Introduce modificaciones a la ley de matrimonio civil, en relación a la separación judicial
Boletín N° 5681-07

VISTOS:

Lo dispuesto en los artículos 63 y 65 de la Constitución Política de la República; lo prevenido por la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional y lo establecido por el Reglamento de la H. Cámara de Diputados

CONSIDERANDO:

1.- Que, la nueva ley de matrimonio civil, 19.947, promulgada el año 2004, introdujo nuevas formas de solución de las rupturas matrimoniales, modificando profundamente el ordenamiento existente hasta la sazón, contenido en la ley de matrimonio civil de 1884, que no contemplaba los remedios adecuados para la disolución del vínculo matrimonial, cuando la vida en común de los cónyuges se hubiese tornado imposible.

2.- Que, la referida ley, estableció en su artículo 42, que el matrimonio termina por:

1 ° la muerte de uno de los cónyuges;
2° la muerte presunta, cumplidos que sean los plazos señalados por la ley;
3° Sentencia firme de nulidad; y
4° Por sentencia firme de divorcio.

3.- Que, a su vez, y sin perjuicio de las formas anteriores de término del matrimonio, se ha dispuesto una formula especial de regulación de las rupturas matrimoniales, caracterizada por la falta de disolución del vinculo matrimonial vale decir, decretada esta particular forma de regulación de las rupturas matrimoniales, se mantiene el estado civil de casados de los cónyuges.

Así, el legislador ha establecido en los artículos 26 y siguientes la regulación de la separación judicial, dentro del capitulo III que trata de la separación de los cónyuges, y particularmente, en el párrafo 2°, a continuación de la separación de hecho de los mismos.

4.- Que, las normas reguladoras de la institución, pueden dividirse en relación al tratamiento de las causales de procedencia de la separación, del ejercicio de la acción, de los efectos de la separación y de la reanudación de la vida en común.

5.- Que, en cuanto a las causales de procedencia de la separación, al igual que en el tratamiento del divorcio, ha previsto la ley una separación por falta imputable al otro cónyuge y aquella procedente por cese de la convivencia.

En relación a la primera; dispone el artículo 26, que "la separación judicial podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.".

6.- Que, por otra parte, el artículo 27 establece que cualquiera de los cónyuges puede demandar la separación judicial cuando hubiere cesado la convivencia, pudiendo ser solicitada la declaración por los cónyuges de común acuerdo.

7.- Que, las causales señaladas precedentemente guardan una importante correlación con aquellas dispuestas para el divorcio. Así, podemos ver que el artículo 54 establece la procedencia del divorcio por falta imputable a uno de los cónyuges, y el artículo 55 el divorcio por cese de la convivencia.

8.- Que, la anterior similitud o identidad en las causales de procedencia de instituciones que teniendo por objeto regular la ruptura matrimonial, pero con disímiles efectos, ha llevado a plantear la discusión en torno a la procedencia del ejercicio de la acción de divorcio una vez que ha sido decretada la separación judicial, basados en la misma causal.

9.- Que, como señala don Hernán Corral, la separación judicial tiene distintas funciones en relación con el divorcio, a saber, puede considerarse como una figura independiente al divorcio, enarbolándose la separación "... como la solución definitiva a la ruptura, o como una institución de regulación de la ruptura que el legislador ofrece, no como medio para llegar al divorcio, sino como alternativa excluyente a éste."[1]; como una figura transicional al divorcio, en que la separación es "una etapa intermedia entre la convivencia o separación de hecho y la ruptura definitiva y global que se da como resultado del divorcio; y, como una figura alternativa al divorcio, en donde la separación se contempla "no como una medida funcional al divorcio, sino como una alternativa que se ofrece a los cónyuges en vez del divorcio".

