



**Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO**



TESINA

Escuela de Derecho

¿Procede que este incorporado en el Divorcio por culpa la trasgresión al deber de convivencia, señalado en el artículo 54 inciso 2 n° 2 de la ley de Matrimonio Civil?
¿Deben concurrir copulativamente todas las infracciones señaladas en el inciso 2 n° 2 del Art. 54?

Autor: Nicole Reyes Carreño.

Profesor Guía: Muriel Sabioncello

Septiembre 2010

INDICE

Resumen.....	Pág. 4
Palabras Claves.....	Pág. 4
Introducción.....	Pág. 5

CAPITULO I

Breve referencia al Divorcio.....	Pág. 7
1.- Divorcio Remedio.....	Pág. 7
2.- Divorcio Consensual.....	Pág. 8
3.- Divorcio por culpa.....	Pág. 8

CAPITULO II

Divorcio por Culpa.....	Pág. 9
1.- Generalidades.....	Pág. 9
2.- Regulación Jurídica.....	Pág. 9
3.- Causal Genérica.....	Pág. 10
3. a.- Falta imputable a uno de los cónyuges.....	Pág. 11
3. b.- Que dicha falta constituya una “violación grave de ciertos deberes y obligaciones.....	Pág. 11
3. c.- Que dicha falta torne intolerable la vida en común.....	Pág. 13
4.- Hechos que constituyen causal del Divorcio por Culpa.....	Pág. 13
4. a.- Artículo 54 inciso 2 N° 1.....	Pág. 13
4. b.- Artículo 54 inciso 2 N° 2.....	Pág. 13
4. c.- Artículo 54 inciso 2 N° 3.....	Pág. 13
4. d.- Artículo 54 inciso 2 N° 4.....	Pág. 15
4. e.- Artículo 54 inciso 2 N° 5.....	Pág. 15
4. f.- Artículo 54 inciso 2 N° 6.....	Pág. 15
5.- Críticas al Divorcio por Culpa.....	Pág. 15

CAPITULO III

Artículo 54 inciso 2° N° 2.....	Pág. 18
1.- Generalidades.....	Pág. 18

CAPITULO IV

Problemas que presenta el Art. 54 inciso 2 N° 2, Ley 19.947.....	Pág. 20
1.- Cese de la Convivencia en el Divorcio por Culpa.....	Pág. 20
2.- Cese de la convivencia: Diferencia como causal del Divorcio por culpa y del Divorcio Remedio.....	Pág. 29
a.- Cese de la convivencia en el Divorcio por Culpa.....	Pág. 29
b.- Cese de la convivencia en el Divorcio Remedio.....	Pág. 30
3.- Según la procedencia de forma copulativa o indistinta, de los hechos señalados en el artículo 54 inciso 2 N° 2, Ley de Matrimonio Civil.....	Pág. 38
Conclusión.....	Pág. 40
Bibliografía.....	Pág. 44

RESUMEN

Este trabajo busca analizar uno de los tipos de Divorcio que existen en la ley de Matrimonio Civil 19.947, este es el Divorcio por culpa, y más precisamente busca realizar un estudio minucioso del artículo 54 inciso 2 n° 2 de la ley 19.947.

Se centrara el estudio en la infracción al deber de convivencia que es contemplado como un hecho que puede dar lugar a la solicitud del Divorcio por culpa, lo que también se encuentra contemplado como causal del Divorcio Remedio, por lo cual buscare establecer, en primer lugar si esta infracción puede imputarse a uno de los cónyuges y dar lugar al Divorcio por culpa, además y en segundo termino el trabajo analizara si lo señalado en el inciso 2 n° 2 del articulo 54 de la ley 19.947 se exige en forma copulativa o bien se puede solicitar indistintamente, en atención que la infracción al deber de convivencia se encuentra contemplada como una causal del Divorcio Remedio, por lo tanto donde podemos encontrar el limite entre uno y otro.

Palabras Claves:

- Divorcio por culpa.
- Divorcio Remedio.
- Culpa.
- Sanción.
- Infracción al deber de convivencia.

INTRODUCCION

Con la incorporación del Divorcio como figura jurídica en la nueva Ley de Matrimonio Civil 19.947, promulgada el 7 de Mayo del 2004 y de su entrada en vigor el 17 de Noviembre del mismo año, ha significado una profunda reforma al derecho matrimonial chileno.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo se ha ocupado, en primer lugar, de hacer una breve referencia al Divorcio, como nueva figura jurídica, luego hace una distinción entre los tres tipos de Divorcio (consensual, remedio y por culpa), para entrar finalmente a efectuar un estudio y análisis minucioso del Divorcio por Culpa y mas precisamente a la norma que contiene las causales y los hechos que dan lugar a este divorcio, principalmente a realizar un estudio de los hechos contemplados en el artículo 54 inciso 2 n ° 2 de la ley de Matrimonio Civil.

El presente trabajo además ha buscado establecer qué es lo que entendemos por Divorcio por Culpa, qué es lo que señala la ley de Matrimonio Civil 19.947 respecto a esta materia, y cuáles son las causales y hechos que configuran esta figura jurídica.

De esta forma, una vez que se tenga claridad respecto a lo anterior, se realizara en segundo lugar, un análisis de lo que entendemos por infracción al deber de convivencia, y luego se estudiara esta infracción como un hecho que da lugar a la solicitud del Divorcio sanción o por culpa, según lo señalado en el Art. 54 inciso 2 n ° 2 de la ley 19.947, por tanto se buscara poder establecer si efectivamente esta infracción podrá ser imputada como un acto culpable a uno de los cónyuges, ya que es en la existencia de este culpabilidad en lo que se basa este tipo de divorcio.

Además el trabajo analizara la infracción al deber de convivencia como causal genérica del Divorcio remedio, según lo señalado en el Art. 55 inciso 3 de la ley de Matrimonio Civil, confrontando este análisis con lo señalado en el Art.54 inciso 2 n ° 2 de la ley en comento, se intentara establecer cuáles son los argumentos para que la infracción al deber de convivencia se encuentra contemplada en ambas normas legales y de que forma puede interpretarse lo anterior, y donde encontramos el limite para hacer la distinción de esta infracción, en uno y otro tipo de Divorcio.

Y en atención a lo señalado anteriormente, esto es: que la infracción al deber de convivencia se encuentre contemplado tanto en el Divorcio por culpa, como en el Divorcio remedio, el trabajo busca establecer si los hechos señalados en el Art. 54 inciso 2 n ° 2 de la ley de Matrimonio Civil, deben concurrir copulativamente o bien de forma separada para poder demandar el Divorcio por uno de los cónyuges, y así finalmente poder entender de que forma procede este hecho en uno y otro caso, es decir en el Divorcio remedio y por culpa.

Además se citaran, a modo de referencia, sentencias que dicen relación con la materia estudio de esta tesis, para poder concluir si existen deficiencias en la norma, que puedan dar lugar a distintas interpretaciones, y por tanto a distintas soluciones jurisprudenciales.

CAPITULO I

Breve referencia al Divorcio

El Divorcio en Chile ha sido incorporado como figura jurídica, luego de un largo pasado de discusiones, en la nueva ley de Matrimonio Civil 19.947, promulgada el 7 de Mayo del año 2004, y que entra en vigor el 17 de Noviembre del mismo año, esto ha significado una serie de reformas al derecho de familia y mas concretamente al derecho matrimonial chileno.

El concepto Divorcio deriva del latín “Divorcium”, que significa separar¹.

El Divorcio lo podemos entender 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 judicial², por tanto podemos señalar que el Divorcio pone termino al matrimonio, así como también lo señala el artículo 53 de la ley de Matrimonio Civil, “*el divorcio pone termino al matrimonio, pero no afectara en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella*”³.

En la nueva ley de Matrimonio Civil 19.947, pueden distinguirse tres clases de Divorcio:

- 1.- Divorcio por culpa o sanción, establecido en el Art. 54 de la ley 19.947.
- 2.- Divorcio consensual, establecido en el Art. 55 inciso 1º y 2º de la ley 19.947.
- 3.- Divorcio remedio, establecido en el Art. 55 inciso 3º de la ley 19.947.

1.- Divorcio remedio:

Este tipo de Divorcio se encuentra regulado en el Art. 55 inciso 3 de la ley de Matrimonio Civil: “*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*

¹ SOMARRIVA, 1946, Pág. 97.

² Barrientos y Novales, 2004, Pág. 358.

³ Art. 53, ley 19.947.

solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo⁴.

Cabe hacer referencia que el Divorcio remedio, como lo señala el artículo citado, procede como una forma de poner término al matrimonio, luego de que en este ha cesado la convivencia por un periodo superior a 3 años, el trabajo se referirá a lo señalado con mayor profundidad y haciendo un análisis comparativo con el Divorcio por culpa en las páginas siguientes.

2.- Divorcio consensual:

Este Divorcio se fundamenta en el mutuo acuerdo de los cónyuges, así como lo señala el Art.55 inciso 1 y 2 de la ley de Matrimonio Civil: *“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.*

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...”⁵

No se hará mayor referencia a este tipo de Divorcio, en atención que no será materia de estudio del presente trabajo.

