

¿Puede ser la separación personal una alternativa al divorcio? Un análisis desde la reciente ley chilena de matrimonio civil*

(Publicado en *Gaceta Jurídica* N° 320, 2007, pp. 57-66)

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil y Decano

Facultad de Derecho Universidad de los Andes

RESUMEN:

El trabajo pretende indagar sobre las formas de solución a las rupturas dentro de la familia matrimonial, esto es, aquella jurídicamente promovida y organizada. Se precisa la relación entre ruptura matrimonial, separación personal y divorcio en el derecho de familia contemporáneo, con especial atención a la legislación latinoamericana y en especial de la reciente ley chilena de matrimonio civil (ley N° 19.947, de 2004). Se propone que la separación personal, decretada judicialmente, pueda cumplir no únicamente una función preparatoria de un posterior proceso de divorcio, sino una función alternativa a éste, como un medio adecuado para remediar una situación de ruptura matrimonial que mantenga los derechos y deberes maritales, cuando ello es la voluntad de los cónyuges. El escrito postula que debiera considerarse que una separación personal decretada a solicitud de ambos cónyuges excluye la posibilidad de que alguno de ellos pueda recurrir unilateralmente y por su sola voluntad al divorcio. Se fundamenta esta posición por una parte en la doctrina de los actos propios y, por otra, en los principios que rigen las orientaciones actuales del Derecho de Familia: como el de autonomía e igualdad de los cónyuges, interés superior del niño, estabilidad de la familia y reconocimiento de soluciones cooperativas para las rupturas matrimoniales. En tal caso, los cónyuges podrían sí recurrir al divorcio de común acuerdo o fundado en la infracción de deberes maritales del otro consorte, todo ello según el tipo de divorcio que acoja cada legislación. La presentación propondrá un esfuerzo para revalorizar la figura de la separación y darle un contenido y una función propia, que le devuelva vigencia en la práctica del derecho de familia. Se piensa que una mayor aplicación de la figura de la separación en los conflictos matrimoniales podría contribuir a evitar la

* El texto recoge la ponencia presentada por el autor al XIV Congreso Internacional de Derecho de Familia, desarrollado en octubre de 2006 en San Juan de Puerto Rico.

radicalización y polarización de la ruptura y propiciar una decisión de pareja más reflexiva y ponderada, que conduzca ya sea a una reanudación de la convivencia o, al menos, a un proceso de divorcio menos traumatizante y disruptivo para los cónyuges y para los hijos.

I. La figura de la separación personal de los cónyuges. Origen y vigencia

Curiosamente la figura de lo que hoy se denomina separación personal de los cónyuges tiene su origen en una forma de divorcio que se admitió una vez que el Derecho matrimonial acogió el principio de la indisolubilidad del vínculo conyugal durante la Alta Edad Media. En efecto, rechazada por el Derecho canónico la posibilidad de un divorcio vincular, se admitió únicamente, y por razones graves, la suspensión de la cohabitación marital, a lo que se denominó divorcio de mesa y lecho. La palabra latina *divortio* significa justamente separación¹.

No resulta raro, en consecuencia, que algunas leyes civiles que pretendieron regular el matrimonio como un contrato civil mantuvieran la expresión “divorcio” para aludir a la simple separación de cuerpos sin disolución de vínculo, como sucedió con la Ley de Matrimonio Civil chilena de 1884² y con la Ley de Matrimonio Civil argentina de 1888 (Ley N° 2.393).

La figura de la separación personal tal como se la conoce hoy en día proviene del diseño legislativo que se inaugura por corto tiempo en el Código Civil francés de 1804³, pero que se afianza a raíz del movimiento ideológico-cultural que promueve la idea del divorcio por causa objetiva, sin culpa o remedio, que tiene sus inicios a fines de la década

¹ Las Partidas en cambio traducen divorcio por departimiento (Cfr. P. 4.10.2 y 5).

