

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
-------------------	---

PRIMERA PARTE.

MATRIMONIO INDISOLUBLE, EVOLUCIÓN.

CAPÍTULO I.

Orígenes de la indisolubilidad del matrimonio.....	7
--	---

CAPÍTULO II.

Indisolubilidad del matrimonio en el Código Civil.	9
---	---

CAPÍTULO III.

Indisolubilidad en la Ley de Matrimonio Civil de 1884.	10
---	----

CAPÍTULO IV.

Proyectos de divorcio, Ley 19.947.	12
---	----

SEGUNDA PARTE.

EL DIVORCIO.

CAPÍTULO I.

DIVORCIO, CONCEPTO, CLASIFICACIÓN.....	16
--	----

1.- Divorcio absoluto y Divorcio relativo.....	16
--	----

2.- Divorcio por culpa, Divorcio consensual y Divorcio quiebre.....	17
---	----

3.- Las clasificaciones del divorcio; de su aplicación a la normativa chilena.....	19
--	----

CAPÍTULO II.

DIVORCIO EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL DE 1884.....	21
---	----

1.- Divorcio perpetuo.....	21
----------------------------	----

1.- Divorcio Temporal.....	22
----------------------------	----

CAPÍTULO III.

SEPARACIÓN JUDICIAL EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL 19.947.....	24
---	----

1.- En especial sobre la causal de separación judicial por culpa y divorcio por culpa en la ley 19.947.....	26
---	----

CAPÍTULO IV.

DIVORCIO EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL 19.947.....	29
--	----

1.- Divorcio consensual.....	29
------------------------------	----

2.- Divorcio remedio.....	30
---------------------------	----

3.- Divorcio por culpa.....	31
-----------------------------	----

3.1.- De la falta imputable al otro cónyuge.....	33
--	----

3.2.- De la violación grave de los deberes y obligaciones.....	34
--	----

3.2.a.- Violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio entre los cónyuges.....	35
--	----

Artículo 54 inciso 2 N° 1: Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge.....	36
--	----

- Artículo 54 inciso 2 N° 2: Trásgresión 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 trásgresión grave de los deberes del matrimonio.....	37
--	----

- Artículo 54 inciso segundo N° 3: Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de la familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el libro II, título VII y VIII, del	
---	--

Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal.....	40
- Artículo 54 inciso 2 N° 4: Conducta homosexual.....	42
- Artículo 54 inciso 2 N° 5: Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre estos y los hijos.....	42
- Artículo 54 inciso 2 N° 6: Tentativa para prostituir al otro cónyuge.....	42
3.2.b.- De los deberes y obligaciones que derivan de la filiación para con los hijos.....	43
- Artículo 54 inciso 2 N° 1: Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica de alguno de los hijos.....	44
- Artículo 54 inciso 2 N° 5: Alcoholismo o drogadicción.....	45
- Artículo 54 inciso 2 N° 6: Tentativa para prostituir a los hijos.....	46
3.3.- Que torne intolerable la vida en común.....	45
3.4.- Críticas al divorcio por culpa.....	46
BIBLIOGRAFÍA.....	48
- Textos de consulta.....	48
- Proyectos.....	49
- Leyes.....	49
- Publicaciones.....	50
- Artículo de revista.....	50
- Páginas web.....	51
- Otros.....	51

INTRODUCCIÓN.

Después de una larga historia de discusiones doctrinarias y legislativas, la institución del matrimonio en nuestro país ha sido perfeccionada. Esto se concreta mediante la promulgación de la nueva Ley de Matrimonio Civil 19.947, el 07 de mayo de 2004 y de su entrada en vigor el 17 de noviembre del mismo año, significando esto una profunda reforma al derecho de familia, puntualmente al derecho matrimonial chileno.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo se ha ocupado, en una primera parte, de realizar una investigación en cuanto a la evolución del matrimonio indisoluble. Se abordan los orígenes de la indisolubilidad matrimonial, el Código Civil, la Ley de Matrimonio Civil de 1884, los proyectos de ley presentados en el parlamento chileno, para finalmente explicar el proyecto que pasa a constituir la nueva Ley de Matrimonio Civil 19.947.

La segunda parte, aquella que acumula mayoritariamente nuestra atención, fue dedicada a la institución del divorcio. En ella se conceptualiza el mismo para luego efectuar diversas clasificaciones.

A continuación se aborda Ley de Matrimonio Civil de 1884, que consagra un divorcio relativo (que no disuelve el vínculo), clasificándolo en perpetuo y temporal. Acto seguido, el análisis se refiere a la separación judicial contenida en la nueva Ley de Matrimonio Civil 19.947, ello debido a que ésta sustituye en gran medida a los antiguos divorcio perpetuo y temporal, siendo tratada en especial la causal de separación judicial por culpa y divorcio por culpa cuyos textos son idénticos.

Por ultimo, el divorcio contemplado en la nueva normativa, que aparece como un evento de “terminación” del matrimonio, fue analizado en sus tres tipos, partiendo por un examen del divorcio consensual (artículo 55 incisos primero y segundo), divorcio remedio (artículo 55 incisos tercero y cuarto), para finalmente efectuar un análisis minucioso del divorcio por culpa (artículo 54, en cada uno de sus incisos y en cada uno de sus numerales). El análisis propuesto es el examen y resultado del estudio de la Ley de Matrimonio Civil, y de una serie de textos, artículos y publicaciones relativos a la materia en comento. Cerrándose estas páginas con ciertas críticas a esta modalidad de divorcio.

PRIMERA PARTE.

MATRIMONIO INDISOLUBLE, EVOLUCIÓN.

CAPÍTULO I.

ORIGENES DE LA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO.

Desde los orígenes, la regulación matrimonial en Chile, la encontramos en los principios que regulaban el derecho matrimonial de la iglesia, que era producto de la aplicación de los principios matrimoniales contenidos en el Nuevo Testamento. Esta regulación de la iglesia se enfrentó a una legislación divorcista, que era propia del derecho romano, influido éste a su vez por el derecho germánico. La iglesia se acomodó desde un principio a esas regulaciones; no obstante, para dichas legislaciones paganas el matrimonio era fundamentalmente un acto humano unido a algunos elementos ético-religiosos; en cambio para el cristianismo era un acto sagrado (*sacramentum*) con aspectos humanos y con una característica propia: ser un vínculo indisoluble¹. Dicha regulación se concretó en el Concilio de Trento; texto que señala “el matrimonio es *perpetuo e indisoluble* ya que el primer padre del humano linaje declaró, inspirado por el espíritu santo: *quod Deus coniúnxit, homo non sepárat* (Pues lo que Dios unió, no lo separe el hombre). El mismo Cristo, autor que estableció y llevó a su perfección los venerables sacramentos, nos mereció con su pasión la gracia con que se había de perfeccionar aquel amor natural, confirmar su *indisoluble* unión, y santificar a los consortes”².

Por tanto, el matrimonio en Chile se concebía como indisoluble ya que el Concilio de Trento tuvo aplicación en cuanto Derecho Canónico, que era el que

¹ WILLIAMS BENAVENTE, Raúl, “Divorcio e Iglesia, el cuestionamiento de la indisolubilidad” Ediciones Fundación de Ciencias Humanas 1997. Santiago, Chile. Págs. 91-92.

² <http://www.intratext.com/x/ESL0057.htm>. “El sacramento del matrimonio” Sesión XXIV.

disciplinaba el régimen jurídico del matrimonio en el reino de Chile y en los primeros tiempos de la República.

El sistema matrimonial chileno³ en esta época era monista, ya que se reconocía solo una especie de matrimonio que era el católico; existiendo en cuanto a la disolución del matrimonio una “indisolubilidad absoluta”.

³ BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad” Lexis Nexis 2ª edición, año 2004, Santiago, Chile. Págs. 117-141

CAPÍTULO II.

INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL⁴.