3.- Divorcio por culpa:

El Divorcio por culpa se encuentra regulado en el Art. 54 de la ley de Matrimonio Civil, en esta oportunidad solo señalaremos que esta clase de Divorcio se fundamenta en un acto culpable de uno de los cónyuges, generando una causal contemplada en el mismo artículo que da lugar a la solicitud del divorcio, en los capítulos siguientes nos referiremos con mayor precisión a esta materia, ya que será el objeto de estudio de este trabajo.

⁴ Art.55 inciso 3, Ley 19.947.

⁵ Art. 55 inciso 1 y 2, Ley 19.947.

CAPITULO II

Divorcio por Culpa

1.- Generalidades:

Se concibe como una institución fundada en la existencia de un 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 culpable⁶.

Por tanto podemos señalar que procede esta institución fundada en un acto culpable de uno de los cónyuges, en el evento que el juez aprecie la existencia de una falta contra los deberes matrimoniales, imputable al cónyuge culpable y de suficiente gravedad para que justifique la terminación de la unión conyugal, según lo señalado en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil.

Además, cabe señalar que en virtud de un principio general y transversal al derecho, que consiste en que nadie puede aprovecharse de su propio dolo, la ley permite el ejercicio de la acción de divorcio sólo a aquel cónyuge inocente de las faltas, en este caso de la infracción a algunos de los deberes señalados en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil.

2.- Regulación jurídica:

El Divorcio por culpa se encuentra regulado en el Artículo 54 de la ley 19.947 (Ley de Matrimonio civil), el que señala lo siguiente:

“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:

⁶ López Díaz, 2007, Pág. 276.

- 1°.- *Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;*
- 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;*
- 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, título VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;*
- 4°.- *Conducta homosexual;*
- 5°.- *Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre estos y los hijos, y*
- 6°.- *Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos”.*⁷

La enumeración de causales de Divorcio por culpa que efectúa este artículo no es taxativa, por tanto podrá invocarse otras situaciones no expresamente contemplada en la norma, en la medida que encuadre con la causal genérica mencionada en el inciso 1° de la norma.⁸

3.- Causal Genérica:

En el artículo 54 inciso 1 de la Ley 19.947, contempla la causal genérica, que habilita al cónyuge inocente para solicitar la declaración judicial de divorcio. Pero además se incluyó una enumeración no taxativa, en el inciso 2 del señalado artículo, solo a modo de ejemplo de ciertos hechos cuya ocurrencia hace que se incurriera en una causal del Divorcio por culpa.

No se efectuara en esta oportunidad un análisis exhaustivo de la norma del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, solo en este acápite se señalara que para poder demandar la declaración judicial de divorcio es necesario que concurren copulativamente los siguientes elementos:

⁷ Art. 54. Ley 19.947.

⁸ Patricio Veliz Möler, Pág. 51, 2004

- 3.a) Falta imputable a uno de los cónyuges.
- 3.b) Que dicha falta constituya una:
 - a) Violación grave a los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio a los cónyuges, o bien.
 - b) Una violación grave de los deberes y obligaciones que derivan de la filiación para con los hijos.
- 3.c) Que dicha falta torne intolerable la vida en común.

3.a) Falta imputable a uno de los cónyuges:

La ley no se ocupó de definir que se entiende por falta, según la Real Academia Española se define como el “quebrantamiento de una obligación”⁹, además resulta razonable entender esta falta, como una conducta que implica la ausencia del cumplimiento de un deber u obligación, que es aquella descrita en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil.

En cuanto al término imputabilidad, implica un juicio de atribución de la conducta reprochable al cónyuge que incurra en ella, en un vínculo causal entre conducta (acción u omisión) y el resultado de la falta¹⁰. Por tanto que la ausencia de cumplimiento de los deberes y obligaciones, precisados en la misma ley, sea imputable al otro cónyuge¹¹

3.b) Que dicha falta constituya una “violación grave de ciertos deberes y obligaciones”:

La ley tampoco ha señalado que entendemos por gravedad y cuando la falta constituye una violación grave, pero en atención a lo que dispone el artículo 54 inciso 1, se señalara que si la trasgresión a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio trastorna la vida en común, y es difícilmente recuperable, la falta es grave, además si la vinculamos con la parte final del artículo 54 inciso 1º (“que torne intolerable la vida en común”), ambas expresiones debieran ser ponderadas por el juez. Y como una forma de precisar el término gravedad, cabe señalar que provienen del latín “*gravis*”, que significa grande, de mucha entidad o importancia¹². Por otra parte no se ha

⁹ www.raes.es

¹⁰ López Díaz, 2007, Pág. 292.

¹¹ Barrientos y Novales, 2004, Pág. 364.

¹² www.raes.es

impuesto como requisito general la “reiteración” de la violación a los deberes y obligaciones, aunque si lo exige para alguno de los hechos concretos que el inciso segundo del artículo 54 enumera como constitutivos de la referida causa genérica del divorcio.

a) Violación grave a los deberes y obligaciones que impone el matrimonio a los cónyuges:

Las obligaciones que impone el matrimonio a los cónyuges son:

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

Y serán la generalidad de casos que se contemplan en el inciso 2º del artículo 54 de la ley 19.947.

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, se encuentran señalados en el inciso 2º 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”*¹³.

¹³ Art. 222 inciso 2. Código Civil

Para René Ramos los derechos y deberes son los siguientes: el de cuidado, derecho de mantener una relación directa y regular, el de crianza, educación y los gastos de crianza y educación.¹⁴

El legislador dejó la puerta abierta para que diversos hechos puedan configurar la causal genérica de este tipo de Divorcio. Sin embargo, en la enumeración no taxativa señalada en el inciso 2º n° 2 del artículo 54 de la Ley 19.947, caben algunos hechos que tienen directa relación con la violación grave de dichos deberes, contemplados en el inciso 2, n° 1, 5 y 6 de la Ley 19.947.

3.c) Que dicha falta 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”.¹⁵

Esta tarea resulta muy difícil para el juez, ya que la ponderación entre la tolerancia de unos y otros es muy difícil de determinar.

4.- Hechos que constituyen causal del Divorcio por Culpa:

4.a) Artículo 54 inciso 2 N° 1: *Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge...*

Encontramos en este numeral una transgresión a los deberes de respeto y protección recíproca, señalados en el artículo 131 del Código Civil.

4.b) 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.*

¹⁴ René Ramos Plazos, 2003, Pág. 425.

¹⁵ Art. 3. Ley 19.947.

Por el momento solo se señalara que se transgreden los deberes señalados en los artículos 131 y 133 del Código Civil, que aparecen claramente establecidos en la primera parte de este número. En cuanto a la gravedad esta tesis se remitirá a lo señalado anteriormente, respecto de la exigencia genérica de la violación grave.

Además de este numeral se puede desprender que se exige la reiteración de la transgresión, pareciendo una excepción a lo señalado en el inciso primero del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil.

Con posterioridad se tratara con mayor detención y análisis lo señalado en el artículo 54 inciso 2 n° 2 del la Ley de Matrimonio Civil, ya que será el objeto de estudio de esta tesis, por tanto se le dará un tratamiento separado en un capítulo de esta tesis.

4.c) 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 numero se violan los deberes de socorro y ayuda mutua, así lo señala el Código Civil en el artículo 102, al señalar como fin del matrimonio el auxiliarse mutuamente, este fin determina la naturaleza esencial del matrimonio, sin el cual no es posible concebirlo como tal.¹⁶

En este numeral se exige un proceso penal concluido, una sentencia ejecutoriada condenatoria, por la comisión de crímenes o delitos precisados en el número 3 del inciso 2 del artículo 54 de la Ley 19.954 y que genere una grave ruptura de la armonía conyugal, que altere principalmente el deber de convivencia del marido y la mujer.

Dentro de los delitos se puede mencionar:

Delitos contra el orden de la familia y la moralidad publica

- Aborto.
- Abandono de niños y personas desvalidas.
- Crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas:

¹⁶ Barrientos y Novales, Pág.178-179. 2003

- Suposición de parto.
- Sustitución de un niño por otro.
- Usurpación de estado civil.
- Supresión de estado civil.
- 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.

4.d) Artículo 54 inciso 2 N° 4: *Conducta homosexual.*

Se violan los deberes de respeto y fidelidad. En este punto la norma habla de “conducta homosexual” y no de “homosexualidad, por tanto se exige un comportamiento externo objetivo, es decir la realización de actos de naturaleza homosexual.

4.e) - 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 que la enfermedad alcohólica o toxicomanía afecten la convivencia y par tanto siguiendo lo señalado en la causal genérica, torne intolerable la vida en común.

4.f) - Artículo 54 inciso 2 N° 6: *Tentativa para prostituir al otro cónyuge.*

Constituye una violación a lo señalado en el artículo 133 del Código Civil, transgrede el deber de respeto y protección

5.- Crítica al Divorcio por Culpa:

El divorcio por culpa es altamente criticado no solos por quienes son contrarios al divorcio, sino también por quienes consideran al divorcio como una herramienta jurídica eficaz para enfrentar quiebres matrimoniales.