² En realidad, el mismo Código Civil de Bello de 1855 empleaba la expresión “divorcio perpetuo”, cuya resolución entregaba a la autoridad eclesiástica regulándose en el Código sólo los efectos civiles (arts. 168 y ss.).

³ El derecho intermedio francés conocía sólo la separación personal y no admitía el divorcio vincular. La legislación revolucionaria por el contrario sólo contempló el divorcio como una forma de libertad individual. El *Code* de 1804, en su afán transaccional, reguló el divorcio y también la separación de

de los sesenta del siglo pasado. En esa estructura, y en algunas legislaciones, aparece, junto a la figura del divorcio, que se concibe ya como una forma de extinción del vínculo matrimonial y de recuperación de la libertad nupcial, la de la separación personal que, si bien da cuenta de una ruptura de la pareja y produce efectos que regulan las relaciones familiares posteriores al cese de la convivencia marital, mantiene el vínculo matrimonial con sus derechos y obligaciones, excluidos aquellos que son incompatibles con la vida separada, los que se suspenden. Es lo que sucede en la mayor parte de las legislaciones que establecen este régimen dual de separación y divorcio⁴.

II. La separación en la Ley de Matrimonio Civil chilena

La actual Ley de Matrimonio Civil chilena fue aprobada por la Ley N° 19.947, de 17 de mayo de 2004, que entró a regir 6 meses después: el 18 de noviembre de 2004.

La nueva ley introduce, por primera vez, en el ordenamiento jurídico chileno el divorcio vincular, por dos causales: el incumplimiento grave de los deberes matrimoniales o paterno-filiales y el cese de la convivencia. La duración del cese de la convivencia varía según se trata de un divorcio de común acuerdo, caso en el que se exige un año, o de un divorcio solicitado unilateralmente, para el que se requieren tres años. El cese de la convivencia debe ser probado desde una fecha cierta que debe preconstituirse formalmente a través de varios mecanismos que establece la misma ley: otorgamiento o inscripción de un acuerdo de regulación de una separación de hecho, notificación de una demanda que tiene por objeto pedir la regulación judicial de una separación de hecho, a falta de acuerdo, o la notificación personal al otro de la voluntad

cuerpos. Pero en 1816 se restablecería el principio de la indisolubilidad matrimonial y nuevamente el divorcio desaparecía de la regulación matrimonial, hasta 1884 en que se repuso.

⁴ Cfr. Sambrizzi, Eduardo A., *Separación personal y divorcio*, La Ley, 2ª edic., Buenos Aires, 2004, t. I, p. 118. Contemplan sólo separación personal Andorra, Liechtenstein y San Marino. Sólo regulan el divorcio Albania, Alemania, Austria, Bulgaria, Grecia, Suecia, Hungría, Polonia, y Japón. A estos últimos cabe añadir el Código Civil para el Distrito Federal de México, el Código Civil de Puerto Rico y el Código de Familia de Cuba.

de separarse de uno de los cónyuges manifestada en escritura pública, acta extendida ante Oficial de Registro Civil o constancia ante el juez correspondiente.

Para paliar los perjuicios del divorcio unilateral la ley establece el derecho del cónyuge que se ha dedicado al cuidado del hogar común o de los hijos a pedir una compensación económica por el menoscabo que hubiere sufrido al no haberse dedicado total o parcialmente a una actividad remunerada o lucrativa.

