



**FACULTAD DE DERECHO**

**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**“NECESIDAD DE CREAR LA FIGURA JURÍDICA  
DE UNA RESERVA LEGAL DE LOS BIENES DEL  
AUSENTE FRENTE A LA DECLARACIÓN JUDICIAL  
DE AUSENCIA.”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO.**

**Autor(a):**

**Bach. Sánchez Montenegro Maricarmen.**

**Asesor(a):**

**Abg. Samillán Carrasco, José Luis.**

**Línea de Investigación:**

**Ciencias Jurídicas**

**Pimentel - Perú**

**2017**

## DEDICATORIA

*A mi Madre:*

*Por su amor incondicional que representa la verdadera fuerza para mi  
superación contando con su apoyo en los momentos más difíciles  
expresando  
su aliento constante en la consecución de todas mis metas.*

## **AGRADECIMIENTO**

*A la Escuela de Derecho de La Universidad Señor de Sipán por brindarme las facilidades necesarias para culminar esta Tesis.*

*A nuestros docentes de la Facultad de Derecho de La Universidad Señor de Sipán, por todas sus orientaciones brindadas que hizo posible la elaboración del Informe de Investigación*

# **NECESIDAD DE CREAR LA FIGURA JURÍDICA DE UNA RESERVA LEGAL DE LOS BIENES DEL AUSENTE FRENTE A LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE AUSENCIA**

## **Resumen.**

La declaración judicial de ausencia es una institución jurídica que se encuentra regulada en nuestro Código Civil, como una solución a la problemática que se presenta cuando una persona por circunstancias desconocidas desaparece y se desconoce cuál es su paradero; lo que implica que en el caso de que sea una persona casada y con hijos éstos queden desamparados; además en otros casos desaparece el conyugue que tenía a cargo la tutela de los menores.

Para poder solucionar este desamparo nuestra legislación ha implementado la figura de la declaración judicial de ausencia, con el requisito del transcurso de dos años como mínimo del ausente de su lugar habitual de domicilio; entonces cualesquier familiar o persona, que también pudiere ser un acreedor y/o cualesquiera que tenga un interés patrimonial respecto del desaparecido puede presentar la solicitud al Juez.

El problema a investigar es de que cuando por diversas circunstancias el desaparecido retorna a la sociedad, se va encontrar con la realidad de no contar con patrimonio, afectándose su derecho a la propiedad, por tal motivo se debe variar nuestra legislación con la modificación normativa en la que se implemente una reserva patrimonial no menor del 50% por un período mínimo de 5 años a favor de desaparecido y después de transcurrido este plazo sus herederos forzosos recién podrán disponer del mismo.

## **Palabras Claves.**

Lugar habitual de domicilio, paradero, declaración judicial de ausencia, derecho a la propiedad, reserva patrimonial, modificación normativa.

## **Abstract.**

The judicial declaration of absence is a legal institution that is regulated in our Civil Code, as a solution to the problem that arises when a person by unknown circumstances disappears and his whereabouts are unknown; which implies that in the case of a married person with children, they are left homeless; and in other cases the spouse who was in charge of guardianship of minors disappears.

In order to solve this helplessness our legislation has implemented the figure of the judicial declaration of absence, with the requirement of at least two years of absence from his habitual place of residence; then any family member or person, who may also be a creditor and / or anyone with an equity interest in respect of the disappeared person, may submit the request to the Judge.

The problem to be investigated is when the disappeared person returns to society due to different circumstances, he will encounter the reality of not having patrimony, affecting his right to property, for that reason must change our legislation with the a normative modification in which a reserve of assets of at least 50% for a minimum period of 5 years in favor of disappeared is implemented and after this period expires its forced heirs will only be able to have it.

## **Keywords.**

Habitual place of domicile, whereabouts, judicial declaration of absence, right to property, patrimonial reservation, normative modification.

