

*Nuevas causales de la separación de
cuerpos y del divorcio incorporados por
la Ley 27495 y modificaciones
establecidas por la Ley 28384*

Manuel Miranda Canales

Vocal Supremo (p). Doctor en Derecho. Ex Consejero del Consejo Nacional de la Magistratura.
Ex Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

Lex

Cuando se ordenó, por el señor Presidente a. i. y el Segundo Vicepresidente del Congreso de la República, Dr. Carlos Ferrero Costa y Henry Pease García, respectivamente, se comunicó a la Presidencia del Consejo de Ministros, LA LEY 27495: LEY QUE INCORPORA LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y SUBSECUENTE DIVORCIO. Al no haberse promulgado dentro del plazo constitucional por el señor Presidente de la República, Dr. Valentín Paniagua Corazao, el Dr. Javier Pérez de Cuellar, en su calidad de Presidente del Consejo de Ministros, dispuso su cumplimiento, publicándose en el diario oficial *El Peruano*, el día 7 de julio del 2001, comenzándose a divulgar dicha ley con una carátula que en su parte superior decía: «Gracias a Dios me liberé», y nosotros decimos: «Gracias a Dios o gracias a los legisladores».

CONSIDERACIONES PREVIAS

El matrimonio, según el art. 234° del Código Civil, «es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común».

Sin embargo, como todo en la vida es una aventura, muchas veces, el matrimonio fracasa; entonces, viene la ruptura de la pareja y su separación definitiva.

Para esta separación hay dos caminos:

1. La separación legal, que puede ser:

a) Por convención, que es el acuerdo de los cónyuges para separarse de cuerpos legalmente, dando por fenecida la sociedad de gananciales, por terminados los deberes de lecho y la habitación; pero, dejando subsistente el vínculo matrimonial; para lo que se requiere que hayan transcurrido más de 2 años después de la celebración del matrimonio (inc. 13 del art. 333° del Código Civil).

Una vez transcurridos dos meses, después de la notificación de la sentencia de separación de cuerpos convencional, conforme a lo dispuesto por el art. 354° del Código Civil, modificado por la Ley 28384 del 21 de octubre del 2004, cualquiera de los cónyuges, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio.

b) Por las causales establecidas en el Código Civil, en su art. 333° (incisos 1 al 12).

2. **El divorcio.** Igualmente, los cónyuges, pueden optar por demandar directamente el divorcio, por las mismas causales establecidas en el mismo art. 333°, excepto, por la causal de separación convencional.

2.1. Teorías sobre el divorcio

Existen dos teorías sobre el divorcio:

a) **Divorcio sanción:** es aquella que manifiesta que, ante el fracaso matrimonial, se busca al responsable de este fracaso, quien es sancionado por la ley.

Dentro de la teoría del divorcio sanción, se establecen causales específicas y taxativas, todas ellas, describiendo inconductas.

b) **Divorcio remedio:** es aquella en la que no se busca un culpable, sino enfrentar una situación conflictiva ya existente, en la que se incumplen los deberes conyugales; aquí no interesa buscar al que provocó la situación, sino solucionarla.

El Código Civil de 1984 adopta la posición del divorcio sanción, a tenor de los incisos 1 al 7 y del inc. 10 del art. 333°; sin embargo, de conformidad con los incisos 8 y 9, y a partir de la Ley 27495, vigente desde el 8 de julio del 2001, incisos 11 y 12, estamos en la posición del divorcio remedio.

Al respecto, el congresista Aldo Estrada Choque, en su Proyecto de Ley N.° 2556/96-CR, manifiesta en la Exposición de Motivos, citando al Dr. Rolando Peralta Andía, ex Presidente de la Corte Superior de Justicia de Tacna, en su libro *Derecho de Familia en el Código Civil*, lo siguiente:

El Código Civil vigente, a través de su normativa relacionada con la separación de cuerpos y el divorcio, adopta la tesis del «Divorcio Sanción» y realmente nuestros legisladores de aquel entonces [1984], desperdiciaron la oportunidad para consagrar en este cuerpo legal, la doctrina del

«Divorcio Remedio» que, por sus propios planeamientos, se ajusta más a nuestra realidad, ya que ilustres tratadistas a nivel nacional e internacional, expresan que, desde el punto de vista científico y psicológico, los factores que juegan y determinan las actitudes de uno y otro cónyuge, capaces de poner en peligro la convivencia, están marcados por sutiles e implicados mecanismos psíquicos, sexuales y emocionales, en los cuales es difícil hablar de culpa de uno o del otro, ya que, a menudo, el alejamiento recíproco del marido y de la mujer, son resultado de un largo proceso de desavenencias, incompatibilidades, diferencias y desajustes de orden sexual y emocional.