Pero junto con el divorcio la ley establece la institución que nombra como “separación judicial”. La denominación obedece a la contraposición que quiso hacer el legislador respecto de la simple separación de hecho, esto es, no decretada judicialmente. En efecto, el capítulo III de la Ley se titula “De la separación de los cónyuges” y contiene dos párrafos, el primero dedicado a la separación de hecho (arts. 21 a 25), y el segundo a la “separación judicial” (arts. 26 a 41). Las causales por las que procede demandar la separación judicial son semejantes a las del divorcio. En primer lugar, se admite en caso de falta imputable del cónyuge demandado si constituye una violación grave de sus deberes matrimoniales o paterno-filiales que torne intolerable la vida en común. Se advierte, sin embargo, que no podrá alegarse como culpa el adulterio si ha habido previa separación de hecho “consentida por ambos cónyuges” (art. 26 inc. 2º). En segundo término, la separación judicial puede solicitarse de común acuerdo o unilateralmente “cuando hubiere cesado la convivencia” (art. 27). No se exige un plazo de duración.

La separación debe demandarse ante el juez de familia competente, y éste deberá regular las relaciones entre los cónyuges y los hijos. En caso de proceder de común acuerdo los cónyuges deben presentar un acuerdo que regule los efectos, el que debe ser complementado o rectificado por el juez si no es considerado suficiente y completo. La sentencia, una vez firme, debe subinscribirse al margen de la inscripción de matrimonio en el Registro Civil para que sea eficaz respecto de terceros.

Los efectos de la separación, en general, son los siguientes:

1º Los cónyuges adquieren la calidad de separados (art. 32), la que mantiene el estado civil de casado (si bien lo modaliza) y no autoriza a contraer un nuevo vínculo.

2° Se mantienen vigentes todos los derechos y obligaciones matrimoniales, con excepción de aquellos cuyo ejercicio sea incompatible con la vida separada de ambos. En este sentido, la ley señala que los deberes de cohabitación y de fidelidad se suspenden (art. 33).

3° Se disuelve el régimen económico matrimonial existente entre los cónyuges (art. 34). Incluso la ley prevé que en la sentencia de separación el juez debe liquidar el régimen de sociedad conyugal o participación en los gananciales “si así se le hubiere solicitado y se hubiere rendido la prueba necesaria al efecto” (art. 31 inc. 3°).

4° Se mantiene el derecho a afectar con el estatuto de los bienes familiares al inmueble que sirve de residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnecen y a pedir la constitución de derechos reales de goce en favor del cónyuge no propietario (art. 34 en relación con el art. 147 del Código Civil).

Si la separación se ha pronunciado por falta imputable de uno de los cónyuges, el que hubiere dado lugar a la separación por su culpa pierde el derecho de suceder al otro abintestato o como legitimario (art. 35, en relación con arts. 994 y 1182 del Código Civil). Además, si bien no se ve privado del derecho de alimentos en caso de necesidad, por regla general el otro cónyuge es obligado sólo a proporcionarle aquellos alimentos que sean estrictamente necesarios para su “modesta sustentación” (art. 175 del Código Civil).

Respecto de los hijos la separación no altera la filiación ya determinada ni los deberes y responsabilidades de los padres separados en relación con ellos (art. 36). Como la separación permite presumir que los cónyuges no cohabitan, el hijo concebido por la madre separada no se ve amparado por la presunción de paternidad, pero se le reconoce la calidad de hijo matrimonial si se inscribe como hijo de los cónyuges con el consentimiento de ambos (art. 37 en relación con el art. 184 del Código Civil).

No regula ley más que una forma de término de la separación decretada, cual es la reconciliación o reanudación de la vida en común con ánimo de permanencia (arts. 38 a 41).

III. Funciones de la separación judicial en relación con el divorcio

1. Separación como figura independiente

Si se observa la regulación contemporánea de la separación personal en relación con la institución del divorcio, es posible efectuar la siguiente clasificación. Existen regímenes en los que la separación es considerada como una figura independiente y autónoma respecto del divorcio; y otros en las que ambas instituciones están conectadas. Pero a su vez, esta conexión puede revestir dos formulaciones: que la separación se regule como una etapa intermedia o transicional respecto del divorcio, que se ve 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 de éste.

Analizaremos cada una de estas funciones que los ordenamientos pueden reconocer a la institución de la separación principiando por la caracterizada por su autonomía o independencia.

