

# EL DIVORCIO EN EL DERECHO DE FAMILIA CHILENO, ALEMÁN Y COSTARRICENSE

*Msc. Carolina Andrea Riveros Ferrada\**  
*Msc. Yuri López Casal\*\**

## **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, desde la perspectiva del Derecho comparado, el tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial que presenta el divorcio en el Derecho de Familia chileno, alemán y costarricense. La Máster Riveros Ferrada ha llevado a cabo, con base en sus estudios de postgrado en Alemania, el desarrollo del divorcio en Chile y en Alemania, en tanto que el Máster López Casal se ha ocupado de la parte relativa al divorcio en Costa Rica.

## **I. El divorcio en el Derecho de Familia chileno**

### **1. Aspectos generales**

El día 17 de Noviembre de 2004, comenzó a regir en Chile la nueva Ley de Matrimonio Civil<sup>1</sup>, ésta vino a derogar la ley que existía desde 1884. En términos generales, y sin entrar en detalles, pues no es el tema al cual alude este artículo, se puede indicar que la nueva ley trata diversos aspectos que tienen relación con la institución del matrimonio. Ella se refiere a los requisitos para contraer matrimonio, la forma y celebración de éste, la separación de los cónyuges, la nulidad y disolución del matrimonio. La nueva ley puede describirse como un hecho social y cultural, pues incorpora al sistema jurídico chileno el divorcio vincular, pero además establece

---

\* Abogada chilena residente en Alemania. Magíster Legum (LL. M.) en Derecho Civil de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemania. Candidata a Doctora en Derecho Civil en la Ludwig-Maximilians- Universität München, Alemania.

\*\* Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas. Magíster Legum (LL. M.) en Derecho Civil de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemania.

1 El texto íntegro de la nueva Ley de Matrimonio Civil (L 19.947) se ubica en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl). (página web de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile). También se puede obtener el texto íntegro del Código Civil Chileno

normas de protección para los cónyuges e hijos, es decir, también busca el fortalecimiento de la institución del matrimonio y de la familia. Ambos son considerados intereses superiores que deben ser resguardados.

En este sentido vale destacar, en el caso de divorcio y la nulidad, existe la posibilidad de una compensación económica al cónyuge que se dedicó al cuidado de los hijos y/o a las labores del hogar y no pudo realizar una actividad remunerada o lo hizo sólo parcialmente.

Otro aspecto también novedoso es la incorporación de la separación judicial, por medio de la cual los cónyuges adquieren la calidad legal de separados, aunque no están facultados para contraer nuevo matrimonio. Ellos quedan liberados de las obligaciones de cohabitación y fidelidad. La separación judicial es generada por la falta imputable de un cónyuge que implica un grave incumplimiento de obligaciones y deberes matrimoniales y con respecto a los hijos.

Finalmente se establecen instrumentos para la solución de los conflictos que acarrear la crisis del matrimonio, tales como la conciliación y la mediación.

Ahora bien, en cuanto al divorcio, éste se establece como una causal de terminación del matrimonio y está regulado en el art 42 LMCCh, conjuntamente con la muerte

natural de uno de los cónyuges, así como la muerte presunta de alguno de ellos, tras los respectivos plazos y la sentencia de nulidad. Las causas están taxativamente enumeradas. El divorcio se constituye como una excepción a la indisolubilidad del matrimonio, éste último concepto se encuentra establecido en el art. 102 del CCCh *“el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”*.

Con la reciente creación de los Tribunales de Familia, los Juzgados de Familia son los llamados a conocer las acciones de divorcio<sup>2</sup>.

## 2. Las causales de divorcio

El divorcio chileno sigue un modelo mixto, es decir, se basa en el concepto de *divorcio-sanción*, mas también se pueden ver rasgos de un *divorcio-remedio*. Se afirma que es un modelo mixto pues exige, para que uno de los cónyuges pueda demandar el divorcio, la falta imputable del otro cónyuge. Se busca, por así decirlo, la culpabilidad de uno de los cónyuges en el fracaso de la relación matrimonial, pero además la ley reconoce la posibilidad de obviar dicha opción y permite la solicitud conjunta de los cónyuges para demandar el divorcio, en el caso que haya transcurrido el plazo prefijado por la ley. Por otro lado, existe la posibilidad de demandar el divorcio unilateralmente. Se

---

2 Art. 8 N° 16) Ley de Tribunales de Familia. (L. 19.968) “Competencia de los juzgados de familia. Corresponderá a los juzgados de familia conocer y resolver las siguientes materias: 16) Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la ley de Matrimonio Civil”. Esta ley fue recientemente modificada por la ley 20.086 publicada el 15.12.2005.

establece, en tal supuesto, un plazo más extenso que en el caso del divorcio solicitado de mutuo acuerdo. Es indudable que la posibilidad de demandar el divorcio sin tener que entrar a probar culpas de uno u otro cónyuge parece ser una opción más adecuada y razonable a la hora de determinar el fracaso de un matrimonio y las consecuencias que de ello derivan, tanto para los ex-cónyuges, como para los hijos<sup>3</sup>.

## 2.1. El divorcio-sanción y sus causales

El divorcio como sanción se encuentra plasmado en el Art. 54 LMCCCh. Dicho precepto requiere, para la configuración del divorcio, la falta de uno de los cónyuges, siempre que dicha falta *“constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”*. Por tanto, son tres los supuestos básicos para que se constituya el divorcio-sanción: en primer lugar la falta imputable a uno de los cónyuges; en segundo lugar, que dicha falta constituya una violación grave a los deberes matrimoniales o respecto de los hijos y en tercer lugar, que tal falta torne intolerable la vida en común<sup>4</sup>.

En este sentido cabe decir que los deberes que emanan del matrimonio están establecidos en

el Libro I Título VI del Código Civil Chile N° En términos generales, respecto a las obligaciones y derechos entre los cónyuges, se puede decir que son obligaciones civiles que se basan en obligaciones de orden moral. En primer lugar, el art. 131 CCCh establece que *“los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”*. La obligación de guardarse fe implica un deber de fidelidad que es transgredido al cometerse adulterio<sup>5</sup>. El deber de socorro implica la obligación de alimentos, pero no se agota en dicha obligación, pues puede ocurrir que no se deban alimentos pero que uno de los cónyuges deba auxiliar al otro. El deber de ayudarse mutuamente aporta un elemento ético al matrimonio.

En segundo lugar, el art. 133 CCCh indica: *“Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo”*. La norma establece el deber de cohabitación, es decir, el deber de hacer vida en común. Finalmente, el art. 134 establece: *“El marido y la mujer deben proveer a las necesidades de la familia común, atendiendo a sus facultades económicas y al régimen de bienes que medie entre ellos”*. De esta norma también se deriva la obligación de socorro y alimento que se tienen los cónyuges mutuamente.

3 Concuerdan con esta opinión TURNER SAEZ, Susan Las prestaciones económicas entre los Cónyuges divorciados en la nueva Ley de matrimonio civil, en Rev. derecho (Valdivia). online. jul. 2004, vol.16, pp. 83-104. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de matrimonio Civil, en Estudios Públicos, 86 (otoño 2002), p. 233.

4 Véase BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad (Santiago, 2004) p. 364.

5 El art. 132 CCCh el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad.

En cuanto a los deberes de los padres respecto de los hijos, se puede indicar los padres tienen el deber de cuidado personal, crianza, educación, supervisión y alimentación de los hijos. Estos deberes se desprenden del art. 222 inciso 2 CCCh: *“La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”*<sup>6</sup>.

El art. 54 inc.2 LMCCCh enumera seis casos en los cuales se tipifica la conducta que da lugar al divorcio. Es importante indicar que esta enumeración no es taxativa, sino solamente ejemplar. En este punto vale decir, además, que la nueva LMCCCh recoge en sus numerales acerca de las causales de divorcio, en gran medida las causales de divorcio descritas por la antigua LMCCCh. Otra acotación importante a este respecto, es que Chile contaba con una institución denominada divorcio, mas

dicho divorcio impedía a los cónyuges casarse nuevamente, sólo era una separación de cuerpos<sup>7</sup>. A su vez, existían causales de divorcio perpetuo y de divorcio temporal, según la gravedad de la falta cometida. Las causales de divorcio-sanción de la actual ley son:

*1° Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos.*

Esta causal estaba parcialmente contenida en la antigua Ley de Matrimonio Civil, en cuanto, entre otras causales, también había lugar al divorcio perpetuo en el caso de *“Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra”*<sup>8</sup>. La nueva ley es genérica al referirse a los modos en que se puede transgredir la integridad física o psíquica de un cónyuge y no exige la reiteración de los malos tratamientos, como sí lo hacía la ley anterior. Por otra parte, a mi juicio, será un antecedente importante para la calificación de esta causal la existencia de condenas en razón de la Ley de Violencia Intrafamiliar<sup>9</sup>.

6 EL concepto de interés superior también se encuentra presente en Art. 3 inc. 1 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial atenderá a la que se atenderá será el interés superior del niño”. Chile firmó y suscribió la Convención 26.01.1990.

7 Art. 19 antigua LMCCCh.

8 Art 21 N° 2 antigua LMCCCh.

9 Ley N°20.066; de 7 de octubre de 2005, Ley de Violencia Intrafamiliar. Ella en su art. 5 señala “Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente...” Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 287-2006, 16 de agosto de 2006. “QUINTO: Que apreciando la prueba rendida, conforme a las normas de la sana crítica, se arriba a la siguiente conclusión: la conducta desplegada por la demandada es constitutiva de falta que constituye una violación grave del deber de respeto y protección que se deben los cónyuges entre sí, tomándose, en consecuencia, intolerable la vida en común. Al respecto, son elocuentes las dos condenas por violencia intra-familiar de que ha sido objeto la demandada (roles 1574 y 1720 del mismo Tribunal), así como el contenido de los informes sociales de fojas 24 a 31, en los que se confirma que la convivencia de la pareja se ha caracterizado desde un comienzo por ser disfuncional, caracterizados por hechos de violencia intrafamiliar, y por el marcado interés material de parte de la demandada, existiendo asimismo un abandono continuo o reiterado del hogar común. Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley 19.947, y artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil...”

*2° Transgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes del matrimonio.*

En este número se hace directa alusión a las normas del Código Civil Chileno, ya arriba citadas, es decir, la violación de los artículos 131 y 133. Asimismo, al cometerse adulterio también se incurre en una violación del deber de fidelidad (Art. 132), y por tanto, se configura la causal que se comenta<sup>10</sup>.

En cuanto al abandono, se puede indicar que, tanto el abandono continuo como la reiteración en un lapso de tiempo, se considera una violación grave a los deberes del matrimonio<sup>11</sup>. La antigua LMCCCh sólo indicaba el abandono del hogar común como causal de divorcio temporal<sup>12</sup>.

*3° Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal.*

Son tres los elementos que exige esta causal. En primer lugar, la sentencia ejecutoriada condenatoria; en segundo lugar, la condena debido a la comisión<sup>13</sup> de determinados delitos<sup>14</sup> y en tercer lugar, que en razón de dichas circunstancias se provoque la ruptura de la armonía conyugal<sup>15</sup>.

#### **4° Conducta homosexual**

Esta tipificación constituye, sin lugar a dudas, la novedad dentro de las causales de divorcio.

10 Corte Suprema, rol 5048-2006, 12 de marzo de 2007. "Tercero ...la infracción al deber de fidelidad no sólo se traduce en que uno de los cónyuges cometa adulterio, puesto que éste no es sino una forma en particular de infringir dicha obligación ... incurre en esta infracción y, por ende, en la referida causal del divorcio, el marido o la mujer que realiza una conducta que compromete la búsqueda del bien para ambos cónyuges, entendido éste último concepto en términos amplios, abarcador de todas las circunstancias de la vida conyugal, esto es, que se destruya la fe, confianza y lealtad debida manifestada ostensiblemente en el quehacer personal del cónyuge infractor..."

11 Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 287-2006, 16 de agosto de 2006.

12 Art. 21 N° 7 antigua LMCCCh.

13 Los autores Barrientos Grandón y Novales Alquézar indican que la voz "comisión" se utiliza sin mayores precisiones, por ende, ella debe sólo involucrar al cónyuge autor. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad (Santiago, 2004) p. 371.

14 El Título VII del Libro II del Código Penal denominado Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual. Se integran entre otros delitos: aborto, abandono de niños, violación, estupro, incesto etc. El Título VIII se denomina Crímenes y Simple Delitos contra las Personas se incluyen los delitos de homicidio, infanticidio, lesiones corporales, entre otros.

15 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 665-2006, 4 de octubre de 2006. "SEGUNDO: Por otra parte, es efectivo que también resulta insuficiente el certificado de reclusión de fojas 7, e xpedido por el señor Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario de esta ciudad, junto a los testimonios de oídas de las testigos citadas precedentemente, para acreditar la existencia de una sentencia ejecutoriada que haya condenado al demandado como responsable de crímenes o simples delitos contra las familias o la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II Títulos VII y VIII del Código Penal, que impliquen una ruptura de la armonía conyugal pues, si bien el certificado aludido expresa que Humberto Trujillo Molina, fue condenado por Abuso Sexual, a la pena de cuatro años, cuyo cumplimiento inició el 04 de abril del año 2005 y que tal delito se encuentra comprendido en las disposiciones que considera la ley para estos efectos, lo cierto es que la disposición referida exige que tal conducta involucre una ruptura de la armonía conyugal, lo que no se da en la especie, puesto que el cese de la convivencia se habría producido con mucha anterioridad al despliegue de la misma".

