Artículo: 1. Divorcio perpetuo
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Jurisprudencia

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Dirección y Administración ANIBAL PINTO 1 - CASILLA 49

Año V — Concepción, (Chile) Enero-Junio de 1937 No. 19 y 20

ÍNDICE

		Pág.
Fco. Javier Fernandois R.	Del Estado	1539
Fco. Javier Fernandois R.	La Responsabilidad del Estado	1557
Américo Burgos Burgos Pedro Manquilef Várgas	Sistemas por los cuales se ha desenvuelto el Sufragio	1561
Osvaldo Labarca Fuentes	Crítica de una sentencia de la Corte Suprema sobre cosa juzgada	1573
	Miscelanea Jurídica	1591
	Notas Universitarias	1601
	Jurisprudencia	1615
	Jurisprudencia Extranjera	1669
	Leyes y Decretos	1677

Artículo: 1. Divorcio perpetuo
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Jurisprudencia

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

Elisa Eschweiler con Lutz Cleron
DIVORCIO PERPÉTUO

Cuaderno sobre cuidado de hijos

DOCTRINA.—El legislador dictó disposiciones especiales sobre la crianza, cuidado y educación de los hijos en el caso de divorcio de los padres, estableciendo como normas generales que a la madre divorciada toca el cuidar personalmente de los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad, y que a los padres corresponde el cuidado personal de los hijos varones desde que han cumplido diez años. Pero nada dispuso en la ley substantiva relativamente a la situación de los hijos durante la secuela del juicio de divorcio, limitándose a preceptuar en el artículo 929 del Código de Procedimiento Civil que la designación del cónyuge u otra persona a quien deba confiarse el cuidado personal de los hijos, y la determinación de la manera cómo pueden éstos visitar al otro cónyuge o ser visitados por él, serán materia de incidentes del litigio de divorcio. De modo que está entregado enteramente al criterio de los Tribunales resolver lo que juzguen más pru-

Artículo: 1. Divorcio perpetuo
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Jurisprudencia

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dente al respecto, sin otra restricción que la de proceder con audiencia de los interesados y con conocimiento de causa.

Con un voto en contra.

Considerando:

Temuco, veintinueve de Agosto de mil novecientos treinta y seis.

10.º) Que la ley no ha establecido una regla formal respecto del cuidado de los hijos durante la secuela del juicio de divorcio, puesto que la disposición del artículo 224 del Código Civil que atribuye al padre el cuidado de los hijos varones mayores de cinco años, se refiere únicamente a la situación creada durante el divorcio, esto es, cuando ha sido declarado por sentencia ejecutoriada; y como de la prueba rendida en autos no se desprende la inhabilidad física o moral de ambos padres, es improcedente ejercitar la facultad concedida en el artículo 225 del Código citado, confiriendo el cuidado a otra persona o personas competentes;

11.º) Que, aun cuando se ha probado por la propia confesión del demandado que, en ejercicio de su profesión de médico, pasa gran parte de su tiempo fuera de su hogar, ello no impide que pueda dedicar a sus hijos los cuidados necesarios;

12.º) Que, a falta de una disposición expresa de la ley, es menester resolver la cuestión propuesta en conformidad a la equidad, la que en este caso y en otros análogos está radicada únicamente en el cuidado de los intereses morales y materiales de los menores, sin consideración a las situaciones sentimentales pue puedan argüir sus padres; y en el presente cabe considerar que es innegable el derecho de la madre a cuidar personalmente de sus hijos, máxime cuando uno de ellos sólo tiene seis años de edad y requiere el cuidado y la vigilancia maternal, a fin de darle la verdadera orientación familiar, puesto que el sentido de esta institución está constituido por la madre, siendo ella la base de la organización. Cabe observar, asimismo, que el mayor de los hijos, cuya edad es superior a diez años, puede permanecer al lado de su padre, sin detrimento de su personalidad moral, y sin que haya peligro de la pérdida de sus sentimientos hacia su madre.

Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo dis-

Artículo: 1. Divorcio perpetuo
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Jurisprudencia

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

puesto en los artículos 224 y 225 del Código Civil, y 347, N.º 7.º, 374 y 929 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

4.º) Que ha lugar a las incidencias promovidas a fs. 1 y 29, sólo en cuanto se confiere a la demandante el cuidado personal de su hijo menor, debiendo tener el cuidado y la guarda personal del hijo mayor el demandado; sin perjuicio, durante las vacaciones escolares, el hijo cuyo cuidado se reserva al reo será dado al cuidado de su madre, y a la inversa, el menor, cuyo cuidado se atribuye a la actora, en el mismo período será cuidado por el demandado. Esta declaración sobre cuidado de hijos regirá mientras se encuentre pendiente el juicio de divorcio.