Debemos decir que esta fórmula es rara en la actualidad. Se da, por cierto, en los regímenes en los que no se admite el divorcio como causal de extinción del vínculo. Hacía sucedía con el régimen matrimonial chileno previo a la Ley N° 19.947, de 2004 y con el Código Civil paraguayo de 1988 (arts. 167 y ss.) antes de la ley de divorcio aprobada en 1991. Es el régimen que para el matrimonio canónico contempla la ley 3.932, de 1954 de la República Dominicana.

También pueden considerarse como separación de función autónoma aquellas que, si bien conviven en un régimen dual junto con el divorcio, proceden por causales absolutamente diversas del divorcio y tampoco se comunican en el sentido de que de la separación pueda transitarse hacia el divorcio. Este último requisito hace que la mayor

parte de las legislaciones que reconoce diferencias entre las causales de separación y divorcio no entren en esta clasificación y sean mejor ubicadas en la siguiente⁵.

2. Separación como figura transicional

Un buen grupo de legislaciones actuales parecen configurar la separación personal de los cónyuges como una etapa intermedia entre la convivencia o separación de hecho y la ruptura definitiva y global que se da como resultado del divorcio. En estos casos, las causales de procedencia de la separación son sustancialmente coincidentes con las del divorcio: culpa en el incumplimiento de deberes familiares y cese de la convivencia durante un tiempo (normalmente menos largo que el exigido para el divorcio).

La vinculación puede concebirse como necesaria u optativa. Habrá vinculación 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. En cambio, la separación será de transición optativa cuando la ley civil permita demandar la separación o el divorcio, pero considere que la demanda o sentencia de separación constituye un presupuesto posterior para solicitar el divorcio.

No conocemos legislaciones vigentes que establezcan la necesidad de pasar por el estado de separación como requisito para obtener el divorcio⁶. Pero hemos de decir que, una de las indicaciones del Poder Ejecutivo durante la tramitación de la ley chilena de

⁵ Zannoni, Eduardo, *Derecho de Familia*, Astrea, 2ª edic., Buenos Aires, 1998, t. II, pp. 68, clasifica dentro de las separaciones de cuerpos como solución autónoma a las legislaciones venezolana y colombiana que admite el mutuo consentimiento para la separación pero no para el divorcio. También incluye los casos en los que se admiten la separación y no el divorcio por circunstancias inimputables a un cónyuge, como una enfermedad (así el Código de Familia boliviano art. 152). Nos parece que en cuanto en estas legislaciones se permite que la separación decretada pueda devenir en divorcio la autonomía se relativiza y la separación adquiere más bien la función de servir de transición al divorcio.

⁶ Zannoni, E., ob. cit., p. 70, menciona la ley argentina 14.394 y la ley brasileña 6515 de 1977, pero ambas legislaciones ya no están vigentes, la última por la entrada en vigencia en 2003 del Código Civil de Brasil. En todo caso, parece discutible que la ley brasileña fuera un caso de separación judicial exigida

matrimonio civil, consideraba esta fórmula, al regular tres etapas que debían satisfacerse necesariamente: separación provisoria (al constatarse judicialmente la separación de hecho), separación definitiva (después de un plazo de decretada la separación provisoria) y, transcurridos ciertos plazos, el divorcio. La propuesta no prosperó y fue rechazada por el Senado.