La definición de conducta homosexual no está contenida en la nueva ley, debe entenderse como la relación de personas del mismo sexo, es decir, la inclusión de conductas homosexuales y lésbicas. En este sentido, lo que constituye la causal de divorcio no es la homosexualidad en sí misma, sino la exteriorización de la conducta homosexual. Por ello, más que una nueva causal, la conducta homosexual debe ser entendida como una reiteración o especificación de la causal N° 2, en la cual se tipifica la violación al deber de fidelidad.

*5° Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos*

Se requiere, para la configuración de esta causal, la existencia de dos elementos: en primer lugar, el alcoholismo o drogadicción de uno de los cónyuges, esto es, la existencia de una enfermedad; en segundo lugar, que dicha situación impida gravemente la convivencia entre los cónyuges o entre éstos y los hijos. La causal tiene su antecedente en la antigua LMCCCh, que tipificaba también como causal de divorcio perpetuo "*Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación*"<sup>16</sup>. No sólo es necesario la existencia de una de las enumeradas enfermedades, sino que, como

consecuencia de ella, se genere un conflicto que entorpezca la convivencia armónica de la familia.

*6° Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.*

Esta causal estaba parcialmente incluida en la antigua ley y constituía una causal de divorcio perpetuo "*Tentativa de uno de los cónyuges para prostituir al otro*"<sup>17</sup>. Se agregó, en la nueva ley, la tentativa de prostituir a los hijos. El concepto de tentativa debe ser interpretado según las normas del Código Penal<sup>18</sup>. El concepto de prostitución debe ser entendido como una conducta en la cual se realizan habitualmente tratos sexuales con diferentes personas.

## **2.2. El divorcio-remedio**

El concepto de divorcio-remedio se encuentra establecido en el art. 55 LMCCCh. En primer lugar, se establece el divorcio por mutuo acuerdo. Los cónyuges deben acreditar que ha cesado la convivencia durante un lapso mayor a un año<sup>19</sup>. Además, deben acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos, esto es, deben reglarse diversas materias como, por ejemplo, el régimen de bienes del

16 Art. 21 N° 9 antigua LMCCCh.

17 Art. 21 N° 4 antigua LMCCCh.

18 Art 7 CPCh " Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento".

19 El cese de la convivencia debe probarse mediante escritura pública o acta extendida o protocolizada ante un notario público; un acta ante el Oficial Civil; transacción aprobada judicialmente (Art. 22 LMCCCh). También la presentación de una demanda de alimentos, de tuición o el establecimiento de régimen de visita a los hijos se considerará como fecha cierta para la prueba del cese de la convivencia (Art. 25 LMCCCh).

matrimonio<sup>20</sup>; en cuanto a los hijos, deben regularse las materias de alimentos, cuidado personal, visitas etc. La integridad y suficiencia del acuerdo está determinada, según la misma norma lo indica, por el resguardo que se haga al interés superior de los hijos. Consecuentemente por el decrecimiento del menoscabo económico que pudo causar la ruptura y el establecimiento de relaciones equitativas hacia el futuro<sup>21</sup>. También en el art. 55 inc. 3 se preceptúa el divorcio unilateral. En este caso, un cónyuge puede demandar el divorcio y se requiere que el cese efectivo de la convivencia sea de por lo menos tres años. Se faculta al Juez para rechazar la solicitud de divorcio unilateral, pues no habrá lugar al divorcio cuando el demandante no haya cumplido con la obligación de alimentos respecto de su cónyuge e hijos comunes, de forma reiterada, pudiendo hacerlo<sup>22</sup>.

### 3. Plazos

Existen tres diferentes plazos que permiten presentar a un cónyuge una solicitud de divorcio:

1. Los cónyuges no viven todavía un año separados: En este caso se aplica el divorcio-sanción, por lo cual un cónyuge puede pedir la terminación del matrimonio alegando que el demandado ha provocado con su conducta la ruptura de la convivencia matrimonial (Art. 54 LMCCh).
2. En el caso que ambos cónyuges demandan el divorcio y acreditan la cesación de la convivencia común por un lapso mayor a un año (Art. 55 inc 1 LMCCh).

20 El art. 55 inc. 2 hace una remisión al art. 21 LMCCh precepto que regla la separación de hecho de los cónyuges, en esta norma se hace referencia a los alimentos, dicha alusión no puede ser aplicada al divorcio, pues éste extingue la obligación de alimentos entre los ex-cónyuges.

21 Respecto al acuerdo entre los cónyuges, denominado por la doctrina convenio regulador, véase BARCIA LEHMANN, Rodrigo El convenio regulador en el Derecho español y en el proyecto de ley de Matrimonio Civil Chileno, en *Ius et Praxis*. online. 2002, vol.8, N° 2, pp. 445-478.

22 Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 311-2007, 22 de junio de 2007 “ Primero: Que, analizados los antecedentes del juicio de divorcio, esta Corte comparte el parecer de la señora juez de primer grado, que no hace lugar a la acción pues, en primer lugar, el demandante no probó la causal del N° 2 del artículo 54, referida más arriba y, al contrario, de los dichos de un testigo, cuyo testimonio es debidamente ponderado, puede inferirse que el actor tuvo conductas que constituyen dicha causal, por ese motivo, no puede invocarla en su favor. En cuanto al segundo motivo, precisamente, el incumplimiento de su deber de pagar la pensión alimenticia ..., en reiteradas oportunidades, pudiendo hacerlo, como se acreditó, le impiden invocar el cese efectivo de la convivencia como causal de divorcio...”; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 996-2006, 3 de julio de 2006, la Corte otorgó la acción de divorcio al cónyuge, afectado por una declaratoria de quiebra, aunque el actor incumplió la obligación de alimentos: “3. Que, así las cosas, corresponde analizar, en primer lugar, si la declaratoria de quiebra que afecta al actor constituye impedimento suficiente para dejar de cumplir la obligación alimenticia a favor de su cónyuge, especialmente, teniendo presente que el inciso 3° del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil priva de la acción de divorcio al actor que no ha dado cumplimiento reiterado a su obligación de alimentos durante el cese de la convivencia, pudiendo hacerlo. Lo que significa, por el contrario, que no pudiendo hacerlo, el actor no se ve privado de la acción. Con el objeto de cumplir los fines del juicio de quiebra, de otro lado, el legislador ha privado al fallido del derecho de administrar y de disponer de sus bienes, que es el efecto inmediato que produce la declaratoria de quiebra y que se conoce con el nombre de desasimiento y que, en el caso, alcanza también a la obligación de alimentos, al no quedar excluida por la ley. De esta forma, tal como lo dejó establecido esta misma Corte de Apelaciones al acoger la acción de amparo deducida por el alimentante, éste se encontraba en la imposibilidad legal de atender el pago de dicha deuda... Tampoco existe prueba alguna en el proceso que permita, al menos, presumir que el fallido posea bienes que escapen a la quiebra y con cargo a los cuales haya podido cumplir su obligación de alimentos”.

3. El cese efectivo de la convivencia conyugal por un período de por lo menos tres años, también permite el divorcio (Art. 55 inc 3 LMCCCh).

#### **4. Titularidad y ejercicio de la acción de divorcio**

La acción de divorcio corresponde exclusivamente a los cónyuges, cualquiera de ellos puede demandarlo a no ser que se invoque una de las causales descritas en el art 54 LMCCCh pues, en ese caso, sólo el cónyuge que imputa la falta puede invocar la acción, no así el imputado.

Además, la acción es irrenunciable y no se extingue por el mero transcurso del tiempo.

Finalmente, en cuanto al cónyuge menor de edad y al interdicto por disipación, ellos pueden ejercer por sí mismos la acción de divorcio o ejercer dicha acción por medio de sus representantes.

#### **5. Efectos jurídicos del divorcio**

Desde que queda ejecutoriada la sentencia que declara el divorcio, éste produce sus efectos (Art. 59 LMCCCh). Ahora bien, el art. 60 LMCCCh establece que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial

originados a causa del matrimonio y establece como ejemplo los derechos sucesorios recíprocos y el derecho de alimentos.

Los efectos jurídicos del divorcio afectan en primer lugar a los ex-cónyuges, pero también generan efectos respecto de los hijos. En este ensayo sólo nos referiremos a los efectos entre los cónyuges. Se analiza la liquidación del régimen legal matrimonial<sup>23</sup>, derechos sucesorios, derechos de alimentos y la compensación económica.

#### **5.1. Efectos entre los cónyuges**

##### **5.1.1. Liquidación de la Sociedad Conyugal**

La Sociedad Conyugal es el régimen legal matrimonial<sup>24</sup> en el Derecho chileno (Art. 135 CCCh)<sup>25</sup>. En términos generales, la sociedad conyugal es una sociedad de bienes, corresponde a una comunidad de gananciales<sup>26</sup>, cuya administración le corresponde al marido (Art 1749 CCCh)<sup>27</sup>. La liquidación de la sociedad conyugal tiene como fin la constatación de la producción de gananciales durante la vigencia de la sociedad. Es posible que las partes acuerden la liquidación de la sociedad conyugal, por ejemplo, durante el juicio de divorcio<sup>28</sup>.

23 En este punto vale indicar que también es menester la liquidación del régimen de participación en los gananciales cuando éste haya sido el régimen de bienes pactado por los cónyuges. Ahora bien, se ha omitido el análisis de este régimen en este acápite por la escasa aplicación que éste tiene en el derecho chileno y además, ya que, en el caso del derecho alemán dicho régimen es el régimen legal matrimonial.

24 El régimen matrimonial es definido como el estatuto jurídico que regula las relaciones pecuniarias de los cónyuges entre sí y respecto de terceros, RAMOS PAZOS, René Derecho de Familia (Santiago, 2003), I, p.129.

25 Art. 135 inc 1 CCCh: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal".

26 RAMOS PAZOS, René Derecho de Familia (Santiago, 2003), I, p.133.

27 Art. 1749 Inc 1 CCCh: "El marido es jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra los bienes sociales y los de la mujer...".

28 Juzgado de Santiago, 14 de noviembre de 2005, sin rol.

Las operaciones que se requieren para la liquidación de la sociedad conyugal son las siguientes:

La confección de un inventario de los bienes: Esta obligación se encuentra establecida en el Art. 1765 CCCh<sup>29</sup>. El objetivo del inventario es dejar constancia de todos los bienes y deudas. Es por ello que debe integrar todos los bienes, tanto sociales, como los bienes propios y todos aquellos bienes que se encontrasen en poder del marido o la mujer<sup>30</sup>. Por otra parte, la alusión que hace la norma que se comenta a las prescripciones de la sucesión por causa de muerte, debe ser entendida como una remisión al art. 1253 CCCh y éste a su vez se remite a los arts. 382 y ss. CCCh., relativo a las normas de tutores y curadores<sup>31</sup>.

El inventario puede ser solemne o simple, aunque deberá ser solemne en el caso que entre los involucrados hubiera menores,

dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes<sup>32</sup>.

La tasación de los bienes inventariados: Con respecto a la tasación, vale decir que esta obligación también se desprende del art. 1765 CCCh ya antes citado. La norma, como ya se dijo, se remite a las disposiciones de la sucesión por causa de muerte, en este caso en particular, al art. 1335 CCCh<sup>33</sup>. La tasación deberá realizarse por peritos a no ser que los involucrados hayan determinado otro modo. Esta disposición se ve complementada por la norma del art. 657 CPCCh<sup>34</sup>, por medio de la cual puede omitirse el trámite de la tasación, aún en el caso de existir incapaces entre los involucrados.

La determinación del acervo bruto o cuerpo común de bienes: De acuerdo con los bienes que fueron inventariados, se realiza la formación del acervo bruto, es decir, éste incluye todos los bienes. Además, deben

29 Art. 1765 CCCh: "Disuelta la sociedad, se procederá inmediatamente a la confección de un inventario y tasación de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable, en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte".

30 En este sentido, es preciso indicar que, el art. 1739 inc 1 CCCh, establece una presunción de dominio respecto a los bienes sociales en cuanto señala "Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges durante la sociedad o al tiempo de su disolución, se presumirá pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario".

31 Art. 382 inc. 1 CCCh "El inventario hará relación de todos los bienes raíces y muebles de la persona, cuya hacienda se inventaría particularizándolos uno a uno, o señalando colectivamente los que consisten en número, peso o medida, con expresión, de la cantidad y calidad, sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad del guardador".

32 Art. 1766 inc 2: "Si entre los partícipes de los gananciales hubiere menores, dementes u otras personas inhábiles para la administración de sus bienes, serán de necesidad el inventario y tasación solemnes; y si se omitiere hacerlos, aquel a quien fuere imputable esta omisión, responderá de los perjuicios; y se procederá lo más pronto posible a legalizar dicho inventario y tasación en la forma debida".

33 Art. 1335 CCCh: "El valor de la tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies; salvo que los coasignatarios hayan legítima y unánimamente convenido en otra, o en que se liciten las especies, en los casos previstos por la ley".