10.- Que, señala el autor, tratando de la separación como una figura transicional, que la vinculación entre ambas instituciones puede concebirse como de transición necesaria u optativa. Será necesaria "... toda vez que el legislador obligue a los cónyuges a recurrir a la figura de la separación como paso previo para obtener el divorcio", y será de transición optativa, cuando la ley "permita demandar la separación o el divorcio, pero considere que la demanda o sentencia de separación constituye un presupuesto posterior para solicitar el divorcio".

Sostiene el citado jurista, que son múltiples las legislaciones que establecen la vinculación de transición optativa al divorcio para los cónyuges. Considerando incluso algunas de ellas el momento de presentación de la demanda como uno de los momentos para computar el plazo de cese de la convivencia, u otras la posibilidad de considerar que la sentencia de separación puede ser invocada, después de cierto tiempo, como causal de divorcio, "(Ley italiana N° 898, de 1 ° de diciembre de 1970, reformada por la ley N° 74, de 6 de marzo de 1987, art. 3° letra b; Código Civil colombiano art. 154 N° 8, Código Civil brasileño: art. 1580 §1, Código Civil venezolano art. 185 inc. 2°) o, más categóricamente, contemplan la conversión de la sentencia de separación en sentencia de divorcio (Código Civil francés art. 306; Código Civil argentino art. 216; Código Civil uruguayo art. 185, Código Civil peruano art. 354)"[2].

11.- Que, por otra parte la consideración de la separación judicial como figura alternativa al divorcio, puede ser absoluta y excluyente, "... en el sentido de que realizada la opción en favor de una caduca el derecho de pedir la otra. Esta alternatividad absoluta se da en cuanto al divorcio (…), pero no tiene lugar, por regla general, en cuanto a la separación. Solicitada o decretada la separación es posible a los cónyuges demandar el divorcio, aunque esta vez no invocando la demanda o sentencia de separación sino las propias causales del divorcio: normalmente mutuo acuerdo o cese de la convivencia por los plazos legales."

12.- Que, considerando las anteriores funciones del divorcio, el autor se aventura en considerar que la separación judicial concebida por la ley chilena "... es una forma de separación con función alternativa al divorcio y no transicional o funcional a éste", fundándose principalmente en que "no existe la posibilidad legal de convertir la sentencia de separación en sentencia de divorcio", la ley no "utiliza como componente de alguna causal de divorcio la demanda o la sentencia de separación (...); para la configuración del divorcio por cese de la convivencia (...) sólo se tomará en cuenta el período posterior a la fecha en la que conste formalmente y para esos efectos el cese efectivo de la convivencia (...); el espíritu y los principios que inspiran la nueva ley permiten corroborar que el legislador previó el divorcio como una fórmula de excepción frente a la ruptura matrimonial y en cambio vio en la separación un mecanismo

[1] Corral, Hernán. ¿Puede ser la Separación personal una alternativa al divorcio? Un Análisis de la reciente ley chilena de matrimonio civil. En Gaceta Jurídica, N° 320, pág. 57.
[2] Citado por Corral, ob. cit.

intermedio que permite de mejor forma compatibilizar los deseos de los cónyuges en conflicto con los intereses de los hijos y de la sociedad en la perdurabilidad del compromiso y los deberes matrimoniales"[3], entre otras razones.

13.- Que, continua el autor, los anteriores argumentos, tendientes a configurar a la separación judicial como una figura alternativa han llevado a sostener que "si la separación se pide en forma conjunta de común acuerdo por los cónyuges, hemos de convenir que ambos han considerado las dos opciones: separación y divorcio, y han elegido la separación (...) en tal caso, no parece admisible que después de decretada la separación uno de los cónyuges pretenda modificar unilateralmente la alternativa elegida de común acuerdo y reclamar el divorcio fundando la demanda en el cese de la convivencia que la misma separación autorizo a mantener bajo su régimen. Aunque la ley no lo diga, de la función alternativa de la separación y además del principio que prohíbe ir contra los actos propios se deduce la improcedencia del ejercicio de tal acción. En tales casos, sólo sería admisible el divorcio por culpa por hechos posteriores a la separación y por cese de la convivencia pero solicitado conjuntamente por los cónyuges separados.", y para el caso de que "uno de los cónyuges acciona de divorcio por culpa y el otro de separación por culpa, el juez deberá atenerse a la causal probada, pero si ambas son acreditadas en el proceso, deberá decretar la separación y no el divorcio.".