Los ingleses fueron los primeros en desplazar el 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 de la descripción de varias causales específicas. La “Matrimonial Causes Act de 1973”, establece como causa única de divorcio la “irretrievable breakdown of marriage”, esto es la ruptura irremediable de la comunidad conyugal”¹⁷

Don Hernán Corral, 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 solo constatar una opción que garantiza la tolerancia y el pluralismo que identifica a la sociedad contemporánea.¹⁸

Se critica a este tipo de divorcio, porque enfrenta a los cónyuges a un a verdadera batalla final para acreditar la concurrencia de una infracción a los deberes matrimoniales, es el mismo artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, el que señala que la infracción debe ser imputada a uno de los cónyuges, además es en un proceso que resulta tremendamente destructivo para la familia y con alta probabilidad que hará aun mas difícil el logro de los acuerdos que naturalmente se requieran para su recomposición. Se dice, con justa razón que el proceso de buscar culpables resulta tortuoso para las partes y obliga al juez a inmiscuirse en aspectos de la intimidad de los cónyuges, lo que no hace otra cosa que destruir innecesariamente lo poco o nada que ha quedado de una relación ya rota. Es esta

¹⁷ Hernán Corral, Págs. 41-42, 2001.

¹⁸ Hernán Corral, Pág. 35-52, año 2001.

problemática que conduce a la alternativa de un divorcio mas pacifico., que no requiera involucrar culpas, que proceda una vez que la ruptura se ha tornado irremediable.¹⁹

Por su parte, el divorcio por culpa puede ser altamente criticado, en síntesis, al desarrollo de las siguientes ideas:

1) Durante el proceso de divorcio es muy improbable la determinación, con un grado razonable de certeza, del real responsable —si es que existe— del fracaso conyugal.

2) Pero no sólo se trata de una cuestión de prueba, sino que se cuestiona la existencia misma de la culpabilidad exclusiva de un cónyuge (o, si se quiere, la inocencia del otro).

3) El desarrollo del proceso contradictorio inculpatario desencadena perniciosas consecuencias en el núcleo familiar, especialmente en los hijos, por la especie de guerra judicial que se crea entre las partes durante el pleito.

4) En el juicio, un tercero —el juez— se inmiscuye en aspectos de la intimidad y privacidad de la pareja que quizás ellos no quisiesen que quede registrado en un tribunal.²⁰

Para el estudio de esta tesis, resulta importante establecer la critica que la doctrina ha hecho al divorcio por culpa, ya que como se señalara con posterioridad, la problemática de este trabajo se centrara en el cese de la convivencia como hecho que da lugar a la solicitud del divorcio por culpa, lo que resulta discutible si se piensa que la mayor critica que se realiza a la figura jurídica del divorcio sanción, es que es un proceso tremendamente destructivo para la familia y que pone al juez en la labor de inmiscuirse en la vida familiar y establecer a quien se le imputara el acto culpable, que lleva al quiebre matrimonial, lo que resulta erróneo si pensamos que probablemente el cese de la convivencia proviene de culpas compartida, sin que pueda ser imputado a ninguno de los cónyuges.

¹⁹ Patricio Veliz Möler, Pág. 52 y 53, 2004.

²⁰ Mauricio Luis Mizrahi, Pág. 196 y ss. 2008.

CAPITULO III

Artículo 54 inciso 2° N° 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.

1.- Generalidades. Sobre la primera parte de este numero “trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio”, aparece de forma clara cuales son los deberes del matrimonio transgredidos, estos son:

- Deber de convivencia (Art. 102 y 133 del Código Civil): El Código Civil en el artículo 102 señala que la convivencia, mas precisamente el “vivir juntos”, es un fin del matrimonio, pero mas bien se presenta como un efecto del matrimonio que conlleva un deber. Además el artículo 133 señala que pueden existir razones fundadas para no hacerlo, no vivir en el hogar común, y en esto casos no existirá la requerida falta imputable a uno de los cónyuges, algunos ejemplos son: cumplimiento de una obligación o carga relacionada con el empleo, profesión u oficio, el padecimiento de una enfermedad u otras causa que imposibiliten el cumplimiento del deber de convivencia.
- Deber de socorro (Art. 131 y134 del Código Civil): El artículo 131 señala que los cónyuges tienen el deber de socorrerse, y por su parte el artículo 134 del Código señala que ambos cónyuges deben proveer las necesidades familiares, que es una forma de socorrerse.
- Deber de fidelidad 131 y132 del Código Civil): El artículo 131 de Código Civil señala que los cónyuges esta obligados a guardarse fe²¹, y por su parte el artículo 132 señala en que consiste la infracción al deber de convivencia. Ha existido discusión sobre cuando se entiende infringido el deber de convivencia, solo en el

²¹Art. 131 del Código Civil.

evento de relaciones sexuales entre personas de distinto sexo o también entre relaciones homosexuales. Además si solo se configura cuando hay unión carnal o también cuando existen intrigas amorosas. Y por ultimo si es suficiente para configurar la causal y la falta grave, la existencia de solo una infidelidad.

La gravedad será entendida en los términos señalado anteriormente, respecto a la exigencia genérica “violación grave”, señalada en el Art. 54 inciso 1°.

A su vez la norma en esta parte exige la reiteración de la trasgresión a estos deberes, lo que aparece como una excepción a la causal genérica comprendida en el Art 54 inciso 1° de la ley de Matrimonio Civil, fundada en la falta imputable de uno de los cónyuges.

Y sobre la segunda parte de este numero “el abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio”. La ley no indica el plazo de duración del abandono continuo, ni el número cuando se entiende reiterado, por su parte el profesor Carlos López, señala que queda a criterio del juez apreciarlo²².

Respecto al numeral 2 del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, se produce una serie de inconvenientes al contemplar el cese de la convivencia, como un hecho que da lugar a la solicitud del Divorcio por Culpa, ya que esta infracción a uno de los deberes matrimoniales (deber de convivencia), se contempla como causal genérica del Divorcio Remedio. En el acápite posterior de esta tesina, se hará referencia a lo problemas de redacción e interpretación que se producen debido a la composición de este numeral.

²² Carlos López, 2007, Pág. 296.

CAPITULO IV

Problemas que presenta la redacción del Art.54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil.

1.- Cese de la Convivencia en el Divorcio por Culpa:

El artículo 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, contempla como un hecho que configura causal del divorcio por culpa, la infracción al deber de convivencia, lo que produce problemas de interpretación de la norma y de confusión con la figura del divorcio remedio.

Por tanto, y para dar mayor claridad a la incorporación de esta infracción, señalaremos que entendemos por cese: la acción o efecto de cesar, dejar de hacer lo que se esta haciendo²³. Por tanto en el caso concreto correspondería a dejar de vivir en el hogar común.

Además, cabe señalar que el cese de la convivencia establecido en el artículo 54 de la Ley 19.947, no tiene que estar fundado en una causa razonable, para que constituya una infracción al deber de convivencia, seria por ejemplo, que por motivos laborales se imposibilite el poder vivir en el hogar común, debido al traslado de uno de los cónyuges a una ciudad distinta a la que reside su familia. En el caso señalado no existe el ánimo de separación, por lo que no se constituiría la infracción requerida en la norma.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior, se discute cuando existe cese de la convivencia y cuando este constituye una causal del Divorcio por culpa, ya que como bien señala María Soledad Quintanilla, hay que determinar si para que se configure el cese de la convivencia, es requisito sine qua non, la separación de techo. Así bien puede un matrimonio separarse, pero por razones económicas o por el bienestar de los hijos decidan continuar viviendo en el mismo hogar, por tanto se podría concluir que lo fundamental para su determinación no es el lugar donde residan los cónyuges, sino la existencia, o no, del animus separationis.²⁴

²³ www.rae.es

²⁴ María Soledad Quintanilla, 2008, Pág. 267-288

Por otra parte, también es discutible si debido al cese de la convivencia, se puede imputar culpabilidad a uno de los cónyuges, ya como ha sido señalado, la figura jurídica del divorcio por culpa se basa en la existencia de un acto culpable, apareciendo como una sanción para el cónyuge infractor.

En atención a lo señalado anteriormente, encontramos antecedentes jurisprudencia, que analizaremos a continuación.

Análisis de sentencia:

Siguiendo los considerandos séptimo y octavo, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 1724-2007, señala: "*7° Que el cese de la convivencia, como se dijo, fue a partir del 11 de mayo de 1999, de acuerdo al documento de fs. 198, fiel a su original según certificación notarial de fs. 202 vta. y que corresponde al comparendo celebrado entre las partes en el Primer Juzgado Civil de Talcahuano, causa rol N° 2.786-99, sobre violencia intrafamiliar, donde deciden separarse de hecho, y considerando que ambos no tienen otro lugar donde vivir, acordaron hacerlo en la misma casa habitación pero, en dormitorios separados. 8° Que no es necesario para el cese de la convivencia el corpus separationis, sino la no subsistencia de la affectio, requisito que caracteriza la intención de no hacer vida en común, lo que ha sucedido en el caso sub judice, aun cuando convivan los cónyuges bajo un mismo techo*".

