviera que pagar todo el tiempo que dure la cesantía⁷⁴.

5.4.1.5. Alimentos complementarios (§ 1573 Abs.2⁷⁵)

También puede suceder que un cónyuge esté habilitado para demandar alimentos en el caso que realice una actividad lucrativa adecuada pero que no alcance para cubrir sus necesidades de vida. Se deberán pues alimentos estableciendo la diferencia existente entre el derecho a alimentos total y los propios ingresos del cónyuge, en consideración a la situación económica de los cónyuges durante su matrimonio⁷⁶. En un caso en que la mujer vuelve a ejercer su profesión luego del divorcio y ella obtiene como ingresos aproximadamente la mitad de lo que gana su marido, aparentemente no tendría la posibilidad de solicitar alimentos puesto que se podría pensar que ella obtiene con su trabajo lo mismo que durante el matrimonio con la diferencia que lo ganaba su marido. Hasta el año 2001 el BGH seguía dicha línea argumentativa, pero cambió la jurisprudencia dado que era extremadamente injusto para las dueñas de casa que después del divorcio empezaban una actividad económicamente remunerada un tratamiento diverso a mujeres

⁷³ § 1573 Abs. 5 “Die Unterhaltsansprüche nach Absatz 1 bis 4 könne zeitlich begrenzt werden, soweit insbesondere unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe sowie der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre; dies gilt in der Regel nicht, wenn der Unterhaltsberechtigte nicht nur vorübergehend ein gemeinschaftliches Kind allein oder überwiegend betreut hat oder betreut. Die Zeit der Kindesbetreuung steht der Ehedauer gleich”; OLG Celle FamRZ 2007, 832; OLG Koblenz FamRZ 2007, 833 ss.

⁷⁴ MÜLLER, Christian *Unterhaltsrecht* (Baden-Baden, 2000) p. 115 n. 285s.

⁷⁵ § 1573 Abs. 2 “Reichen die Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit zum vollen Unterhalt (§1578) nicht aus, kann er, soweit er nicht bereits einen Unterhaltsanspruch nach § 1570 bis 1572 hat, den Unterschiedsbetrag zwischen den Einkünften und dem vollen Unterhalt verlangen”.

⁷⁶ BGH FamRZ 2001, 986; BGH FamRZ 2006, p. 258 s; OLG Stuttgart FamRZ 2006,1680.

profesionales activas durante el matrimonio. Por lo tanto, a partir de ese año serán considerados alimentos complementarios, en términos generales, los 3/7 de la diferencia entre los ingresos del marido los ingresos de la mujer. Evidentemente ésta no es una regla absoluta, deberá atenderse a cada caso en particular⁷⁷.

Se intenta evitar que el demandante pierda su status social, puesto que el nivel de vida que tenía durante el matrimonio se entiende que fue alcanzado por ambos cónyuges. Es decir, el legislador equipara la situación de quien renunció a una actividad lucrativa con el cónyuge que sí la efectuó o simplemente equipara las actividades de ambos, a pesar de que uno de los cónyuges obtenía ingresos muy superiores al otro esposo⁷⁸.

5.4.1.6. Alimentos debido al financiamiento de la educación o perfeccionamiento profesional (§ 1575⁷⁹).

Es menester indicar que en el caso de la educación escolar, técnica o universitaria, se le exige al ex-cónyuge su apoyo económico sólo si a causa del matrimonio el otro cónyuge estuvo imposibilitado de estudiar o tuvo que abandonar sus estudios⁸⁰. En cuanto al perfeccionamiento profesional sólo se financiará si con ello se pueden compensar determinadas desventajas que fueron producidas por medio del matrimonio. El derecho a alimentos comprende todas las necesidades del demandante. Acerca de esta norma se puede indicar que el derecho existe a pesar que el demandante pudiese según los §§ 1573 Abs.1 y 1574 Abs. 2 ejercer un actividad lucrativa⁸¹.

⁷⁷ BGH FamRZ 2004, p. 1175.

⁷⁸ BORTH en SCHWAB *Handbuch des Scheidungsrechts* (München, 2004), p. 824, n. 284.

⁷⁹ § 1575 Abs.1 "Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung. Ein geschiedene Ehegatte, der in Erwartung der Ehe oder während der Ehe eine Schuld oder Berufsausbildung nicht angenommen oder abgebrochen hat, kann von dem anderen Ehegatten Unterhalt verlangen, wenn er diese oder eine entsprechende Ausbildung sobald wie möglich aufnimmt, um eine angemessene Erwerbstätigkeit, die den Unterhalt nachhaltig sichert, zu erlangen und der erfolgreiche Abschluss der Ausbildung zu erwartet ist. Der Anspruch besteht längstens für die Zeit, in der eine solche Ausbildung im allgemeinen abgeschlossen wird; dabei sind ehebedingte Verzögerungen der Ausbildung zu berücksichtigen".