14.- Que, las anteriores consecuencias también son sostenidas por don Jorge Barahona, quien al respecto ha señalado que "... no se sigue que en el estado de separación no pueda demandarse el divorcio vincular, pues, los cónyuges siempre tendrán la posibilidad de divorciarse fundados en nuevos hechos, ocurridos durante la separación. Pero no estará disponible el cese de la convivencia como causal de divorcio... "[4]

15.- Que, sin perjuicio de la consideración jurídica de la función de la separación judicial en relación al divorcio, de ello no pueden derivarse las trascendentales consecuencias señaladas.

Así, si bien puede estimarse que si las partes han decidido regular de común acuerdo su ruptura matrimonial recurriendo a la separación judicial y no al divorcio, han tenido en consideración ambas instituciones y sus efectos, el imponer con posterioridad la necesidad de la configuración de una nueva causal para la procedencia de este último, constituye un gravamen excesivo, privándolas material y formalmente de la posibilidad de demandar el divorcio sea unilateral o bilateralmente.

16.- Que, sostenemos lo anterior, por cuanto, el artículo 33 de la ley sostiene que "la separación judicial deja subsistentes todos los derechos y obligaciones personales que existan entre los cónyuges, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos, tales como los deberes de cohabitación y fidelidad, que se suspenden.", lo que analizado en relación con lo dispuesto en el artículo 54 que establece las causales de divorcio sanción y el artículo 55 referido al divorcio por cese de la convivencia, impide o hace muy difícil que en la practica se configure una nueva causal de divorcio, por cuanto las violaciones que dan lugar al divorcio deben tornar intolerable la vida en común de los cónyuges (vida en común que ya se ha suspendido por la separación judicial), o vulneración de obligaciones generalmente asociadas a la convivencia de los cónyuges. Mientras que la procedencia del divorcio por cese de la convivencia también se dificultaría una vez decretada la separación, toda vez que dicho cese ya se pudo haber utilizado para la alegar la separación por uno de los cónyuges o por ambos de común acuerdo, y además, porque como señala el autor citado, "para la configuración del divorcio por cese de la convivencia se dispone que sólo se tomará en cuenta el periodo posterior a la fecha en la que conste formalmente y para esos efectos el cese efectivo de la convivencia. Entre ellas no se encuentra la notificación de la demanda de separación ni la de la sentencia que la decreta."[5], situación que por lo

[3] Misma cita anterior.

[4] Barahona, Jorge. ¿Puede demandarse el Divorcio, cuando ya se ha debatido y resuelto judicialmente la Separación Judicial?. Revista Ius et Praxis, 11 (2): 261 - 271, 2005.

[5] Corral, misma cita anterior.

demás es prístina, de la simple lectura de los artículos 22, 25 y 55 de la ley, y que se confirma en la opinión del señor Barahona, al señalar que "...mal se podría invocar en estas circunstancias el cese de la convivencia como supuesto para pedir el divorcio, fundado en el hecho que ha servido para obtener otra solución permanente, como es la separación judicial."[6]

17.- Que, las anteriores consecuencias, no fueron en ningún caso las previstas por el legislador, para el evento de solicitar uno de ellos o ambos la separación judicial. La privación material de la acción para solicitar el divorcio y el entrabamiento de la configuración de las causales de divorcio, no fue prevista en el sentido señalado. No ha sido intención del legislador el establecer consecuencias tan gravosas para los cónyuges y menos el considerar a la separación judicial como una figura alternativa al divorcio.