34 Art. 657 inc.2 CPCCh " Podrá, sin embargo, omitirse la tasación, si el valor de los bienes se fija por acuerdo unánime de las partes, o de sus representantes, aun cuando haya entre aquéllas incapaces, con tal que existan, en los autos antecedentes que justifiquen, la apreciación hecha por las partes, o que se trate de bienes muebles, o de fijar, un mínimo para licitar bienes raíces con admisión de postores extraños".

incluirse en el acervo bruto los frutos de los bienes, incluyendo los frutos que la mujer administraba según las disposiciones de los art.166 y 167<sup>35</sup>.

La restitución de los bienes propios de los cónyuges: Cada cónyuge o heredero podrá sacar del acervo bruto sus bienes propios. Lo que realiza el involucrado es un retiro material del objeto, pues él es el dueño del bien<sup>36</sup>.

La liquidación de las recompensas: En cuanto al tema de la liquidación de las recompensas, es menester indicar que, tanto la sociedad, como cada uno de los cónyuges puede adeudar recompensas. Es por eso que se requiere hacer la liquidación para en definitiva establecer si el cónyuge tendrá derecho a los gananciales o si el cónyuge deberá pagar a la sociedad.

La partición de los gananciales: Los gananciales deberán repartirse por mitades; sin embargo, existen algunas excepciones a este respecto. En el caso de que el cónyuge o heredero hubiere ocultado o distraído dolosamente un bien de la sociedad, perderá su porción en dicho bien y deberá restituirlo doblado (art. 1768 CCCh). Puede ocurrir, además, que la mujer haya renunciado a sus gananciales (Arts. 1781 y ss. CCCh)<sup>37</sup>.

La división del pasivo social: En cuanto a la división del pasivo, es necesario distinguir entre la obligación a la deuda y a la contribución a la deuda. El marido está obligado a las deudas, pues es él quien responde frente a los terceros, en cuanto él administra la sociedad conyugal. Además, esta obligación continúa aún después de la disolución (Art. 1778 CCCh)<sup>38</sup>. La mujer está obligada respecto de terceros sólo hasta lo que recibió a título de gananciales. Ella posee el beneficio de emolumento (art. 1777 inc. 1 CCCh)<sup>39</sup>.

Ahora bien, el hecho que el marido esté obligado al pago de las deudas no significa que, en definitiva, deba soportar dichas deudas, es decir, en la contribución a las deudas sociales, tanto el marido como la mujer son responsables. En este sentido, el art. 1778 ya citado establece que el marido es responsable de las deudas salvo su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de las deudas. Con todo, la contribución a las deudas de ambos cónyuges por mitades, posee excepciones: en primer lugar, puede existir entre los cónyuges una convención que reparta las deudas de otra manera; en segundo lugar, existe el ya antes mencionado beneficio de emolumento de la mujer y, finalmente, la

35 El art. 166 CCCh se refiere a donaciones, herencia o legados que fueron hechos a la mujer con la condición que no los administre el marido. El art. 167 CCCh estipula el caso en que en las capitulaciones matrimoniales se haya pactado que la mujer administre separadamente alguna parte de sus bienes.

36 Arts 1770, 1771, 1772 CCCh. El art 1770 se refiere a los bienes propios, los precios saldos y recompensas de cada cónyuge. El art. 1771 se refiere a las pérdidas o deterioros de las especies o cuerpos ciertos, finalmente el art. 1772 establece reglas en cuanto a los frutos.

37 Art. 1781 CCCh "Disuelta la sociedad, la mujer mayor o sus herederos mayores tendrán la facultad de renunciar los gananciales a que tuviere derecho...".

38 Art.1778 CCCh "El marido es responsable de total de las deudas sociales ...".

39 Art. 1777 inc. 1 CCCh " La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta la concurrencia de su mitad de gananciales"

existencia de una deuda personal genera un cambio en cuanto al reparto de la contribución a las deudas.

### 5.1.2. *Derechos sucesorios*

Los derechos sucesorios que existían entre los cónyuges<sup>40</sup> se extinguen. Esto se encuentra de forma ejemplar establecido en el art 60 LMCCCh, al indicar la norma que se comenta, que el divorcio pone fin a las obligaciones y derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio.

### 5.1.3. *Derecho de alimentos*

Del mismo modo, prescribe el art. 60 LMCCCh que los derechos de alimentos cesan, ya que cesa la causa que origina este derecho, esto es, el matrimonio<sup>41</sup>.

## 5.1.4. *Compensación económica*

### 5.4.1.1. *Generalidades*

La compensación económica<sup>42</sup>, que se instituye con la nueva Ley de Matrimonio Civil, es una nueva institución en el Derecho de Familia chileno, específicamente relativo a los efectos patrimoniales del matrimonio que termina. Esta institución se encuentra ubicada en el Capítulo VII de la Ley de Matrimonio Civil, relativo a las reglas comunes a ciertos casos de separación, nulidad y divorcio, junto a la conciliación y a la mediación, aunque debe indicarse que la compensación económica no rige para el caso de la separación, sino sólo en el supuesto del divorcio y de la nulidad del matrimonio<sup>43</sup>.

La compensación por menoscabo económico se puede definir como “la prestación a que tiene derecho el cónyuge que durante el matrimonio no se dedica a una actividad remunerada como

40 A este respecto el art 983 CCCh establece: son llamados a la sucesión intestada los descendientes del difunto, sus ascendientes, el cónyuge sobreviviente, ...” Además el art. 1182 CCCh “Son legitimarios ... 3° El cónyuge sobreviviente. ...”

41 Art. 321 CCCh “Se deben alimentos 1° Al cónyuge ;” Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1357-2006, 1 de agosto de 2006. “1°... b) Que el derecho de alimentos en beneficio de Teresa Aránguiz, materializado en un derecho de habitación, ..., ha concluido por el divorcio decretado que significa la terminación del matrimonio entre las parte ...”

42 Esta Institución tiene como referencia modelos de derecho comparados, el derecho español y derecho francés principalmente, aunque posee una estructura jurídica particular que la diferencia de aquéllos. En este punto véase VIDAL OLIVARES, Álvaro La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), El nuevo Derecho chileno del Matrimonio (Santiago, 2006) p. 219.

43 La imprecisión en que la ley incurre se debe a que se siguió el modelo español, específicamente el Capítulo IX del Libro Primero del Código Civil denominado “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio” en dicho Capítulo se regula la pensión compensatoria, que es procedente tanto en el caso de divorcio como en el de separación. BARRIENTOS GRANDÓN, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aránzazu Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad. (Santiago, 2004) p.402.

podía y quería, por dedicarse al cuidado de los hijos o a las labores del hogar común y a quien el divorcio o la nulidad matrimonial le causa un menoscabo económico”<sup>44</sup>. La institución de la compensación económica es de aplicación restrictiva, y, por ende, deberán ser probados todos los elementos que la constituyen para que sea admisible<sup>45</sup>.

#### **5.4.1.2. Elementos esenciales de la compensación económica**

Se dará lugar a esta compensación cuando uno de los cónyuges, como consecuencia de haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía o quería. De esta manera, surge para ese cónyuge un derecho para que se le

compense el menoscabo económico sufrido. Los elementos esenciales de esta institución son: La dedicación de un cónyuge a las labores domésticas y/o de cuidado de los hijos<sup>46</sup>, debido a dicha dedicación, la falta de una actividad remunerada<sup>47</sup> o la realización de ésta en menor medida<sup>48</sup> y, finalmente, que la nulidad matrimonial o el divorcio le haya provocado un menoscabo económico<sup>49</sup>. En este sentido el menoscabo económico debe ser entendido como un desequilibrio de orden económico que se produce a la terminación del matrimonio<sup>50</sup>.

El art. 62 entrega algunos criterios —listado que no es taxativo—, a través de los cuales es posible determinar la existencia del menoscabo económico y la cuantía de la compensación. En este sentido, establece la norma se considerarán especialmente la duración del matrimonio<sup>51</sup> y de la vida común

44 VIDAL OLIVARES, Álvaro La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), El nuevo Derecho chileno del Matrimonio (Santiago, 2006) p. 254.

45 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2321-2005, 22 de diciembre de 2005. No se acogió la demanda reconvencional, pues no se probó el menoscabo económico. Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 1614 -2005, 23 de marzo de 2006. “2.- ... En suma, es el menoscabo económico mismo, que se habría producido para ella por el hecho del matrimonio, lo que no invoca ni acredita, y eso impide al Tribunal acoger compensación alguna en su favor ...”

46 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 855-2005, 20 de diciembre de 2005. “SEXTO:...las partes están contestes que la cónyuge solicitante de la compensación económica, se dedicó a lo menos quince años al cuidado de los hijos y a las labores propias del hogar común...” Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 120-2006, 13 de abril de 2006. La mujer en este caso estuvo al cuidado de una hija y de las labores del hogar común.

47 Corte de Apelaciones de Talca, rol 1622-2006, 31 de enero de 2007; Corte de Apelaciones de Talca, rol 418-2007, 6 de junio de 2007.

48 Corte de Apelaciones de Chillán, rol 589-2005, 23 de noviembre de 2005. “4° ... durante el matrimonio la demandante reconvencional tuvo cierta actividad remunerada o lucrativa, no es menos verdad que lo hizo en menor medida de lo que podía, por haberse dedicado a las labores propias del hogar común y el cuidado del hijo de las partes ...”.

49 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 563-2006, 25 de agosto de 2006. “4°) ... que el demandante proporciona alimentos a ella y sus hijas fijados de común acuerdo, que el bien raíz adquirido durante la sociedad conyugal lo habita ella y sus dos hijas, habiéndose constituido en favor de éstas últimas, siendo de cargo del actor el pago de los dividendos hipotecarios. 5°) Que lo expuesto precedentemente, hace concluir al tribunal que en la especie no ha existido un menoscabo económico para la cónyuge demandante que deba ser compensado”

50 Véase TURNER SAEZLER, Susan Las prestaciones económicas entre los Cónyuges divorciados en la nueva Ley de matrimonio civil, en Rev. derecho (Valdivia). online. jul. 2004, vol.16, p.83-104. La profesora indica que “ el art. 62 sigue la tesis subjetiva del derecho español al señalar que las circunstancias en él indicadas sirven para determinar tanto la existencia del menoscabo económico como la cuantía de la compensación. Es decir, tales circunstancias no sólo cumplen una función de cuantificación del menoscabo sino que condicionan su propia existencia.”

51 Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 274-2005, 13 de junio de 2006. El matrimonio duró 19 años. Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1451-2006, 7 de agosto de 2006. El matrimonio duró más de 20 años.

de los cónyuges<sup>52</sup>, la situación patrimonial de ambos, la buena o mala fe, la edad y el estado de salud del cónyuge beneficiario, su situación en materia de beneficios previsionales y de salud, su cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral, y la colaboración que hubiere prestado a las actividades lucrativas del otro cónyuge<sup>53</sup>.

Es interesante indicar que, en el caso que el beneficiario estuvo de mala fe o dio lugar al divorcio-sanción, el Juez cuenta con la facultad de denegar la compensación económica o disminuir prudencialmente su monto<sup>54</sup>.

La regla general es que la compensación es acordada por los cónyuges mayores de edad, en cuanto a su monto y forma de pago. El acuerdo entre las partes deberá constar en una escritura pública o en un acta de avenimiento y además se requiere la aprobación del juez. (Art. 63 LMCCCh)<sup>55</sup>. Las partes pueden también renunciar a la compensación económica<sup>56</sup>.

En caso de no existir acuerdo, la compensación será determinada por el Juez (Art. 64 LMCCCh). La compensación económica es una prestación única<sup>57</sup>. Con todo, en cuanto a la determinación de la forma de pago, el Juez puede establecer la

---

52 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 744-2005, 31 de octubre de 2005. "TERCERO: Que para determinar el monto de la compensación económica ha de considerarse la vida en común que tuvieron, la situación patrimonial del cónyuge demandante, la buena fe de éste ... y especialmente el hecho de que la demandada ha tenido una vida en común con otra persona,..."

53 El profesor Vidal Olivares realiza un análisis temporal de las circunstancias del art. 62, indicando que junto al elemento esencial, esto es, que el beneficiario se haya dedicado a la familia, las circunstancias pueden agruparse en cuanto al pasado "el tiempo de duración del matrimonio y de la vida en común y la colaboración que hubiere prestado el cónyuge beneficiario a las actividades lucrativas del otro cónyuge". Las relacionadas con el presente "En el presente se halla la situación patrimonial de los cónyuges; la situación en materia de beneficios previsionales, la edad y el estado de salud y cualificación profesional y posibilidades de acceso al mercado laboral del cónyuge beneficiario". Finalmente las circunstancias relacionadas con el futuro "Las circunstancias presentes permiten una prospección de las perspectivas de vida hacia el futuro previsible del cónyuge beneficiario" Además, el autor agrupa las circunstancias en objetivas y subjetivas, de acuerdo a si éstas dicen o no relación con la conducta de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio VIDAL OLIVARES, Álvaro, La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador), El nuevo Derecho chileno del Matrimonio (Santiago, 2006) p 262 ss.

54 Corte Suprema, rol 5048-2006, 12 de marzo de 2007.

55 En el caso del divorcio de común acuerdo, es menester, la fijación de la compensación. De esta manera Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 1081-2005, 23 de marzo de 2005. Las partes presentaron un acuerdo, en el cual fijan la compensación económica

56 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1616-2006, 11 de enero de 2007.