⁸⁰ Por ejemplo, por el nacimiento de un hijo o por el traslado de residencia. KLEIN, Michael en WEINREICH, *Kompakt-Kommentar Familienrecht* (München 2005) p. 645 n. 5 s.

⁸¹ BORTH, Helmut en SCHWAB *Handbuch des Scheidungsrechts* (München, 2004), p. 841, n. 329.

Cabe señalar que existen estrictos criterios para restringir este derecho⁸². El demandante debe *terminar de estudiar lo antes posible*; en segundo lugar, la educación o perfeccionamiento debe permitir al demandante la realización de una actividad remunerativa⁸³; en tercer lugar, se debe esperar el éxito en la finalización de los estudios.

5.4.1.7. Alimentos debido a otras graves razones (§ 1576⁸⁴)

Esta causal contiene una cláusula general: el cónyuge está habilitado para demandar alimentos debido a que existen poderosos y serios argumentos que le impiden efectuar una actividad lucrativa. Esta hipótesis actúa subsidiariamente respecto de las anteriores. Por ejemplo, se otorgó alimentos a un cónyuge que se quedó al cuidado de un menor⁸⁵, porque en ese caso también el otro cónyuge mantenía responsabilidad respecto del menor⁸⁶. Otro ejemplo es el caso de que el demandante se haya dedicado al cuidado de un pariente del demandado⁸⁷. Desde luego, este precepto es de excepcional aplicación.

5.4.1.8. Relaciones y concursos de las distintas hipótesis

Es necesario referirse a la unión existente entre las hipótesis, ya que ella produce, en determinados, casos que un cónyuge obtenga de por vida alimentos. Así por ejemplo, si una mujer tiene al momento de divorciarse 42 años, con dos hijos de 2 y 9 años, tiene derecho a alimentos según el § 1570. Luego acaba dicho derecho y pasa el

⁸² BERGSCHNEIDER, *Die Ehescheidung und ihre Folgen*, (München, 1998), p. 65.

⁸³ En efecto no es aceptable que se financie, por ejemplo, un doctorado cuando perfectamente con la licenciatura se puede desarrollar una actividad remunerativa.

⁸⁴ § 1576 "Unterhalt aus Billigkeitsgründen. Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit und solange von ihm aus sonstigen schwerwiegenden Gründen eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann und die Versagung von Unterhalt unter Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig wäre. Schwerwiegende Gründen dürfen nicht allein deswegen berücksichtigt werden, weil sie zum Scheitern der Ehe geführt haben".

⁸⁵ En Alemania existe la institución de Pflegekinder los niños viven con personas que sin ser sus padres están a cargo fácticamente de ellos. Así los menores viven en un ambiente familiar adecuado para su desarrollo. Sus progenitores mantienen la tuición del menor pero no están en condiciones de velar por el menor en la vida diaria.

⁸⁶ BGH FamRZ, 1984, 769.

⁸⁷ BERGSCHNEIDER; *Die Ehescheidung und ihre Folgen*, (München, 1998), p. 67. El autor explica el caso de una mujer traductora, quién se casa y luego de 5 años de ejercicio de su profesión, a petición de su marido se dedica al cuidado de su suegra hasta que ella fallece. Poco después el marido solicita el divorcio.

tiempo, no consigue trabajo, tiene derecho a alimentos según el § 1573 Abs. 1. Finalmente, debido a su edad, no obtiene trabajo alguno, en ese caso puede demandar alimentos por la vía de § 1571.

En cuanto al concurso que podría producirse entre las distintas situaciones que el legislador prevé, es importante recordar que el § 1573 es subsidiario en relación con §§ los 1570-1572 y además que el § 1576 cede respecto a los §§ 1570-1575.

5.4.2. Estado de necesidad del demandante (§ 1577⁸⁸)

El derecho a alimentos sólo puede ser ejercido en cuanto el cónyuge no goce de ingresos o patrimonio propios que le permitan satisfacer sus necesidades de vida. Así, por ejemplo, en el caso que una mujer esté al cuidado de su hijo de 2 años, ella no posee la obligación de efectuar una actividad remunerada, pero si sus ingresos superan los de su marido entonces, en dicha hipótesis, la mujer no puede demandar alimentos⁸⁹. Donaciones efectuadas por terceros con la modalidad de que no deben ser consideradas para efecto de los alimentos, serán excluidas, pero todos los demás ingresos serán incluidos, así por ejemplo beneficios obtenidos por capitales tales como herencias o indemnizaciones⁹⁰.