El Código Civil de 1855 no innovó en la materia, reconoció como único matrimonio válido el religioso, entregándose a la Iglesia Católica, todo lo relacionado con su celebración, solemnidades, impedimentos, validez o nulidad del matrimonio, juicios de divorcio. Así el artículo 117 decía “*el matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la iglesia, y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas*”; y el artículo 103 agregaba: “*toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído*”.

Se reguló también por Don Andrés Bello el matrimonio de los no católicos, y en estos matrimonios no se cumplía ninguno de los ritos o solemnidades del matrimonio católico, no obstante también debía celebrarse ante un sacerdote católico que actuaba, en este caso, como ministro de fe y ante dos testigos.

De lo anterior se puede constatar que Don Andrés Bello en esta parte no siguió a su modelo francés, que había secularizado el matrimonio medio siglo antes; respetando la situación católica existente en nuestro país.

Específicamente en cuanto a la indisolubilidad -que tiene el carácter de absoluta- el Código en el Título IV del libro primero define el matrimonio en el artículo 102 literalmente como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida...”.

⁴ MEZA BARROS, Ramón, “Manual de derecho de la familia” Tomo I, Colección manuales jurídicas, año 1989, Santiago, Chile. Págs. 27-33.

CAPÍTULO III.

INDISOLUBILIDAD EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL DE 1884.

Varios años después, se produce la secularización del matrimonio con la dictación de la Ley de Matrimonio Civil de 10 de Enero de 1884; y la Ley de Registro Civil de 17 de Julio del mismo año⁵. El proceso anterior fue el resultado del conflicto entre el gobierno liberal de la época y la autoridad eclesiástica, lo que representó un cambio importante. Sin embargo, lo realmente trascendente para este trabajo, lo constituye el sistema de "indisolubilidad absoluta" matrimonial.

La propia Ley de Matrimonio Civil establece el divorcio, pero manifiesta en forma tajante que "**no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida en común de los cónyuges**" hablamos por tanto de un divorcio no vincular. Con esto al igual que en el año 1855 el matrimonio es concebido como indisoluble en nuestro país.

La Ley de Matrimonio Civil de 1884 conoce también la declaración de nulidad de un matrimonio, de tal forma que en las primeras décadas de este siglo, se concibió que era posible disolver de hecho un vínculo matrimonial, si se simulaba un juicio de nulidad. Para ello se advirtió que uno de los requisitos constitutivos, era que el Oficial de Registro Civil que celebraba el matrimonio correspondiera al lugar donde al menos uno de los contrayentes, "tuviera su domicilio, o haya vivido los tres últimos meses anteriores a la fecha del matrimonio" (artículo 35 de la Ley 4.808, sobre Registro Civil). Comenzó, de esta forma, la tramitación de juicios en los que se alegó que ninguno de los

⁵ RAMOS PAZOS, René, "Derecho de Familia", tomo I. Editorial Jurídica de Chile, año 2003, Santiago, Chile. Págs. 17-19.

contrayentes tenía domicilio o residencia en el sitio donde contrajeron matrimonio, declarándose nulo el mismo. Y es por medio de esta nulidad simulada, que se introdujo en nuestro sistema matrimonial un divorcio vincular de común acuerdo (“divorcio a la chilena”), pero que no es autorizado por el texto de la ley.

CAPÍTULO IV.

PROYECTOS DE DIVORCIO, LEY 19.947.

Frente a la situación expresada en líneas anteriores, se intentó renovar la discusión sobre la necesidad de que la ley fuese reformada para excluir el principio de la indisolubilidad, y regular el divorcio vincular, evitando que los cónyuges se vean en la necesidad de recurrir a la nulidad para dejar sin efecto el vínculo matrimonial.

Ya en 1924 se votó en la Cámara de Diputados un proyecto de ley de divorcio presentado en 1917, siendo rechazado por 52 votos contra 42. Otras iniciativas legales, con el mismo objeto y también frustradas, se presentaron en 1927, 1933, 1934, 1964, 1972.

Posteriormente fueron 3 los proyectos que se presentaron ante el Congreso Nacional. El primero de ellos presentado en enero de 1991; comenzaba en su moción destacando que “una sociedad debidamente organizada descansa sobre la familia, y que es el matrimonio el pilar fundamental de ésta; razón por la cual, es necesario defenderla de los diversos ataques que ha sufrido de parte de prácticas y concepciones tendientes a debilitarla”.

Rechazaba la idea de establecer el divorcio vincular como medida excepcional, toda vez que “multiplica y agrava las desavenencias conyugales, lleva en sí un germen de aumento progresivo de los casos de disolución de matrimonio”⁶

⁶ BOLETÍN N° 264-07 de la Cámara de Diputados de 15 de enero de 1991.

No obstante, en dicho proyecto se reconocía que en Chile, en la realidad de los hechos, existía el divorcio por consentimiento mutuo. Para llegar a éste se recurría a la causal de nulidad del matrimonio. Por tanto, el divorcio vincular - que no existe legalmente en Chile- se reconocía bajo el subterfugio de la nulidad del matrimonio⁷.

Mas tarde en 1995 nos encontramos frente a la segunda moción. Este proyecto señalaba que “en la sociedad chilena existe una conciencia hondamente arraigada en orden a valorar la familia como núcleo fundamental de la sociedad, razón por la cual se aprecia como un bien personal y social, la estabilidad y permanencia de ella.

Se reconocía que las rupturas de las parejas generan una inestabilidad que es percibida como experiencia crítica y traumática que daña a todos los que integran la familia afectada”. Por lo anterior, este proyecto pretendía mantener como base del derecho de familia el matrimonio indisoluble, “considerándolo como un soporte o correlativo jurídico necesario para la estabilidad y permanencia de la familia que es el bien jurídico superior protegido por el legislador”.

Trataba las situaciones especiales derivadas de rupturas matrimoniales, a través de nuevas instituciones de naturaleza sustantiva, procesal y jurisdiccional⁸.

Finalmente el 23 de noviembre de 1995 ingresó a la Cámara de Diputados la moción de los parlamentarios Allende, Aylwin y Saa, y de los señores Barrueto, Cantero, Elgueta, Longton, Munizaga, Viera-Gallo y Walker cuyo objetivo principal es “devolver al matrimonio su importancia en los términos que esta institución se

⁷ Íbidem.

⁸ BOLETÍN 1517-07. Primer trámite constitucional de la Cámara de Diputados, fecha 17 de enero de 1995.

va configurando en la sociedad moderna, a fin de que las nuevas generaciones perciban a la ley no como un paso carente de sentido, sino como un ideal compartido⁹. Dicho proyecto se transformó en la nueva Ley de Matrimonio Civil, siendo promulgada el 07 de mayo de 2004, publicada el 17 de mayo de 2004 y su entrada en vigor el 17 de noviembre del mismo año. En dicha ley, se regula por primera vez en nuestro ordenamiento, el divorcio vincular.

⁹ Boletín N° 1759-18 de la Cámara de Diputados de 28 de noviembre de 1995.

SEGUNDA PARTE.

EL DIVORCIO.

CAPÍTULO I.

EL DIVORCIO, CONCEPTO, CLASIFICACIÓN.

El concepto divorcio deriva del latín “Divorcium” que significa separar¹⁰. Etimológicamente, el divorcio significa: “Dos sendas que se apartan de su camino”¹¹.

1.- Divorcio absoluto y Divorcio relativo.

De acuerdo a Troncoso Larronde¹² el divorcio puede clasificarse como:

- A) Divorcio absoluto o regular.
- B) Divorcio relativo o simple separación de cuerpos.

El divorcio absoluto es entendido como “la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos, por causas determinadas y mediante resolución judicial”¹³. Por su parte, el divorcio relativo entiende por tal la simple separación de cuerpos, la cual suspende judicialmente los efectos del matrimonio, dejando subsistente el vínculo. Se verifica también por sentencia judicial fundada en una causa legal.