Son, en cambio, numerosas las legislaciones que establecen una vinculación de transición optativa para los cónyuges. Algunas permiten que la demanda de separación sea un momento relevante para que se cuente el plazo de cese de la convivencia necesario para obtener el divorcio (por ejemplo, la ley española de divorcio, ley 30 de 7 de julio de 1981). Varias consideran que la sentencia de separación puede ser invocada, después de cierto plazo, como causal de divorcio (Ley italiana N° 898, de 1° de diciembre de 1970, reformada por la ley 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). En estos regímenes parece haber una valoración preferente del divorcio por sobre la separación como método de solución de las rupturas matrimoniales. La separación es percibida como un estado no definitivo y por tanto más inestable, que, de prolongarse, lo más cómodo y conveniente es facilitar el divorcio. Por ello, se suele autorizar que la sentencia de separación dictada por acuerdo de los cónyuges pueda ser convertida en sentencia de divorcio por petición de sólo uno de ellos y en contra del otro⁷. Incluso más, se permite que el cónyuge que ha dado lugar a la separación por su culpa pueda luego liberarse de las sanciones que se prosiguen de ello pidiendo unilateralmente el divorcio e invocando para ello la misma sentencia que constató su culpabilidad⁸. Por igual razón, en caso de demanda de

previamente, porque el art. 40 de dicha ley abría la acción de divorcio también en caso de separación de hecho por dos años consecutivos. Es el mismo criterio que hoy se ve en el art. 1580 del Código Civil.

⁷ Por excepción, el Código Civil francés exige que la demanda de conversión sea conjunta si la separación fue solicitada por consentimiento mutuo (art. 307 inc. 2°).

⁸ Hace excepción a esto la legislación peruana que sólo admite la conversión en caso de separación convencional o por separación de hecho a petición de cualquiera de los cónyuges, mientras que reserva el

separación y reconversión de divorcio (o vice versa) se ordena al juez preferir la acción de divorcio por sobre la de separación aunque las causales de ésta también hayan sido acreditadas (cfr. *Family Law Act* inglesa; Código Civil francés art. 297; Código civil argentino art. 237; en la reforma al divorcio de la ley española 15 de 8 de julio de 2005: art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo se admite la reconversión cuando el cónyuge demandado pretenda el divorcio, pero no a la inversa).

3. Separación como figura alternativa al divorcio

Finalmente, podemos identificar los regímenes de separación que la contemplan no como una medida funcional al divorcio, sino como una alternativa que se ofrece a los cónyuges en vez del divorcio.

La alternatividad puede ser absoluta y excluyente en el sentido de que realizada la opción en favor de una caduca el derecho a pedir la otra. Esta alternatividad absoluta se da en cuanto al divorcio (puesto que decretado éste no podría luego pedirse la separación), 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.

Por eso, por regla general, la separación alternativa no cierra la puerta para recurrir posteriormente al divorcio pero como alternativa distinta y no relacionada causalmente con la separación (por ejemplo, el Código civil ecuatoriano arts. 235-A y 239 A).

IV. Función de la separación judicial en la Ley de Matrimonio Civil chilena. Argumentos, consecuencias y ventajas

derecho a pedir la conversión en divorcio de la separación “por causa específica” (por culpa) al “cónyuge inocente” (art. 354 inc. 2º CC peruano).

1. Función de la separación judicial en la ley chilena

Si se examinan los antecedentes y el texto de la Ley N° 19.947, de 2004, debe concluirse que la separación judicial no ha sido diseñada ni como una figura autónoma o independiente del divorcio ni tampoco como una institución de transición o funcional a éste.

Debe descartarse que se trate de una institución independiente, porque aunque se regula en capítulos distintos de la ley (la separación aparece con un título propio mientras el divorcio se contempla incluido bajo el epígrafe general de la “terminación del matrimonio”), tanto la separación como el divorcio están concebidas como instituciones llamadas a canalizar los efectos de un conflicto o ruptura de la armonía conyugal que lleva a los cónyuges a suspender o terminar con su vida en común. Esto queda de manifiesto en la sustancial identidad de las causales por las cuales proceden, tanto por falta imputable como por cese de la convivencia, y en la legitimación activa que se deriva de ellas.