57 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 9287-2005, 21 de marzo de 2006, prestación única; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1511-2006, 30 de agosto de 2006, se otorgó un plazo de 10 meses para pagar la compensación económica; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2981-2006, 18 de mayo de 2007, se estableció un pago único o en cuotas. Sin embargo, en la práctica se ha establecido como excepción el pago de una prestación única o por lo menos en pocas cuotas.

modalidad de entrega de dinero o la constitución de derechos de usufructo<sup>58</sup>, uso y habitación<sup>59</sup>. Si el cónyuge deudor no tiene bienes suficientes para pagar de una sola vez la compensación, dividirá el Juez el monto total en cuantas cuotas fuere necesario y es importante la capacidad económica del deudor<sup>60</sup>. Además, para los efectos del cumplimiento, cada cuota será considerada alimentos debidos por ley, a menos que el deudor ofrezca otras garantías para el pago efectivo y oportuno, lo cual deberá ser declarado en la sentencia. Como ya se señaló, la consideración de las cuotas como alimentos, no viene a verificar la naturaleza jurídica alimenticia de la compensación económica sino que, por el contrario, establece un argumento para refutarla.

## **II. El divorcio en el Derecho de Familia alemán**

### **1. Aspectos generales**

De acuerdo a las normas del BGB<sup>61</sup>, específicamente §1353 Abs.1 S.1 BGB<sup>62</sup>, el matrimonio se realiza para toda la vida. Sin embargo, este principio que rige la institución del matrimonio alemán puede ser 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 anulación del matrimonio, ya que en ésta el motivo de la disolución acontece al momento de su celebración<sup>63</sup>.

58 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1629-2006, 5 de abril de 2007, en este caso el Tribunal le otorgó una compensación económica a la mujer en dinero y en un derecho de usufructo; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 62-2007, 17 de mayo de 2007. La mujer obtiene como compensación económica un derecho de usufructo vitalicio sobre un inmueble.

59 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2683-2006, 8 de junio de 2007, el actor ofreció bienes muebles para el pago de la compensación económica, la oferta fue rechazada por el Tribunal. Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 266-2006, 25 de mayo de 2006. "1.-...desde que el resto que solicita, consistente en su mantención como carga dentro del sistema de previsión de salud del actual marido, resulta improcedente, pues el artículo 65 de la Ley de Matrimonio Civil no contempla tal posibilidad".

60 Véase Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 855-2005, 20 de diciembre de 2005, se fijaron 156 cuotas; Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 120-2006, 13 de abril de 2006, se fijaron 70 cuotas; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 2166-2006, 27 de marzo de 2006, se fijaron 60 cuotas; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 998-2006, 11 de abril de 2007, se fijaron 120 cuotas; Corte de Apelaciones de Chillán, rol 589-2005, 23 de noviembre de 2005, se fijaron 100 cuotas; Corte de Apelaciones de La Serena, rol 379-2007, 8 de junio de 2007, se fijaron 100 cuotas; Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 529-2006, 20 de junio de 2006, se fijaron 180 cuotas; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 193-2007, 14 de mayo de 2007, se fijaron también 60 cuotas; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 56-2007, 30 de mayo de 2007, se fijaron 134 cuotas;

61 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch= Código Civil Alemán)

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

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

El proceso de divorcio es conocido por los Juzgados Civiles, específicamente por los Juzgados de Familia<sup>64</sup>. El Juzgado es competente para conocer los asuntos conyugales, tuición de menores, derecho a visitas, 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 1976<sup>65</sup> 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 matrimonial<sup>66</sup>, 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 matrimonial<sup>67</sup>. La única razón existente para demandar el divorcio es la ruptura de la convivencia entre los cónyuges. Según § 1565 Ab.1 S.2<sup>68</sup> 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 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 reconciliación<sup>69</sup>.

## 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. 2<sup>70</sup>). Así, por ejemplo, el marido solicitó el divorcio debido a que su mujer, luego de la

64 § 23 b GVG (Gerichtsverfassungsgesetz).

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

66 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.

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

68 § 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”.

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

70 § 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”.

separación, inició labores de prostitución<sup>71</sup>. 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 efectos<sup>72</sup>.

**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 consentimiento se presume, irrefutablemente, que el matrimonio está arruinado (§ 1566 Abs.1<sup>73</sup>).

**3.3.** Cuando los cónyuges viven separados más de tres años<sup>74</sup> 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. 2<sup>75</sup>).

De esta forma crea el legislador alemán dos presunciones, las cuales 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. 1<sup>76</sup> 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 hogares<sup>77</sup>. Por último, una reconciliación por breve tiempo no influye para la determinación de los plazos del § 1566.

71 OLG Bremen FamRZ 1996, 489.

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

73 § 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”.

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

75 § 1566 Abs. 2 “Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit drei Jahren getrennt leben”.

76 § 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”.

77 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 cumplido<sup>78</sup>. Esta cláusula de dureza está basada 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 divorciaban<sup>79</sup>. 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 persona<sup>80</sup>. Se denegó la excepción en el juicio de divorcio en que uno de los cónyuges exigía el mantenimiento del matrimonio por razones de índole religiosas<sup>81</sup>.

#### **4. Titularidad y ejercicio de la acción de divorcio**

Uno o ambos cónyuges pueden solicitar el divorcio (§ 1564 Abs. 1 S. 1<sup>82</sup>). 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 solicitud<sup>83</sup>.

En el caso las personas que están bajo curaduría general, los curadores<sup>84</sup> 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.

#### **5. Efectos jurídicos del divorcio**

Con la sentencia de divorcio se disuelve el matrimonio (§ 1564 Abs.1 S.2<sup>85</sup>). 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

---

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

79 OLG Hamburg FamRZ 1986, 470.

80 BGH FamRZ 1985, 905.

81 OLG Stuttgart FamRZ 1991, 334.

82 § 1564 Abs. 1 S. 1 "Eine Ehe kann nur durch gerichtliches Urteil auf Antrag eines oder beider Ehegatten geschieden werden".

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

84 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.

85 §1564 Abs. 1 S. 2 "Die Ehe ist mit der Rechtskraft des Urteils aufgelöst".

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), distribución de los enseres del hogar y el inmueble familiar y la determinación de los derechos de alimentos, entre otros.

**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 en el Derecho de familia alemán (§ 1363 Abs. 1<sup>86</sup>). 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 (§ 1364<sup>87</sup>). 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 régimen<sup>88</sup>.

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 la disolución del régimen. En efecto el § 1365 Abs. 1<sup>89</sup> impide que un cónyuge obligue el total o la mayor parte de su patrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge<sup>90</sup>. 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<sup>91</sup>, pues el cónyuge dueño sólo puede disponer de ellos con la autorización del otro (§ 1369<sup>92</sup>).

86 § 1363 Abs. 1 "Zugewinnngemeinschaft. Die Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, wenn sie nicht durch Ehevertrag etwas anderes vereinbaren".

87 § 1364 "Vermögensverwaltung. Jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbständig; er ist jedoch in der Verwaltung seines Vermögens nach Maßgabe der folgenden Vorschriften beschränkt".

88 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).

89 § 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".

90 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.

91 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 Ehewohnung und des Hausrats. HausratsVO (Reglamento sobre el tratamiento del inmueble familiar y los enseres familiares). RAUSCHER, Thomas Familienrecht, (Heidelberg, 2001) n. 392.

92 § 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".

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 (§ 1384<sup>93</sup>). 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 Abs. 4<sup>94</sup>). 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 real<sup>95</sup>.

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 (§ 1380<sup>96</sup>). Asimismo, puede el cónyuge deudor excepcionarse de pagar el crédito debido a que el pago de éste sería totalmente inequitativo<sup>97</sup>. La ley señala ejemplarmente el caso de la falta grave a los deberes económicos del matrimonio

93 § 1384 "Berechnungszeitpunkt bei Scheidung. Wird der Ehe geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns an die Stelle der Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags". JOHANNSEN, Kurt – HENRICH, Dieter Ehe recht § 1375 n. 2. (München, 2003); RAUSCHER, Thomas Familienrecht (Heidelberg, 2001) p.251, n. 414.

94 § 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".

95 También se han fijado criterios para determinar el valor de despachos de profesiones liberales, de inmuebles, de Seguros de vida.

96 § 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)

97 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.

(§ 1381<sup>98</sup>). Es posible también la concesión de una prórroga, en caso de que el pago inmediato generara serios perjuicios al deudor<sup>99</sup>. 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. 1<sup>100</sup>). 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 (§ 1383<sup>101</sup>) y también la constitución de una garantía en el caso que la conducta del deudor haga temer<sup>102</sup> el no pago del crédito (§ 1389<sup>103</sup>).

**5.2.** Existe en el Derecho alemán una compensación referida a los derechos de pensión públicos y privados<sup>104</sup>. El principio de la participación en los gananciales, es decir, la idea

98 § 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.

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

100 § 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".

101 § 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".

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

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

104 Esta institución típicamente alemana pretende ser estudiada y analizada en un próximo trabajo. GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar Lehrbuch des Familienrechts, (München 2006), p. 266 ss; RAUSCHER, Thomas Familienrecht (Heidelberg, 2001) p. 418 ss.

de que durante el matrimonio ambos cónyuges aportaron a la economía familiar también se ve reflejada en el tema de los derechos de pensión públicos y privados (§§ 1587 ss.<sup>105</sup>).

Las cotizaciones de cada cónyuge se comparan y quién obtenga un excedente deberá pagar al otro cónyuge la mitad de dicho superávit. Las cotizaciones incluidas son aquellas que cada cónyuge canceló a partir de la celebración del matrimonio hasta el momento en que queda entablado del juicio de divorcio<sup>106</sup>.

**5.3.** Por lo que respecta a los enseres del hogar y el inmueble familiar, queda a disposición de los cónyuges establecer el modo de distribuirlos. En caso en que no exista acuerdo entre los cónyuges existe un reglamento<sup>107</sup>.

En cuanto a los enseres del hogar<sup>108</sup> se debe distinguir entre aquéllos que pertenecen ambos cónyuges y aquéllos que son de propiedad exclusiva de un esposo. En el primer caso, el Juez determina la distribución según la justa equidad (§ 8 Abs.1 HausratsVO<sup>109</sup>). También puede efectuar la entrega y tradición del bien mueble a un cónyuge y otorgar al otro una compensación (§ 8 Abs. 3 HausratsVO<sup>110</sup>). En el caso en que los bienes sólo pertenezcan a un cónyuge<sup>111</sup> podrá el Juez entregar dichos objetos al otro cónyuge cuando éste así lo requiera y al dueño le pueda ser exigible (§ 9 Abs.1 HausratsVO<sup>112</sup>). Hay casos en los que el Juez fija un contrato de arrendamiento entre los cónyuges y excepcionalmente cuando no es posible la celebración de dicho contrato, el Juez establece una compensación para el dueño (§ 9 Abs.2 HausratsVO<sup>113</sup>).

105 § 1587 "Auszugleichende Versorgungsansprüche. Zwischen den geschiedenen Ehegatten findet ein Versorgungsausgleich statt, soweit für sie oder einen von ihnen in der Ehezeit Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit der in § 1587 a Abs. 2 genannten Art begründet oder aufrechterhalten worden sind. Außer Betracht bleiben Anwartschaften oder Aussichten, die weder mit Hilfe des Vermögens noch durch Arbeit der Ehegatten begründet oder aufrechterhalten worden sind.

Als Ehezeit im Sinne der Vorschriften über den Versorgungsausgleich gilt die Zeit vom Beginn des Monats, in dem die Ehe geschlossen worden ist, bis zum Ende des Monats, der dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vorausgeht.

Für Anwartschaften oder Aussichten, über die der Versorgungsausgleich stattfindet, gelten ausschließlich die nachstehenden Vorschriften; die güterrechtlichen Vorschriften finden keine Anwendung".

106 Véase GUTDEUTSCH en GEHARDT, Peter - V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - KLEIN, Michael Handbuch Fachanwalt Familienrecht (München, 2005) p. 853 y ss.

107 Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats. HausratsVO (Reglamento sobre el tratamiento del inmueble familiar y los enseres familiares).

108 GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar Lehrbuch des Familienrechts, (München 2006), p. 290, n. 17 s.

109 § 8 Abs.1 HausratsVO "Gemeinsames Eigentum beider Ehegatten. Hausrat, der beiden Ehegatten gemeinsam gehört, verteilt der Richter gerecht und zweckmäßig".

110 § 8 Abs.3 HausratsVO "Die Gegenstände gehen in das Alleineigentum des Ehegatten über, dem sie der Richter zuteilt. Der Richter soll diesem Ehegatten zugunsten des anderen eine Ausgleichszahlung auferlegen, wenn dies der Billigkeit entspricht".

111 SCHWAB Familienrecht n. 417.

112 § 9 Abs.1 HausratsVO "Alleineigentum eines Ehegatten. Notwendige Gegenstände, die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, kann der Richter dem anderen Ehegatten zuweisen, wenn dieser auf ihre Weiterbenutzung angewiesen ist und es dem Eigentümer zugemutet werden kann, sie dem anderen zu überlassen".