ANÁLISIS DE LA LEY 27495

a) Antecedentes

La causal de separación de hecho, como causal de separación de cuerpos legal o de divorcio, en nuestra patria, se remonta al año 1931. Posteriormente, fue aprobada en la Cámara de Diputados; pero no fue aprobada en la Cámara de Senadores. Igualmente, en los últimos años no fue aprobada por el discutido régimen de Fujimori, y tampoco fue promulgada por el señor ex Presidente Constitucional de la República, Dr. Valentín Paniagua Corazao, durante el Gobierno de Transición, motivo por el cual, el Congreso de la República ordenó su publicación y cumplimiento.

b) Incorporación de nuevas causales

Esta ley incorpora al art. 333° del Código Civil, dos nuevas causales de la separación de cuerpos legal o del divorcio que son:

–La separación de hecho de los cónyuges, durante el período ininterrumpido de dos años, si no tuviesen hijos; o de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad (inc. 12) y

–La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial (inc. 11).

Asimismo, modifica el inc. 8 del art. 333° del Código Civil de 1984, que prescribía: «La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio» con el siguiente tenor: «La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio».

La separación de hecho

Es la constatación fehaciente que debe hacer el juzgador a fin de acreditar que los cónyuges

han optado en los hechos por apartarse el uno del otro, dejando de lado el deber marital de la convivencia y de la vida en común.

Esta causal, como hemos dicho, ha sido bastante discutida y es controvertida, tanto es así que proyectos de ley se presentaron en el último decenio y en el antepenúltimo Congreso de la República, como el Proyecto de Ley N.º 1716/97-CR, presentado por el principal gestor de ley, el ex congresista Daniel Estrada Pérez y el Proyecto de Ley N.º 1729/96-CR, presentado por el también ex congresista Dr. Roger Cáceres Velásquez, los que aparecen en mi libro *Derecho de Familia y Derecho Genético*.

En cuanto al tiempo, se ha establecido que, para que se configure la separación de hecho, tienen que transcurrir dos años, si los cónyuges no tienen hijos o teniéndolos, estos, son mayores de edad (nada se dice sobre los hijos mayores, pero incapaces) o 4 años, cuando los cónyuges tienen hijos menores de edad.

Al respecto, nosotros en la Comisión de la Mujer del Parlamento, en años anteriores, expresamos nuestra opinión en el sentido de que, si bien esta causal debía incluirse, debía ser solo para la separación de cuerpos legal, no directamente para el divorcio, y deberían transcurrir cinco años de separación de hecho, teniendo o no hijos, a fin de defender la estabilidad familiar, aun cuando el fundamento social era que casi un millón de personas que permanecían en condición de separados de hecho, podrían regularizar su situación conyugal en virtud de esta ley, tal como lo han hecho hasta la actualidad.

La imposibilidad de hacer vida común debidamente probada en proceso judicial

Esta causal no ha sido debatida ampliamente en las facultades de Derecho, colegios de abogados o en el propio Poder Judicial, a través de la jurisprudencia y, sin embargo, se adicionó a esta ley, consignándola en el inc. 11 del art. 333º modificado, por lo que hubiera sido conveniente una mayor difusión y discusión de los proyectos de ley presentados al respecto.

La imposibilidad de hacer vida en común, se da cuando los cónyuges se encuentran dentro de un gran estado de quiebra en sus relaciones intramatrimoniales, de tal manera que, para ambos, resulte imposible una convivencia estable y armoniosa y una vida en común. Por lo que, para que se configure esta causal, no bastarán pequeñas rencillas y pareceres encontrados sobre tareas cotidianas o rutinarias que se presentan en toda relación humana.

Este inc. 11 trata de una definición abierta que deroga la configuración del sistema de causales *númerus clausus*, al menos en materia de las causales remedio.

La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio (inc. 8)

Esta causal es una modificación del mismo inciso que antes decía «enfermedad venérea grave» por «enfermedad grave de transmisión sexual».