(Fdo.): *Oscar Acevedo V.* —Julio A. Bravo, Sec. Supl.

Temuco, primero de diciembre de mil novecientos treinta y seis.

Vistos:

Reproduciendo la parte expositiva de la resolución en alzada, sus considerandos, con excepción del 2.º y el 12.º, — que se eliminan —; sustitución, en el 6.º de la frase: "puesto que no pueden considerarse elementos de juicio los rumores de la ciudad y la opinión de los alemanes", por esta otra: "y, en consecuencia, no aportan antecedente comprobatorio alguno para acreditar el hecho acerca del cual deponen"; y

Teniendo, además, presente:

1.º) Que la tacha deducida contra el testigo don A. Y. y fundamentada en el N.º 7.º del artículo 347 del Código de Procedimiento Civil, no está suficientemente comprobada, ya que don E. K., doña M. R. y don F. 2.º K., son testigos singulares, cuyos dichos en este cuaderno respecto de la existencia de actos demostrativos de la amistad íntima entre el señor Y y doña F. S. se limitan, — salvo lo expresado por la R., — a remitirse a lo narrado por los deponentes en otros cuadernos en que considerando probada la inhabilidad con las declaraciones de F. y F. K. y M. R., el demandado tachó por la misma causal a Y., recayendo sobre el particular resolución adversa;

2.º) Que el testimonio de la R., apreciado en conjunto con los demás, no es suficiente para comprobar que asistan hechos nuevos y distintos de los

Artículo: 1. Divorcio perpetuo
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Jurisprudencia

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ya aquilatados por el Tribunal y bastantes para demostrar que obra contra Y. la inhabilidad que se le supone, ya que si bien los declarantes se refieren a hechos que pueden revestir indudable gravedad respecto de las relaciones entre la parte que presenta el testigo y éste, la prueba rendida sobre la materia no reúne las calidades señaladas por el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil para atribuirle el valor de prueba plena de la tacha alegada;

3.º) Que el juicio seguido por doña Elisa Eschweiler con su marido don Lutz Claren, sobre divorcio perpetuo, se encuentra aun pendiente, pues todavía no ha recaído en él ni siquiera sentencia de primera instancia, de manera que no ha llegado la oportunidad de resolver en forma permanente, sino unicamente transitoria, a cuál de los cónyuges debe quedar confiado, durante la secuela del juicio, el cuidado personal de los hijos habidos de ese matrimonio, o sea, de los menores Alfredo Walterio y Lutz Werner Claren Eschweiler, de más de diez años y de seis años, respectivamente;

4.º) Que de los antecedentes aparecen que desde la fecha en que se produjo la separación de hecho de los cónyuges y durante todo el tiempo que lleva en tramitación el pleito de divorcio, — que se inició el 12 de junio de 1935, — los niños Claren Eschweiler han permanecido ininterrumpidamente al lado del demandado, sin que esa situación haya colocado a la madre en la imposibilidad de verlos, por cuanto, a solicitud suya, se ha reglado la forma, épocas y circunstancias, en que los menores pueden y deben visitarla;

5.º) Que la demandante ha fundado su petición encaminada a sacar a los niños del cuidado de su padre y a obtener que le sean confiados a ella, en las razones que sirven de antecedente a su demanda de divorcio, y en la circunstancia de ser sus hijos de corta edad y que la profesión médica de su marido le impide atenderlos debidamente, (escrito de fs. 1) y en que hace vida marital en su casa con doña H. L., (escrito de fs. 29), pero no ha justificado que la atención que les dispensa el señor Claren sea deficiente o descuidada, ni ha acreditado tampoco que éste, por depravación o por otras causas, esté física o moralmente inhabilitado para conservarlos a su lado;

Artículo: 1. Divorcio perpetuo
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Jurisprudencia

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

6.º) Que, aunque en el régimen normal del matrimonio toca de consuno a los padres el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos, éstos se hallan especialmente sometidos al padre, según mandato expreso de la ley; y, por otra parte, el padre tiene sobre sus hijos legítimos no emancipados el conjunto de derechos que involucra la patria potestad, para cuyo debido ejercicio es conveniente y natural que los hijos estén bajo su dependencia inmediata y su cuidado directo;

7.º) Que el legislador dictó disposiciones especiales sobre la crianza, cuidado y educación de los hijos en el caso de divorcio de los padres, estableciendo como normas generales que la madre divorciada toca el cuidar personalmente de los hijos menores de diez años, sin distinción de sexo, y de las hijas de toda edad, y que a los padres corresponde el cuidado personal de los hijos varones desde que han cumplido diez años. Pero nada dispuso en la ley substantiva relativamente a la situación de los hijos durante la secuela del juicio de divorcio, limitándose a preceptuar, en el artículo 929 del Código de Procedimiento Civil, que la designación del cónyuge u otra persona a quien deba confiarse el cuidado personal de los hijos, y la determinación de la manera cómo pueden éstos visitar al otro cónyuge o ser visitados por él, serán materia de incidentes del litigio de divorcio. De modo que está entregado enteramente al criterio de los Tribunales resolver lo que juzguen más prudente al respecto, sin otra restricción que la de proceder con audiencia de los interesados y con conocimiento de causa;