113 § 9 Abs.2 HausratsVO "Im Falle des Absatzes 1 kann der Richter ein Mietverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem anderen Ehegatten begründen und die Miete festsetzen. Soweit im Einzelfall eine endgültige Auseinandersetzung über den Hausrat notwendig ist, kann er statt dessen das Eigentum an den Gegenständen auf anderen Ehegatten übertragen und dafür ein angemessenes Entgelt festlegen".

Ahora bien, en cuanto al inmueble familiar<sup>114</sup> el precepto no permite la tradición. Lo que puede ocurrir es la creación o la modificación de un contrato de arrendamiento. El Tribunal puede entregar la vivienda familiar a un cónyuge o a ambos cuando dicho inmueble permite la división de determinadas áreas del hogar (§ 6 Abs.1 HausratsVO<sup>115</sup>).

En caso de que sólo un cónyuge sea propietario del inmueble o copropietario con un tercero<sup>116</sup>, el Juez puede, sólo excepcionalmente, entregar la vivienda al otro, debido a razones extremadamente poderosas y además se establecerá un contrato de arrendamiento entre el cónyuge propietario, el tercero y el otro cónyuge (§ 3 Abs.1 HausratsVO<sup>117</sup>).

Si ambos son propietarios, el Juez adjudica el inmueble a uno o asigna a ambos el inmueble, según los criterios de justicia y equidad. Cuando la vivienda es adjudicada a uno, también es necesario efectuar un contrato de arrendamiento (§ 5 Abs.2 HausratsVO<sup>118</sup>).

Por último, puede ocurrir que ninguno de los cónyuges sea dueño del inmueble donde habita la familia. En tal caso, el Juez puede establecer la modificación del contrato de arrendamiento, es decir, que sólo uno de los cónyuges sea considerado en el futuro como arrendatario. Otra posibilidad es una subrogación personal en el contrato de arrendamiento (§ 5 Abs.1 HausratsVO<sup>119</sup>).

#### **5.4. Derecho de alimentos<sup>120</sup>**

El derecho de alimentos se encuentra reglamentado en los §§ 1569 ss BGB. En primer lugar, debe destacarse que el § 1569<sup>121</sup> contiene una idea general acerca del tema que se comenta, es decir, en el caso que un cónyuge no pueda alimentarse podrá demandar al otro cónyuge. La idea del legislador fue buscar un equilibrio entre dos extremos: por una parte, una noción estricta de la propia responsabilidad de cada cual<sup>122</sup> 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.

114 GERNHUBER, Joachim - COESTER-WALTJEN, Dagmar Lehrbuch des Familienrechts, (München 2006), p. 289, n. 14 s.

115 § 6 Abs.1 HausratsVO "Teilung der Wohnung. Ist eine Teilung der Wohnung möglich und zweckmäßig, so kann der Richter auch anordnen, dass die Wohnung zwischen den Ehegatten geteilt wird. Dabei kann er bestimmen, wer die Kosten zu tragen hat, die durch die Teilung und ihre etwaige spätere Wiederbeseitigung entstehen".

116 Véase KLEIN en GEHARDT, Peter - V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd - KLEIN, Michael Handbuch Fachanwalt Familienrecht (München, 2005) p.1010 y s.

117 § 3 Abs.1 HausratsVO "Wohnung im eigenen Hauses eines Ehegatten. Ist einer der Ehegatten allein oder gemeinsam mit einem Dritten Eigentümer des Hauses, in dem sich die Ehwohnung befindet, so soll der Richter die Wohnung dem anderen Ehegatten nur zuweisen, wenn dies notwendig ist, um eine unbillige Härte zu vermeiden".

118 § 5 Abs.2 HausratsVO "Besteht kein Mietverhältnis an der Ehwohnung, so kann der Richter zugunsten eines Ehegatten ein Mietverhältnis an der Wohnung begründen".

119 § 5 Abs.1 HausratsVO "Gestaltung der Rechtsverhältnisse. Für eine Mietwohnung kann der Richter bestimmen, dass ein von beiden Ehegatten eingegangenes Mietverhältnis von einem Ehegatten allein fortgesetzt wird oder dass ein Ehegatte an Stelle des anderen in ein von diesem eingegangenes Mietverhältnis eintritt".

120 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)

121 § 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".

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

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 (§ 1579). Son materias de esta exposición sólo los casos indicados por la ley (§§ 1570 – 1576), el estado de necesidad del demandante (§ 1577) y la solvencia del demandado (§ 1581).

#### **5.4.1. Casos indicados por la ley<sup>123</sup>**

##### **5.4.1.1. Alimentos en razón del cuidado de hijos menores<sup>124</sup> comunes (§ 1570<sup>125</sup>)**

El cónyuge que se queda a cargo de los hijos en su cuidado y educación tiene derecho a alimentos, sólo en cuanto no le es posible ejercer una actividad lucrativa. Por lo tanto, no es requisito poseer la tuición del menor para demandar alimentos, puesto que, en la mayoría de los casos, la tuición 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 menor<sup>126</sup>.

Se consideran hijos comunes los nacidos en el matrimonio (§ 1591<sup>127</sup> y 1592 N° 1<sup>128</sup>), los hijos que fueron reconocidos antes del matrimonio de los padres (§ 1592 N° 2, 3<sup>129</sup>) y también los hijos adoptivos (§1754 Abs. 1<sup>130</sup>). Además, quedan incluidos los hijos que fueron concebidos durante el matrimonio, pero nacieron después de la declaración del divorcio.

La exigencia de la realización de una actividad remunerativa por parte del cónyuge educador está determinada por las circunstancias de cada caso. Desde luego, la situación del menor es determinante, por ejemplo, problemas escolares o problemas de desarrollo pueden impedir al educador la realización de una actividad lucrativa. Si bien es cierto que éste goza del derecho de educar y cuidar a su hijo, puede suceder que cuente con la ayuda necesaria (por ejemplo, presencia y ayuda de los abuelos) que le permitan efectuar una actividad lucrativa<sup>131</sup>. 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, pues está

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

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

125 § 1570 "Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes. Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann".

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

127 § 1591 "Mutterschaft. Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat".

128 § 1592 "Vaterschaft. Vater eines Kindes ist der Mann,  
1. der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist,..."

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

130 § 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".

131 OLG Stuttgart FamRZ 2007, 1022 s.

la presencia del padre o madre para los niños hasta la edad escolar es indiscutible<sup>132</sup>.

Sin embargo, se han establecido algunos criterios para definir cuándo le es exigible al cónyuge educador la ejecución de una actividad lucrativa. Si el hijo es menor de 8 años, no se le exige al cónyuge la realización de una actividad remunerativa; si tiene entre 8 y 10 años, se le exige una actividad de tiempo parcial; entre 11 y 15 años, una actividad de media jornada laboral y a partir de los 16 años del menor es exigible una jornada laboral de tiempo completo. Para estos efectos se le puede exigir al educador que antes de que el menor cumpla la edad límite, empiece a buscar trabajo. Naturalmente estos criterios se verán afectados en la medida en que existan más menores a cargo del cónyuge educador.

#### 5.4.1.2. Alimentos en razón de la edad (§ 1571<sup>133</sup>).

El fundamento del derecho está radicado en que no le es exigible al cónyuge efectuar una actividad de tipo lucrativa debido a su edad<sup>134</sup>. 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 laboral<sup>135</sup>. 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 trabajo<sup>136</sup>. Además se requiere que la situación de inexigibilidad se genere en un determinado momento: al dictarse la sentencia de divorcio<sup>137</sup>, al terminar el cuidado y educación de los hijos comunes

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

133 § 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".

134 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.

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

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

137 En el momento que la sentencia queda firme.

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 (§ 1572<sup>138</sup>).**

La gravedad de la enfermedad<sup>139</sup> 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 prevalerse de los medios económicos necesarios para la subsistencia<sup>140</sup>. 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 drogadicción<sup>141</sup> 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 concurran 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 3<sup>142</sup>).**

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 necesidades<sup>143</sup>, mas debido

138 § 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".

139 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.

140 OLG Koblenz FamRZ 2006, p. 704.

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

142 § 1573 Abs. 1 "Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt. Soweit ein geschiedener Ehegatte keinen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 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".

143 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.

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 adecuada<sup>144</sup>. Se entiende por una actividad lucrativa adecuada toda aquella que corresponde al nivel educativo, las capacidades, la edad y el estado de salud del divorciado (§ 1574 Abs.2)<sup>145</sup>. 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. Si bien es cierto que si un cónyuge realizaba antes del matrimonio una actividad sencilla, no se le puede exigir que vuelva 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 decaer<sup>146</sup>.

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. 5<sup>147</sup>). 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 cesantía<sup>148</sup>.

#### 5.4.1.5. Alimentos complementarios (§ 1573 Abs.2149)

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 matrimonio<sup>150</sup>. En un caso en que la mujer vuelve a ejercer su profesión luego del divorcio y ella obtiene como ingresos

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

145 § 1574 Abs. 2 "Angemessene Erwerbstätigkeit. Angemessen ist eine Erwerbstätigkeit, die der Ausbildung, den Fähigkeiten, 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".

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

147 § 1573 Abs. 5 "Die Unterhaltsansprüche nach Absatz 1 bis 4 können 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.

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

149 § 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".

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

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 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 particular<sup>151</sup>.

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 esposo<sup>152</sup>.

#### 5.4.1.6. Alimentos debido al financiamiento de la educación o perfeccionamiento profesional (§ 1575<sup>153</sup>).

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 estudios<sup>154</sup>. 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 §§ 1573 Abs.1 y 1574 Abs. 2 ejercer un actividad lucrativa<sup>155</sup>.

Cabe señalar que existen estrictos criterios para restringir este derecho<sup>156</sup>. 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 remunerativa<sup>157</sup>; en tercer lugar, se debe esperar el éxito en la finalización de los estudios.

151 BGH FamRZ 2004, p. 1175.

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

153 § 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".

154 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.

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

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

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

#### 5.4.1.7. Alimentos debido a otras graves razones (§ 1576<sup>158</sup>)

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 menor<sup>159</sup>, porque en ese caso también el otro cónyuge mantenía responsabilidad respecto del menor<sup>160</sup>. Otro ejemplo es el caso de que el demandante se haya dedicado al cuidado de un pariente del demandado<sup>161</sup>. 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 3 y 9 años, tiene derecho a alimentos según § 1570. Luego acaba dicho

derecho y pasa el tiempo, no consigue trabajo, tiene derecho a alimentos según § 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 § 1573 es subsidiario en relación con §§ 1570-1572 y además que el § 1576 cede respecto a los §§ 1570-1575.

#### 5.4.2. Estado de necesidad del demandante (§ 1577<sup>162</sup>)

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 4 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 alimentos<sup>163</sup>. Donaciones efectuadas por terceros con la modalidad de que no deben ser consideradas para efecto

158 § 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".

159 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.

160 BGH FamRZ, 1984, 769.

161 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.

162 § 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".

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

de los alimentos, serán excluidas, pero todos los demás ingresos serán incluidos, así por ejemplo beneficios obtenidos por capitales tales como herencias o indemnizaciones<sup>164</sup>.

#### 5.4.3. Solvencia del demandado (§ 1581165)

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 repartición por mitades, se le asegura al demandado una parte mayor de los ingresos (4/7 en vez de ½).

### III. El divorcio en el Derecho de Familia costarricense

#### 1. Generalidades

El divorcio es el medio mediante el cual se disuelve el matrimonio válidamente contraído (Artículo 55 del Código de Familia)<sup>166</sup>.

En Costa Rica, la regulación legal del divorcio se encuentra contemplada en los artículos 48 a 57 del Código de Familia, pero existen también otras normas que hacen referencia a

él, tal y como sucede con el numeral 41 de dicho Código, que es el que regula todo lo relacionado con el régimen de gananciales.

#### 2. Tipos de divorcio

Desde el punto de vista doctrinario<sup>167</sup>, tomando en cuenta las causales de divorcio tipificadas por el Código de Familia en su artículo 48, hoy está pacíficamente aceptada la dicotomía “divorcio-remedio versus divorcio-sanción”. De acuerdo con el autor Ricardo González Mora, “en la concepción del divorcio-remedio, el divorcio procede en todos los casos en que la vida conyugal en común sea imposible o sin objeto, por causas objetivas o subjetivas, inclusive con prescindencia de la imputabilidad de las circunstancias determinantes de la situación. La intención de la ley al conceder el divorcio es *remediar* la imposibilidad de la vida en común o la carencia de sentido del matrimonio. La ley considera el divorcio como “una medicina contra un matrimonio enfermo”, o sea, que las causas del divorcio pueden ser hechos o situaciones meramente objetivos sin culpa de ninguno de los esposos (...) En la concepción del divorcio-sanción sólo se justifica la ruptura del vínculo o la separación conyugal por faltas imputables a los cónyuges en la observancia de los deberes matrimoniales. El divorcio es una sanción por el incumplimiento de las

164 BGH FamRZ 2005, p. 967 ss.

165 §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”.

166 A partir de este momento, toda alusión que se haga al “Código de Familia” se sobreentiende que se refiere al Código de Familia de Costa Rica (Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973 publicado en el Alcance N° 20 a La Gaceta N° 24 de 5 de febrero de 1974).

