

## ¿PUEDE DEMANDARSE EL DIVORCIO, CUANDO YA SE HA DEBATIDO Y RESUELTO JUDICIALMENTE LA SEPARACIÓN JUDICIAL? \*

Jorge Baraona González\*\*

### RESUMEN

El presente trabajo se plantea el efecto que tiene una sentencia que se ha pronunciado sobre una separación judicial en la nueva Ley de Matrimonio Civil, de cara a la posibilidad de iniciar, fundado en los mismos hechos, un juicio de divorcio. El autor concluye que la sentencia judicial que decreta la separación tiene un efecto preclusivo sobre la futura acción de divorcio intentada por los mismos hechos. En el artículo se revisa la historia de la de aprobación de las normas y se analiza el panorama en derecho comparado, en países en que existe tanto separación como.

### PALABRAS CLAVES

Separación judicial, divorcio, *non bis in idem*.

### ABSTRACT

This paper examines the effect of a judicial resolution that has accepted the

---

\* Se presenta una versión impresa y reelaborada de la conferencia del autor en la I Jornada de Derecho de Familia, organizada por la Asociación de Magistrados de la Región del Maule, y la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, en donde se tratan los aspectos más polémicos del estado de separación en la nueva Ley de Matrimonio Civil.

\*\* Doctor en Derecho, profesor de Derecho Civil en la Universidad de Los Andes y Católica de Chile. El autor agradece los amables comentarios que hizo al manuscrito, el profesor Alejandro Romero. Recibido 4 de julio de 2005, aceptado 12 de octubre de 2005. email [jbaraona@uandes.cl](mailto:jbaraona@uandes.cl).

separation, according to the new **Ley de Matrimonio Civil**, in relation with the possibility to begin a divorce trial in the future, pleading the same facts. The author concludes that the judicial resolution has precluded the divorce action supported in the same facts. The paper offers the approving history of the Act and a comparative law survey, in the countries that have in their marriage law, separation and divorce.

### KEY WORDS

Judicial separation, divorce, non bis in idem.

#### 1. Problema a dilucidar

Me propongo en este artículo dilucidar un problema que surge en la nueva Ley de Matrimonio Civil N° 19.947, y que lo formulo bajo la siguiente pregunta: ¿puede demandarse el divorcio por cese de la convivencia, cuando ya se ha debatido judicialmente y resuelto la separación judicial, por la misma causal?<sup>1</sup>.

En mi opinión, si un cónyuge ha demandado la separación judicial le precluye la pretensión para pedir el divorcio, fundado en los mismos hechos.

Me fundo en los argumentos que siguen.

#### 2. La separación y el divorcio son instituciones diferentes.

No debiera existir dificultad para aceptar que la separación judicial y el divorcio son instituciones distintas, porque la historia también las separa.

Así como el divorcio hunde sus raíces en el Derecho Romano, la separación de hecho o

---

<sup>1</sup> El tema lo ha planeado el profesor Hernán Corral en diversas intervenciones, como en Corral Talciani, Hernán, "Separación judicial: ¿Nuevo estado civil?", en diario El Mercurio 17 de septiembre de 2004, p. A 2, en donde afirmaba de una manera general "La sentencia que da lugar a ella –la separación judicial– no puede convertirse en divorcio y la fecha en que se pide la separación no constituye fecha cierta para computar los plazos exigidos para divorciarse". Más adelante precisaba que si los cónyuges que obtienen de común acuerdo la separación judicial, no podría luego, uno de ellos, pedir el divorcio por voluntad unilateral, y que no podría pedir el divorcio por voluntad unilateral el cónyuge contra quien se pronunció sentencia de separación culpable. Incluso más, el mismo prof. Corral cree que el cónyuge demandado de divorcio por cese de la convivencia, podría excepcionarse pidiendo la separación judicial por culpa.

¿Puede demandarse el Divorcio, cuando ya se ha debatido y resuelto judicialmente la Separación?.

---

de cuerpos<sup>2</sup>, es una institución que reconoce su origen en el Derecho Canónico. Se trataba de una alternativa, remedio o sanción, a los matrimonios que ya no deben vivir juntos, en razón de alguna grave falta en que ha incurrido alguno de los cónyuges. La institución permitía pedir la separación de cuerpos, que naturalmente dejaba subsistente el vínculo conyugal<sup>3</sup>.

En Francia, el derecho revolucionario suprimió la separación de cuerpos, pero el *Code* la restableció<sup>4</sup>.