¹⁰ SOMARRIVA, Manuel, “Derecho de Familia”, Editorial Nacimiento, 1946, Santiago, Chile. Pág. 97.

¹¹ FUEYO LANERI, Fernando, “Derecho Civil”, Texto sexto, derecho de Familia, Volumen I, 1959, Valparaíso, Chile. Pág. 183.

¹² TRONCOSO, Hernán, “Derecho de familia”, Ediciones Universidad de Concepción, 2000, Santiago, Chile, Págs. 71-76.

¹³ BONNECASE, citado por TRONCOSO, Hernán, “Derecho de familia” Ediciones Universidad de Concepción, 2000, Santiago, Chile. Pág. 71.

2.- Divorcio por culpa, Divorcio consensual y Divorcio quiebre.

Otros, parten de una definición que entiende el divorcio como “una institución que presupone la existencia de un matrimonio válido y que ha producido todos sus efectos, pero, que por la concurrencia de ciertas causas sobrevenidas a su celebración, se declara terminado mediante una resolución judicial¹⁴. Esta definición amplia de divorcio lo clasifica -tomando en cuenta el derecho comparado- en tres sistemas:

- A) Divorcio por culpa o divorcio sanción.
- B) Divorcio consensual o divorcio voluntario.
- C) Divorcio quiebre o divorcio remedio o divorcio solución.

El divorcio por culpa o divorcio sanción se concibe como una institución fundada en la culpa o acto culpable de uno de los cónyuges, de tal forma que el otro puede impetrar la declaración judicial del divorcio, apareciendo ésta como una “sanción” para el cónyuge culpable.¹⁵ Es un debate sobre la culpabilidad o inocencia del cónyuge.

El divorcio consensual o divorcio voluntario es aquel en que el principio que fundamenta el divorcio es el “mutuo acuerdo de los cónyuges”, de tal forma que producido éste, pueden solicitar que sea declarado judicialmente.¹⁶ Responde a la idea de que el matrimonio es un contrato, y por tanto puede terminar por el acuerdo de las partes; idea compartida por el profesor Don René Ramos Pazos

¹⁴ GARCÍA CANTERO, Gabriel, “El divorcio”, Madrid, 1997. GARCÍA CANTERO, Gabriel, “comentarios al Código Civil y compilaciones forales” (dirigido por Manuel Albaladejo, II, Artículos 42 a 107 del Código Civil, 2ª edición de acuerdo con la ley de 7 de julio de 1981), Madrid, 1982; Citado por BARRIENTOS GRANDON, Javier y NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu, “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Op cit. Pág. 358.

¹⁵ BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu; “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Op cit. Pág. 359.

¹⁶ *Ibidem*

quien sostiene que al establecerse el divorcio en la nueva Ley de Matrimonio Civil, el tema en cuanto a discutir la naturaleza jurídica del matrimonio carece de utilidad, esto debido a que es un contrato¹⁷.

El divorcio remedio se basa en el “quiebre”, que es la ruptura de la unión conyugal. Funda el divorcio sin referencia alguna a una eventual culpabilidad de uno de los cónyuges, e implica haberse vuelto intolerable la vida en común. La ley asume como una situación irremediable la ruptura a la que debe ponerse remedio, y así el divorcio aparece como el “remedio” legal de tal ruptura¹⁸.

En cuanto a esta última clasificación es importante mencionar que fueron los ingleses quienes desplazan la figura del divorcio por culpa, estableciendo con mayor fuerza una concepción nueva, que era la de divorcio remedio con la existencia de una causa única de divorcio, determinada luego a través de la descripción de varias causales específicas. La “Matrimonial Causes Act de 1973”,

¹⁷ RAMOS PAZOS, René, “Aspectos destacados de la Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, publicada en el diario oficial del 17 de mayo de 2004”, en: <http://www.derecho.uct.cl>. “Documento exclusivo”. Opinión contraria encontramos en la discusión del proyecto de Ley de Matrimonio Civil, en la Cámara de diputados en acta, sesión 44°, jueves 23 de enero de 1997 Pág. 133. Se stampa la opinión de un parlamentario en razón a señalar que el matrimonio es un contrato de orden público que se fundamenta en que “...no compete exclusivamente a los contrayentes, simplemente por no corresponderle a los intereses de dos personas que lo contraen. Es de orden público, porque genera relaciones para los hijos y relaciones de suma importancia para toda la sociedad; por tanto les compete a todos. En la misma acta, Pág. 55. Otro de ellos manifiesta que el matrimonio además de un contrato es una institución que no sólo otorga derechos, sino que muy especialmente obligaciones”. Todo esto en razón de fundamentar una réplica antidivorcista.

El profesor Hernán Troncoso al conceptualizar el divorcio por mutuo consentimiento señala que dicha concepción es sustentada principalmente por quienes ven en el matrimonio un contrato, señalándose que los esposos están unidos por un acuerdo de voluntades y que lógicamente otro acuerdo puede liberarlos del vínculo que los ata. Lo cual es una consecuencia lógica del la concepción del matrimonio que sustentan.

Ahora, luego de la dictación de la Ley de Matrimonio Civil existen otros que discuten todavía en cuanto a sí el matrimonio es o no un contrato, en este punto se sostiene que la calificación del matrimonio como un “contrato”, ha de entenderse, no dentro de los parámetros del derecho patrimonial, sino en el contexto del sistema matrimonial disciplinado por la Ley 19.947. Mayor información al respecto encontramos en: BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu; “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Op cit. Págs. 155-179.

¹⁸ Vid supra nota N° 14.

establece como causa única de divorcio la “irretrievable breakdown of marriage”, esto es la ruptura irremediable de la comunidad conyugal”¹⁹

Don Hernán Corral Talciani, señala -sosteniendo la postura anterior- que “es conveniente desdramatizar la situación y terminar con la idea de buscar culpables; para considerar procedente el divorcio, es necesario sólo constatar la inviabilidad del matrimonio”. “La legalización del divorcio-remedio constituye una opción que garantiza la tolerancia y el pluralismo que identifican a la sociedad contemporánea”²⁰.

3.- LAS CLASIFICACIONES DEL DIVORCIO; DE SU APLICACIÓN A LA NORMATIVA CHILENA.

Considerando las precedentes clasificaciones de divorcio, es claro que la Ley de Matrimonio Civil de 1884, queda incluida en la primera de ellas. Esto es debido a que contemplaba la figura de divorcio, pero entendida como una simple separación de cuerpos. El propio artículo 19 señalaba: “*El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida común de los cónyuges*”, ellos no pueden volver a contraer nuevo vínculo matrimonial.

Por tanto y de acuerdo a lo señalado en el número anterior hablamos de un divorcio relativo, que será estructurado en líneas posteriores.

¹⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán: “Ley de Divorcio. Las razones de un no” Estudios de Derecho Actual. Universidad de Los Andes, Págs. 41-42.

²⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán, “Indisolubilidad matrimonial y divorcio ante el derecho civil”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 19, N° 1, año 1992. Pág. 35-52.

Por otra parte la Ley 19.947 que deroga la Ley de Matrimonio Civil de 1884, y que contempla el divorcio vincular, es absoluto, (presuponiendo la existencia de un matrimonio válido, con sus efectos, y que por causas sobrevenidas a su celebración, se declara terminado mediante resolución judicial) y que a su vez, contempla las figuras de divorcio por culpa o sanción, divorcio consensual o voluntario, divorcio quiebre, remedio o solución, que estudiaremos en su oportunidad.

CAPÍTULO II.

DIVORCIO EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL DE 1884.

La antigua Ley de Matrimonio Civil, contemplaba el divorcio como una simple separación de cuerpos, no disolvía el vínculo matrimonial, sino que lo relajaba solamente²¹.

Contemplaba dicha figura en el párrafo 5º, artículos 19 al 28, dividido en dos tipos:

- Divorcio perpetuo.
- Divorcio temporal.