Por tanto, de esta sentencia aparece de manifiesto que no en todos los casos se cumple la infracción al deber de convivencia cuando los cónyuges se separan de cuerpo, o bien ya no residen en el hogar común, ya que esta infracción existe aún que los cónyuges sigan viviendo en la misma casa, ya que no existe la affectio. Por lo que se podría concluir que no en todos los casos la infracción al deber de convivencia significa un abandono continuo o reiterado del hogar común, según lo señalado en el Art 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil.

Por otra parte, aparece de manifiesto en la jurisprudencia mencionada, que pese a la culpabilidad de uno de los cónyuges por generar desavenencias maritales, de igual forma se puede mantener la convivencia en un mismo hogar, por lo que en realidad la infracción al

deber de convivencia se puede dar cuando existe el ánimo de separación y no la separación de cuerpos.

Análisis de Sentencia:

Por otra parte, siguiendo una resolución de la segunda sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 30 de Enero del 2006, se establece que el cese de la convivencia no depende de una conducta imputable a ninguno de los cónyuges, como se menciona a continuación: *“el tipo de divorcio consagrado en la nueva ley de matrimonio civil, es un divorcio causado (por causa), que procede en la medida que se acredite la concurrencia de causales subjetivas, como el maltrato físico o psicológico que suponen una conducta culpable del otro cónyuge o de una causal objetiva, como es el cese de la convivencia - que no depende de conducta imputable a ninguno de los cónyuges - y que consiste en la separación efectiva de los cónyuges, por un cierto espacio de tiempo previsto en la ley...”*

En atención al párrafo mencionado, parece discutible que se contemple el cese de la convivencia precisamente en el Divorcio por Culpa, ya que como se señaló anteriormente, este tipo de divorcio se funda en una falta imputable a uno de los cónyuges, por tanto entender que la infracción al deber de convivencia es producto de un acto culpable de uno de ellos, parece un tanto debatible, aun más si pensamos que en la mayoría de los casos el cese se produce por problemas maritales irremediables, que no son imputables a uno de ellos, y aún más dificultosa es la tarea del juez de determinar si el cese se produjo por la culpabilidad de solo uno de los cónyuges, y que no se debe a problemas de caracteres que hacen imposible la convivencia entre ellos.

Por tanto, la sentencia mencionada está describiendo a dos tipos de divorcios que se fundan en distintas causas, por una parte existen causas subjetivas, que darían lugar al divorcio por culpa, y por otra parte las causas objetivas dan lugar al llamado divorcio remedio, y una de estas causas objetivas es el cese de la convivencia en un tiempo determinado por la ley, caso que ocurre en el divorcio remedio, que se contempla el plazo de tiempo de tres años para entender configurado este divorcio, cuestión que no ocurre en el divorcio por culpa, por tanto podría pensarse que se puede demandar este último por haber

cesado la convivencia por un tiempo menor al de tres años, lo que daría lugar a que fuera mas fácil acceder al termino del matrimonio mediante la figura jurídica del divorcio por culpa, que mediante el divorcio remedio, lo que es discutible si pensamos que el divorcio sanción es precisamente una figura que fue creada con la intención de sancionar al cónyuge infractor.

Por otra parte el cese de la convivencia es causal genérica del divorcio unilateral, por tanto, según lo señalado anteriormente puede ser impetrada en uno y otro tipo de divorcio. En efecto, podría suceder que un cónyuge interrumpa unilateralmente la convivencia y falta a su deber de cohabitación, y luego interpone acción de divorcio en contra del otro cónyuge fundado en el plazo de tres años de cese de la convivencia consagrado en el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, lo que puede dar lugar a que sea perfectamente posible que el cónyuge demandado demande reconventionalmente divorcio sanción, pero en este caso por violación grave de los deberes y obligaciones matrimoniales señalados en el artículo 54 de la Ley en comento, y mas precisamente en el inciso 2 N° 2 de la norma, esto es, por haber faltado su consorte al deber de vida común, por tanto generándose una causal de Divorcio por Culpa, y probada la causal invocada en la reconvencción, el juez decretará el divorcio en virtud de la culpa del demandante y rechazará la demanda que invocaba abusivamente el cese de la convivencia.²⁵

En virtud a lo anteriormente señalado, es de gran importancia determinar cuando procede el cese de la convivencia como causa o hecho que configura uno y otro tipo de divorcio, ya que si pensamos que en el divorcio por culpa no se exige el plazo de tres años, que si se contempla para que proceda el cese como causal del divorcio remedio, parece el primero una vía mas rápida y fácil frente al divorcio unilateral.

Por tanto, si entendemos 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, señalado en la segunda parte del artículo 54 inciso 2 N° 2 de la ley de Matrimonio Civil, según lo que señala la misma norma, es una transgresión grave a los deberes del matrimonio, y mas

²⁵ María Soledad Quintanilla, 2008, pág. 267-288

concretamente al deber de convivencia, bastaría solo probar que el cónyuge abandono el hogar sea en forma continua o reiterada, para poder demandar judicialmente el termino del matrimonio mediante el divorcio por culpa, según lo señalado en el Art. 54 inciso 2 N° 2 de la ley 19.947.

Análisis de Sentencia:

Respecto a este tema, que la infracción al deber de convivencia pueda ser invocada tanto en el Divorcio unilateral, como en el por culpa, encontramos una fallo de la cuarta sala de la Corte Suprema, con fecha 20 de Agosto del 2008, que trata sobre un recurso de Casación en la Forma, contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el 3 de Enero del 2008. La que señala: “ *en fojas 416, que revoca la sentencia de primer grado, en cuanto por ella se desestimó la demanda reconventional de divorcio, decidiéndose en cambio, que en la especie, se disuelve el matrimonio por concurrir, además, respecto del cónyuge la causal de divorcio contemplada en el numeral 2 del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil. En lo demás, se confirma la sentencia apelada, con declaración que la suma que don Segundo Pastor Arellano deberá pagar a doña Luz Elena Gómez Figueroa, a título de compensación económica se eleva a \$18.000.000.- (dieciocho millones de pesos), la que deberá enterar en cuotas mensuales de doscientos mil pesos cada una... “*

De la sentencia mencionada se puede establecer, que la Corte de Apelaciones de Valparaíso, contemplo el cese de la convivencia como un acto culpable a uno de los cónyuges, revocando la sentencia de primer grado, que señalo que se ponía término al matrimonio por configurarse una causal de Divorcio Remedio. Por tanto, se podría señalar que existen antecedentes jurisprudenciales que establecen que la infracción al deber de convivencia, en algunos casos, se puede imputar a la culpabilidad de uno de los cónyuges, por lo que bastaría probar este hecho (imputabilidad del acto), para configurar una causal del Divorcio por Culpa, lo que es una tesis contraria a lo señalado con antelación, cuando haciendo referencia a una resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2006, señala que el cese de la convivencia es una causal objetiva, ya que no es una causa imputable a ninguno de los cónyuges, lo que se contrasta no solo con la causal genérica del

Divorcio por Culpa, sino también con la razón de ser de este tipo de divorcio y lo que define al mismo, que es la imputabilidad de culpabilidad de un acto de uno de los cónyuges.

Por tanto, siguiendo la sentencia, se podrá concluir que en este caso, resulto más fácil demandar Divorcio por Culpa, por haber cesado la convivencia y de esta forma no se tuvo que esperar los 3 años que se exigen en el Divorcio Remedio, según lo señalado en el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil.

-Siguiendo con el antecedente jurisprudencial anunciado anteriormente, el demandante principal fundamenta el recurso de casación en la forma, de la siguiente manera:

Primero: Que la primera causal de nulidad invocada es la contemplada en el numeral 7° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en contener la sentencia en alzada decisiones contradictorias, al haberse dispuesto la terminación del matrimonio entre las partes por la concurrencia simultánea de dos causales de divorcio que en rigor son incompatibles, ya que el cese de la convivencia corresponde a una causal remedio que descansa en la ruptura de la unión conyugal, opuesta a la tesis de divorcio castigo o sanción por culpa de uno de los cónyuges, como es la del artículo 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil.

En segundo lugar, se denuncia que la sentencia atacada ha incurrido en el vicio de ultra petita, previsto en el numeral 4° del citado artículo 768 del Código de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 160 del mismo texto legal, el que funda en el hecho que los sentenciadores han otorgado más de lo pedido por las partes, extendiéndose a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, excediendo la competencia dada por las partes, al declarar el divorcio de que se trata por la concurrencia de dos causales simultáneamente, ya que tal decisión no se ajusta a lo que éstas han solicitado en sus respectivas acciones y apelaciones.

Siguiendo el párrafo citado, se puede establecer que el demandante principal recurre alegando que el cese de la convivencia es causal del Divorcio Remedio, ya que es opuesto a la tesis del Divorcio por Culpa, que se funda en la imputabilidad de un acto culpable de uno de los cónyuges, además que en rigor son incompatible las causales de un y otro tipo de

divorcio, por lo que según su apreciación se ha fallado otorgando mas de lo pedido por las partes, excediéndose el tribunal de la competencia otorgada.

Por tanto, se podría pensar que el legislador al no establecer con claridad si el Divorcio por Culpa se funda únicamente en causales de carácter subjetivo, produce distintas formas de interpretar el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, lo que lleva a dar soluciones distintas en el mundo jurídico.