Así, la separación y el divorcio proceden por causales de culpabilidad. La ley utiliza una fórmula genérica para la separación: “si mediare falta imputable..., 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” (art. 26 inc. 1°), que es prácticamente la misma para el divorcio: “falta imputable..., 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” (art. 54 inc. 1°). La principal diferencia es que para el divorcio el legislador se sintió en la necesidad de enumerar algunos ilícitos típicos que satisfacen el estándar normativo de la causal genérica, pero dejando bien en claro que el elenco no es taxativo (art. 54 inc. 2°)⁹. En cambio, para el divorcio no repitió la norma de

⁹ La norma señala que se incurre en la causal de divorcio por falta imputable “entre otros casos”, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: 1° Atentado contra la vida o malos tratamientos graves

la separación que prohíbe alegar el adulterio cuando haya previa separación de hecho consentida (art. 26 inc. 2º). En estos casos, tanto para la separación como para el divorcio, sólo el cónyuge “inocente”, esto es, el que no ha incurrido en la causal, está autorizado a interponer la acción (arts. 26 inc. 3º y 54 inc. 2º).

Coinciden también divorcio y separación en autorizar que se decrete por el simple cese de la convivencia, por acuerdo de los cónyuges o por voluntad unilateral de cualquiera de ellos. Pero para la separación no se exige un plazo determinado, bastando acreditar que se ha interrumpido la vida en común, ni tampoco una fecha cierta preconstituida para su cómputo (art. 27 inc. 1º), como sí sucede para el divorcio (art. 55)¹⁰. Tratándose de esta causal la legitimación se abre a la voluntad conjunta de ambos cónyuges, (caso en el cual, tanto para el divorcio como para la separación, se exige la presentación de un acuerdo regulatorio), o a la petición unilateral de cualquiera de ellos.

Se comprueba que, salvo detalles menores, la separación coincide en causales y titularidad de la acción con el divorcio, no pudiendo calificarse de instituciones independientes.

Resta por aclarar la forma de la vinculación, que como hemos visto, puede ser de transición o de alternativa.

A nuestro juicio, no puede caber duda que la separación judicial de la ley chilena es una forma de separación con función alternativa al divorcio y no transicional o funcional a éste. Lo aseveramos con fundamento en los siguientes argumentos:

1º No existe la posibilidad legal de convertir la sentencia de separación en sentencia de divorcio. Ninguna norma lo ha permitido y por lo tanto debe vedarse esa posibilidad.

contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos; 2º 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; 3º 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 (Libro II, títulos VII y VIII del Código Penal), que involucre una grave ruptura de la vida conyugal; 4º Conducta homosexual; 5º Alcohólico o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y 6º Tentativa de prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

¹⁰ Tampoco se reproduce para la separación la norma que permite alegar en contra del demandante del divorcio unilateral que consiste en no haber dado cumplimiento, reiterado, a la obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo (art. 55 inc. 3º).

Las causales del divorcio aluden a la culpa o al cese de la convivencia pero no a la separación judicial que haya podido existir entre los cónyuges;

2° Tampoco la ley utiliza como componente de alguna causal de divorcio la demanda o la sentencia de separación, de manera que ningún papel pueden desempeñar éstas en la disolución del vínculo;

3° Para la configuración del divorcio por cese de la convivencia se dispone que 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. Entre ellas no se encuentra la notificación de la demanda de separación ni la de la sentencia que la decreta (cfr. arts. 22, 25 y 55 inc. 4°).

4° Respecto de las personas que con anterioridad a la entrada en vigor de la ley habían accedido al divorcio perpetuo o temporal (no vincular), se contempla que serán considerados como separados judicialmente, sin que se señale que ello les podrá servir para obtener el divorcio vincular que ahora se autoriza (art. 6 transitorio).

5° 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 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. En este sentido, es muy relevante que deliberadamente se haya mantenido la definición de matrimonio del art. 102 del Código Civil que lo sigue calificando como una unión indisoluble y para toda la vida. Además, la misma ley declara que el núcleo fundamental de la sociedad es la familia y que el matrimonio es la base principal de la familia (art. 1), que el derecho a contraer matrimonio es un derecho esencial inherente a la persona humana, si se tiene edad para ello (art. 2) y que el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada (art. 3 inc. 2°).