Como sus denominaciones lo indicaban el primero era de duración indefinida, mientras que el segundo tenía una duración limitada que no pasaba de cinco años (artículo 20 antigua ley). Era el artículo 21 el que señalaba las causales de procedencia de uno u otro. Con un carácter taxativo, ya que señalaba: *“el divorcio procederá **solamente** por las siguientes causales”*.

1.-DIVORCIO PERPETUO.

El divorcio perpetuo podía fundarse en las causales 1, 2, 3, 4, 9, 11 y 13 de la antigua ley de Matrimonio Civil, desprendiéndose esto del artículo 22 ya que decía *“las causales 5, 6, 7, 8, y 12 del artículo anterior, no son suficientes para pedir y decretar el divorcio perpetuo”*, estas son las siguientes:

- 1- Adulterio de la mujer o del marido. (art. 21 N° 1)

²¹ MEZA BARROS, Raúl, “Manual de derecho de la familia” Tomo I, Colección manuales jurídicas, año 1989, Santiago, Chile. Págs. 133 y 134.

- 2- Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra. (art. 21 N° 2)
- 3- Ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice de la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge. (art.21 N° 3)
- 4- Tentativa de uno de los cónyuges para prostituir al otro (art. 21 N° 4).
Causal exclusiva del divorcio perpetuo.
- 5- Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación. (art. 21 N° 9)
- 6- Condenación de uno de los cónyuges por crimen o simple delito. (art.21 N° 11)
- 7- Tentativa para corromper a los hijos, o complicidad en su corrupción (art. 21 N° 13). Causal exclusiva del divorcio perpetuo.

2.- DIVORCIO TEMPORAL.

Debemos señalar que todas las causales del artículo 21, salvo los números 4 y 13, podían dar lugar al divorcio temporal, como antes se señaló. Ahora pasaremos a enumerar las que únicamente dan lugar al divorcio temporal.

- 1- Avaricia de cualquiera de los cónyuges, si llega a privar al otro de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades (art. 21 N° 5).
- 2- Negarse cualquiera de los cónyuges, sin causa justificada a vivir en el hogar común (art. 21 N° 6).
- 3- Abandono del hogar común, o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada (art. 21 N° 7).
- 4- Ausencia, sin justa causa, por más de tres años (art. 21 N° 8).

5- Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida (art. 21 N° 12).

En este punto no explicaremos cada una de las causales, ya sea de divorcio perpetuo como temporal²², debido a que nos referiremos a ellas en la medida que puedan servirnos en el análisis que se efectuará en cuanto a la separación judicial, y el divorcio por culpa de la nueva Ley de Matrimonio Civil.

²² Un análisis de éstas podemos encontrar en textos como: MEZA BARROS, Raúl, “Manual de derecho de la familia” Tomo I, Colección manuales jurídicas, año 1989, Santiago, Chile. Págs. 143-161; RAMOS PAZOS, René, “Derecho de familia”, cuarta edición actualizada con la Ley N° 19.711 de 18 de enero de 2001 y la Ley 19.741 de 24 de julio de 2001, Tomo I, Editorial jurídica de Chile, Santiago, año 2003. Págs. 100-111; SOMARRIVA, Manuel, “Derecho de Familia”, Editorial Nacimiento, 1946. Págs. 104-109; FUEYO LANIERI, Fernando, “Derecho Civil”, Texto sexto, derecho de Familia, Volumen I. Págs. 188-229.

CAPÍTULO III.

SEPARACIÓN JUDICIAL EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL 19.947.

La separación judicial aparece como una institución que viene a sustituir, en gran medida, a la tradicional del divorcio, en sus antiguas modalidades señaladas, divorcio perpetuo y divorcio temporal. Los efectos que éstos generaban son los que la Ley 19.947 atribuye a la separación judicial, con una terminología diferente, ya que en la parte final del inciso segundo del artículo 32 declara que una vez efectuada la subinscripción de la sentencia ejecutoriada de separación judicial, ella: *“será oponible a terceros y los cónyuges adquirirán la calidad de separados, que no los habilita para volver a contraer matrimonio”*, y en su artículo 33 precisa que *“la separación judicial deja subsistente todos los derechos y obligaciones personales que existen entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y de fidelidad, que se suspenden”*.

Puede mencionarse también en este punto, que entre sus artículos transitorios, el número 4 señala: *“Los juicios por divorcio perpetuo o temporal ya iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente ley continuarán tramitándose como juicios de **separación judicial** bajo el procedimiento regulado al momento de deducir la demanda respectiva”*.

Dentro de estas disposiciones transitorias también debe mencionarse el artículo 6, que dispone lo siguiente: *“Las personas que con anterioridad a la vigencia de la presente ley se hayan divorciado, temporal o perpetuamente, por sentencia ejecutoriada, tendrán el estado civil de **separados**, y se regirán por lo*

dispuesto en ella para los separados judicialmente respecto del ejercicio de derechos y demás efectos anexos que tengan lugar después de su entrada en vigencia”.

A la luz de la Ley 19.947 podemos conceptualizar la separación judicial como una institución por la cual se suspenden ciertos efectos del matrimonio en virtud de una sentencia judicial sin afectar el vínculo matrimonial.

Se reconoce la separación judicial bajo dos modalidades:

- Separación causal, regulada en el artículo 26 y 27 inciso primero.
- Separación convencional, regulada en el artículo 27 inciso segundo.

La separación causal es aquella que requiere la alegación y prueba de ciertas causas de separación que implican una conducta culpable del otro cónyuge, o que simplemente requiere como causa genérica el cese de la convivencia²³. Con esto se distingue en:

- Separación causal por falta imputable al otro cónyuge o separación por culpa (artículo 26).
- Separación causal por cese de la convivencia (artículo 27 inciso 1).

La separación convencional es decretada sólo sobre la base del simple acuerdo de los cónyuges, sin alegar causa determinante.

²³ MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, María Lourdes, las causas de separación matrimonial en el derecho comparado y en el derecho español (estudio doctrinal y jurisprudencial), Madrid, 2002; citado por: BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu; “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Op cit Pág. 307.

1.- EN ESPECIAL SOBRE LA CAUSAL DE SEPARACIÓN JUDICIAL POR CULPA Y DIVORCIO POR CULPA EN LA LEY 19947.

En este punto, nos referiremos a la causal de separación por culpa y divorcio por culpa en la ley 19.947, esto porque la causal de procedencia de ambos es idéntica. El artículo 26 respecto de la primera, y el artículo 54 respecto del segundo, señalan que podrá ser demandada/o *“por o mediando” “falta imputable al otro, siempre que 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”*.

De los informes de las comisiones de constitución, legislación y reglamento y de la moción de los diputados al congreso se desprende que esta situación, es decir, que la causal de procedencia de ambas figuras corresponda a la misma, responde al hecho, que la separación debe entenderse como una antesala al divorcio, se pretendió evitar un paso tan brusco del matrimonio al divorcio. El proyecto de ley en su Título IV hablaba de una separación declarada judicialmente, sostenía que una separación mantenida por los lapsos que este proyecto señalaba, acreditaba una ruptura definitiva, y la prudencia aconseja permitir a los cónyuges separados, disolver su matrimonio. En este caso, la separación era un tiempo de espera, sensato y prudente, antes de dar lugar a la ruptura definitiva.

La separación judicial fundada en la existencia de ciertos hechos que implican la culpa de uno de los cónyuges se mantuvo durante toda la tramitación

de la Ley 19.947, finalmente dicha figura quedó consagrada en el artículo 26 de la misma²⁴.

Es de mencionar en esta parte, que en el inciso segundo del artículo 54 para el divorcio por culpa existe una enumeración no taxativa de los hechos que configuran la causa de “falta imputable al otro”, por lo cual ellos pueden tenerse presente, por analogía en la causal de separación judicial²⁵.