8.º) Que, sentadas estas premisas, cabe manifestar con referencia al niño Alfredo Walterio Claren Eschweiler, mayor de diez años, — quien, según lo que se acaba de exponer, una vez decretado el divorcio de sus padres y salvo motivos especiales, debería ser confiado al ciudado personal del demandado, — que, no habiéndose comprobado que, por razones de moralidad o por ventajas de otro orden, sea de imperiosa necesidad alejarlo del lado del señor Claren, lo más prudente y conveniente es no modificar la situación actual, que existe desde el momento en que sus padres se separaron, a fin de no producir nuevos trastornos en su modo de vivir, en sus hábitos y en su

Artículo: 1. Divorcio perpetuo
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Jurisprudencia

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

educación; y, por lo tanto, hay que llegar a la conclusión de que debe mantenérsele sometido al cuidado de su padre hasta la terminación del juicio;

9.º) Que, si bien es cierto que, en conformidad a las ya aludidas reglas generales consultadas por nuestro derecho civil, en el caso de acogerse la demanda de divorcio, correspondería a la señora Eschweiler el cuidar personalmente del niño Lutz Werner Claren Eschweiler hasta que cumpla diez años; y si bien es asimismo efectivo que no se ha acreditado en autos que, por la depravación de la demandante o por otras causas de inhabilidad física o moral, sea de temer que el menor se pervierta o sea mal dirigido estando al lado suyo; no obstante, esas consideraciones no son suficientes para entregárselo desde luego, porque existen otros factores que deben ser tomados en cuenta para resolver a cuál de los cónyuges debe ser confiado dicho menor mientras se tramita el litigio;

10.º) Que, en primer término, es necesario considerar el hecho notable de que este niño, — lo mismo que su hermano Alfredo Walterio, — ha estado durante más de un año en poder del padre, sin reclamo de la señora Eschweiler, a quien se han concedido facilidades para ver a sus hijos; y, en segundo lugar, es menester tener presente la conveniencia innegable y evidente que hay en el sentido de no separar a ambos niños, que hasta ahora han vivido juntos en el hogar paterno y juntos están recibiendo su educación. En esra confiado a la señora Esch- se demostrado tampoco que, por depravación o por motivos de otra índole el señor Claren esté moralmente inhabiltado para atender el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos, es aconsejable no alterar la situación existente, y es preferible, por el bienestar de los dos menores y por las ventajas de todo género que para ellos significa, dejar al niño Lutz Werner al lado del demandado hasta la finalización del pleito. Sin mayor esfuerzo se comprende lo perjudicial y pernicioso que sería para los niños que el mayor continuara bajo el cuidado del señor Claren, y el menor fuera confiado a la señora Eschweiler, pues de este modo se enfriarían sus sentimientos fraternales y luego llegarían a ser extraños uno del otro;

11.º) Que, en consecuencia, y haciendo uso el Tribunal de

Artículo: 1. Divorcio perpetuo
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Jurisprudencia

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

las amplias facultades de que dispone para resolver en esta materia, estima de justicia no innovar en lo que respecta al cuidado del niño Lutz Werner y conceptúa que debe seguir, como ha permanecido hasta ahora, en poder de su padre; todo lo cual debe entenderse naturalmente, sin perjuicio de lo que pueda decidirse sobre el particular una vez declarado el divorcio de los padres y llegado el momento de adoptar una resolución definitiva sobre la crianza, cuidado y educación de los hijos, y sin perjuicio también de que la señora Eschweiler pueda solicitar, si así lo desea, mayores facilidades para visitar a los niños y hasta la fijación de algunas temporadas durante las cuales los menores pudieran estar con ella en algún sitio adecuado y sujetos a las demás condiciones que las partes acuerden o que el Tribunal determine.

Por tanto y visto además lo prescrito en los artículos 219, 223 y 240 del Código Civil, se revoca la resolución apelada, de fecha 29 de Agosto pasado, que se registra a fs. 59, en cuanto por su Declaración Cuarta acoge parcialmente las incidencias de fs. 1 y 29, confiere a la demandante el cuidado personal de su hijo menor, otorga al demandado el cuidado y la guarda personal de su hijo mayor, y dispone que durante las vacaciones escolares el hijo cuyo cuidado reserva al señor Claren será dado al cuidado de la señora Eschweiler, y que, a la inversa, el menor cuyo cuidado atribuye a la actora en el mismo período será cuidado por el demandado; y se declara: que no ha lugar a lo pedido por la demandante en sus escritos de fs. 1 y 29. Se confirma en lo demás apelado la referida resolución.