5.4.3. Solvencia del demandado (§ 1581⁹¹)

Requisito indispensable para la existencia del derecho a alimentos es la solvencia del demandado. En el caso que los ingresos de demandado no alcancen para cubrir todas las necesidades propias y las del demandante, deben repartirse los ingresos de manera equitativa entre ambos. No obstante que existe el principio de la

⁸⁸ § 1577 Abs. 1 "Bedürftigkeit Der geschiedene Ehegatte kann den Unterhalt nach den §§ 1570 bis 1573, 1575 und 1576 nicht verlangen, solange und soweit er sich aus seinen Einkünften und seinem Vermögen selbst unterhalten kann".

⁸⁹ MÜLLER, *Unterhaltsrecht* (Baden-Baden, 2000), p. 127 n. 327.

⁹⁰ BGH FamRZ 2005, p. 967 ss.

⁹¹ §1581 "Leistungsfähigkeit. Ist der Verpflichtete nach seinen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande, ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts dem Berechtigten Unterhalt zu gewähren, so braucht er nur insoweit Unterhalt zu leisten, als es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht. Den Stamm des Vermögens braucht er nicht zu verwerten, soweit die Verwertung unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre".

repartición por mitades, se le asegura al demandado una parte mayor de los ingresos (4/7 en vez de 1/2).

5.4.4. Las limitaciones al derecho de alimentos (§§ 1578b y 1579)

La incorporación del § 1578b BGB ha sido otro cambio fundamental en las normas relativas a los alimentos posconyugales⁹². El precepto *norma la posibilidad de rebajar*⁹³ o *limitar temporalmente*⁹⁴ los alimentos. A su vez el §1579 BGB regula otra serie de hipótesis de limitaciones, rebajas o denegaciones de alimentos, así por ejemplo, se puede limitar o hasta denegar los alimentos porque el matrimonio fue de breve duración⁹⁵ o porque el demandante generó su situación de necesidad⁹⁶.

5.4.5. Cuantía de los alimentos

Es preciso indicar que la cuantía de los alimentos se mide de acuerdo al nivel o estándar del matrimonio al momento del divorcio. (§1578 Abs. 1.S. 1). El Tribunal Constitucional alemán ha confirmado la constitucionalidad de este precepto. Tras el fin del matrimonio se *garantiza por regla general a los cónyuges la conservación del estandar de vida alcanzado durante el matrimonio*. La norma del §

⁹² BORTH, H "Das Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Reform des Unterhaltsrechts", en Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2006, p 815; BÜTTNER; H "Die Härteklauseeln (§§ 1578b, 1579 BGB) im geplanten Unterhaltsrecht", en Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2007, 773.

⁹³ El § 1578b Absatz 1 BGB dispone: "Herabsetzung und zeitliche Begrenzung des Unterhalts wegen Unbilligkeit". Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ist auf angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kinder unbillig wäre. ...".

⁹⁴ El § 1578b Absatz. 2 BGB prescribe: "Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten ist zeitlich zu begrenzen, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung gemeinschaftlichen Kinder unbillig wäre..."

⁹⁵ § 1579 Absatz 1 Nr. 1 dispone: "Ein Unterhaltsanspruch ist zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen..., weil 1. die Ehe von kurzer Dauer war..." véase OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 1177.

⁹⁶ § 1579 Nr. 4: "der Berechtigte seine Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat," En el caso por ejemplo, de alcoholismo o de drogadicción, cuando el demandante es capaz de reconocer su enfermedad, pero se niega a internarse en una clínica véase OLG Bamberg FamRZ 1998, 370.

1578b viene a disminuir los efectos de este precepto. En la práctica en el derecho alemán los alimentos son determinados por tablas⁹⁷.

REFLEXIONES

Sin lugar a dudas que el tema del divorcio en Alemania obedece a un sinnúmero de transformaciones de índole social y político de dicho país. La estructura del divorcio alemán es bastante simple incorporando presunciones que permiten e instan a los ex-cónyuges a divorciarse de manera más civilizada y pacífica. La existencia de cláusulas de dureza no son de frecuente uso.

En cuanto a los efectos del divorcio en el Derecho alemán sólo hemos analizado en este artículo dos de los efectos, esto es, la distribución de los gananciales y los alimentos posmatrimoniales. La elección obedece a que dichos efectos son en primer lugar importantísimos y en segundo lugar muy actuales.