Al entenderse la separación judicial como una antesala al divorcio, creemos que lo pretendido por la ley es otorgar una opción a los cónyuges, de tal forma que ellos puedan elegir entre demandar la separación judicial por culpa o el divorcio por culpa, esta opción en el entendido que los efectos generados por una y otro son diferentes.

La separación judicial no permite contraer nuevo vínculo matrimonial. Así se desprende del artículo 32 en su inciso segundo, que señala *“los cónyuges adquirirán la calidad de separados, que **no** los habilita para volver a contraer matrimonio”*. En cambio, el divorcio por culpa, al disolver el vínculo, sí permite contraer nuevo matrimonio, como lo refleja el artículo 59 en su inciso segundo, al disponer: *“...los cónyuges adquirirán el estado civil de divorciados, con lo que **podrán** volver a contraer matrimonio”*.

²⁴ Artículo 26: “La separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que 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.

No podrá invocarse el adulterio cuando exista previa separación de hecho consentida por ambos cónyuges.

En los casos a que se refiere este artículo, la acción para pedir la separación corresponde únicamente al cónyuge que no haya dado lugar a la causal.”

²⁵ BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu; “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Op cit. Pág. 310.

De lo expuesto podemos señalar que al otorgarse la libertad a los cónyuges entre demandar la separación judicial o el divorcio por culpa, se demandará el divorcio, esto debido a nuestra creencia que, en “la mayoría de los casos”, la finalidad es contraer nuevo vínculo matrimonial, que solo se podrá realizar si se tiene el estado civil de divorciado.

CAPÍTULO IV.

DIVORCIO EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL 19.947.

En la segunda parte de nuestro trabajo, en donde tratamos las clasificaciones del divorcio y su aplicación a la normativa chilena, dijimos que nuestra nueva normativa consagra un divorcio absoluto, es decir; permite la disolución del vínculo matrimonial a través de esta institución. En la nueva Ley de Matrimonio Civil pueden distinguirse tres clases de divorcio:

- 1.- Divorcio por culpa, establecido en el artículo 54 de la ley.
- 2.- Divorcio consensual, establecido en el artículo 55 incisos 1 y 2 de la ley.
- 3.- Divorcio remedio, permitido en el artículo 55 inciso 3 de la ley.

En este capítulo comenzaremos por realizar un breve examen del divorcio consensual y el divorcio remedio, esto debido, a que es el divorcio por culpa el que centra prioritariamente nuestra atención.

1.- DIVORCIO CONSENSUAL.

Ya sabemos lo que se entiende por divorcio consensual, y es el artículo 55 en sus incisos primero y segundo el que reconoce dicha especie de divorcio en nuestra legislación. Dicha disposición señala: *“Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común*

*acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor a un año*²⁶.

En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustado a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos...”

Del tenor del artículo se desprende que el legislador exige para la procedencia de esta clase de divorcio:

- Solicitud conjunta de los cónyuges.
- Que cese la convivencia por un lapso mayor a un año.
- Que se presente un acuerdo regulador, ajustado a la ley, de las relaciones mutuas de los cónyuges y respecto de sus hijos. Éste debe ser completo y suficiente.

2.-DIVORCIO REMEDIO.

Es el inciso tercero del artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil el que admite este tipo de divorcio: *“Habrá también lugar al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de a lo menos tres años, salvo que a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su*

²⁶ La Comisión de Constitución del Senado, pretendió señalar que esta norma no significaba reconocer como causa del divorcio el mutuo acuerdo de los cónyuges, sino que ella era el cese de la convivencia. A nuestro parecer es claro que sí se reconoce el acuerdo de los cónyuges en atención a terminar con el matrimonio. Mayor información en: BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu; “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Op cit Págs. 381, 382.

obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo". Este inciso por tanto regula la figura de divorcio-remedio, a instancia unilateral, por la constatación de una situación de hecho, la cual es el cese efectivo de la convivencia conyugal de 3 años como mínimo, salvo que el demandado solvente hubiere dejado de cumplir reiteradamente con su obligación de alimentos respecto del cónyuge y de los hijos comunes.

Las condiciones que exige por tanto el legislador para su procedencia, son las siguientes:

- 1- Cese efectivo de la convivencia conyugal.
- 2- Plazo mínimo de tres años del cese efectivo de la convivencia conyugal.
- 3- Cumplimiento por el demandante de sus obligaciones de alimentos para con su cónyuge e hijos.

3.-DIVORCIO POR CULPA.

Sabemos que el divorcio por culpa es una institución fundada en la existencia de un acto culpable de uno de los cónyuges, de manera que el otro puede impetrar la declaración judicial del divorcio, que aparece así como una "sanción" para el cónyuge "culpable"²⁷. También puede concebirse como aquel que procede cuando el Juez aprecia la existencia de una falta contra los deberes

²⁷ Vid supra nota N° 14.

matrimoniales, imputable a uno de los cónyuges, y de suficiente gravedad para que justifique la terminación de la unión conyugal²⁸.

La Ley 19.947, que es objeto de nuestro estudio, contempla dicha figura en el artículo 54 de la misma, señalando:

“El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que 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.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

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

2º.- Trascresión 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 trascresión grave de los deberes del matrimonio;

3º.- 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, título VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;

4º.- Conducta homosexual;

5º.- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre estos y los hijos, y

²⁸ CANALES, Patricia; LOISEAU, Virginie, ambas de la Unidad de Estudios y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional. “Divorcio en la legislación comparada”. Biblioteca del Congreso Nacional, Unidad de estudios y publicaciones; www.bcn.cl.

6º.- Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.”.

Este artículo, por tanto, permite a uno de los cónyuges demandar la terminación del matrimonio por la declaración de divorcio fundado en una falta imputable al otro. Se contempla una causa genérica, que habilita al cónyuge inocente para solicitar la declaración judicial de divorcio (artículo 54 inciso 1). Sin perjuicio de haber establecido la Ley 19.947 una causa genérica en el caso del divorcio por culpa, se incluyó una enumeración no taxativa, solo a modo de ejemplo²⁹; de ciertos hechos cuya ocurrencia hace que se incurra en la causa genérica de divorcio.

Al efectuar un análisis de la norma del artículo 54 de la ley, debemos señalar que para poder demandar uno de los cónyuges la declaración judicial del divorcio es necesario que concurren copulativamente los siguientes elementos:

3.1.- Falta imputable al otro cónyuge.

3.2.- Que dicha falta constituya una violación grave.

3.2.1.- De los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges.

3.2.2.- De los deberes y obligaciones que derivan de la filiación para con los hijos.

3.3.- Que dicha falta torne intolerable la vida en común.

3.1.-DE LA FALTA IMPUTABLE AL OTRO CÓNYUGE.

²⁹ BOLETÍN 1.759-18 18 “Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento”. Indicación N° 134.

Sabemos que la redacción del artículo 54 en su inciso 1 está influida por el Código Civil Francés³⁰; el término “falta” fue tomado de allí. La ley no se ocupó de definir qué se entiende por falta, por ello resulta razonable entender que de acuerdo a su sentido natural o obvio (artículo 20 Código Civil) y del contexto de ley (artículo 22 Código Civil) se refiere a cierta conducta que implica la ausencia del cumplimiento de un deber u obligación; que es aquella que precisa el mismo artículo 54.

En cuanto al término imputabilidad, hablamos aquí de un juicio de atribución de responsabilidad por el incumplimiento; por la falta. Es preciso que la ausencia de cumplimiento de los deberes y obligaciones, precisados en la misma ley, sea imputable al otro cónyuge³¹.

3.2.- DE LA VIOLACIÓN GRAVE DE CIERTOS DEBERES Y OBLIGACIONES.