En nuestro Derecho, como se ha dicho, la separación venía recogida en la Ley de Matrimonio de 1884, bajo la figura del divorcio, temporal o perpetuo.

En las diversas legislaciones, ambas instituciones tienden a ser independientes y autónomas, operan en procedimientos diferentes y no se configura, necesariamente, la separación como paso previo al divorcio. Para comunicarlás, se han aprobado disposiciones especiales que autorizan a pedir el divorcio una vez decretada la separación por la vía judicial. La fórmula a que se recurre es la “*conversión de la separación en divorcio*”<sup>5</sup>.

La historia de la Ley demuestra que, en alguna etapa del *iter* legislativo, se reconoció la autonomía de ambas instituciones. En efecto, el artículo 50 del Proyecto aprobado por la Cámara de Diputados incluía como causal de divorcio, el hecho de que hubiera transcurrido un lapso mayor de dos años desde que quedase firme la resolución que dispuso la separación judicial. En la indicación que hizo el Ejecutivo ante el Senado se introdujo una norma similar como artículo 33, pero la diferencia estaba en que se acortaba el plazo a un año desde la separación

---

<sup>2</sup> El *divortium quoad thorum et mensam*, es decir de cama y mesa.

<sup>3</sup> Cfr. , Leveneur, Laurent, **Leçons de Droit Civil, La Famille**, de Mazeaud y Chabas, Troisième Volume, 7a Ed., Montchrestien, Paris 1995, p. 801.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> En el derecho francés, el *Code*, junto con aprobar el divorcio y restablecer la separación de cuerpos, que ya he dicho había sido suprimida por el derecho revolucionario, permitió la conversión de la separación en divorcio, de una manera obligatoria para el juez. Sin embargo, en 1884 cuando se restablece el divorcio en Francia, la conversión se hizo más estricta, porque sólo podía pedir la conversión el cónyuge contra el que se había pedido la separación, y en todo caso era facultativo para el juez concederla. En 1908 se vuelve a un sistema de conversión obligatoria, que luego se modifica en 1941, para dar facultad al juez de apreciar la petición cuando ella es instada por aquel de los cónyuges contra quien se declaró la separación. En 1947 se vuelve a la regla de 1908. Sólo en 1975 Francia consolida la solución que subsiste hasta hoy, y que conforme con el inciso 2º del artículo 307 del *Code*, limita la petición de la conversión de la separación obtenida por petición conjunta, a que la demanden ambos cónyuges. (Cfr. Hauser y Huet-Weiller, *La famille Disolution de la Famille*, en **Traité de Droit Civil**, sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, Paris, 1991, pp. 528-529.

judicial definitiva<sup>6</sup>, si ambos cónyuges estaban de acuerdo<sup>7</sup>.

En la discusión que se dio en la Comisión de Constitución del Senado, la cuestión de las causales de separación y divorcio dio pie para un interesante debate. La indicación del Ejecutivo introducida en la tramitación ante el Senado, establecía que la separación judicial definitiva debía ser, siempre, una etapa previa al divorcio. Ello a diferencia de lo que había resuelto la Cámara de Diputados, la configuró con una relativa autonomía con respecto al divorcio, dado que, conforme con el texto aprobado por los diputados, no hacía falta estar judicialmente separado para poder pedir el divorcio.

Los senadores debatieron la conveniencia de lo que llamaron algunos de “judicializar” toda separación<sup>8</sup>, y en general estuvieron de acuerdo en establecer una autonomía de instituciones, confirmando el criterio que había imperado en la Cámara<sup>9</sup>. Pero en el debate que se tuvo se advierte cierta confusión entre la conveniencia de establecer a la separación judicial como una instancia necesaria y previa para pedir el divorcio, con la posibilidad de configurar autónomamente ambas instituciones<sup>10</sup>.

Me parece claro que, con los cambios introducidos en el Senado, la separación judicial y el divorcio quedaron configuradas como instituciones autónomas<sup>11</sup>. Tanto así, que el Senado

<sup>6</sup> Distinguí la indicación del Ejecutivo una separación judicial provisoria de una definitiva, lo que no prosperó.

<sup>7</sup> Véase el cuadro comparado preparado de las distintas indicaciones propuestas en el Senado al Proyecto aprobado en la Cámara de Diputados (Boletín n° 1759-18).