18.- Que, por otra parte, no se condice con el espíritu del legislador, el establecer la primacía de la separación judicial por sobre el divorcio, en el evento que se configuren y acrediten causales coincidentes, como lo señala el señor Corral. Si bien la ley no establece expresamente, la primacía de la acción de separación a la acción de divorcio. El aceptar que si se demanda en lo principal el divorcio y se reconviene de separación, debe primar esta acción, o si en sentido inverso, se demanda de separación y se reconviene de divorcio, debe igualmente primar la separación, atenta contra el espíritu de la ley, que es otorgar herramientas a los cónyuges para poner término a la relación matrimonial, e imponer discrecional mente por el juez una solución como la referida, significa coartar la libertad de aquel de los cónyuges que no ve la posibilidad de reconciliación como viable y que desea poner término al vínculo matrimonial, pues la demanda principal o reconvencional de divorcio por parte de uno de los cónyuges, expresa inequívocamente la voluntad de éste de terminar con el vínculo, no pudiendo el juez imponerle la necesidad de perseverar en una relación, de reconciliar problemas irreconciliables, que evidentemente no se logrará ni por la vía legal, ni por la vía jurisdiccional.

19.- Que, nuestra intención, por la presente moción, es en primer término poner de manifiesto los eventuales problemas que puede traer a los cónyuges separados judicialmente, interpretaciones como las señaladas, y su asunción por la judicatura, y en segundo término, reponer cual fue la intención de los H. Diputados que aprobaron en primer trámite constitucional la actual ley de matrimonio civil, de establecer la separación judicial como una figura transicional optativa, como se desprende de la lectura del artículo 50 del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados en la tramitación de la ley, que al efecto dispuso, que "La separación judicial, decretada en conformidad al Título IV, dará lugar al divorcio cuando haya transcurrido un lapso continuo mayor de dos años desde que quedó a firme la resolución que la dispuso[7].

20.- Que, todo lo anterior, lleva a plantear soluciones al respecto, las que pueden ir en torno a establecer que la sentencia de separación judicial habilite con posterioridad para solicitar el divorcio, como se planteo originalmente en la Cámara de Diputados, o bien, mediante la consideración de la demanda de separación judicial o la resolución que la declare como instrumento que otorgue fecha cierta al cese de la convivencia.

Creemos sobre este punto, que optar por la última alternativa señalada, implica ir en contra del principio de economía procesal y duplicar un juicio y acreditar causales ya probadas, además de requerir nuevamente a los cónyuges de una eventual reconciliación, que el tiempo y la voluntad de uno de ellos o ambos ya ha "echo imposible.

Simultáneamente, se busca precisar la preeminencia de la acción de divorcio, cuando se demanden conjuntamente las acciones de separación y divorcio.

---

[6] Barahona, ob. cit.

[7] Acta de sesiones...

Por lo tanto, los diputados que suscriben vienen a someter a la consideración de este H. Congreso Nacional el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo único.- Introducénse las siguientes modificaciones a la ley 19.947, ley de matrimonio civil:

1. Deróguese el inciso 3° del artículo 3°.

2. Incorpórese un nuevo Artículo 55 bis, del siguiente tenor:

Artículo 55 bis.- En aquellos casos en que se hubiere decretado previamente la separación judicial de los cónyuges por sentencia ejecutoriada, ambos cónyuges de común acuerdo podrán solicitar su conversión en divorcio, transcurrido el plazo de un año. Cuando la solicitud fuese promovida sólo por uno de los cónyuges, el plazo será de 3 años.
La solicitud conjunta de que trata el inciso anterior, se someterá a las reglas establecidas en los artículos 102 y siguientes de la ley 19.968.

3. Agréguese un nuevo Artículo 58 bis, del siguiente tenor:

Artículo 58 bis.- Cuando uno de los cónyuges ejerciere la acción de divorcio y el otro reconviniere solicitando la separación judicial, o viceversa, el juez deberá decretar aquel de los regimenes cuya causal se encontrare acreditada. Habiéndose acreditado ambos, deberá privilegiar la acción de divorcio.