En esta causal, el legislador lo que desea es proteger al cónyuge sano y, sin embargo, tal como está redactado (es decir, que tiene que ser por «transmisión sexual»), implicaría adulterio, que tiene una regulación propia, por lo que, aparentemente, se estarían duplicando las causales. Además, si lo que se pretende es proteger al cónyuge sano, no era necesaria esta causal, en razón de que el art. 347° del Código Civil prescribe: «En caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida común, quedando subsistentes las demás obligaciones conyugales».

Tal vez se crea que con esta fórmula se posibilita la probanza del demandante, pues es mucho más fácil acreditar la existencia de la enfermedad que probar el adulterio, propiamente dicho. Además, esta redacción permite que enfermedades muy serias, como el SIDA, puedan ser consideradas como causal de separación legal o de divorcio.

Al respecto, el Congresista Aldo Estrada Choque, en la Exposición de Motivos de su Proyecto de Ley, proponiendo la presencia de enfermedades de transmisión sexual como el SIDA y la enfermedad mental permanente, dijo:

La presencia de enfermedades de transmisión sexual, como el SIDA, que afectan el sistema orgánico e inmunológico de la persona, con consecuencias letales e inclusive inevitables, debe constituir una posibilidad de separación de cuerpos o divorcio, toda vez que no se justifica que, por razones familiares o morales, se siga manteniendo un vínculo que hace imposible el cumplimiento de las obligaciones y deberes derivados del matrimonio, y que pone en riesgo la salud del otro cónyuge, así como la de los hijos, cuando existe la posibilidad de embarazos con alto grado de riesgo para la prole.

Similar situación se presenta cuando se trata de una enfermedad mental permanente, que impide al cónyuge afectado una conducta y raciocinio normales y, consiguientemente, no se encuentra apto para mantener una relación matrimonial con deberes y obligaciones inherentes a ella.

La incorporación de estas causales, por ninguna razón significará dejar en abandono al cónyuge enfermo, y en todo caso, el juez, al momento de resolver, tendrá que establecer las previsiones que la misma ley señala para que el cónyuge demandante acuda con los recursos y asistencia del caso a favor del otro.

INVOCACIÓN POR CAUSAL PROPIA

De conformidad en el art. 335° del Código Civil «Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio». Sin embargo, según lo dispuesto por la última parte del inc. 12 del art. 333°, modificado por el art. 2° de la Ley 27495, no será de aplicación el mencionado art. 335°, en caso de separación de hecho, pues puede invocarse unilateralmente, por el cónyuge si se quiere «ofensor», es decir por causal propia.

En otras palabras, según el Código Civil, la separación de cuerpos o el divorcio tienen que ser demandados por el cónyuge agraviado, no por el agravante; pero según esta ley, por esta causal de separación de hecho, puede solicitarlo, si se quiere, el propio agravante.

FENECIMIENTO DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Como es sabido, el matrimonio tiene dos regímenes patrimoniales: uno, el de la sociedad de gananciales, que existía en el Código Civil de 1936 y subsiste en el de 1984, en el que hay bienes propios y bienes sociales; y el otro, el de la separación de patrimonios.

Los bienes sociales son los adquiridos después del matrimonio a título oneroso y los bienes propios son los adquiridos antes del matrimonio o dentro de él, pero a título gratuito; por ejemplo, una donación o una herencia a favor de uno de los cónyuges.

La sociedad de gananciales, según el art. 319° del Código Civil, tiene una fecha de fenecimiento al prescribirse: «Para las relaciones entre los cónyuges, se considera que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la muerte o de la declaración de muerte presunta o de ausencia; en la de la notificación de la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio, de separación de cuerpos o de separación judicial de bienes; y en la fecha de la escritura pública, cuando la separación de bienes se establece de común acuerdo.

Este artículo es modificado por el art. 1° de la Ley 27495, adicionándose el siguiente párrafo: «En los casos previstos en los incisos 5 y 12 del art. 333°, la sociedad de gananciales fenecce desde el momento en que se produce la separación de hecho». Es decir, que en los casos de abandono injustificado del hogar conyugal (inc. 5) y en la separación de hecho de los cónyuges (inc. 12), el fenecimiento de la sociedad de gananciales se da inmediatamente producida la separación de hecho, salvo que esta, se haya realizado antes de la entrada en vigencia de la Ley 27495, en cuyo caso la sociedad de gananciales debe entenderse fenecida a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, vale decir, desde el 8 de julio del 2001.