<sup>8</sup> Así lo observó el senador Viera-Gallo (Cfr. Primer Informe de la Comisión de Constitución, p. 141).

<sup>9</sup> El senador Espina, sostuvo que “la separación y el divorcio deben ser independientes, porque muchas personas pueden quedarse en la separación, sin perjuicio de quienes estén separados soliciten después el divorcio, si lo deseen”; el senador Chawick, por su parte estuvo de acuerdo en que separación judicial y divorcio debían desvincularse, y el senador Aburto opinó que debían configurarse como acciones separadas (Cfr. Primer Informe de la Comisión de Constitución, p. 141).

<sup>10</sup> Influyeron en esto los profesores de Derecho Civil que fueron convidados a la Comisión, y que en general manifestaron ideas discrepantes sobre la materia. La profesora Muñoz estimó confusa la indicación del Ejecutivo, y mejor el Proyecto de la Cámara de Diputados, que permitía la opción entre separación y divorcio, sin necesariamente obligar para el divorcio a pasar por la separación. La profesora Veloso, por su parte, estimó que debían dilucidarse varias situaciones, una de ellas si debía contemplarse la separación, que no es reconocida como institución en todas las legislaciones. Por otra parte estimó engorroso y errado tener que declarar la separación, como cuestión previa al divorcio. Por último, explicó, que en Suiza la separación y el divorcio son instituciones independientes, lo mismo en Francia, en donde los cónyuges pueden convertir la separación en divorcio. El profesor Corral, en cambio, se manifestó más conforme en esta parte con las ideas del Ejecutivo, por estimar que se asentaban en la “realidad”, pues “la separación provisoria marca la fecha inicial para computar los plazos de divorcio, aunque él no coincide con la institución, y la separación definitiva disuelve el régimen de bienes y la posible recomposición del vínculo”. (Cfr. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pp. 139-140).

<sup>11</sup> Así se le califica en el derecho Francés, Cfr. Hauser y Huet-Weiller, *Traité...*, cit., p. 505.

no incorporó la causal de divorcio que había sido aprobado en el Proyecto de la Cámara y en la misma indicación del Ejecutivo, que permitía convertir la separación judicial en divorcio, transcurrido que sean determinados plazos, según acabo de recordar.

Entiendo que la ausencia de norma confirma que no puede pedirse el divorcio, una vez decretada la separación judicial, fundado en los mismos hechos. Es más, la misma profesora VELOSO recordó en el seno de la Comisión del Senado, que los países que han reconocido ambas instituciones –separación y divorcio<sup>12</sup>– han incorporado especialmente una disposición que autoriza a los cónyuges que han obtenido judicialmente la separación, para luego convertirla en divorcio. Es el caso, por ejemplo, de España<sup>13</sup> o Francia<sup>14</sup>, en Europa, y Argentina<sup>15</sup> o Brasil<sup>16</sup>, en América del Sur.

En efecto, en el inciso segundo del artículo 307 del Código Civil francés<sup>17</sup>, se limita esta conversión cuando la separación ha sido obtenida por una demanda conjunta de los cónyuges. En este caso la conversión de la separación en divorcio sólo podrá ser obtenida por una nueva demanda conjunta, lo que confirma la autonomía de ambas instituciones para el derecho francés. En el caso del Código Argentino, el artículo 238 autoriza a ambos cónyuges, transcurrido un año desde la sentencia de separación, para pedir que se convierta en divorcio vincular en caso de las causales establecidas en los artículos 202, 204 y 205<sup>18</sup>. Sólo después de tres años, desde la misma sentencia, cualquiera de los cónyuges puede pedir unilateralmente la conversión de ella en divorcio vincular, incluyendo la separación

<sup>12</sup> No todos los países regulan la separación. El derecho Alemán, por ejemplo, sólo reconoce el divorcio y no la separación.

<sup>13</sup> Artículo 86, causa 3ª, letra a), que dispone: “*Son causas de divorcio 3ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial...*”.

<sup>14</sup> Art 306 inciso 1º del Code “*A la demande de l’un des époux, le jugement de séparation de corps est converti de plein droit en jugement de divorce quand la séparation de corps a duré trois ans*”.

<sup>15</sup> Artículo 216 “*El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238*”.

<sup>16</sup> Que en el artículo 1.580 § 1 establece la posibilidad de convertir la separación judicial en divorcio, pero siempre por vía de sentencia judicial (exige que haya transcurrido un año desde la separación. “*A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será determinada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou*”.