6° Por último, la historia de la ley reafirma esta interpretación puesto que en el proyecto de ley y en el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados se prevenía expresamente como causal de divorcio el cese de la convivencia posterior a la sentencia

de separación¹¹, lo cual fue rechazado en el Senado donde el proyecto tomó su forma definitiva. Hay además constancia que los legisladores pretendieron que la separación fuera una fórmula de opción para quienes por diversas razones no querían recurrir al expediente del divorcio. Se sostuvo reiteradamente que la ley no obligaba a divorciarse sino que daba otras alternativas para aquellos que quisieran perseverar en el vínculo, entre ellas, la misma separación judicial. Para conferir una especie de reconocimiento social de la situación de persona separada los legisladores en su momento quisieron establecer la separación como causa de un nuevo estado civil: el “estado civil de separado”, lo que, si bien afortunadamente no prosperó al advertirse la contradicción en que se incurría al atribuir a una misma persona dos estados civiles provenientes de la misma relación de familia: casado y separado, demuestra claramente que no estaba en el ánimo de los parlamentarios entender la separación como un estado provisional o transicional hacia el divorcio¹².

2. Consecuencias

La caracterización de la separación personal como una solución alternativa al divorcio, tiene muchas consecuencias en cuanto a su funcionamiento y su relación con el divorcio. Algunas de las más relevantes pueden ser las siguientes:

1º 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

¹¹ En el Proyecto inicial se señala que la sentencia de separación da lugar al divorcio pasados dos años (art. 52). Los mismo señala el art. 50 del Proyecto aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados (1997).

¹² La tesis de que la separación debía constituir un estado civil había provocado que al regularse los efectos de la separación judicial se dijera expresamente que después de subinscrita la sentencia los cónyuges adquirirán el “estado civil” de separados. Al advertirse la confusión técnico-dogmática en la que se incurría, se modificó la norma y hoy el art. 32 de la ley señala que los cónyuges “adquirirán la calidad de separados”. Lamentablemente, el ajuste no se hizo respecto de otras normas que quedaron todavía aludiendo a un supuesto estado civil de separados (cfr. art. 38, art. 6 transitorio y art. 305 CC). Puede

han elegido la separación para canalizar la regulación jurídica de la ruptura. 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 autorizó 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.

2° Si 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. A falta de norma expresa en contrario, como se da en las legislaciones con separación transicional, parece que la excepcionalidad del divorcio y la preferencia del legislador por la preservación y composición de la vida común llevará al juez a este resultado. No en vano la separación deja siempre la puerta abierta a una reconciliación, lo que no sucede con el divorcio.

3° Si uno de los cónyuges acciona de divorcio por cese de la convivencia y el otro de separación por la misma causal, nuevamente y por iguales razones, el juez deberá, acreditadas que sean las causales, decretar la separación y rechazar el divorcio.

4° Si uno de los cónyuges pide la separación por culpa y el otro solicita el divorcio por cese de la convivencia, el juez debe optar por la separación si se comprueba la falta imputable alegada. De lo contrario, se permitiría que el cónyuge incumplidor saliera indemne de su conducta reprobable por el expediente de disolver de forma unilateral el matrimonio contra el cual atentó. El principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo debe conducir a rechazar un resultado así de injusto.

5° El tiempo de separación que sirvió de base a la sentencia de separación no puede invocarse posteriormente como componente de una causal de divorcio. Si se pretende esto último el cónyuge interesado en obtener la disolución del vínculo, debería, con

posterioridad a la separación, preconstituir la fecha cierta de cese efectivo de la convivencia de acuerdo con el art. 25 de la ley (notificación personal de constancia de voluntad de poner fin a la convivencia) y esperar el transcurso de los tres años previstos por el art. 55 para permitir el divorcio unilateral.