Esta situación podría dejar en total desamparo a la familia, posibilitando el abuso del cónyuge que se va del hogar, ya sea bajo la figura del abandono injustificado o el retiro voluntario. Por ello debe ser evaluada en el proceso judicial, cautelando los derechos del cónyuge afectado y los de sus hijos menores, puesto que la sociedad de gananciales no puede fenecer automáticamente por decisión y acción unilateral de cualquiera de los cónyuges, máxime, si ese momento ya está considerado en el art. 319° del Código Civil, estableciendo que el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce en la fecha de la notificación de la demanda de invalidez del matrimonio, de divorcio y de separación de cuerpos, entre otras circunstancias.

Por otro lado, no quedan claros en esta Ley, los motivos de esta modificación para la separación de hecho y para el abandono injustificado del hogar conyugal, por lo que esta disposición merece mayor discusión y análisis, a fin de buscar mayor protección de quienes resulten afectados por la separación. Máxime si se tiene en cuenta, por los estudios realizados, que son los varones quienes abandonan o se retiran del hogar conyugal, siendo las mujeres y los hijos menores quienes se quedan en situación desventajosa.

RÉGIMEN DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LOS ALIMENTOS

Según el art. 3° de la Ley 27495, se modifica el art. 345° del Código Civil, simplemente añadiendo la expresión «o de separación de hecho» en ambos párrafos de dicho artículo, para mantener la coherencia legislativa, quedando, por tanto, el artículo redactado de la siguiente manera:

«En caso de separación convencional o de separación de hecho, el juez fija el régimen concierne al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden.

Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los artículos 340°, último párrafo, y 341°».

El artículo prescribe lo siguiente:

Art. 340. Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno al otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en algunos de los abuelos, hermanos o tíos.

Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre; y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años, al cuidado de la madre, a no ser que el juez determine otra cosa.

INDEMNIZACIÓN EN CASO DE PERJUICIO

La Ley 27495, en su art. 4°, incorpora el art. 345°-A al Código Civil, en el supuesto caso de que uno de los cónyuges resulte perjudicado por la separación de hecho que luego va a ser invocada como causal de separación de cuerpos o de divorcio.

Al respecto, esta ley establece tres medidas destinadas a cautelar al cónyuge inocente, lo cual es discutible, porque cuando se invoca esta causal, ya estamos (a mi concepto) en el divorcio remedio atenuado.

La primera medida es que para invocar el inc. 12 del art. 333°, el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras (a favor del otro cónyuge, porque aquí no se refiere a los hijos) que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo; es decir, que el demandante debe acreditar que ha cumplido con asistir económicamente en la subsistencia de la demandada, cumpliendo con su obligación alimentaria, judicialmente declarada o establecida por acuerdo extrajudicial.

La segunda medida es que el juez, velando por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como por la de sus hijos, deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo «el daño personal».

Consideramos que la expresión «el daño personal», se debe referir al concepto de «daño a la persona» que prescribe el art. 1985° del Código Civil.

Demos una breve explicación al respecto. Hay tres clases de daños: a) Daño material, b) Daño moral y c) Daño a la persona.

a) **Daño material:** es el perjuicio económico o patrimonial fácilmente cuantificable; por ejemplo, mientras dicto una charla chocan mi automóvil, donde hay el daño emergente y el lucro cesante.

b) **Daño moral:** es el perjuicio extramatrimonial referido al sentimiento, que causa dolor, desasosiego, tristeza y lágrimas. Por ejemplo, matan a mi madre mientras cruzaba una avenida.

Este daño es difícil de cuantificar o reparar; sin embargo, es posible una indemnización pecuniaria.

c) **Daño a la persona:** introducido por el maestro Dr. Carlos Fernández Sessarego, en el Proyecto del Código Civil de 1984, en el art. 17°, que lamentablemente fue suprimido por la Comisión Revisora; pero que aparece en el art. 1985° del Código Civil. Es la lesión de tipo psicológico o a la integridad física y/o la frustración de un proyecto de vida tangible y digno libremente escogido; por ejemplo, que a aquel que tiene la vocación de ser futbolista y nada más que futbolista, porque ese es su proyecto de vida, se le amputa una pierna. Sin una pierna, podría ser un buen abogado, pero no desea ser abogado; o podría ser un gran médico, pero no quiere ser médico. Lo que ha deseado, desea y deseará es ser futbolista y nada más que futbolista y al cortarle una pierna le han frustrado su proyecto de vida.