167 Trejos Salas, Gerardo. Derecho de Familia costarricense. Tomo I. San José, Editorial Juricentro, 1990, página 226.

obligaciones que impone el matrimonio<sup>168</sup>. Los tribunales familiares costarricenses también han reconocido la distinción anterior<sup>169</sup>, en vista de que el divorcio-remedio y el divorcio-sanción dimanarían del llamado divorcio judicial causado<sup>170</sup>, es decir, aquel divorcio que sólo puede establecerse judicialmente y por verificarse alguna de las causales taxativas que lo autorizan.

Desde la perspectiva del Derecho positivo costarricense, el divorcio puede ser contencioso, es decir, aquél en el cual los cónyuges luchan judicialmente por obtener sentencia estimatoria frente al otro o bien puede ser no contencioso (divorcio por mutuo consentimiento)<sup>171</sup>, que es aquél en el cual los cónyuges se ponen de acuerdo para finalizar su relación matrimonial.

### 3. Causales de divorcio

De acuerdo con el Código de Familia, son las siguientes:

3.1. El adulterio de cualquiera de los cónyuges (Artículo 48 inciso 1): El adulterio es aquel comportamiento en virtud del cual uno de los cónyuges tiene relaciones sexuales con un

tercero. Constituye una violación a los deberes de fidelidad y de lealtad<sup>172</sup> que el matrimonio le impone a los esposos, de conformidad con el artículo 34 del Código de Familia.

La jurisprudencia familiar costarricense, desde hace mucho tiempo, amplió el concepto “estricto” de adulterio y ha indicado que para demostrar dicha causal no es imprescindible probar que el otro cónyuge tiene relaciones sexuales con otra persona. Es suficiente, según la jurisprudencia costarricense, demostrar la desviación del afecto de uno de los cónyuges hacia el tercero. Así las cosas, por ejemplo, el comportamiento amoroso y público de uno de los esposos con otra persona configura el adulterio<sup>173</sup>. Se ha resuelto, también, que basta con demostrar la existencia de una relación amorosa, adicional al matrimonio, para que haya adulterio<sup>174</sup>.

Dado que, a veces, es difícil obtener prueba directa del adulterio, los tribunales familiares costarricenses han permitido acudir a la prueba de indicios y de presunciones para demostrar el adulterio<sup>175</sup>. Doctrinariamente se ha dicho que “como no es corriente que haya testigos de los actos ilícitos que constituyen el adulterio (pues suelen ejecutarse a escondidas, en las sombras de la clandestinidad), su comisión

168 González Mora, Ricardo. Daños y perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial. San José, Escuela Judicial, 1999, páginas 64-65.

169 Tribunal de Familia. Voto N° 1794 de las 10:20 hrs. del 13 de octubre de 2004 y Tribunal de Familia. Voto N° 15 de las 9:00 hrs. del 20 de enero de 2005. En resumen, son causales del divorcio-sanción las establecidas en los incisos 1) a 4) del artículo 48 del Código de Familia y son causales de divorcio-remedio las establecidas en los incisos 6) a 8) de esa norma.

170 González Mora, Ricardo. op. cit., página 64.

171 Artículos 48 párrafo final y 60 del Código de Familia.

172 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 1160 de las 9:50 hrs. del 22 de diciembre de 2006.

173 Tribunal de Familia. Voto N° 487 de las 8:00 hrs. del 17 de marzo de 2004.

174 Tribunal de Familia. Voto N° 1098 de las 8:50 hrs. del 28 de julio de 2006.

175 Tribunal de Familia. Voto N° 329 de las 9:00 hrs. del 5 de marzo de 2003 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 753 de las 9:35 hrs. del 9 de setiembre de 2005.

hay que establecerla las más de las veces por medio de indicios que, cuando sean graves, precisos y concordantes, permiten asegurar que se ha producido el ayuntamiento carnal que distingue el adulterio”<sup>176</sup>.

También se configura el adulterio cuando uno de los cónyuges mantiene relaciones amorosas con otra persona de su mismo sexo<sup>177</sup>.

3.2. El atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de sus hijos (Artículo 48 inciso 2) del Código de Familia): Como puede observarse, esta causal requiere que se produzca un acto tendente a acabar con la vida del otro cónyuge o de los hijos. Dada la gravedad de comportamientos de tal naturaleza, el cónyuge o los hijos víctimas de tales actos pueden también acudir a la vía penal para denunciar hechos constitutivos de tentativa de homicidio. En caso de que se procediera de esa forma, si consideramos que se daría prejudicialidad<sup>178</sup> del proceso penal respecto al proceso de familia, de modo tal que, de haberse interpuesto la demanda de divorcio basada en la causal bajo estudio, el Juez de Familia tendría que suspender el proceso de divorcio y esperar a que haya resolución conclusiva firme en sede penal (verbi gratia, sobreseimiento definitivo o sentencia penal). Lo anterior debido a que, tomando en cuenta

los términos en que está redactado el artículo 48 inciso 2) del Código de Familia, resulta claro que el atentado contra la vida no es, ni más ni menos, que una tentativa de homicidio, por lo que sería necesario esperar la decisión final del Juez Penal respecto a la denuncia por tentativa de homicidio con el fin de determinar el resultado de la demanda de divorcio basada en la causal bajo análisis.

Como lo indica el autor Trejos Salas, “como la acción de divorcio caduca en el plazo de uno año contado desde la tentativa de homicidio, la víctima deberá interponer la acción (o sea, la demanda de divorcio) dentro de un año, aun cuando el tribunal penal no haya dictado la resolución de fondo sobre la acción penal”<sup>179</sup>

3.3. La tentativa de uno de los cónyuges para prostituir o corromper al otro cónyuge y la tentativa de corrupción o la corrupción de los hijos de cualquiera de ellos (Artículo 48 inciso 3) del Código de Familia): La tentativa de prostitución se da cuando uno de los cónyuges intenta que el otro mantenga relaciones sexuales con un tercero, independientemente de que haya o no fin de lucro con esa tentativa. Por su parte, lo relativo a la tentativa de corrupción o la corrupción consumada deben verse en relación directa con la descripción típica que establece el Código Penal para el delito de corrupción<sup>180</sup>.

176 Trejos Salas, Gerardo. op. cit., página 231.

177 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 372 de las 15:20 hrs. del 11 de noviembre de 1994.

178 Con respecto al concepto y tipos de prejudicialidad ver Tribunal Segundo Civil. Sección Segunda. Voto N° 154 de las 10:45 hrs. del 27 de mayo de 2004.

179 Trejos Salas, Gerardo. ibídem, página 233.

180 De acuerdo con la reciente Ley N° 8590 publicada en La Gaceta de 30 de agosto de 2007, el delito de corrupción se describe de la siguiente manera: “Artículo 167 del Código Penal. Corrupción. Será sancionado con pena de prisión de tres a ocho años, siempre que no constituya un delito más grave, quien promueva o mantenga la corrupción de una persona menor de edad o incapaz, ejecutando o haciendo ejecutar a otro u otros, actos sexuales perversos, prematuros o excesivos, aunque la víctima consienta en participar en ellos o verlos ejecutar. La misma pena se impondrá a quien utilice a personas menores de edad o incapaces con fines eróticos, pornográficos u obscenos, en exhibiciones o espectáculos, públicos o privados, aunque las personas menores de edad lo consientan”

Al igual que sucede con la causal de divorcio que establece el artículo 48 inciso 2) del Código de Familia, no es necesario acudir previamente a la vía penal para poder incoar la demanda de divorcio. No obstante, si en forma simultánea o posterior se hubiese denunciado penalmente el hecho, entonces sí se daría prejudicialidad del proceso penal respecto al proceso de familia, de modo tal que, de haberse interpuesto la demanda de divorcio basada en la causal bajo estudio, el Juez de Familia tendría que suspender el proceso de divorcio y esperar a que haya resolución conclusiva firme en sede penal (verbi gratia, sobreseimiento definitivo o sentencia penal).

3.4. La sevicia en perjuicio del otro cónyuge o de sus hijos (Artículo 48 inciso 4) del Código de Familia): La sevicia consiste en “actos vejatorios ejecutados con crueldad y con el propósito de hacer sufrir material o moralmente”<sup>181</sup>. Sus elementos distintivos son: el propósito de hacer sufrir y la crueldad en la ejecución del acto. La sevicia, en el fondo, es sinónimo de crueldad excesiva, que revela la intención manifiesta de causar grave daño al otro cónyuge o a los hijos<sup>182</sup>.

La doctrina y jurisprudencia en Costa Rica también han señalado que la sevicia perfectamente puede darse cuando uno de los cónyuges consume un solo acto que revele crueldad excesiva, es decir, no es requisito

sine qua non, para que se configure la sevicia, que haya una pluralidad o reiteración de actos excesivamente crueles. Por otro lado, la sevicia se verifica también mediante actos omisivos como, por ejemplo, cuando un cónyuge debe actuar frente a un estado de necesidad o peligro en que se encuentre el otro, mas no hace nada para auxiliarlo<sup>183</sup>.

En relación con la sevicia, es importante acotar que el cónyuge víctima de tal comportamiento también puede plantear una solicitud de medidas de protección contra la violencia doméstica, de conformidad con lo establecido en la Ley contra la Violencia Doméstica, la cual busca prevenir e impedir la violencia física, sexual, psicológica y patrimonial<sup>184</sup>. Ahora bien, el hecho de que el Juez de Familia, ya sea en forma provisional o bien en la resolución final, hubiese otorgado medidas de protección contra la violencia intrafamiliar, no constituye prueba suficiente para poder acreditar, dentro del proceso de divorcio, la causal de sevicia<sup>185</sup>. Esto por cuanto la naturaleza jurídica de la solicitud de medidas de protección contra la violencia doméstica es de índole cautelar, ya que se dirige a prevenir o eliminar situaciones violentas urgentes. Por el contrario, en el proceso abreviado de divorcio, lo que se pretende es la disolución del vínculo matrimonial. Nos parece, pues, que la certificación del expediente de solicitud de medidas de protección contra la violencia

181 Belluscio, Augusto citado por Trejos Salas, Gerardo. loc. cit., página 234.

182 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 96 de las 8:30 hrs. del 9 de febrero de 2001 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 324 de las 9:08 hrs. del 11 de mayo de 2005.

183 Trejos Salas, Gerardo. loc. cit., página 236.

184 Benavides Santos, Diego. Los procesos familiares en Costa Rica. En: Revista Iustitia N° 126-127, 1997, página 12.

185 Tribunal de Familia. Voto N° 1500 de las 8:55 hrs. del 31 de agosto de 2004 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 119 de las 9:00 hrs. del 16 de febrero de 2001.

doméstica será una prueba más, dentro del abreviado de divorcio, que deberá ser tomada en cuenta para determinar si se configuró o no la causal de sevicia, pero, por sí sola, no sería suficiente para acoger la demanda de divorcio con base en la causal prevista por el artículo 48 inciso 4) del Código de Familia.

3.5. La separación judicial por término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges; durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud, de los interesados y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges. La primera comparecencia no podrá celebrarse antes de tres meses de decretada la separación. Para tales efectos, el Tribunal solicitará los informes que considere pertinentes. Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años. (Artículo 48 inciso 5) del Código de Familia): Esta causal de divorcio presupone que haya habido un proceso de separación judicial previo<sup>186</sup>, en el cual el Juez de Familia haya declarado con lugar la demanda y que la sentencia se encuentre firme.

3.6. La ausencia del cónyuge legalmente declarada (artículo 48 inciso 6) del Código de Familia): Cuando uno de los cónyuges está legalmente ausente, el otro puede demandar la disolución del vínculo matrimonial con base en esta causal.

No obstante, antes de plantear la demanda, es necesario que el cónyuge interesado interponga, ante el Juez Civil, las llamadas diligencias de declaratoria de ausencia, las cuales se tramitan de acuerdo con el procedimiento establecido por el Código Procesal Civil para los asuntos de actividad judicial no contenciosa (Artículos 871 y siguientes del Código Procesal Civil).

Una vez que el Juez Civil haya declarado la ausencia de uno de los cónyuges, entonces el otro podrá plantear la demanda de divorcio ante el Juez de Familia en cualquier momento. Para tales casos, el Tribunal (el Juez de Familia) nombrará, al cónyuge demandado, un curador ad litem (artículo 49 párrafo segundo del Código de Familia y 262 y siguientes del Código Procesal Civil).

Finalmente, en caso de que el cónyuge ausente reapareciera, tal hecho no revive el vínculo matrimonial (Artículo 51 del Código de Familia).

---

186 La separación judicial está regulada en los artículos 58 a 63 del Código de Familia. El artículo 58 establece ocho causales con base en las cuales se puede solicitar, al Juez de Familia, la separación judicial y, por su parte, el artículo 62 establece que los efectos de la separación judicial son los mismos que los del divorcio, con la diferencia de que aquélla no disuelve el vínculo, subsiste el deber de fidelidad y de mutuo auxilio.