<sup>17</sup> “*Quand la séparation de corps a été prononcée sur demande conjointe, elle ne peut être convertie en divorce que par une nouvelle demande conjointe*”. Según explican Hauser y Huet-Weiller, *Traité...*, cit, p. 529, esta norma sería una concesión a los que criticaban una amplia conversión de la separación de cuerpos en divorcio.

<sup>18</sup> Se excluye la causal contenida en el artículo 203, que dispone “*Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos*”..

concedida por el artículo 203 del mismo Código<sup>19</sup>.

Estas referencias al derecho comparado permiten concluir que separación y divorcio son instituciones que se tratan de manera independiente. Por lo mismo, se han debido introducir normas especiales, para inhibir el efecto preclusivo que la separación decretada judicialmente pudiera causar en una futura demanda de divorcio, basada en los mismos hechos.

### **3. En nuestra Ley ambas instituciones se fundan en causales similares**

En lo que respecta a la Ley de Matrimonio Civil, no hay duda de que están reguladas como instituciones distintas, pero existe entre ellas un ámbito de similitud en lo que se refiere a las causales, pues, ambas proceden:

- i) o por falta imputable al otro cónyuge,
- ii) por cese de la convivencia.

En el primer caso la causal es la misma, aunque formulada con un mínimo matiz de diferencia.

La separación judicial, conforme con el artículo 26, *“podrá ser demandada por uno de los cónyuges si mediare falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común”*.

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

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

Para el divorcio, el artículo 54 dispone que puede *“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...”*.

---

<sup>19</sup> Borda, Guillermo, **Tratado de Derecho Civil, Familia I**, Novena Edición Ampliada y Actualizada, Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 544, estima lógica esta norma “pues en este caso cabe dudar del consentimiento prestado por un disminuido mental”.

¿Puede demandarse el Divorcio, cuando ya se ha debatido y resuelto judicialmente la Separación?.

Por otra parte, el cese de la convivencia opera como causal unilateral o conjunta, tanto para el divorcio, como para la separación judicial<sup>20</sup>.

En ambos casos, el supuesto tiene una base similar: el cese de la convivencia. Difieren en cuanto a que, durante el primer año para el caso del divorcio de común acuerdo, o tres primeros años en el divorcio unilateral, podría pedirse la separación judicial, no obstante estar vedada la acción de divorcio. Transcurridos tales plazos, la parte legitimada tendrá una acumulación de acciones, que debe interpretarse en el contexto de la ley de divorcio.

Es claro, en mi criterio, que en este tipo de juicios lo que se busca es resolver los problemas de convivencia, sea entre los cónyuges o con respecto de los hijos. En caso de que se opte por la separación judicial, si se había podido demandar también el divorcio, debe entenderse que se ha elegido la separación judicial como vía de solución permanente al conflicto. Entenderlo de otra manera, supondría que siempre el cónyuge que ha sido demandado de separación, en circunstancia que pudo también ser demandado de divorcio, estaría expuesto a recibir una demanda de divorcio en el futuro, haciendo inútil el juicio de separación.

<sup>20</sup> “Artículo 27 Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar al tribunal que declare la separación, cuando hubiere cesado la convivencia.

Si la solicitud fuere conjunta, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita”.

Divorcio

“Artículo 55.- 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 de un año.

En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.

Habrà 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.

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.

La reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo de los plazos a que se refiere este artículo.”

#### **4. El principio del *non bis in idem***

La sentencia que se pronuncia sobre una acción de separación judicial, desde el momento que constituye un estado jurídico nuevo –calidad o estado civil, como quiera llamársele– la sentencia adquiere fuerza de cosa juzgada. El profesor Alejandro Romero ilustra este punto con precisión y claridad: “producida la función constitutiva, la cosa juzgada debe garantizar la inmutabilidad del cambio o la creación del nuevo estado jurídico. En este tipo de tutela, la sentencia judicial creadora o modificadora de una determinada realidad tiene una clara proyección en el derecho sustancial, ya que su contenido incide en la forma como se debe observar en lo sucesivo dicha situación (...). Dicho de otra forma, la cosa juzgada determina no sólo la imposibilidad de discutir nuevamente sobre el tema, también fija el contenido de la nueva situación generada a partir de la sentencia judicial firme”<sup>21</sup>.

De lo que se expone 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, porque precisamente la separación judicial pone fin al deber de vivir juntos y mal se podría invocar en estas circunstancias el cese de la convivencia como supuesto para pedir el divorcio, fundado en un hecho que ha servido para obtener otra solución permanente, como es la separación judicial.