El artículo 54 en su inciso 1 señala que la falta imputable al otro cónyuge “*constituya una violación grave*” de:

3.2. A.- De los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges.

3.2. B.- De los deberes y obligaciones que derivan de la filiación para con los hijos.

En cuanto al término “grave” o “gravedad” de la violación, la ley tampoco ha precisado qué debe entenderse por ella -ni en la violación grave en la causa

³⁰ BOLETÍN 1.759-18 (n.7), Pág. 171.

³¹ Se sostiene que la exigencia de la “imputabilidad” de la falta puede obrar en ciertos casos como una especie de “cláusula de dureza”, ver en: BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu; “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Op cit Pág. 364.

genérica de la separación judicial-, el término proviene del latín *gravis* que significa grande, de mucha entidad o importancia³².

Si la vinculamos con la parte final del inciso 1 del 54 (“que torne intolerable la vida en común”) creemos que ambas expresiones deben ser ponderadas por el juez procurando preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente construida cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada, cuestión que resulta así al vincular la norma con el artículo 3 inciso 2 de la Ley.

Podemos mencionar en este punto que la Ley de Matrimonio Civil de 1884 en su artículo 21 enumeraba taxativamente las causas por las cuales podía demandarse el divorcio temporal o perpetuo y al describir la segunda de ellas imponía la misma exigencia de “gravedad” que ahora la ley 19.947 ha generalizado tanto respecto de la causa genérica de separación judicial (que sustituye al divorcio perpetuo o temporal), como la causa genérica del divorcio por culpa.

Por otra parte no se ha impuesto como requisito general el de la “reiteración” de la violación, aunque sí lo exige para alguno de los hechos concretos que el inciso segundo de su artículo 54 enumera como constitutivos de la referida causa genérica del divorcio, en concreto en su número 2.

3.2. A.- Violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio entre los cónyuges.

Las obligaciones que impone el matrimonio a los cónyuges son las siguientes:

³² www.rae.es, diccionario de la lengua española, “grave”.

- Deber de socorro (arts. 131 y 134 Código Civil)
- Deber de ayuda mutua o de asistencia (art. 131)
- Deber de respeto recíproco (art. 131)
- Deber de protección recíproca (art. 131)
- Derecho y deber de vivir en el hogar común (art. 133)
- Deber de cohabitación.

El legislador de manera genérica habla de una violación grave de todos estos deberes. No obstante en el inciso 2 del artículo 54 señala “*Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos...*”

- Artículo 54 inciso 2 N° 1: *Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge...* Dentro de este supuesto existe una violación al deber de respeto y protección recíproca que el artículo 131 del Código Civil impone a los cónyuges, ya que una de las finalidades del matrimonio es el respeto y protección entre los cónyuges.

En este punto podemos mencionar que la antigua ley utilizaba la expresión “malos tratamientos de obra o de palabra”, resultando la nueva norma más comprensiva, se expresa “malos tratamientos contra la integridad física y psíquica”³³

³³ www.rae.es . Conceptos:

- 1.- Integridad: Cualidad de íntegro.
- 2.- Íntegro: Que no carece de ninguna de sus partes.
- 3.- Física: Exterior de la persona; lo que forma su constitución y naturaleza.
- 4.- Psíquica: Perteneciente o relativo a las funciones y contenido psicológicos.

La exigencia de gravedad en los malos tratamientos, también la encontrábamos en la antigua ley. En ella, esta conducta operaba como causal de divorcio temporal o perpetuo. Se eliminó en este punto la exigencia de reiteración en los malos tratamientos, esto porque la gravedad de los mismos ya configura la causal³⁴.

- Artículo 54 inciso 2 N° 2: *Trasgresión 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 trasgresión grave de los deberes del matrimonio.* En la primera parte de este número, se señala claramente cuales son los deberes del matrimonio que son trasgredidos, los que se encuentran establecidos en los artículos 131 y 133 del Código Civil. La gravedad es entendida en los términos explicados en líneas anteriores, respecto de la exigencia genérica de la “violación grave”; inciso 1 del artículo 54.

En este caso, se exige, a su vez la reiteración, apareciendo como una excepción al principio general sobre los caracteres de la falta imputable al otro cónyuge; inciso 1 artículo 54.

Es importante señalar en este punto, que la norma habla de la violación del deber de convivencia, señalándose en la segunda parte que: *“El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio”*³⁵.

³⁴ Boletín 1.759-18 (n.7), Pág. 172.

³⁵ El Código Civil expresa como fin del matrimonio el de “vivir juntos”, si bien, propiamente, esta vida en común se presenta más bien como uno de los “efectos” del matrimonio, que como uno de los fines a los que tiende, por su naturaleza, el mismo. Es, la plenitud e integridad del matrimonio la razón que justifica este

El motivo de divorcio por culpa reseñado nos obliga a referirnos, y a distinguir esta situación, de la contemplada en el artículo 55 en relación al divorcio por voluntad unilateral. El artículo 55 señala: *“Habrá lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años... En todo caso se entenderá que el cese de la convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas a que se refieren los artículo 22 y 25, según corresponda”*.

Para explicar esta parte debemos mencionar el Capítulo III de la Ley de Matrimonio Civil que trata de la separación de los cónyuges, distinguiéndose las siguientes situaciones:

- El artículo 21 señala que si los cónyuges se separan de hecho y de común acuerdo, pueden regular sus relaciones mutuas. De tal forma que el artículo 22 señala, el acuerdo que consta por escrito en alguno de los instrumentos mencionados en el mismo, otorgará fecha cierta al cese de la convivencia.

- El artículo 25 señala que existe fecha cierta, cuando no hay acuerdo y se solicita el procedimiento judicial del artículo 23; en este caso el cese corre a partir de la notificación de la demanda.

- El mismo artículo señala que si no mediare acuerdo ni demanda entre los cónyuges, uno de ellos puede expresar su voluntad en atención a poner fin a la convivencia, a través de los instrumentos señalados en el artículo 22, letras a) y

deber de vida en común en cuanto un efecto que se mira como complementario para la realización de sus fines propios. En: BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu; “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Op cit Pág. 170-172.

b), o dejar constancia de dicha intención –poner fin a la convivencia- ante el juzgado correspondiente para que se notifique al otro cónyuge.

Por tanto, los tres años de cese de convivencia exigidos para el divorcio unilateral comienzan a correr desde los eventos señalados.

Entendemos por “cese”³⁶: acción o efecto de cesar; cesar: dejar de hacer lo que se está haciendo; y “efectivo”³⁷ al ánimo de separarse, *animus separationis*.

Visto lo anterior, debe tomarse en consideración que la figura del divorcio por culpa nos permite obtener una sentencia con la sola prueba de la trasgresión grave y reiterada del deber de convivencia, ya que “*el abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio*”. Por tanto bastaría probar que el cónyuge abandonó el hogar ya sea en forma continua “o” reiterada, para que se acogiera la pretensión de divorcio fundada en el numero descrito en el artículo 54 N° 2.

La expresión abandono³⁸ significa dejar algo o a alguien; a su vez, continuo³⁹ proviene del latín *continuus* que significa, “que dura, obra, se hace o se extiende sin interrupción”. Y la expresión reiterada⁴⁰, “que se hace o sucede repetidamente”. Estos términos son claros, basta que el abandono del hogar común sea reiterado o continuo para solicitar el divorcio por culpa. Por esta razón, resulta a nuestro parecer, como vía más rápida y fácil frente al divorcio unilateral. Todo esto si pensamos en que no se exigen los tres años para su procedencia.

³⁶ www.rae.es, Diccionario de la Lengua Española, “cese”.

³⁷ Íbidem, “efectivo”.

³⁸ www.rae.es, Diccionario de la Lengua Española, “abandono”.

³⁹ Íbidem. “continuo”.

⁴⁰ Íbidem. “reiterado”.

En cuanto a la gravedad de la trasgresión en esta parte nos remitimos a lo dicho en la primera parte del numeral 2 del inciso 2 del artículo 54.