# ÍNDICE

DEDICATORIA .....	02
AGRADECIMIENTO .....	03
Resumen .....	04
Abstract.....	05
I.INTRODUCCIÓN.....	08
1.1 Realidad Problemática.....	08
1.2. Antecedentes de estudio.....	10
1.2.1. A Nivel Mundial .....	10
1.2.2. A Nivel Nacional.....	12
1.2.3. A Nivel Regional.....	14
1.3. Abordaje Teórico .....	15
1.3.1. Variable Independiente .....	15
1.3.1.1. Bienes patrimoniales.....	15
1.3.1.1.1. Clasificación de los bienes según el Código Civil Peruano .....	16
1.3.1.1.1.1. Bienes inmuebles.....	17
1.3.1.1.1.2. Bienes muebles.....	17
1.3.1.1.2. Clasificación de los bienes según la Doctrina .....	17
1.3.1.1.2.1. Bienes Fungibles y Bienes Infungibles .....	17
1.3.1.1.2.2. Bienes Consumibles y Bienes Inconsumibles .....	18
1.3.1.1.2.3. Bienes presentes y Bienes futuros .....	20
1.3.1.1.2.4. Bienes identificables y bienes no identificables .....	20
1.3.1.1.2.5. Bienes Divisibles y Bienes Indivisibles.....	20
1.3.1.1.3. Mecanismo de solución .....	21
1.3.1.2. Impacto .....	22
1.3.1.2.1. Confianza.....	22
1.3.1.2.2. Subsistencia .....	22
1.3.1.2.3. Libración.....	23
1.3.2. Variable Dependiente.....	24
1.3.2.1. Reseña Histórica .....	24
1.3.2.2. Desaparición .....	25
1.3.2.3. Declaración de Ausencia .....	28
1.3.2.3.1. Posesión Temporal de bienes del ausente .....	30
1.3.2.3.2. Posesión de los bienes por un tercero.....	30
1.3.2.3.3. Indisponibilidad de los bienes del ausente .....	31
1.3.2.3.4. Inscripción de la declaración judicial .....	31
1.3.2.3.5. Nombramiento, derechos y obligaciones del administrador judicial .....	32
1.3.2.3.6. Disposición de los bienes del ausente.....	33
1.3.2.3.7. Ecuador.- Código Civil .....	33
1.3.2.3.8. España.- Código Civil.....	34
1.3.2.3.9. Las Reservas .....	34
1.3.2.3.10. Alimentos para herederos forzosos del ausente .....	34
1.3.2.3.11. La revocación de la ausencia .....	35
1.3.2.3.12. Restitución del patrimonio al ausente.....	35
1.3.2.3.13. La Muerte Presunta en el Perú.....	36
1.3.2.3.14. Efectos de la declaración de muerte presunta.....	36
1.3.2.3.15. Reconocimiento de Existencia.....	37
1.3.2.3.16. Régimen Patrimonial de la Familia .....	37

1.3.2.3.17. Derechos Sucesorios en el Matrimonio .....	38
1.3.3. Teorías Relacionadas al Tema de Investigación. ....	39
1.3.3.1. Teoría de la Ausencia.....	39
1.3.3.1.1. La declaración y período de ausencia.....	40
1.3.3.2. La Teoría de la Desaparición. ....	41
1.3.3.3. La Teoría de la Muerte Presunta. ....	41
1.4. Formulación del problema.....	41
1.5. Justificación e importancia del estudio.....	41
1.6. Hipótesis. ....	42
1.7. Objetivos.....	43
1.7.1. Objetivo General.....	43
1.7.2. Objetivos Específicos .....	43
1.8. Limitaciones .....	43
II. MATERIAL Y MÉTODO .....	43
2.1. Tipo y Diseño de Investigación .....	43
2.2. Escenario de Estudio .....	44
2.3. Caracterización de sujetos .....	44
2.4. Variables, Operacionalización .....	46
2.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.....	47
2.6. Procedimiento de análisis de datos .....	47
2.7. Criterios éticos.....	47
2.8. Criterios de rigor científico.....	48
III.RESULTADOS .....	50
3.1. Resultados en tablas y figuras.....	50
3.2. Discusión de resultados. ....	66
3.3. Aporte práctico .....	67
IV.CONCLUSIONES .....	70
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	72
ANEXOS.....	76

## **I. INTRODUCCIÓN.**

### **1.1 Realidad Problemática.**

Previamente debe establecerse que la declaración judicial de ausencia es una institución jurídica que se encuentra regulada en nuestro Código Civil, como una solución a la problemática que se presenta cuando una persona que por circunstancias ajenas a su voluntad desaparece y se desconoce cuál es su paradero; lo que implica que en el caso de que sea una persona casada y con hijos éstos queden desamparados; además en otros casos desaparece el cónyuge que tenía a cargo la tutela de los menores y es que en esa situación se presentan dos situaciones, no solamente la desaparición del padre sino que también ya no se cuenta con la presencia del tutor.