Toda la argumentación anterior, vale, y con mayor razón aún, para el caso de que la separación haya sido pedida por ambos cónyuges y luego uno de ellos pretendiera la separación unilateral, invocando el cese de la convivencia de tres años. Si la separación judicial pone término al deber de cohabitación (artículo 33), mal podría luego invocarse el tiempo que no se convivió para alegar divorcio, en circunstancias de que no había deber de vivir juntos. La decisión de optar al estado permanente de separados, pero unidos por matrimonio, impide volver a discutir sobre los mismos hechos, hay una razón de cosa juzgada que se impone.

#### **5. La irrenunciabilidad de la acción de divorcio.**

Una objeción importante que puede formularse, es la que deriva de la irrenunciabilidad de la acción de divorcio, que la Ley contempla en el artículo 28.

Pero el sentido de la irrenunciabilidad que la disposición citada propone, apunta a que las partes no pueden anticipadamente renunciar a la acción de divorcio. Pero es obvio que desde

---

<sup>21</sup> Romero Seguel, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno, Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 82-83



¿Puede demandarse el Divorcio, cuando ya se ha debatido y resuelto judicialmente la Separación?

---

un punto de vista fáctico las acciones pueden renunciarse, en cuanto que el titular de ellas decida no ejercerla, no obstante beneficiarle una causal

Sin embargo, de lo anterior no se sigue que la acción de divorcio no pueda precluir. Estimo que tal efecto se produce si el legitimado, pudiendo ejercer tanto la acción de divorcio o de separación judicial, opta por una de ellas. En efecto, si ambas acciones emanan de los mismos hechos, la opción procesal del legitimado indica que ha escogido una de las acciones posibles pero incompatibles, en una decisión autónoma. No hay aquí una renuncia sino una opción.

## 6. No creo que pueda hablarse de un derecho al divorcio

Me parece que esta afirmación puede derivarse con seguridad de lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley:

*“Artículo 3°.- Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.*

*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.”*

*Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges”*

De conformidad con esta disposición, antes que el supuesto interés de un cónyuge por el divorcio, están otros bienes que para la ley aparecen como superiores:

- a) el interés superior de los hijos;
- b) la protección del cónyuge más débil;
- c) la preservación y recomposición de la vida común de un matrimonio válidamente contraído, cuando se vea “amenazada, dificultada o quebrantada”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Por esto no comparto el criterio de Veloso Valenzuela, Paulina, “El Divorcio”, en **Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil, Seminario, 13 y 14 de octubre**, Academia Judicial de Chile (pp. 60-68), p. 68, cuando dice “que si concurren los requisitos del divorcio, demandado por un cónyuge, no podría negarse a él y otorgar la separación judicial alegado por el otro. Me parece que resolver de este modo torcería demasiado el texto y espíritu del legislador”. Claro, porque los principios del legislador, como he dicho, claramente apuntan a mantener la estabilidad de la familia: el divorcio no es un derecho de los cónyuges.

Es decir, antes que el interés particular del cónyuge a impetrar el divorcio, existe un bien o interés superior que el juez debe procurar, cual es preservar y recomponer la vida en común. La separación deja la posibilidad a una recomposición de la vida en común, valor que es superior, en este sentido, a la alternativa del divorcio vincular, el que, una vez pronunciado, rompe todos los lazos legales entre los cónyuges.

El inciso segundo del artículo 3°, que he transcrito, se incorporó al proyecto como efecto de una indicación presentada por los senadores Chadwick, Romero y Diez<sup>23</sup>. Esta proposición se intentó suprimir vía indicaciones que fueron rechazadas, tanto en la Comisión como en la Sala<sup>24</sup>.

A este respecto es interesante la discusión que se dio en la sala del Senado, porque muchos de los legisladores que estaban por suprimir esta disposición, entendían que ésta era una puerta abierta para que el juez pudiera rechazar un divorcio, no obstante que la causal estuviera acreditada<sup>25</sup>. Quienes apoyaron la norma, que resultó parte del proyecto promulgado, lo hicieron sosteniendo que existía coherencia entre este principio y la declaración del artículo primero respecto de que el matrimonio es la base principal de la familia y, por lo mismo, que la ley no pretende promover el divorcio, sino, por el contrario, promover el matrimonio y con él la unidad familiar<sup>26</sup>. Es claro, en consecuencia, que este elemento, que recoge un principio, un

<sup>23</sup> Cfr. Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 39.