- Artículo 54 inciso segundo N° 3: *Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de la familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el libro II, título VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal.* En este numeral se violan los deberes de socorro, ayuda mutua⁴¹, respeto, protección, convivencia y cohabitación. Se exige un proceso penal concluido, con una sentencia ejecutoriada condenatoria, extendiéndose al autor y no al cómplice o encubridor. Se requiere que la condena sea por la comisión de crímenes o delitos precisados por el numeral 3 del artículo 54 y que ocasione una grave ruptura de la armonía conyugal, esto es que altere principalmente el deber de convivencia entre marido y mujer.

El supuesto normativo opera tanto respecto del que sea condenado o se encuentra en libertad habiendo cumplido su pena. En ambos casos el otro cónyuge puede pedir el divorcio.

Podemos mencionar dentro de los delitos que habilitan para invocar esta causal los siguientes⁴²:

*Delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública:

⁴¹ El artículo 102 del Código Civil reconoce como fin del matrimonio el de “auxiliarse mutuamente” entendido en su amplio sentido “bien de los cónyuges”, este fin determina la naturaleza esencial del matrimonio, sin el cual no es posible concebirlo en cuanto tal. En: BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu; “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Op cit Pág. 178-179.

⁴² Una clasificación de ellos en: ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho Penal” Parte Especial, Tomo IV, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, año 2001, Santiago de Chile. Págs. 9-91.

- Aborto.
- Abandono de niños y personas desvalidas.
- Crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas:
 - Suposición de parto.
 - Sustitución de un niño por otro.
 - Usurpación de estado civil.
 - Supresión de estado civil.
 - Las restantes figuras: No presentación de un menor.

Entrega de un menor a terceros. Inducción a abandono de hogar.

- Violación.
- Estupro.
- Abusos deshonestos.
- Violación sodomítica.
- Sodomía.
- Favorecimiento de la prostitución.
- Corrupción de menores.
- Ultrajes públicos a las buenas costumbres: Ultraje al pudor público.
- Difusión de pornografía.
- Incesto.

*Delitos contra las personas:

- Homicidio.
- Infanticidio.
- Lesiones corporales.

- Artículo 54 inciso 2 N° 4: *Conducta homosexual*. Se violan claramente los deberes de respeto y fidelidad. Debemos señalar en este punto que la norma habla específicamente de “conducta homosexual” y no homosexualidad⁴³. Por tanto se refiere a un comportamiento externo objetivo, es decir la realización de ciertos actos o modos de ser de naturaleza homosexual. Es evidente la novedad de esta causa en nuestra legislación y también en relación con muchos derechos extranjeros ya que ni el francés, ni el italiano, ni el español, ni el portugués lo contemplan.

- Artículo 54 inciso 2 N° 5: *Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre estos y los hijos*. La norma exige la enfermedad alcohólica o la toxicomanía, por tanto se requiere la existencia de dicha enfermedad y que constituya un impedimento para la convivencia armoniosa entre los cónyuges, exigencia concordante con la genéricamente establecida en la parte final del inciso primero del artículo 54, es decir, el efecto de tornar intolerable la vida en común.

De acuerdo a lo expuesto se desprende de ello que dicho numeral constituye una trasgresión de los deberes de ayuda mutua, respeto, protección.

- Artículo 54 inciso 2 N° 6: *Tentativa para prostituir al otro cónyuge*. Claramente este hecho representa una violación grave a los deberes de respeto y

⁴³ Mayor información al respecto en: BARRIENTOS GRANDON, Javier; NOVALES ALQUÉZAR, Aranzazu; “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Op cit Págs. 372 a 376.

protección entre los cónyuges contemplados en el artículo 133 del Código Civil. Es de mencionar que la antigua Ley de Matrimonio Civil consideraba este mismo hecho como causa para impetrar la declaración judicial de divorcio perpetuo o temporal.

3.2. B.-Violación grave de los deberes y obligaciones que derivan de la filiación para con los hijos.

Los deberes y obligaciones que impone el matrimonio a los padres para con los hijos, están guiados todos ellos por el principio consagrado en el inciso 2 del artículo 222 del Código Civil: “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”

Algunos señalan principalmente como deberes de los padres, el deber de dirigir la educación del hijo, y el cuidado de la crianza y educación de los mismos⁴⁴. Para Ramos Pazos⁴⁵ los derechos-deberes son los siguientes, el de

⁴⁴ COURT MURAZO, Eduardo, “Nueva Ley de Filiación, Ley N° 19.585 Filiación y Derechos sucesorios, Ley 19.620 de adopción”, Segunda Edición actualizada y ampliada, Editorial Jurídica Conosur Ltda., año 2000, Santiago de Chile. Págs. 243-248; ABELIUK MANASEVICH, René, “La Filiación y sus efectos”, Tomo I, La Filiación, Editorial jurídica de Chile, año 2000, Santiago, Chile. Págs. 313 y sig.

Se sostiene que los derecho deberes son: el de cuidado, el de mantener una relación directa y regular, el de corregir al hijo, el de crianza y educación y el deber de alimentos. En: ETCHEBERRY COURT, Leonor. Fundación, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, “El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.585”. Cursos y manuales, Servicio Nacional de la Mujer, año 1999, Santiago-Chile. Pág. 102.

cuidado, derecho de mantener una relación directa y regular, el de crianza y educación y los gastos de crianza y educación.

El legislador en este punto dejó abierta la puerta para que la ocurrencia de diversos hechos pueda configurar la causa genérica de divorcio establecida en el inciso 1° de la norma. No obstante esto, en la enumeración no taxativa de ciertos hechos caben algunos que dicen directa relación con la violación grave de dichos deberes.

- Artículo 54 inciso 2 N° 1: *Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica de alguno de los hijos. Se trasgrede con dichos hechos gravemente el deber de preocupación fundamental de los padres por el interés superior del hijo (art. 222 inciso 2 Código Civil). El artículo 234 del Código Civil señala: “los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal.*

Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquier persona o de oficio, decretará medidas en resguardo del menor, sin perjuicio de las sanciones que correspondiere aplicar por la infracción”.

Además podemos señalar que una conducta de maltrato habitual del padre a sus hijos está reconocida en el artículo 271 del Código Civil como causa de emancipación judicial.

⁴⁵ RAMOS PAZOS, Rene, “Derecho de familia”, Cuarta edición actualizada. Editorial jurídica de Chile. Año 2003. Pág. 425.

Dicha trasgresión es en los mismos términos antes señalado respecto del cónyuge.

- Artículo 54 inciso 2 N° 5: *Alcoholismo o drogadicción*. Claramente existe una violación a los mismos deberes indicados en el número anterior, y se entiende el alcoholismo y la drogadicción en los mismos términos explicados respecto del cónyuge, es decir, como una enfermedad.

- Artículo 54 inciso 2 N° 6: *Tentativa para prostituir a los hijos*. Hablamos de la violación del padre o la madre de preocuparse fundamentalmente por el interés superior de sus hijos y de procurar su mayor realización espiritual y material posible (art. 222 inciso 2 CC), de una falta a la obligación de corregir a los hijos, “cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal”. No obstante con ello se trasgreden gravemente todos los deberes que la filiación impone a los padres.

3.3.-QUE TORNE INTOLERABLE LA VIDA EN COMUN.

El artículo 54 exige que la falta constitutiva de violación grave de los deberes y obligaciones ya aludidos “torne intolerable la vida en común”. Este requisito o exigencia debe ser ponderado por el juez en atención a la norma del artículo 3 de la Ley de Matrimonio Civil, que prescribe lo siguiente “conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la

unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada”.

El término intolerable proviene del latín *intolerabilis*: que no se puede tolerar; y tolerar significa sufrir, llevar con paciencia; permitir algo que se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente. De este concepto podemos señalar que resulta un tanto difícil la tarea del juez, esto debido a que la tolerancia entre unos y otros tiene umbrales diferentes que pueden ocasionar problemas.