3.7. El mutuo consentimiento de ambos cónyuges (Artículo 48 inciso 7) del Código de Familia): Esta norma debe relacionarse con el párrafo final del artículo 48 del Código de Familia según el cual el divorcio por mutuo consentimiento podrá solicitarse hasta después de tres años de la celebración del matrimonio y deberá consignarse en escritura pública. Dicha escritura, a su vez, debe contener lo siguiente<sup>187</sup>:

3.7.1. A quién corresponde la guarda, crianza y educación de los hijos menores; 3.7.2. Cuál de los cónyuges asume la obligación de alimentar a dichos hijos o la proporción en la que ambos se obligan ambos;

3.7.3. Monto de la pensión que debe pagar un cónyuge al otro, si en ello convinieren;

3.7.4. Propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges<sup>188</sup>.

Luego el testimonio de la escritura pública antes mencionada se presenta con un escrito sencillo ante el Juez de Familia, en el cual los cónyuges le solicitan, mediante los trámites de

actividad judicial no contenciosa, que apruebe y homologue, mediante resolución fundada, el convenio de divorcio<sup>189</sup> producto de la voluntad armónica de los cónyuges<sup>190</sup>. Antes de proceder a la homologación o aprobación, el Juez de Familia puede pedir que se complete o aclare el convenio de divorcio, si éste fuese omiso u oscuro en alguno de los puntos ya mencionados. Por otro lado, lo relativo a los hijos puede ser modificado por el Juez.

El Juez puede improbar y no homologar el convenio de divorcio por mutuo consentimiento<sup>191</sup>. En tales casos, debe el Juez indicar las razones por las cuales toma esa decisión, de conformidad con lo que establece el artículo 153 del Código Procesal Civil, ya que, en caso contrario, la resolución sería nula por falta de fundamentación<sup>192</sup>.

En caso de que después de presentada la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo con el testimonio de escritura pública y antes de la homologación judicial, alguno de los todavía cónyuges se opusiere al divorcio por mutuo consentimiento, la jurisprudencia familiar

187 Artículo 60 del Código de Familia.

188 En el Voto N° 2107 de las 9:40 hrs. del 2 de diciembre de 2004, el Tribunal de Familia indicó que la omisión de prevenir la especificación de la propiedad sobre los bienes de ambos cónyuges provoca nulidad. Interesante también lo que reseña el autor Alberto Jiménez Mata en los siguientes términos: "La jurisprudencia nacional ha tratado muy escasamente este tema, de los bienes a incluir en la escritura o convenio de divorcio por mutuo consentimiento, pero ya el Tribunal de Familia ha dicho, en sentencia del año dos mil uno (Voto N° 60-2001), que no se aplica el régimen legal establecido en el Código para los casos de divorcio por mutuo consentimiento, dando pie a aceptar que los cónyuges dispongan sobre bienes que no tengan, incluso, el carácter de gananciales". Al respecto ver Jiménez Mata, Alberto. El convenio patrimonial de divorcio como forma de capitulación matrimonial. En: Revista Iustitia N° 225-226, setiembre-octubre 2005, página 32.

189 Sobre la naturaleza jurídica del convenio de divorcio ver Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 99 de las 9:30 hrs. del 21 de febrero de 2007.

190 Sobre las funciones que asume el Juez en los casos de divorcio por mutuo consentimiento ver Tribunal de Familia. Voto N° 385 de las 9:20 hrs. del 6 de abril de 2005 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 87 de las 9:50 hrs. del 13 de febrero de 2004.

191 Al respecto ver Tribunal de Familia. Voto N° 1063 de las 8:40 hrs. del 29 de junio de 2004; Tribunal de Familia. Voto N° 831 de las 10:10 hrs. del 26 de mayo de 2004 y Tribunal de Familia. Voto N° 1088 de las 11:00 hrs. del 6 de agosto de 2003.

192 Por ejemplo puede consultarse el Voto N° 860 de las 11:30 hrs. del 18 de junio de 2003 del Tribunal de Familia.

costarricense ha resuelto que ello es posible, siempre y cuando esté fundamentada en la presencia de vicios del consentimiento<sup>193</sup>.

3.8. La separación de hecho por un término no menor de tres años (Artículo 48 inciso 8) del Código de Familia): En la sentencia N° 595 de las 9:50 hrs. del 3 de octubre de 2001, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se refirió al concepto de “separación de hecho”, de la siguiente manera: “De acuerdo con ZANNONI, la separación de hecho de los cónyuges se produce por el abandono de hecho del hogar, por parte de uno de ellos o por la decisión común de vivir, en adelante, separados, sin que medie un juicio de divorcio. Puede suceder que, solamente uno de ellos, haga abandono de la cohabitación, o bien que, ambos, resuelvan separarse, de común acuerdo. (ver Zannoni, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo I, 2 ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, página 591 y siguientes). Para MORELLO, la separación de hecho, “es la situación en que se encuentran los cónyuges, que sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que causa justificada alguna lo imponga y ya sea por la voluntad de uno o de ambos esposos” (Morello, Augusto. En: Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXV, Driskill S. A., 1986, página 410). Las características principales de la separación de hecho son: que los esposos

vivan separados; que esa separación sea permanente y que no exista un pronunciamiento jurisdiccional anterior, que haya impuesto el cese de la convivencia”.

En concordancia con lo expuesto, se ha afirmado que la causal de comentario se configura con la simple ruptura de la vida en común, verificada en la realidad y prolongada durante al menos tres años. Lo importante es la separación de hecho en esas condiciones y es indiferente y jurídicamente irrelevante determinar las razones o motivos que la originan<sup>194</sup>. La separación de hecho es, pues, la cesación de la vida conyugal en común, caracterizada por una situación sustancial como lo es no vivir juntos y por una circunstancia de índole subjetiva como lo es no querer vivir juntos<sup>195</sup>.

En cuanto al plazo de los tres años que establece el artículo 48 inciso 8) del Código de Familia, el Tribunal de Familia ha resuelto que “el tema de los plazos en la separación de hecho es de orden público y corresponde que se demuestre su cumplimiento en forma fehaciente. Y ese cumplimiento de plazo debe haberse operado al presentar la demanda, puesto que si no es así, la demanda resulta prematura. Avalar plazos dudosos o bien plazos cumplidos durante el proceso es contrario al espíritu de la norma, pues precisamente existe un sentido para establecer legalmente ese plazo y no es precisamente para facilitar la disolución del vínculo matrimonial”<sup>196</sup>.

193 Al respecto ver Tribunal de Familia. Voto N° 1281 de las 13:25 hrs. del 16 de agosto de 2006 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 612 de las 9:50 hrs. del 12 de octubre de 2001.

194 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 630 de las 9:40 hrs. del 31 de octubre de 2003.

195 Tribunal de Familia. Voto N° 1238 de las 11:50 hrs. del 21 de julio de 2004.

196 Tribunal de Familia. Voto N° 592 de las 10:45 hrs. del 10 de mayo de 2006.

#### **4. Legitimación activa para solicitar el divorcio**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 del Código de Familia, solamente puede interponer la demanda de divorcio el cónyuge inocente. Está claro que esa norma está referida a las causales representativas del llamado “divorcio-sanción” (por ejemplo, adulterio, sevicia, tentativa de homicidio, tentativa de corrupción, etc...), pues en cuanto a las causales del “divorcio-remedio”, cualquiera de los cónyuges puede entablar la demanda de divorcio.

#### **5. La reconciliación y la caducidad**

Junto con otros medios de defensa que se pueden alegar ante la demanda de divorcio (excepciones de falta de derecho, falta de legitimación activa y pasiva y falta de interés actual), hay dos excepciones que tienen especial importancia en los procesos de divorcio:

**5.1. Excepción de reconciliación:** De conformidad con el artículo 52 del Código de Familia, no procede el divorcio si ha habido reconciliación<sup>197</sup> o vida marital entre los cónyuges después del conocimiento de los hechos que habrían podido autorizarlo o después de la demanda; pero si se intenta nueva demanda de divorcio por causa sobrevenida a la reconciliación, el Tribunal podrá tomar en cuenta las causas anteriores. La doctrina familiar costarricense ha dicho,

en cuanto a la reconciliación, que “es una cuestión de hecho en cuya apreciación gozan los juzgadores de instancia de poderes ilimitados, si bien la estimación de la reconciliación se condiciona a la presencia de un elemento material y otro psicológico, pues los cónyuges han de avenirse física y espiritualmente (...) Se requiere la voluntad de ambos esposos; la sola voluntad del cónyuge inocente es inoperante, pues la reconciliación no consiste en un perdón unilateral, sino que se configura como “reconciliatio matrimonii”, debido a que la vida conyugal se hace de nuevo tolerable y sus vínculos vuelven a estrecharse. El simple contacto sexual —ha afirmado la Sala de Casación en sentencia N° 346 de las 8 hrs. del 5 de octubre de 1979— no constituye reconciliación por sí solo, ni demuestra, necesariamente, que los cónyuges se reconciliaron, pues una relación de esa índole puede obedecer a impulsos de carácter momentáneo o a circunstancias ocasionales y no al firme propósito de poner término a la separación”<sup>198</sup>. En otras palabras, para que pueda haber reconciliación, la vida en común debe reanudarse en las mismas condiciones en que se encontraba antes de que hubiere surgido la desavenencia entre los cónyuges, para así poder cumplir con los fines esenciales del matrimonio, es decir, la fidelidad, la lealtad y el mutuo auxilio.

Así las cosas, si se demostrara la existencia de reconciliación entre los cónyuges que figuran como partes procesales del divorcio,

197 En cuanto a la reconciliación ver Tribunal de Familia. Voto N° 1103 de las 9:40 hrs. del 28 de julio de 2006.

198 Trejos Salas, Gerardo. *supra* nota 167, páginas 249-250.

entonces debe ponerse fin al proceso, es decir, la excepción de reconciliación paraliza la demanda de divorcio no ejercitada todavía o la extingue, en caso de haberse planteado.

**5.2. Excepción de caducidad<sup>199</sup>:** Con base en el artículo 49 párrafo primero del Código de Familia, la demanda de divorcio sólo puede establecerse por el cónyuge inocente, dentro de un año contado desde que tuvo conocimiento de los hechos que lo motiven<sup>200</sup>.

Se trata de un plazo de caducidad y, por consiguiente, puede ser declarada de oficio por parte del Juez de Familia. La única forma de interrumpir el plazo de caducidad es mediante la interposición formal de la demanda de divorcio.

En aquellas causales de divorcio en las cuales el comportamiento es continuo (por ejemplo, en el adulterio, en el cual el cónyuge infiel sostiene múltiples encuentros amorosos con la tercera persona), el plazo de caducidad solamente empieza a correr a partir de la última falta. Así, por ejemplo, lo ha resuelto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia<sup>201</sup>, al decir que: “En el supuesto de una causal continuada de divorcio, es decir, que se prolonga en el tiempo, la Sala ha sostenido el criterio de que ese plazo de caducidad no opera, como sí sucede cuando se trata de la falta de ejercicio de la

acción ante un determinado hecho concreto, único y dentro de un término rígido”.

## **6. La sentencia de divorcio**

La sentencia es el modo normal de terminación del proceso de divorcio. Además existe la posibilidad de que el proceso finalice por haberse llegado a una conciliación (esto como medio para lograr una reconciliación entre los cónyuges), por desistimiento y el artículo 50 del Código de Familia establece que la muerte de cualquiera de los cónyuges pone fin al proceso de divorcio.

La sentencia de divorcio debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos que establecen los artículos 153 y 155 del Código Procesal Civil. Contra ella cabe el recurso de apelación ante el Tribunal de Familia y es posible también interponer recurso de casación, ante la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, contra la resolución de segunda instancia dictada por el Tribunal de Familia.

Según lo establece el artículo 55 del Código de Familia, la sentencia firme recaída en el proceso de divorcio disuelve el vínculo matrimonial. Se trata de una sentencia de tipo constitutivo, pues modifica un estado jurídico, sea el estado civil de las personas y sus efectos se proyectan hacia el futuro<sup>202</sup>.

199 Tribunal de Familia. Voto N° 621 de las 11:40 hrs. del 7 de mayo de 2003.

200 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 986 de las 9:35 hrs. del 30 de noviembre de 2005.

201 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 929 de las 9:30 hrs. del 3 de noviembre de 2000.

202 Tribunal Segundo Civil. Sección Segunda. Voto N° 225 de las 9:15 hrs. del 3 de junio de 1991. En: Revista Iustitia N° 67, año 1992, página 30. También ver Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 389 de las 14:50 hrs. del 27 de abril de 2000.

## 7. Efectos del divorcio

Son los siguientes:

7.1. La disolución del vínculo matrimonial.

7.2. Verificación del régimen de gananciales: De conformidad con el artículo 41 párrafo primero del Código de Familia, al disolverse el matrimonio cada cónyuge adquiere el derecho a participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro<sup>203</sup>. De acuerdo con la jurista costarricense Eva Camacho, el derecho a gananciales que adquiere cada uno de los cónyuges<sup>204</sup> “no es de copropiedad, sino que es un derecho de participación en un valor del bien que se considere ganancial. Este valor neto se determinará una vez establecido el valor del bien, menos los gravámenes que pesen sobre él y que deben cancelarse. Realmente puede decirse que ese derecho viene a ser un crédito a favor del cónyuge y,

como tal, tiene que ser cancelado”<sup>205</sup>. En otras palabras, puede decirse que el valor neto significa que si hay alguna deuda que pesa sobre un bien ganancial, entonces primero se paga la deuda y sobre el remanente cada uno de los cónyuges tiene un derecho de crédito equivalente al cincuenta por ciento sobre dicho remanente.

Los bienes gananciales son todos aquéllos adquiridos dentro del matrimonio<sup>206</sup> con excepción de los siguientes: a) Los que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título gratuito o causa aleatoria; b) Los comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; c) Aquéllos cuya causa o título de adquisición precedió al matrimonio; d) Los muebles e inmuebles que fueron subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges y; e) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges. Se trata de un elenco *numerus clausus*<sup>207</sup>.