<sup>24</sup> Cfr. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, p. 7, que da cuenta de que el inciso segundo del artículo 3° fue objeto de una indicación (las n° 16 y 17), de los senadores Boeninger y Gazmuri/Núñez, respectivamente, que fueron desechadas unánimemente por la Comisión. Más tarde la indicación fue renovada en la Sala, y también fue desechada 24 votos contra 22 (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 22°, en martes 6 de enero de 2004, en donde se da cuenta del vivo debate que existió en la Sala).

<sup>25</sup> Lo dijo el senador Ávila: “Señor Presidente, una proporción importante de miembros de este Senado es contraria a legislar a favor del divorcio, pero se ha encontrado una forma de impedir que la legislación que surja cumpla los efectos para los cuales fue concebida. Entonces, estamos en presencia de un proyecto lleno de cazabobos (sic), y uno de ellos es precisamente el inciso segundo del artículo 3°. Resulta absolutamente improcedente en una legislación como ésta condicionar el comportamiento del juez a una dirección determinada. En el primer inciso se contempla un principio de orden general que resulta válido y de orientación suficiente para que el magistrado actúe. Pero el inciso segundo lo amarra, obligándolo a desenvolverse en una determinada dirección, lo cual por cierto, desnaturaliza la función misma del juez...” (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 22°, en martes 6 de enero de 2004).

<sup>26</sup> Lo dejaba bien asentado el senador Larraín, al fundamentar su voto de rechazo a la indicación renovada: “Señor Presidente, en mi opinión, el inciso a que se hace referencia es bastante medular para poder entender cuál es la intención del legislador, y para dejar estampado un criterio de interpretación sobre el espíritu de la futura legislación. Se desea introducir un cambio significativo a la Ley de Matrimonio Civil, cual es permitir el divorcio. Independientemente de mi rechazo a esa idea, he inferido que quienes la sostienen —que han sido mayoría— quieren que en nuestra legislación exista tal posibilidad, pero no promoverla. Porque son dos actitudes

¿Puede demandarse el Divorcio, cuando ya se ha debatido y resuelto judicialmente la Separación?

---

valor de la ley, debe servir para interpretar el conjunto de sus disposiciones<sup>27</sup>, para entender que el divorcio no es un derecho sino una opción que la ley ofrece a los cónyuges como consecuencia de una crisis familiar.

## 6. Conclusión

Concluyo que una vez que se ha decretado el estado de separación judicial entre los cónyuges, no podrá demandarse de divorcio, invocándose los mismos hechos que han servido de fundamento a la demanda de separación judicial.

---

conceptuales distintas. Si se elimina la disposición, se puede interpretar que en realidad lo que se persigue es promover el divorcio. Y me parece que ese espíritu es tremendamente negativo. En cambio, mantener la norma que señala cuál es el espíritu con el cual debe actuar el juez en cualquier procedimiento de conciliación y mediación y en todos los momentos en que se encuentre en entredicho la unidad familiar, es darle el justo sentido que pretenden quienes defienden el divorcio -así lo he entendido, más allá de mi divergencia-, que es decir: 'Esta es una ley de matrimonio civil y, por lo tanto, lo que el juez debe procurar siempre es la unidad "' (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 22°, en martes 6 de enero de 2004).

<sup>27</sup> Con su estilo analítico, el Ministro Luis Bates, presente en la Sala, defendió el precepto afirmando: "tenemos la impresión de que todo el texto de la Ley de Matrimonio Civil apunta hacia el fortalecimiento del matrimonio y de la familia, y ésta es una disposición que va en la misma línea. Recordemos, por ejemplo el artículo 22 del Código Civil: 'el contexto de la ley' -y ésta sería una norma de contexto- servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes 'Es decir, el inciso en cuestión es una norma de carácter programático que ayuda al juez en la interpretación de la ley frente a hechos determinados que se hayan establecido en el desarrollo de la causa. En consecuencia, veo al inciso segundo enfocado al fortalecimiento de la familia -propósito contemplado también en otros textos- y en armonía con los preceptos sobre mediación, entre otros, de Ley de Matrimonio Civil y que tienen la misma orientación, lo cual no se opone al divorcio ni a las causales de divorcio que este proyecto también consagra". (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, sesión 22°, en martes 6 de enero de 2004).