En relación con los gananciales podemos verificar que el régimen legal matrimonial contiene importantes normas que protegen durante la vigencia del matrimonio a la familia y limitan los derechos de cada cónyuge. Es destacable que a la hora de pagar el crédito no sólo primen criterios económicos sino también de índole personal y familiar.

Respecto a los alimentos posmatrimoniales podemos decir que ha sido la reforma de 2008 un buen retoque, si bien la institución no ha sido modificada sustancialmente los cambios han provocado interpretaciones jurisprudenciales más modernas y acordes con nuestros tiempos. La existencia de tantas hipótesis legales de alimentos generó por mucho tiempo la sensación que la regla general era el pago de los alimentos. Además, la medición de la cuantía por medio del nivel o estándar de vida matrimonial no permitía o impedía a los cónyuges rehacer sus vidas. Las nuevas limitaciones incorporadas buscan nivelar o equiparar la situación de ambos cónyuges permitiendo en definitiva que el divorcio cumpla con su objetivo primordial, esto es, permita a cada cónyuge terminar el matrimonio y no quedar ligados eternamente por efecto de los alimentos posmatrimoniales.

⁹⁷ Estas tablas se fijan todos los años, la más importante de ellas es la Düsseldorfer Tabelle.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGSCHNEIDER, Ludwig *Die Ehescheidung und ihre Folgen*, (4. edición, München, 1998).
- BORTH, Helmut en SCHWAB, Dieter (editor) *Handbuch des Scheidungsrechts*, (4. edición, München, 2004).
- FRANK, Rainer *Erbrecht*, (2. edición, München, 2003).
- GERHARDT, Peter - SCHULZ, Werner *Verbot der Doppelverwertung von Abfindungen beim Unterhalt und Zugewinn* en *FamRZ* 2005 pp. 145 – 147.
- GERHARDT, Peter - VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - KLEIN, Michael *Handbuch des Fachanwalts Familienrecht*, (8. edición, München, 2005).
- GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar *Lehrbuch des Familienrechts*, (5. edición, München 2006)
- GIESEN, Dieter *Familienrecht*, (Tübingen, 1994).
- GRABA, Hans-Ulrich *Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahr 2003* en *FamRZ* 2004 pp. 581 - 592.
- VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd – GERHARDT, Peter *Materielles Scheidungsrecht*, (Neuwied, 2003)
- HERMES, Joachim *Nochmals: Die Doppelberücksichtigung von Abfindungen und Schulden im Unterhalt und Zugewinnausgleich* en *FamRZ* 2007 pp. 184 - 187.
- JOHANNSEN, Kurt - HENRICH, Dieter *Eherecht* (München, 2003)
- KALTHOENER, Elmar - BÜTTNER, Helmut - NIEPMANN, Brigit *Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts*, (9. edición, München, 2004).
- LÜDERITZ, Alexander – DETHLOFF, Nina *Familienrecht* , (München 2007)
- MÜLLER, Christian *Unterhaltsrecht*, (2 edición, Baden-Baden, 2000).
- OLZEN, Dirk *Rechtsprobleme des §1365 BGB* en *Jura* 1988 pp. 13 – 19.
- RAUSCHER, Thomas *Familienrecht*, (Heidelberg, 2001)
- SCHIEBEL, Barbara *Trennung, Scheidung, Unterhalt für Frauen*, (2. edición, München, 2005).

- SCHLÜTER, Wilfried *Familienrecht*, (12. edición, Heidelberg, 2006).
- SCHMITZ, Hans-Walter *Doppelberücksichtigung von Vermögenswerten bei Unterhalts und Zugewinn* en *FamRZ* 2005, pp. 1520 s.
- SCHULIN, Betram Anmerkung zu Gerhardt und Schulz: Verbot der Doppelbewertung von Schulden beim Unterhalt und Zugewinn, *FamRZ* 2005, 317 ff. en *FamRZ* 2005, pp. 1521 s.
- SCHWAB, Dieter *Familienrecht, Prüfe dein Wissen, Rechtsfälle in Frage und Antwort*, (10. edición München, 2003).
- SCHWAB, Dieter *Familienrecht*, (14. edición, München, 2006).
- von STAUDINGER, Julius (Bearbeiter) *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Viertes Buch, Familienrecht* (14. edición, 2000)
- TIEDTKE, Klaus *Verfügungen eines Ehegatten über das Vermögen im ganzen* en *FamRZ* 1988 pp. 1007 – 1010.
- WEINREICH, G. /KLEIN, Michael. *Kompakt Kommentar Familienrecht*, (2. edición, München, 2005).
- WOHLGEMUTH, Gisela *Doppelbewertung von Schulden beim Zugewinn und Unterhalt* en *FamRZ* 2007 pp. 187 s.