203 Conocido también como régimen de participación diferida en los gananciales. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 183 de las 10:25 hrs. del 24 de marzo de 2006.

204 En el Derecho de Familia costarricense el hecho de que uno de los cónyuges hubiese sido culpable de haber cometido alguna de las causales del “divorcio-sanción” no conlleva la pérdida del derecho a gananciales con base en la reforma que se hizo al artículo 41 del Código de Familia mediante Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997 y el Voto de la Sala Constitucional N° 1758-2000. Al respecto ver Tribunal de Familia. Voto N° 2204 de las 8:30 hrs. del 14 de diciembre de 2004.

205 Camacho, Eva. Consideraciones prácticas y jurisprudenciales de los artículos 40 y 41 del Código de Familia. Escuela Judicial, 1991, páginas 41 y 42.

206 Respecto a los bienes adquiridos durante el matrimonio existe una presunción de ganancialidad. El Tribunal de Familia, en el Voto N° 1933 de las 13:20 hrs. del 15 de diciembre de 2005, indicó: “El régimen jurídico de los bienes adquiridos por los esposos durante el matrimonio establece una presunción de esfuerzo conjunto de ambos cónyuges en el crecimiento patrimonial que, de mantenerse hasta la liquidación, reputará la condición de ganancialidad. Este esfuerzo conjunto es asumido por el Ordenamiento como una contribución no necesariamente patrimonial o pecuniaria para la obtención de los bienes, sino como una consecuencia de la modificación que sufre la condición jurídica de los sujetos con el advenimiento de las nupcias y de los deberes que nacen de la nueva condición de casados: convivencia, mutuo auxilio, fidelidad, lealtad, comunidad de vida, proyecto conjunto, etc..., es decir, la participación de ambos cónyuges en la nueva forma de vida —dentro de la cual un aspecto es o puede ser el crecimiento patrimonial— tiene una naturaleza igualitaria y al amparo de la legislación y la jurisprudencia, dicho carácter de ganancialidad deviene de una presunción “*iuris tantum*” cuyo contenido asume que son gananciales todos los bienes adquiridos por los cónyuges a título oneroso durante la convivencia matrimonial”.

207 Benavides Santos, Diego. Los gananciales en la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte. En: Revista Iustitia N° 164-165, 2000, página 25.

Si bien lo deseable es que, al dictarse la sentencia de divorcio, el Juez indique, en forma clara y precisa, sobre cuáles bienes tienen las partes el derecho de gananciales, en caso de que, por alguna razón, no se pudiese hacer esa especificación, entonces jurisprudencialmente se ha admitido que el Juez puede hacer la declaratoria de bienes gananciales en forma genérica y que sea en fase de ejecución de sentencia la etapa procesal en la cual se realice la especificación de los bienes gananciales, si los hubiere<sup>208</sup>.

Dado que el derecho a gananciales es un derecho de crédito al cincuenta por ciento del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro, el párrafo final del artículo 41 del Código de Familia establece que el cónyuge titular de ese derecho puede renunciar a él, siempre y cuando lo haga en escritura pública<sup>209</sup>.

**7.3. Pensión alimentaria a cargo del cónyuge culpable:** De acuerdo con el artículo 57 del Código de Familia, en la sentencia que declare el divorcio, el tribunal podrá conceder al cónyuge declarado inocente una pensión alimentaria a cargo del culpable<sup>210</sup>. Igual facultad tendrá cuando el divorcio se base en una separación judicial donde existió cónyuge culpable. La pensión alimentaria se regulará conforme a las

disposiciones sobre alimentos<sup>211</sup> y se revocará cuando el inocente contraiga nuevas nupcias o establezca unión de hecho. Si no existiere cónyuge culpable, el tribunal podrá conceder una pensión alimentaria a uno de los cónyuges y a cargo del otro, según las circunstancias. No procederá la demanda de alimentos del excónyuge inocente que contraiga nuevas nupcias o conviva en unión de hecho.

Respecto al contenido de esta norma, es importante destacar que la imposición de la pensión alimentaria es de carácter facultativo para el Juez de Familia. Por esta razón, es que, por ejemplo, el Tribunal de Familia ha resuelto que es posible exonerar al cónyuge culpable del divorcio del pago de una pensión alimentaria, si sus condiciones socioeconómicas no se lo permiten<sup>212</sup>. En sentido similar, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que si el cónyuge que hubiese pedido una pensión alimentaria a cargo del culpable contara con los medios suficientes para subsistir, entonces no se justifica ni se puede conceder la pensión alimentaria en la sentencia de divorcio<sup>213</sup>. Por consiguiente, uno de los factores decisivos para conceder, a tenor de la norma precitada, una pensión alimentaria a favor del cónyuge y a cargo del otro (sea éste culpable o no de la disolución del vínculo matrimonial) es el binomio posibilidades del

208 Tribunal de Familia. Voto N° 1951 de las 8:35 hrs. del 5 de diciembre de 2006 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 301 de las 9:30 hrs. del 5 de mayo de 2004.

209 Tribunal de Familia. Voto N° 942 de las 8:20 hrs. del 11 de junio de 2004.

210 El hecho de que uno de los cónyuges sea declarado o tenido como "culpable" del divorcio no puede ser la única circunstancia decisiva para imponerle la obligación alimentaria. Al respecto ver Sala Constitucional. Voto N° 7517 de las 14:50 hrs. del 1 de agosto de 2001 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 929 de las 9:35 hrs. del 6 de octubre de 2006.

211 Artículos 164 a 174 del Código de Familia y Ley de Pensiones Alimentarias N° 7654 publicada en La Gaceta N° 16 de 23 de enero de 1997.

212 Tribunal de Familia. Voto N° 1208 de las 14:20 hrs. del 15 de julio de 2004.

213 Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 1079 de las 9:40 hrs. del 24 de noviembre de 2006.

deudor alimentario versus necesidades del acreedor alimentario<sup>214</sup>.

7.4. Guarda, crianza y educación de los hijos menores y régimen de visitas: Según el artículo 56 del Código de Familia, al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquéllos. Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerlas, los hijos se confiarán a una institución especializada o persona idónea, quienes asumirán las funciones de tutor. El tribunal adoptará, además, las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos.

7.5. Resarcimiento de daños y perjuicios<sup>215</sup>: Mediante Ley N° 7689 de 21 de agosto de 1997, se adicionó al Código de Familia un artículo que pasó a ser el número 48 bis, cuyo texto dice así: “De disolverse el vínculo

matrimonial con base en alguna de las causales establecidas en los incisos 2), 3) y 4) del artículo 48 de este Código, el cónyuge inocente podrá pedir, conjuntamente con la acción de separación o de divorcio, daños y perjuicios de conformidad con el artículo 1045 del Código Civil”.

Para tal fin, deberá el cónyuge demandante o reconventor demostrar todos y cada uno de los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva<sup>216</sup>. El resarcimiento incluye el pago de todos los daños materiales y morales que se deriven de la causal de divorcio que legitima la indemnización de los daños y perjuicios. Es importante acotar que el reclamo de responsabilidad civil extracontractual planteado dentro del proceso de divorcio debe cumplir, en cuanto a la especificación de los daños y perjuicios se refiere, con lo establecido por el artículo 290 inciso 5) del Código Procesal Civil, es decir, debe indicarse: a) El motivo que origina los daños y perjuicios; b) En qué consisten y; c) la estimación específica de cada uno de ellos<sup>217</sup>.

214 Esta dicotomía se desprende del concepto legal de alimentos que establece el artículo 164 del Código de Familia: “Se entiende por alimentos lo que provea sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación, diversión, transporte y otros, conforme a las posibilidades económicas y el capital que le pertenezca o posea quien ha de darlos. Se tomará en cuenta las necesidades y el nivel de vida acostumbrado por el beneficiario, para el normal desarrollo físico y psíquico, así como sus bienes”. Ver también Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 929 de las 9:35 hrs. del 6 de octubre de 2006

215 Sobre este tema pueden consultarse las siguientes sentencias: Tribunal de Familia. Voto N° 2201 de las 8:00 hrs. del 14 de diciembre de 2004; Tribunal de Familia. Voto N° 66 de las 11:40 hrs. del 25 de enero de 2006; Tribunal de Familia. Voto N° 39 de las 8:20 hrs. del 11 de enero de 2007 y Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 413 de las 11:20 hrs. del 8 de agosto de 2003.

216 Desde nuestro punto de vista y con base en la doctrina mayoritaria del Derecho de daños en Alemania, son siete requisitos: a) Lesión de un bien jurídico; b) Acción u omisión del agente causante del daño; c) Relación de causalidad entre acción u omisión dañina y lesión del bien jurídico; d) Antijuricidad; e) Culpa; f) Daño y; g) Relación de causalidad entre el bien jurídico lesionado y el daño causado. Al respecto ver Belke, Rolf. Prüfungstraining Zivilrecht I. Fallbearbeitung und Anspruchsmethode., 2 ed., 1995, páginas 458 y siguientes. Aplicación práctica de dichos requisitos puede consultarse en López Casal, Yuri. El nexo causal en la responsabilidad civil extracontractual. En: Revista Iustitia N° 240, año 2006, páginas 27 a 35.

217 Al respecto ver Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N° 170 de las 10:40 hrs. del 9 de abril de 2003.

La pretensión resarcitoria cuyo ejercicio autoriza el artículo 48 bis del Código de Familia, es, como bien lo afirma el autor Ricardo González Mora, “accesoria, dependiente de la acción de separación o divorcio, pues precisamente los hechos en que se basa son los hechos que deberá juzgar el Juez del divorcio y la pretensión que se ejerce es el resarcimiento de los daños supuestamente ocasionados por los hechos que se deben probar ante el Juez de la acción de divorcio. Si se rechaza el divorcio por no haberse demostrado las causales invocadas, se deberá rechazar consecuentemente la acción resarcitoria (...) De acuerdo con lo que hemos expuesto, legitimado activo de la acción resarcitoria es sólo el cónyuge inocente. Legitimado pasivo, el cónyuge culpable y, eventualmente, su cómplice, co-autor o instigador”<sup>218</sup>.

---

218 González Mora, Ricardo, supra nota 168, páginas 85-86.

## 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 Doppelverwertung 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).
- 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 *Doppelverwertung von Schulden beim Zugewinn und Unterhalt* en *FamRZ* 2007 pp. 187 s.

Barcia Lehmann, Rodrigo El convenio regulador en el Derecho español y en el proyecto de ley de Matrimonio Civil Chileno, en *Ius et Praxis*. online. 2002, vol.8, N°2 citado 18 Diciembre 2005, pp.445-478. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122002000200014&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200014&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0012.

Barrientos Grandón, Javier y Novales Alquézar, Aránzazu Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, Separación, Divorcio y Nulidad (Santiago, 2004).

Barros Bourie, Eduardo La Ley civil ante las rupturas matrimoniales, en *Estudios Públicos*, 85 (verano 2002).

Guerrero Becar, José Luis La compensación económica en la ley de matrimonio civil, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII* (Valparaíso, Chile, 2° semestre de 2006)

Pizarro Wilson, Carlos La compensación económica en la nueva Ley de matrimonio civil, en *Revista Chilena de Derecho Privado* 3 (Santiago, 2004) pp. 83-104.

Ramos Pazos, René Derecho de Familia (Santiago, 2003).

Tapia Rodríguez, Mauricio Nulidad y Divorcio en el proyecto de nueva ley de matrimonio Civil, en *Estudios Públicos*, 86 (otoño 2002).

Tapia Rodríguez, Mauricio La compensación económica en la Ley de Divorcio, en *Semana Jurídica* 271 (Santiago, 2006).

Turner Saelzer, Susan, Las Prestaciones económicas entre Cónyuges divorciados en la

nueva ley de matrimonio civil, en *Rev. derecho* (Valdivia). online. jul. 2004, vol.16 citado 18 Diciembre 2005, pp.83-104. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502004000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100004&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0718-0950.

Vidal Olivares, Álvaro, La Compensación por Menoscabo Económico en la Ley de Matrimonio Civil, en VIDAL OLIVARES, Álvaro (coordinador) *El nuevo Derecho chileno del Matrimonio* (Santiago, 2006) p. 219.

Trejos Salas, Gerardo, *Derecho de Familia costarricense*. Tomo I, 1990.

González Mora, Ricardo, Daños y perjuicios en el proceso de divorcio y de la separación judicial, 1999.

Benavides Santos, Diego, Los procesos familiares en Costa Rica. En: *Revista Ivstitia* N° 126-127, 1997.

Jiménez Mata, Alberto, El convenio patrimonial de divorcio como forma de capitulación matrimonial. En: *Revista Ivstitia* N° 225-226, 2005.

Camacho, Eva, Consideraciones prácticas y jurisprudenciales de los artículos 40 y 41 del Código de Familia, 1991.

Benavides Santos, Diego, Los gananciales en la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte. En: *Revista Ivstitia* N° 164-165, 2000.

Belke, Rolf, *Prüfungstraining Zivilrecht I. Fallbearbeitung und Anpruchsmethode*, 1995.

López Casal, Yuri, El nexo causal en la responsabilidad civil extracontractual. En: *Revista Ivstitia* N° 240, 2006.