Parecería ser que cuando la norma dice «incluyendo el daño personal», se estaría refiriendo a ese daño a la persona, es decir, que el cónyuge perjudicado se ha visto frustrado en su proyecto de vida, de vivir con ese cónyuge y solamente con él y no con otro.

La tercera medida es que el juez ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder.

Algunos consideran que estas medidas protectoras al cónyuge perjudicado, hacen notar que no se ha pasado a la concepción del divorcio remedio, porque son obligaciones que hay que cumplir. A mi concepto, sí se ha pasado al divorcio remedio, pese a estas obligaciones, porque el cónyuge demandante lo que desea es divorciarse; y si para ello tiene que haber pasado alimentos al cónyuge o a los hijos, lo hará; si tiene que dar una indemnización, igualmente, la dará; si tiene que adjudicarle preferentemente la parte que le corresponde de la sociedad de gananciales al cónyuge perjudicado, también lo hará, máxime, cuando lo que se le va a adjudicar es el 50% de los bienes de la sociedad conyugal, porque lo que se adjudica no son todos los bienes en su integridad, ya que el cónyuge demandante o perjudicante, según el lenguaje del legislador, contrario sensu a cónyuge perjudicado, lo que quiere es liberarse del matrimonio para comenzar otro proyecto de vida o solucionar su situación jurídica familiar.

La última parte del art. 345°-A dice: «Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323°, 324°, 342°, 343°, 351° y 352°, en cuanto sean pertinentes».

Estos artículos prescriben lo siguiente:

Art. 323°. Son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el artículo 322°.

Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos. Cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia y del establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, den la obligación de reintegrar el exceso de valor si lo hubiera.

Art. 322°. Realizado el inventario, se pagan las obligaciones sociales y las cargas y después se reintegra a cada cónyuge los bienes propios que quedaron.

Art. 324°. En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

Art. 342°. El juez señala en la sentencia la pensión alimentaria que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos; asimismo, la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa.

Art. 343°. El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden.

Art. 351°. Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Art. 352°. El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro.

LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE DIVORCIO

El art. 5° de la Ley 27495 modifica el art. 349° del Código Civil, en los términos siguientes: «Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el artículo 333°, incisos del 1 al 12».

Esto significa que la causal de separación de hecho, que se encuentra en el inc. 12, puede invocarse para demandar directamente el divorcio, es decir, no solamente para la separación de

cuerpos legal, sino también para el divorcio; igualmente, puede invocarse la causal de imposibilidad de hacer vida en común, que está en el inc. 11.

Se dirá que no es necesario mantener la posición de que solo sea causal de separación de cuerpos legal, porque a los dos meses de notificada la sentencia de separación, se va a pedir la ulterior disolución del vínculo matrimonial; pero, tratándose del matrimonio, es conveniente no apurar mucho su disolución y, por tanto, podría ser conveniente iniciar esa disolución del vínculo conyugal, primero, con una separación de cuerpos legal, que permitiría, aún más, una reflexión sobre el destino matrimonial de la pareja.

PLAZO DE CONVERSIÓN

El art. 6° de la Ley 27495 modifica el art. 354° del Código Civil, incluyendo la causal de separación de cuerpos por separación de hecho, estableciendo que transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, cualquiera de los cónyuges, basándose en ella, podrá pedir que se declare disuelto el vínculo del matrimonio (de acuerdo a la modificación establecida por la Ley 28384, de 21-10-04).

Esto significa que la causal de separación de cuerpos legal por separación de hecho, ahora es igual que la separación convencional y más, es decir, que el propio demandante, en este caso, puede pedir la ulterior disolución del vínculo conyugal; significando ello que se puede pedir la separación de cuerpos o el divorcio por causal propia.

Hasta aquí las modificaciones a los artículos referidos al Código Civil; pero la Ley 27495 modifica, también, los artículos 480° y 573° del Código Procesal Civil, que se refieren a la tramitación y la aplicación supletoria.