Redacción del ministro señor Marín.

Se previene que el Ministro señor Quezada estuvo por confirmar la resolución apelada en cuanto deja el hijo mayor de diez años, Alfredo Walterio Claren Eschweiler, en poder del padre, y el menor de esa edad en el de la madre, sin perjuicio de lo que pueda resolverse acerca de las temporadas que anualmente deba permanecer cada hijo con el otro cónyuge y las correspondientes visitas, teniendo para ello en consideración:

a) Que nuestro Código Civil no ha reglamentado en forma expresa la situación en que deben permanecer los hijos comunes mientras dura el juicio

Artículo: 1. Divorcio perpetuo
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Jurisprudencia

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de divorcio, pero puede deducirse que el propósito del legislador fué que los varones mayores de diez años estuvieran con el padre y los menores de esa edad con la madre, en virtud de lo que se pasa a manifestar;

b) Que la promoción del juicio de divorcio interrumpe la vida en común de los cónyuges, y por lo tanto no puede desde ese momento cumplirse el precepto del artículo 222 del Código Civil, que entrega el cuidado de la crianza y educación de los hijos al marido y a la mujer de consuno, y ante esta situación es preciso atender a la razón que indujo a la ley a establecer la disposición del artículo 224, que ordena que durante el divorcio los hombres mayores de diez años quedan al cuidado del padre, y los menores, a la madre;

c) Que tal motivo no ha podido ser otro que el de estimar más conveniente para la formación del individuo dentro de las edades aludidas, la atención del padre o de la madre, siendo también éste el antecedente considerado por la ley para decir que lo anterior tendrá lugar salvo que por la depravación del primero o por otra causa de inhabilidad, prefiera el Juez confiarlo a la segunda;

d) Que, además, iniciado el juicio de divorcio, puede decirse que en éste, en forma provisional, se regla la vida de los cónyuges dentro del nuevo estado de cosas producido, mientras se resuelve en definitiva acerca de la procedencia o improcedencia de la acción, y así lo han considerado el artículo 168 del Código Civil y con más amplitud aún el artículo 929 del Código de Procedimiento Civil, que tratan de cuestiones que deben ventilarse durante el litigio, pero que guardan notable semejanza con aquellas que son consecuenciales a la aceptación de la demanda, como ser los alimentos debidos a la mujer y la designación del cónyuge u otra persona a quien deba confiarse el cuidado personal de los hijos;

e) Que dentro de la simetría que debe suponerse en las disposiciones legales es más ajustado a las reglas de hermenéutica (artículo 22 del Código Civil) colegir que en situación semejante en cuanto a las causas y a sus manifestaciones, como es la suspensión de la vida en común, — sea durante el juicio de divorcio o después de declarado éste, — ha de interpretarse el derecho

Artículo: 1. Divorcio perpetuo
Revista: Nº19-20, año V (En-Jun, 1937)
Autor: Jurisprudencia

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de manera que éste guarde armonía en los diversos casos de su aplicación, y dentro de este concepto, ha de arribarse, asimismo, a la conclusión ya manifestada, porque de lo contrario resultaría que, a pesar de existir el hecho del divorcio, reconocido como tal por la ley en cuanto a la autorización de la mujer para vivir separada, a recibir litis expensas y alimentos del marido, no tendría efecto respecto de una cuestión tan importante como es la del cuidado y atención de los hijos, reglamentada especialmente desde que ese divorcio tiene vida legal mediante un fallo de los Tribunales:

f) Que no pueden aplicarse para resolver esta cuestión, como se ha sostenido en estrados, las reglas sobre la patria potestad, porque es una materia ajena a la dilucidada aquí, ya que el cuidado de los hijos, — reglamentado en el Título IX del Libro I del Código Civil, — se refiere más precisamente a la persona del hijo y la patria potestad mira más propiamente a la representación y a los bienes del último;

g) Que esa diferencia se pone de relieve al considerar que, en el caso hipotético de que al padre se quitara el cuidado de los hijos, por estimarlo más conveniente la Justicia para la crianza y educación de éstos, tal cosa no afectaría al ejercicio de su patria potestad, salvo que se decretare la emancipación judicial, y que, por el contrario, puede suceder también que se suspenda esta última sin que cese por tal motivo el cuidado personal del padre sobre sus hijos.

Devuélvanse, juntamente con los expedientes traídos a la vista.

(Fdo.): *Mario Léniz Prieto.* —*M. Núñez U.*— *Franklin Quezada R.*— *Urbano Marín.* —Pronunciada por la Iltma. Corte.— *Efraín Vásquez,* Sec.