Respecto si el cese de la convivencia es un hecho que da lugar a la solicitud del divorcio por culpa y haciendo un análisis detenido de lo que ha sido señalado con anterioridad, en primer lugar cabe hacer referencia que no es un tema muy abordado por la doctrina y la jurisprudencia, ya que no existe un gran número de antecedentes jurisprudenciales, ni doctrinales, además pareciera que existen posiciones contradictorias respecto a esta materia, ya que por una lado existe la tendencia de contemplar el cese de la convivencia como un hecho que permite acceder al término del matrimonio como una solución mas rápida y eficaz que la figura jurídica del divorcio remedio, ya que no será necesario que transcurra tres años que se exige en este último, ya que el artículo 54 de la Ley 19.947, nada ha señalado sobre plazo alguno. Pero cabe señalar que si bien el cese de la convivencia es un hecho que da lugar a la solicitud de uno y otro tipo de divorcio, existen diferencias entre uno y otro, lo que será señalado en un acápite posterior de este trabajo.

Uno de los puntos de mayor conflicto para la doctrina sobre la problemática del cese de la convivencia como hecho que da lugar al divorcio sanción, es que para el juez la tarea de determinar imputable a uno de los cónyuges por el cese de la convivencia resulta muy complicada, ya que el hecho de establecer a quien resulta imputable el acto que pone término de la relación matrimonial, obliga al juez a ponerse en una situación subjetiva sobre el asunto, lo que lleva a que la controversia sea muy difícil de determinar y que su determinación sea una solución que queda a la discrecionalidad del juzgador, por ejemplo: si se demanda divorcio por culpa alegando infidelidad de uno de los cónyuges y si es comprobada la infracción al deber de fidelidad, es una causal que claramente puede ser imputada a la culpabilidad de un cónyuge y por tanto ser sancionada mediante la figura jurídica del divorcio por culpa, y permitir que por este se ponga término al matrimonio. Lo

que ha diferencia de la infracción al deber de convivencia, resulta tremendamente mas fácil de determinar.

Además, la tarea resulta mas complicada para el juzgador, si pensamos por ejemplo que el legislador ha considerado sanciones efectivas para el cónyuge culpable, como es el caso de ser un factor de privación o disminución de la compensación económica, que el divorcio se haya decretado por culpa del cónyuge beneficiado, artículo 62 inciso 2 de la Ley de matrimonio Civil, que señala *“Si se decretare el divorcio como un titulo legitimo de un derecho a compensación en virtud de una causal de artículo 54, el juez podrá denegar la compensación económica que habrá correspondido al cónyuge que dio lugar a la causal, o disminuir prudencialmente su monto”*²⁶. Por tanto, efectivamente y como bien lo señala su nombre el Divorcio por Culpa resulta una sanción para el cónyuge infractor, y así podemos observar según lo señalado en el artículo 62 inciso 2 de la Ley de Matrimonio Civil, que establece que existe una facultad optativa para el juez, que puede ser denegar totalmente el beneficio o bien disminuir prudencialmente su monto. Esta facultad proviene del verbo “podrá” utilizado en la norma al hablar de las atribuciones del juez.

El profesor Hernán Corral, además de señalar que es acertado que el legislador haya regulado de la forma anteriormente descrita la compensación económica, en el caso del divorcio por culpa, piensa que es lógico que así sea, pues la compensación busca resarcir los perjuicios económicos que genera la perdida del estatuto protector del matrimonio, y no puede aprovecharse por ello quien no ha respetado dicho estatuto violando sus deberes conyugales o paternos²⁷.

Por tanto, si señalamos que la infracción al deber de convivencia es una violación a los deberes conyugales, y aún mas es un hecho causal del divorcio por culpa, podríamos afirmar que si uno de los cónyuges es encontrado culpable del cese de la convivencia, se aplicara lo señalado en el articulo 62 inciso 2 de la Ley de Matrimonio Civil, lo que significa que perderá o disminuirá el monto de la compensación económica, a prudencia del juez.

Además, señala que seria incomprensible socialmente que alguien contra el cual se ha pronunciado una sentencia por divorcio, por atentado contra la vida o violencia contra el

²⁶ Art. 62 inciso 2. Ley 19.947.

²⁷ Hernán Corral Talicini, Pág. 33, 2007

otro cónyuge o los hijos, abandono del hogar, adulterio, tentativa de prostitución, etc., pueda utilizar la misma sentencia que lo declara culpable como un título legítimo de un derecho a compensación económica por los efectos del divorcio que con su conducta ha de alguna manera buscado. Además de la situación de la que quedaría el cónyuge inocente de cargar con los perjuicios de la conducta de su consorte.²⁸

Siguiendo lo señalado en el párrafo anterior, queda de manifiesto lo castigador del divorcio sanción, incluso en el evento de que uno de los cónyuges abandone el hogar común, lo que parece errado si pensamos, por ejemplo, que debido a los malos tratos y a la mala convivencia matrimonial, uno de los consortes decide hacer cese de la convivencia, por lo que no podría culparse a ninguno de los cónyuges si por razones de caracteres deciden poner término al matrimonio, y por este hecho dar lugar a la infracción al deber de convivencia establecido en el artículo 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil.

Otras de las sanciones que se encuentran contempladas para el cónyuge culpable es la señaladas en el artículo 172 de Código Civil, en el que no se contempla el cese de la convivencia como hecho para que se configure la sanción, este artículo señala: *“El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que este haya dado causa al divorcio por adulterio, servicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad²⁹”*. Además, encontramos el artículo 175 del Código Civil, que señala: *“El cónyuge que ha dado causa a la separación judicial por su culpa, tendrá derecho para que el otro cónyuge lo provea de lo que necesite para su modesta sustentación; pero en este caso el juez reglará la contribución teniendo en especial consideración la conducta que haya observado el alimentario...”³⁰*

Por tanto, sancionar el cónyuge infractor del deber de convivencia, con las sanciones señaladas anteriormente, salvo lo señalado en el artículo 172 del Código Civil, parece ser excesivo, ya que como se estableció anteriormente: en primer lugar es muy difícil determinar para el juez que esta infracción se debe a una culpa imputable a uno de los cónyuges, ya que probablemente el cese de la convivencia se debe a un quiebre matrimonial donde existe culpas repartidas, salvo que pensemos que viene esta infracción, por ejemplo, de la mano de una infidelidad, que es una de las infracciones también

²⁸ Hernán Corral Talciani, Pág. 33, 2007.

²⁹ Art. 172. Código Civil.

³⁰ Art. 175. Código Civil

contemplados en el N° 2 inciso 2 del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, y que mas adelante veremos con mayor detención la razón de que los hechos señalado en este numero se encuentre juntos, y que establece la gran diferencia del cese de la convivencia en uno y otro tipo de divorcio.

Aún mas difícil resulta comprender la posibilidad de imputar la infracción al deber de convivencia o la infracción al deber de vivir en el hogar común, a uno de los cónyuges, y señalarlo como culpable, si se establece que esta infracción es causal genérica del Divorcio Remedio, contemplado en el artículo 55 de la Ley de Matrimonio Civil, cuando pensamos que este ultimo divorcio en una figura jurídica que esta basada en el quiebre, que es la ruptura de la unión conyugal, y no en la culpabilidad de uno de los cónyuges.

2.- Cese de la Convivencia: Diferencia como causal del Divorcio por culpa y del Divorcio Remedio.

a.- Cese de la convivencia en el Divorcio por Culpa:

Como se ha señalado a lo largo del desarrollo de este trabajo, la infracción al deber de convivencia constituye un hecho que configura causal de solicitud del Divorcio por Culpa, tal como señala el artículo 54 inciso 2° N° 2 del la Ley de Matrimonio Civil, *“El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable a otro , siempre que constituyas una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o 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 alguno de los siguientes hechos:... 2° Tránsito grave y reiterado de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo y reiterado del hogar común, es una forma de transgresión grave de los deberes matrimoniales.”*³¹

Por tanto, la infracción al deber de convivencia se encuentra en primer lugar contemplada en el inciso 1° la norma, ya que la infracción al deber de convivencia constituye una violación de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio (deber de

³¹ Art. 54 , Ley 19.947.

convivencia), además claramente torna intolerable la vida en común, respecto a la gravedad de la infracción, estaremos a lo señalado con anterioridad. Además el cese de la convivencia se encuentra contemplado como hecho que configura causal del divorcio por culpa, en el inciso 2 N° 2 del artículo 54 de la Ley Matrimonio Civil.

Por otra parte, podríamos señalar que para que se configure la figura del Divorcio por Culpa solo se necesitaría probar 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*”³². 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 número descrito en el artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil.

Si embargo, siguiendo la norma mencionada, esta no solamente señala el cese de la convivencia como hecho que configura causal del divorcio por culpa, además encontramos otros ejemplos, que son la trasgresión al deber de socorro y fidelidad propios del matrimonio, por tanto, podemos advertir que el hecho de contemplar en este numeral tres ejemplos que configuran causal del divorcio por culpa, tiene una explicación, y hay que darle un sentido que de alguna forma lo diferencien del divorcio remedio.

b.- Cese de la convivencia en el Divorcio Remedio:

El cese de la convivencia constituye causal genérica del Divorcio Remedio o unilateral, así se encuentra establecido en el artículo 55 inciso 3 de la Ley de Matrimonio Civil, respecto a este tipo de divorcio, la ley 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, 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 obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.*”

³² Art. 54 inciso 2 n° 2, Ley 19.947.