3. Valoración de la opción legislativa

Teniendo en cuenta el principio de libertad y pluralismo que, dentro del marco del orden público, caracterizan a las sociedades democráticas, entendemos que los regímenes duales de regulación de la ruptura que contemplan la separación y el divorcio deben considerarse convenientes y razonables. Es prudente que la ley dé la posibilidad a los cónyuges de regular su vida separada sin desahuciar el matrimonio, ya sea porque ellos no se cierran a la posibilidad de una reconciliación o porque no desean recurrir al divorcio por razones morales, religiosas o jurídicas.

Más aún, pensamos que un respeto más íntegro de estos valores debe llevar a considerar más recomendable la fórmula de la separación con función alternativa que la separación con función transicional. En esta última modalidad la separación no es tratada equitativamente por el legislador. No hay una verdadera neutralidad pública ante la decisión de los cónyuges en cuanto a elegir separación o divorcio, y el legislador se compromete con el divorcio como solución preferente.

Por otro lado, si se parte de la base de que el matrimonio y su estabilidad son un bien que conviene promover e incentivar a través de las políticas públicas y legislativas, y conociéndose los estragos sociales que produce la proliferación del divorcio, también debería valorarse positivamente que la separación tenga una función propia y alternativa a la del divorcio y que sean los cónyuges los que puedan libremente elegir entre una u otra solución. Es más, en los casos de conflictos entre los cónyuges entre si debe

aplicarse separación o divorcio, el legislador debería al menos permitir al juez fallar en favor de la separación y no estar obligado a decretar el divorcio, que debería ser una medida de excepción que rompe la unidad de la familia.

Pensamos que este es el diseño legal que ha recibido la separación en la regulación chilena del matrimonio efectuada por la ley N° 19.947 del Código Civil, y nos parece importante darla a conocer como una fórmula que puede ser inspiradora para otras legislaciones que quieran intentar un mejor equilibrio entre la libertad de los cónyuges y la realización de valores como la consistencia y la estabilidad de la familia matrimonial.

V. Hacia una revalorización de la separación judicial. El principio de la estabilidad de la familia matrimonial.

Aspiramos, y este es el meollo de nuestra ponencia, a que el nuevo Derecho de Familia que se desarrolle en el siglo XXI reconozca y fortalezca la separación personal como modo relevante e incluso preferente de regulación de las rupturas matrimoniales.

Deben apreciarse las ventajas que una adecuada formulación de la separación personal puede proporcionar al sistema de derecho matrimonial en términos de mayor libertad para los cónyuges para recurrir a vías diversas y menos radicales y traumáticas que el divorcio, y de una mejor contribución a la estabilidad de la convivencia (posibilitándose la reconciliación) o del mismo compromiso jurídico que implica y da sentido al matrimonio.

Una mayor apreciación en la ley, en la doctrina, en la asesoría jurídica familiar, en las instancias no adversariales de resolución de conflicto (mediación), de la separación de los cónyuges podría ayudar a disminuir las tasas de divorcio y contribuir a una regulación sana y menos perjudicial de la vida separada de los cónyuges.

Además, un Derecho de Familia más humanista y solidario debiera tender no a reconocer los intereses de los cónyuges en términos de derechos individuales absolutos, sino a hacer compatible su autonomía y dignidad como personas con bienes colectivos cuya realización es condición para la consecución del bienestar personal. En este sentido,

las legislaciones debieran también reconocer como un principio rector del nuevo Derecho de Familia el de la estabilidad de las uniones matrimoniales, de modo que, aunque se llegue a admitir legalmente el divorcio éste sea concebido no como una libertad individual sino como una solución extrema y excepcional. La separación personal alternativa, como fórmula más congruente con este principio de la estabilidad, debiera ser reconocida y promovida por la legislación civil.

En Santiago, a 9 de marzo de 2007