3.4.- CRÍTICAS AL DIVORCIO POR CULPA.

Finalmente, para cerrar estas páginas, estimamos conveniente destacar que el divorcio por culpa como concepto ha sido desplazado por las legislaciones comparadas, ello porque resulta inapropiado el concepto de culpa para el divorcio, ya que generalmente la ruptura del matrimonio se debe a motivos que provienen de faltas compartidas, y no solo atribuible a uno de los cónyuges. Por tanto, la sentencia de una demanda de divorcio por culpa, podría determinar que ésta es de ambos.

Todo esto implica un examen en donde se debe reconstruir el pasado, hurgando en aspectos que son de la vida privada de una pareja, y que ventilarlos en un juicio puede poner a las partes y a su grupo familiar en una situación incómoda, y que puede atentar contra una eventual reconciliación en la pareja, pudiendo deteriorarse además la imagen de los padres ante los hijos (para constatar aquello basta examinar los hechos enumerados en el artículo 54). Todo esto exagerado por las necesidades de un litigio.

El profesor Carlos Peña González⁴⁶, sostiene que uno de los desafíos que debe encarar una ley de divorcio es el de salvar la relación de los padres con los hijos, la que suele sacrificarse en medio del litigio que el divorcio por culpa suele alentar. Desde este punto de vista, la Ley 19.947 al establecer que “el juez procurará preservar y recomponer la vida en común” prevé como resultado que el divorcio por culpa, de acuerdo a lo señalado, aparece como una contradicción ante tales principios contemplados en la misma ley.

Por otro lado, el profesor Corral Talciani⁴⁷ señala que existe solo una causa para invocar el divorcio, que es la pérdida del afecto. De tal forma que al establecerse las causales, se permite a abogados “inescrupulosos” fabricar una causal. Sostiene que el fraude a la ley puede producirse mediante la utilización de dichas causales.

Nosotros sostenemos la misma idea ya que la sanción del incumplimiento de los deberes matrimoniales, que la misma ley señala, puede transformarse en una fuente que genere la mas variada gama de situaciones, que pueden ser aprovechadas con el objeto de obtener el divorcio en el tiempo mas breve, vulnerando el espíritu de la normativa.

Todas estas críticas, nos llevan a concluir que el divorcio por culpa contemplado en la nueva legislación matrimonial puede ocasionar problemas que con el correr de los años pueden generar una eventual necesidad de modificar dicha legislación.

⁴⁶ PEÑA GONZALEZ, Carlos, “¿Qué divorcio?”, Revista de Actualidad Jurídica N° 9 –Enero- 2004. Universidad de Concepción.

⁴⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, “Académicos analizan nueva Ley de Matrimonio Civil”, La Semana Jurídica, N° 176, semana del 22 al 28 de marzo de 2004.

BIBLIOGRAFÍA.

TEXTOS DE CONSULTA.

- 1.- **ABELIUK MANASEVICH**, René, “La Filiación y sus efectos”, Tomo I, La Filiación, Editorial jurídica de Chile, año 2000, Santiago, Chile
- 2.- **BARRIENTOS GRANDON**, Javier; **NOVALES ALQUÉZAR**, Aranzazu; “Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad”. Lexis Nexis 2ª edición, año 2004.
- 3.- **CORRAL TALCIANI**, Hernán:”Ley de Divorcio. Las razones de un no”. Estudios de Derecho Actual. Universidad de Los Andes.
- 4.- **COURT MURAZO**, Eduardo, “Nueva Ley de Filiación, Ley Nº 19.585 Filiación y Derechos sucesorios, Ley 19.620 de adopción”. Segunda Edición actualizada y ampliada. Editorial Jurídica Conosur Ltda, año 2000, Santiago de Chile.
- 5.- **ETCHEBERRY**, Alfredo, “Derecho Penal” Parte Especial, Tomo IV, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, año 2001, Santiago de Chile
- 6.- **FUEYO LANIERI**, Fernando, “Derecho Civil”, Texto sexto, derecho de Familia, Volumen I, año 1959, Santiago, Chile.
- 7.- **ETCHEBERRY COURT**, Leonor, Fundación, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, “El nuevo estatuto filiativo y las modificaciones al derecho sucesorio, a la luz de las normas y principios de la Ley Nº 19.585”. Cursos y manuales, Servicio Nacional de la Mujer, año 1999, Santiago-Chile.
- 8.- **MEZA BARROS**, Ramón, “Manual de derecho de la familia”, Tomo I. Colección Manuales Jurídicas, año 1989, Santiago, Chile.

9.- **RAMOS PAZOS**, René, “Derecho de Familia”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, año 2003, Santiago.

11.- **SOMARRIVA**, Manuel, “Derecho de Familia”, Editorial Nacimiento, 1946, Valparaíso, Chile.

12.- **TRONCOSO**, Hernán, “Derecho de familia”. Ediciones Universidad de Concepción, 2001. Santiago, Chile.

13.- **WILLIAMS BENAVENTE**, Raúl, “Divorcio e Iglesia”. Ediciones fundación de ciencias humanas, año 1997. Santiago, Chile.

PROYECTOS.

1.- **BOLETÍN** N° 264-07 de la Cámara de Diputados de 15 de enero de 1991.

2.- **BOLETÍN** N° 1517-06. Primer trámite constitucional de la Cámara de Diputados, fecha 17 de enero de 1995

3.- **BOLETÍN** 1.759-18.

4.- **BOLETÍN** N° 1759-18 de la Cámara de Diputados de 28 de noviembre de 1995.

5.- **BOLETÍN** 1.759-18 “Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento”. Indicación N° 133.

LEYES.

1.- Código Civil.

2.- Ley N° 19.947 “nueva Ley de Matrimonio Civil”

PUBLICACIONES.

- 1.- **CANALES**, Patricia; **LOISEAY**, Virginie; “Divorcio en la legislación comparada”. En Biblioteca del Congreso Nacional, Unidad de estudios y publicaciones.
www.bcn.cl
- 2.- **RAMOS PAZOS**, Rene, “Aspectos destacados de Ley 19.947 sobre Matrimonio Civil, publicada en el Diario Oficial del 17 de mayo de 2004” En www.derechouct.cl. Documento exclusivo.
- 3.- **TAPIA**, Mauricio, publicación: “Nulidad y divorcio en el proyecto de nueva Ley de Matrimonio Civil. www.cepchile.cl

ARTÍCULOS DE REVISTA.

- 1.- **CORRAL TALCIANI**, Hernán, “Indisolubilidad matrimonial y divorcio ante el derecho civil”, Revista Chile de derecho, Volumen 19.
- 2.- **LARRÍN RÍOS**, Hernán, “Divorcio necesario y sus causas en las legislaciones mundiales”, Revista de derecho y jurisprudencia, Tomo XCIV- N° 1- año 1997.
- 3.- **PEÑA GONZALEZ**, Carlos, “¿Que divorcio?”, Revista “Actualidad Jurídica” N° 9 - enero 2004. Universidad de Concepción.
- 4.- **SAMITH VEGA**, Gina, “El divorcio en el pueblo romano y su influencia cristiana”, Revista “Actualidad Jurídica” N° 9 - enero 2004.

PÁGINAS WEB.

-<http://www.bcn.cl>. Fecha: 07 de julio 2004.

-<http://www.cepchile.cl>. Fecha: 01 de julio 2004.

-<http://www.derechouct.cl>. Fecha: 20 julio 2004.

-<http://www.intratext.com/x/ESL0057.htm>. Fecha: 11 de junio 2004.

OTROS.

1.- “Académicos analizan nueva Ley de Matrimonio Civil”, La Semana Jurídica, N° 176, semana del 22 al 28 de marzo de 2004.

2.- “Nueva Ley de Matrimonio Civil, presenta deficiencias técnicas”, La Semana Jurídica, N° 187, semana del 7 al 13 de junio de 2004.