*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 artículos 22 y 25, según corresponda”.*³³

La gran diferencia que podemos advertir respecto al cese de la convivencia como causal del divorcio remedio, es que se exigen un plazo de tres años para que se configure la causal genérica del divorcio, a diferencia de lo que ocurre en el divorcio por culpa, como se ha señalado anteriormente.

El plazo de tres años de cese de la convivencia que se exige en el divorcio remedio, tiene que ser computado según lo señalado en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil, esto es que se regulen la relaciones mutuas por escrito, en algunos de los instrumentos señalado en el artículo 22, o bien cuando no hay acuerdo, desde que se notifique la demanda.

Por tanto, para poder configurar la causal genérica del divorcio remedio, se debe constatar una cuestión de hecho, que es que efectivamente se verifique que ha cesado la convivencia por un lapso superior a tres años, cuestión objetiva que deberá ser constatada por el juez en el proceso de divorcio.

Lo señalado anteriormente condice con la razón de ser del divorcio, ya que es una institución creada para excluir el principio de la indisolubilidad, y para ser utilizada como una figura jurídica capaz de poner término al matrimonio, y ser una solución para las interminables separaciones de hecho.

Pero cabe señalar, que los distintos tipos de divorcio tienen distintos fundamentos y causales, es más ambos tipos de divorcios, en sus versiones más puras, suponen concepciones distintas sobre el matrimonio y el divorcio, es por este motivo que es difícil justificar que tanto el divorcio por culpa y el divorcio remedio, encuentren el cese de la convivencia dentro de los hechos que permiten acceder al término del matrimonio. Ya que en principio el divorcio remedio está basado en una causal objetiva, como es el cese de la convivencia, sin indagar en las razones o culpas personales, y por su parte el divorcio por culpa se basa en una conducta reprochable, en un actuar culpable, por tanto en causales de carácter subjetivo, como una infidelidad, maltratos, etc.

Respecto al cese de la convivencia en uno y otro tipo de divorcio, Mauricio Mizrahi advertía la dificultad de la determinación, con certeza, de la existencia de la culpabilidad

³³ Art 55, Ley 19.947.

exclusiva de un cónyuge y la completa inocencia del otro, si nos enfrentamos a un proceso donde se debate la responsabilidad del cese de la convivencia³⁴. Por tanto, podríamos concluir que la norma debiera ser interpretada y comprendida de modo que nos permitiera entender el cese de la convivencia dentro de un contexto que procediera conjuntamente con las causales establecidas en el inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, y es precisamente de esta forma como se ha entendido, pero si pensamos que el inciso 1 de esta norma (artículo 54 de la Ley 19.947), que contempla la causal genérica, habla de infracción grave a los deberes matrimoniales, se podría entender que lograríamos accionar por la sola infracción al deber de convivencia, utilizando la figura del divorcio por culpa o sanción. Respecto a la procedencia copulativa o indistintas de las infracciones contempladas en el número 2 inciso 2 del artículo 54 de la ley en comento, nos detendremos con posterioridad ha realizar un mayor análisis.

Además, llama la atención que el legislador de alguna forma haya establecido causales similares para ambos divorcios y así acercado de alguna manera estas figuras jurídicas tan disímiles entre si, y con distintas posturas sobre la forma mas acertada de poner termino al matrimonio, y con adherentes a uno u otro tipo de divorcio.

Análisis de Sentencia:

Sentencia con fecha 20 de Agosto del 2008, Rol N° 5460-2004, pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Santiago, sobre Recurso de Casación en el Fondo, presentado contra una sentencia pronunciada con fecha 3 de Enero del 2008, que acoge un recurso de apelación dictado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, contra una sentencia de primera instancia.

En primer lugar cabe establecer que la causa trata sobre un divorcio unilateral interpuesto por el demandante, en el Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar, pero el demandado demanda reconventionalmente divorcio por culpa. El tribunal de primera instancia resuelve el conflicto estableciendo que se da término al matrimonio en virtud del divorcio remedio, rechazándose de esta forma la demanda reconventional.

³⁴ Mauricio Luis Mizrahi, Pág. 196 y ss., 2008

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, estableció lo siguiente: *“Se alzaron ambas partes y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Valparaíso por sentencia de tres de enero del año en curso, que se lee a fojas 416, revocó la de primer grado, en cuanto por ella se desestimó la demanda reconvenzional de divorcio, decidiéndose en cambio, que en la especie, se disuelve el matrimonio por concurrir, además, respecto del cónyuge la causal de divorcio contemplada en el numeral 2 del artículo 54 de la Ley de Matrimonio Civil. En lo demás, se confirma la sentencia apelada, con declaración que la suma que don Segundo Pastor Arellano deberá pagar a doña Luz Elena Gómez Figueroa, a título de compensación económica se eleva a \$18.000.000.- (dieciocho millones de pesos), la que deberá enterar en cuotas mensuales de doscientos mil pesos cada una, en la forma y con la reajustabilidad que se indica. Respecto de esta última sentencia, la demandada y demandante reconvenzional dedujo recurso de casación en el fondo y el demandante principal sendos recursos de casación en la forma y en el fondo, los que pasan a analizarse.”*

Lo importante, para nuestro análisis, es que la Corte de Apelaciones de Valparaíso, revoca la sentencia de primer grado, y establece que procede el divorcio por culpa, como causal de término de matrimonio, de esta forma queda de manifiesto lo subjetivo que puede llegar a ser el Divorcio, como figura jurídica, y además el problema en la interpretación y aplicaciones de las causales señaladas en el artículo 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil. Este problema, es lo que permite que distintos tribunales del país lleguen a una misma solución, como es dar término al matrimonio mediante el divorcio, pero mediante distintas vías, uno por medio del divorcio unilateral y otro por el divorcio sanción, ya que determinar la procedencia del divorcio por culpa lleva a que el sentenciador realice un análisis que se inmiscuye en el ámbito personal del matrimonio, por lo que muchas veces el estudio y la conclusión es también subjetiva. Más aun quedara de manifiesto, el problema de la determinación de la procedencia del divorcio por culpa, cuando analicemos distintos extractos de la resolución dada por la Cortes Suprema, al interponerse Recurso de Casación en el Fondo, contra la resolución que revoco la sentencia de primer grado.

-A continuación veremos lo distintos extractos importantes, para nuestro estudio, del recurso de casación en el fondo interpuesto y del fallo dado por la Corte Suprema.

“Primero: Que la primera causal de nulidad invocada es la contemplada en el numeral 7° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, esto es, en contener la sentencia enalzada decisiones contradictorias, al haberse dispuesto la terminación del matrimonio entre las partes por la concurrencia simultánea de dos causales de divorcio que en rigor son incompatibles, ya que el cese de la convivencia corresponde a una causal remedio que descansa en la ruptura de la unión conyugal, opuesta a la tesis de divorcio castigo o sanción por culpa de uno de los cónyuges, como es la del artículo 54 N° 2 del Código Civil... El tercer motivo de nulidad corresponde al del artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con lo previsto en su artículo 170 N° 4 y 5 del mismo texto legal. Es decir, el vicio se hace consistir en una supuesta falta de consideraciones de hecho y de derecho que sustenten la decisión y en la de la correspondiente enunciación de las leyes que le han servido de respaldo normativo. A ese respecto, señala el recurrente que el fallo impugnado no expuso los fundamentos que justifiquen la modificación que introdujo al de primer grado en cuanto aumentó la suma de dinero que deberá pagar por concepto de compensación económica. Señala que los jueces debieron expresar las razones precisas que determinaron el tercer motivo de nulidad corresponde al del artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con lo previsto en su artículo 170 N° 4 y 5 del mismo texto legal. Es decir, el vicio se hace consistir en una supuesta falta de consideraciones de hecho y de derecho que sustenten la decisión y en la de la correspondiente enunciación de las leyes que le han servido de respaldo normativo. A ese respecto, señala el recurrente que el fallo impugnado no expuso los fundamentos que justifiquen la modificación que introdujo al de primer grado en cuanto aumentó la suma de dinero que deberá pagar por concepto de compensación económica. Señala que los jueces debieron expresar las razones precisas que determinaron tal decisión, dejándose a su parte sin la posibilidad de conocer los fundamentos y razones de tal proceder.

Cuarto: Que en relación al último motivo de nulidad invocado, cabe señalar que, efectivamente, como lo expresa el recurrente, la sentencia de segunda instancia, no contiene fundamento alguno respecto de la decisión contenida en la misma, de aumentar al doble la suma fijada en primera instancia, por concepto de compensación económica,

careciendo, en consecuencia, el referido fallo de las consideraciones de hecho como de derecho necesarias, que justifiquen lo resuelto en este sentido. En efecto, los jueces del grado, no han dejado constancia de las motivaciones que han determinado su actuar, privando a la parte demandada, de la posibilidad de conocer las razones en cuya virtud se ha resuelto de esta manera. Por otro lado, cabe consignar, que tal falta de fundamentación ha provocado que no pueda determinarse si la decisión de elevar la suma primitivamente fijada por compensación obedece al hecho que se hubiese declarado mediante la sentencia de alzada el divorcio también por una causal culposa.