TRAMITACIÓN Y APLICACIÓN SUPLETORIA

El art. 7° de la Ley 27495 modifica el art. 480° del Código Procesal Civil, estableciendo que las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del art. 333° del Código Civil, se sujetan al trámite del proceso de conocimiento con sus propias particularidades del subcapítulo, es decir, que se incluyen las causales de imposibilidad de hacer vida en común y la separación de hecho en el trámite del proceso de conocimiento, pues el Código Procesal Civil se refiere solo a las causas establecidas en los incisos 1 al 10; o sea: 1. El adulterio, 2. La violencia física o psicológica, 3. El atentado contra la vida del cónyuge, 4. La injuria grave, 5. El abandono injustificado, 6. La conducta deshonrosa, 7. El uso injustifica-

do de drogas, 8. La enfermedad grave de transmisión sexual, 9. La homosexualidad y 10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad.

En cuanto a la aplicación supletoria, lo que hace es variar el número del inciso referido a la separación convencional, que en el Código Civil estaba en el inc. 11. Al haberse incluido dos causales más, ahora aparece en el inciso 13, estableciendo que tanto la separación de cuerpos y extinción del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales por acuerdo de los cónyuges como la de divorcio de conformidad con el inc. 13 del art. 333° del Código Civil, respectivamente, se sujetan al trámite del proceso sumarísimo, con las particularidades de este subcapítulo.

En definitiva, con esta ley, el divorcio empezará a ser percibido como un derecho humano, como dice el Magíster en Derecho Civil, David Percy Quispe Salsavilca, más allá que al cónyuge perjudicado se le pague alimentos o el otro pierda los gananciales procedentes de los bienes propios del otro, aun en tal eventualidad, se habrá recuperado la aptitud nupcial a raíz de actos dependientes de la voluntad.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y TRANSITORIAS

Esta ley tiene tres disposiciones complementarias y transitorias:

a) La primera establece que «La presente Ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dichos casos, la sociedad en vigencia fenece a partir de la entrada en vigor de esta Ley».

Esta prescripción es discutible y opinable, porque no se precisa adecuadamente si esta norma es de aplicación retroactiva o no. En el art. 11 del Título Preliminar del Código Civil, se establece que «La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú» y esta prescribe, en el segundo párrafo del art. 103°: «ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo».

En fin, será el desarrollo jurisprudencial, en la aplicación concreta de la norma en la decisión jurisdiccional de los magistrados, el que esclarezca el contenido de esta disposición, pues no se ha publicado la exposición de motivos que nos proporcione mayor claridad y elementos de juicio al respecto.

Transcurridos ya más de seis años de vigencia de la ley, de acuerdo a la jurisprudencia existente, podemos decir que la magistratura judicial ha aplicado esta ley en los términos que establece esta Primera Disposición Complementaria y Transitoria.

b) La segunda Disposición Complementaria y Transitoria establece que «En los procesos judiciales sobre separación de cuerpos que se encuentren en trámite por las causales establecidas en los incisos 1 al 13 del art. 333° del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando las causales establecidas en los incisos 11 y 13 del referido artículo en un plazo no mayor de treinta días, contados a partir de la vigencia de la presente ley (8 de julio del 2001) no siendo aplicable, por excepción, lo dispuesto en el art. 428° del Código Procesal Civil».

La modificación se refiere a que el Código Procesal Civil prescribía que «el demandante puede modificar la demanda antes de que sea notificada», es decir, que a la fecha, las demandas existentes por las otras causales diferentes a la imposibilidad de hacer vida en común y de separación de hecho, tendrían que haber sido ya modificadas, independientemente de que hayan sido notificadas o no.

c) Finalmente, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria establece que «para los efectos de la aplicación del inciso 12 del art. 333°, no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo», que por su claridad no merece mayores comentarios.

BIBLIOGRAFÍA

LEY 27497. El Peruano, 7 de julio del 2001.

Ley 28384 del 21 de octubre del 2004.

ESTRADA CHIROQUE, ALDO. Derecho de Familia en el Código Civil.

MIRANDA CANALES, MANUEL. Derecho de Familia y Derecho Genético, Ediciones Jurídicas, Lima, 1977.

QUISPE SALSAVILCA, DAVID PERCY. «El nuevo régimen de divorcio en el Perú. La separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común». El Peruano, 6 de setiembre del 2001.

ROSAS B., MARÍA ISABEL. «Cautelando derechos de la familia. Separación de hecho». La República, 25 de agosto del 2001.

TORRES CARRASCO, MANUAL ALBERTO. «La separación de hecho como causal de separación de cuerpos y de divorcio». Actualidad Civil. Gaceta Jurídica.