El principal análisis que podemos realizar sobre los extractos enunciados con anterioridad, es que efectivamente dan cuenta que no existe una interpretación uniforme entre los distintos tribunales del país, para establecer cuando procede el divorcio por culpa, en este caso concreto y que es el objeto de esta tesina, en atención a los hechos señalados en el inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, además da cuenta del problema que presenta el cese de la convivencia como hecho generador de ambos divorcios, señalando su carácter objetivo y que por tanto su procedencia en el divorcio remedio. Por otro parte, uno de los principales argumento que utiliza la Corte Suprema para revocar el fallo que acoge el recurso de apelación, es por que la Corte de Apelaciones de Valparaíso no establece los fundamentos que llevaron al juzgador ha establecer la culpabilidad de uno de los cónyuges, y esto no hace otra cosa que ratificar la problemática de la determinación con certeza de la culpabilidad de uno de los cónyuges, y mas aún cuando se trata de imputar el cese de la convivencia a uno de ellos.

Como se ha señalado con anterioridad, el cese de la convivencia es un hecho que configura causal del divorcio remedio y del divorcio sanción, pero en el caso del primero se exige el plazo de tres años para poder accionar, en cambio en el divorcio sanción nada se ha señalado sobre plazo alguno.

Además, el divorcio remedio es una figura jurídica que precisamente fue creada con la finalidad de ser un remedio y dar una solución concreta a una irremediable ruptura conyugal, por lo que pasa a ser un “remedio” legal de tal ruptura.³⁵ Es por esto que Mauricio Tapia, señala: “Otra diferencia con el divorcio por culpa, es que en el divorcio

³⁵ Barrientos y Novales, Pág. 358, 2004.

remedio el cese de la convivencia es un criterio objetivo que respeta la libertad de los cónyuges para juzgar las causas de su separación y que al pacificar la ruptura favorece los acuerdos. Este criterio, que contiene resguardos para evitar separaciones irreflexivas...”³⁶

Por su parte, el divorcio por culpa es una figura que busca sancionar al cónyuge infractor, además cabe señalar que en la mayoría de las legislaciones se encuentran taxativamente enumerada las causales de este divorcio, caso que no ocurre en Chile, ya que el artículo 54 inciso 2, señala: “Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre alguno de los siguientes hechos”³⁷, por lo que, al utilizar la frase “entre otros casos”, permite que haya otros hechos no señalados en la norma que posibilitan accionar mediante el divorcio sanción, ya que solo se contempla una enumeración no taxativa, solo a modo de ejemplo.

Por tanto, si bien ambos tipos de divorcio encuentran dentro de sus líneas el cese de la convivencia como hecho que genera causal del término del matrimonio, en el divorcio remedio el cese de la convivencia es la causal genérica de este, y en el divorcio por culpa la infracción al deber de convivencia es un hecho que puede configurar la causal genérica, según lo establecido en el artículo 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, que señala: “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.*”³⁸

Realizando un análisis de la norma, el inciso 2 no solo contempla la infracción al deber de convivencia como hecho que configura causal del divorcio, también señala la infracción al deber de socorro y fidelidad, además establece que el abandono continuo o reiterado, es una forma de trasgresión grave de los deberes matrimoniales.

Por tanto, se logra separar el divorcio por culpa, del divorcio sanción, respecto del cese de la convivencia como causal de uno y otro tipo de divorcio, si establecemos que el cese de la convivencia podrá ser reclamada en el divorcio por culpa de forma copulativa con los demás hechos señalados en el artículo 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil. Por lo que las partes no podrían accionar mediante el divorcio por culpa, por el solo

³⁶ Mauricio Tapia, 2005.

³⁷ Artículo 54 inciso 2, Ley 19.947.

³⁸ Artículo 54 inciso 2 N° 2, Ley 19.947.

motivo de haber cesado la convivencia, ya que este hecho no procede indistintamente de los demás, sino que solo de forma copulativa.

Finalmente y para terminar este acápite, se señalara que uno de los principales criterios por los que el legislador debiera delimitar, separar y establecer con claridad las causales en uno y otro tipo de divorcio, es debido a que responden a causas basada en motivos distintos, por un lado el divorcio sanción responde a causales de carácter subjetivo, como la infidelidad, maltratos y otros, y por su parte el divorcio remedio responde a la causal de carácter objetivo, como es el cese de la convivencia.

3.- Según la procedencia de forma copulativa o indistinta, de los hechos señalados en el artículo 54 inciso 2 N° 2, Ley de Matrimonio Civil.

En primer lugar, estableceremos que los hechos señalados en el artículo 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de matrimonio Civil, estos son:

- Infracción al deber de convivencia.
- Infracción al deber de fidelidad.
- Infracción al deber de socorro.

Además, la norma señala que el abandono puede ser continuo o reiterado, la expresión abandono³⁹ significa dejar algo o a alguien; a su vez, continuo⁴⁰ proviene del latín *continuus* que significa, “que dura, obra, se hace o se extiende sin interrupción”. Y la expresión reiterada⁴¹, “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.

Haciendo una interpretación de la norma, la doctrina señala que la infracción al deber de convivencia podrá ser impetrada, siempre y cuando sea reclamada conjuntamente con los demás hechos señalados en el artículo 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil,

³⁹ www.rae.es

⁴⁰ www.rae.es

⁴¹ www.rae.es

es decir, se puede demandar divorcio por culpa en atención al N° 2 de la norma, siempre que se hubiera infringido el deber de convivencia, el deber de fidelidad y el deber de socorro. Y es de esta forma que podemos hacer la distinción del cese de la convivencia, en el divorcio unilateral y en el divorcio remedio, y por consiguiente que no resulte una vía más simple de poner termino al matrimonio, el divorcio sanción, ya que el cese debe reunir otros hechos para poder ser demandado el divorcio.

Sin embargo, cabe hacer presente que la infracción al deber de convivencia no solo se puede entender contemplada en el N° 2 del inciso 2 de la norma, ya que también podría considerarse que la infracción al deber de convivencia, es un atentado contra los deberes propios del matrimonio, por tanto cabría dentro de la causal genérica señalada en el inciso 1 del artículo 54 la Ley de Matrimonio Civil: *“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.”*⁴²

Esto lleva a volver al problema que el divorcio sanción sea un a vía mas rápida de poner termino al matrimonio, y que se desvirtúe el fundamento de su creación, que es la imputabilidad de una acto culpable de uno de los cónyuges, una causal de carácter subjetivo, y no de carácter objetivo, como es el cese de la convivencia, o el abandono del hogar común.

Además, si entendemos que solo se puede solicitar divorcio por culpa según lo señalado en el inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, si se cumplen de forma copulativa todos los hechos establecidos en el numeral, ¿No podría demandarse divorcio por culpa si solo se infringe el deber de fidelidad, y el cónyuge infractor sigue viviendo en el hogar común?, ya que parece ser un hecho que efectivamente infringe gravemente los deberes y obligaciones matrimoniales, y que además de forma certera puede ser imputada al cónyuge infractor.

Por tanto, en este caso puede demandarse divorcio por culpa, por configurarse un hecho que cae dentro de la causal genérica de este divorcio, ya que hay una falta imputable, que constituye una violación grave de los deberes y obligaciones que impone el matrimonio.

⁴² Art. 54 inciso 1, Ley 19.947.

Desde un punto de vista subjetivo, nada impide que un cónyuge impute el cese de la convivencia a la culpabilidad del otro cónyuge, y que desde su punto de vista la otra parte sea culpable, por ende infrinja gravemente los deberes y obligaciones matrimoniales por este hecho, por tanto, que demande el término del matrimonio por divorcio por culpa.

Por lo que, según el desarrollo de esta tesis existe un problema de interpretación y de redacción de la norma, que no ha sido fuertemente discutido, pero que puede llegar a que distintos tribunales del país, den decisiones contradictorias a casos similares. Y que finalmente no existe uniformidad en la interpretación de la norma, en su aplicación y en los criterios de determinación del divorcio sanción, ya que resulta una labor extremadamente complicada para los jueces determinar la efectividad de esta causal de carácter objetivo, que será imputada como de carácter subjetivo.

CONCLUSIÓN

Finalmente, y para dar termino a este trabajo, se estima que si bien el divorcio ha sido una figura jurídica que ha buscado regular y solucionar de manera acabada la forma de poner termino al matrimonio, ha traído consigo una serie de inconvenientes que no han sido estudiados, ni discutidos de gran manera en Chile, como es el caso del divorcio por culpa, inclusive podemos apreciar que ha nivel jurisprudencial es bastante escaso, ya que comúnmente no es utilizada esta figura para accionar mediante el divorcio, por su parte, en la legislación comparada el concepto de divorcio por culpa ha sido desplazado, ya que habitualmente las rupturas matrimoniales se deben a motivos que provienen de faltas compartidas, y no solo atribuible a uno de los cónyuges, además de ser un proceso tremendamente destructivo para la familia, y sumamente complicado para el juez, ya que debe inmiscuirse en la vida privada de los cónyuges y establecer la culpabilidad de uno de ellos.

Señalamos, además, que uno de los principales inconvenientes que presenta el divorcio por culpa, es que contempla la infracción al deber de convivencia como hecho que configura causal de este divorcio. Las criticas, respecto a esta materia, se hicieron en primer lugar debido a que el cese de la convivencia es causal genérica del divorcio remedio y es la razón de ser de esta figura jurídica, además llama la atención que si el divorcio sanción se basa en causales de carácter subjetivo, encuentre dentro de sus líneas una causal de carácter objetiva, como es el cese de la convivencia. Por lo que, pareciera que el legislador no regulo de forma acabada el establecimiento de las causales del divorcio sanción, ya que el articulo 54 de la Ley de Matrimonio Civil, contiene hechos ha modo de ejemplos, por lo que su regulación no es taxativa, ha diferencia de lo que ocurre en gran parte de la legislación comparada

Además, uno de los grandes problemas de establecer el cese de la convivencia dentro de la figura jurídica del divorcio por culpa, es que para muchas personas parecerá mas fácil poner termino al matrimonio invocando divorcio sanción, por haber cesado la convivencia, y no siendo necesario esperar el plazo de tres años que se exige en el divorcio remedio, lo que es una vía mas simple de conseguir la desvinculación de los cónyuges. Lo que resulta tremendamente injusto, si pensamos que el divorcio por culpa es una vía de

poner término al matrimonio, que busca reprochar un acto culpable a uno de los cónyuges, por haber faltado a uno de los deberes matrimoniales, sin embargo, respecto al deber de cohabitación es discutible que un juez pueda imputar responsabilidad solo a uno de los cónyuges, por infringir a dicho deber y por consiguiente cesar la convivencia como consecuencia de un fracaso matrimonial.

Por tanto, y basándome en el desarrollo de la tesis, existe un problema de redacción de la norma, que lleva a dar distintas interpretaciones de la misma, ya que el cese de la convivencia mas que ser un hecho que configure causal del divorcio por culpa, es consecuencia de las causales subjetiva que fundan esta institución jurídica, como la infidelidad, los maltratos, el alcoholismo, y otros.

Por otra parte, se discutió si la infracción al deber de convivencia podía ser invocada como único hechos que configure el divorcio por culpa, ya que el artículo 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil, contempla no solo el cese de la convivencia, además encontramos en este numeral la infracción al deber de fidelidad y al deber de socorro. Se manifiesto que la doctrina ha señalado que deben reunirse copulativamente los tres hechos para que se configure la causal del divorcio sanción, establecido en el numero dos de la norma, por tanto, no se podría accionar por este divorcio si solo se hubiere infringido el deber de convivencia, o por ejemplo el deber de fidelidad, no proceden indistintamente uno de otro hecho. Parece acertada la postura de la doctrina, sin embargo, si pensamos por separado en los tres hechos que contempla el inciso 2 N° 2 del artículo 54 de la Ley 19.947, se puede establecer que respecto a la gravedad de infringir el deber de fidelidad o el deber de socorro, no es necesario que concurran copulativamente los tres hechos para que se pueda accionar mediante el divorcio por culpa, ya que bastaría que uno de los cónyuges sea infiel, para que el juez pueda imputar culpabilidad a uno de ellos, por lo que, como se señalo con anterioridad, puede que el cese de la convivencia sea consecuencia de este acto, pero no necesariamente debe existir para que se pruebe la culpabilidad, y es en esta culpa en la que se basa este divorcio. Por tanto, si respecto a la infracción al deber de fidelidad y de socorro se puede accionar individualmente y solicitar por uno de estos hechos el termino del matrimonio, mediante el divorcio por culpa, podríamos pensar que si el cese de la convivencia también se encuentra contemplado en la norma, se podría accionar de la misma forma que los otros hechos, sin embargo, esto nos llevaría a una confusión entre las

causales del divorcio por culpa y del divorcio remedio, y perdería el primero su fundamento, que es el reproche al cónyuge infractor. De lo anterior concluyo, que de la redacción de la norma existe un problema de determinación, que lleva a confusiones en la práctica judicial.

Además, resulta que el artículo 54 en su inciso 1º, establece la causal genérica de este tipo de divorcio, y señala que se configura divorcio por culpa cuando hay una falta imputable a uno de los cónyuges, que ha infringido gravemente los deberes y obligaciones que impone el matrimonio, y uno de los deberes del matrimonio es el derecho deber de vivir en el hogar común, establecido en el artículo 133 del Código Civil, además del deber de fidelidad (artículo 131 del Código Civil) y del deber de socorro (artículo 131 y 134 del Código Civil), por lo que la norma ha sido redundante y ha establecido la infracción ha estos deberes como causal genérica, y como hechos ha modo de ejemplos que configuran causal de divorcio, por tanto puede pensarse que se puede demandar divorcio por culpa por infracción al deber de convivencia, señalando que se infringe gravemente uno de los deberes establecidos en el inciso primero de la norma, sin invocar el artículo 54 inciso 2 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil. Lo anteriormente señalado queda aún mas claro si pensamos en la infracción al deber de fidelidad, ya que se infringe gravemente uno de los deberes matrimoniales, sin embargo, nada obsta que una persona piense que el cese de la convivencia sea de tal entidad que resulte grave e imputable su infracción al otro cónyuge, lo que desvirtuaría la razón de ser del divorcio por culpa.

Por otra parte, el divorcio por culpa trae consigo un juicio de atribución de una conducta reprochable a uno de los cónyuges, por tanto la labor del juez al imputar la culpabilidad, en el caso del cese de la convivencia, resulta del todo complicada ya que resulta probable que existan culpas compartidas y que si establece que una persona es culpable, al otro lo estaría exonerando de todo tipo de culpa, lo que en la practica no resulta tan cierto.

Para dar por terminado este trabajo, se puede concluir que en Chile falta discusión y mayor atención en la norma que contempla el divorcio, además el legislador debiera establecer con mayor precisión las causas que dan lugar al divorcio sanción, para evitar confusiones en la practica judicial, también señalar expresamente que los hechos indicados en el N° 2 inciso 2 del artículo 54 (Ley de Matrimonio Civil), deben concurrir

copulativamente y no indistintamente unos de otros, y así establecer con claridad la diferencia del cese de la convivencia en el divorcio remedio y en el divorcio sanción, o bien eliminar de forma definitiva el cese de la convivencia como hecho que da lugar a la solicitud del termino del matrimonio, mediante el divorcio sanción, y de esta forma lograr separar plenamente las causas objetiva y subjetiva en uno y otro divorcio. Por otra parte, es probable que no solamente respecto al artículo 54 se vayan desarrollando problemas, ya que hay que pensar que el divorcio es una figura jurídica relativamente nueva y sin mayor discusión interpretativa luego de la dictación de la Ley 19.947.

BIBLIOGRAFIA:

LIBROS

- **Somarriva**, Manuel (1946): Derecho de Familia, Editorial Nacimiento, Valparaíso, Chile.
- **Barrientos Grandon**, Javier; **Novales Alquezar**, Aranzazu (2004): Nuevo Derecho Matrimonial Chileno, Ley 19.947: Celebración del matrimonio, separación, divorcio y nulidad. Segunda Edición, Editorial Lexis Nexis.
- **Veliz Móler**, Patricio (2004): Divorcio, Nulidad y Separación, Primera Edición. Editorial Cerro Manquehue.
- **Ramos**, René (2003): Derecho de Familia, Tomo I, Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago-Chile.
- **Riquelme**, Lesliet (2009): Repertorio de Legislación de Familia, Cuarta Edición. Socolibros Ediciones. Santiago-Chile.
- **López**, Carlos (2007): Manual de derecho de familia y tribunales de familia, Tomo I, Cuarta Edición. Librotecnia. Santiago-Chile.
- **Corral**, Hernán (2001): Ley de Divorcio: Las Razones de un No. Editorial Universidad de los Andes. Santiago-Chile.
- **Mizrahi**, Mauricio Luis (1998): Familia, Matrimonio y Divorcio. Editorial Atenea, Buenos Aires.

LEYES

- Código Civil.
- Ley N° 19.947 (Ley de Matrimonio Civil).

ARTICULOS

- Quintana Villa, María Soledad (2008): “Aplicación Jurisprudencial de las nuevas causales de terminación del Matrimonio “, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, nº 31, Pág. 267 – 288.
- Baraona González, Jorge (2005): “¿Puede demandarse el Divorcio, cuando ya se ha debatido y resuelto judicialmente la Separación Judicial?”, en *Revista Ius et Praxis*, Vol. 11, nº 2, Pag. 261-271.
- Tapia, Mauricio (2005) Matrimonio, Divorcio, Separación y Nulidad en la legislación Chilena, Comentario Académico.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la cuarta sala de la Corte Suprema (2008): Caso Pastor con Gómez.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (2005): Caso Campos con Reyes.
- Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel (2008): Caso Galaz con Flores.

DOCUMENTOS ELECTRONICOS

- www.biblioteca.uct.cl/tesis/. Fecha ultima consulta: 30 de Agosto 2010.
- www.rae.es Fecha ultima consulta: 6 de Septiembre 2010
- www.scielo.cl Fecha ultima consulta: 25 de Agosto