Para poder solucionar este desamparo nuestra legislación ha implementado la figura de la declaración judicial de ausencia, con el requisito del transcurso de dos años como mínimo del ausente de su lugar habitual de domicilio; entonces cualesquier familiar o persona, que también pudiere ser un acreedor y/o cualesquiera que tenga un interés patrimonial respecto del desaparecido puede presentar la solicitud al Juez.

Iniciado el proceso se puede designar a un tercero para que en la calidad de administrador pueda proteger los bienes sin descuidar la manutención de los menores que han quedado desamparados, previo inventario de los mismos. Después y de acuerdo con la necesidad de los herederos forzosos puede disponer de la posesión y de la propiedad.

En los últimos años la violencia se ha incrementado en Latinoamérica y en forma especial en México, Colombia; sin embargo, nuestro país no se encuentra ajeno a dicha situación siendo el secuestro una de las formas delincuenciales más comunes, delito que implica una desaparición forzada del lugar habitual del domicilio de una persona.

En el Código Civil se encuentra prevista la declaración judicial de ausencia como una forma de solución patrimonial del desaparecido, señalándose inclusive que cualquier familiar puede solicitar al juez la administración patrimonial, con facultades de dominio de posesión y hasta la venta de los bienes del desaparecido; además pudiendo nombrar a un administrador con facultades tal y cual si fuese el propietario.

El problema a investigar es en la hipótesis de que cuando por diversas circunstancias el desaparecido retorna a la sociedad, se va encontrar con la realidad de no contar con patrimonio, afectándose su derecho a la propiedad, por tal motivo se presenta la necesidad de crear una figura jurídica, como un nuevo elemento que esté contemplado en la ley, para variar nuestra legislación con la modificación normativa, en la que se implemente una reserva patrimonial no menor del 50% por un espacio de 5 años en favor del desaparecido y después de transcurrido este plazo sus herederos forzosos recién podrán disponer del mismo.

Los elementos de la ausencia son, en resumen: i.- Cuando la persona no se encuentra en el domicilio que generalmente habita, ii.- Cuando no se conoce su paradero, iii.- Cuando no hay quien lo represente legalmente; y iv.- Por el transcurso del tiempo se cuestiona su existencia. De igual manera el artículo 49° del Código Sustantivo Civil Peruano señala en dos años como plazo mínimo, el cual se inicia en la fecha que se conoció el paradero del desaparecido, para que cualquier persona que tenga un interés legítimo pueda solicitar la declaración judicial de ausencia; así mismo otorga esta competencia al Ministerio Público”.

Por su parte el Artículo 50° del Código Sustantivo Nacional antes mencionado indica para los casos de declaración judicial de ausencia se debe de ordenar la entrega temporal de la posesión de los bienes que haya tenido el ausente a las personas que solicitaron la petición de ausente, por el supuesto de que éstos cuentan con la calidad de herederos forzosos; del mismo modo el artículo 56° del Código antes invocado establece que el administrador de los bienes del ausente cuenta con la autorización judicial de disposición de los bienes en caso de necesidad o utilidad , acudiendo al juez para contar con la autorización judicial, no obstante en situaciones el administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente tan solo en lo indispensable. Sin embargo, en el Código Civil no se encuentra legislada la reserva patrimonial del ausente en los casos de declaración judicial de ausencia.

Según el artículo 49° del Código Civil Peruano, cualquier persona que tenga legítimo interés y/o incluso el Ministerio Público puede declarar la ausencia de una persona al transcurrir dos años de haber estado desaparecido, y como consecuencia de ello, se dará la administración de sus bienes a quienes lo soliciten, siguiendo las reglas de los herederos forzosos; sin embargo, es ahí donde se presenta el problema, debido a que el administrador puede enajenar o gravar la totalidad de sus bienes del declarado ausente, por ello, considero

que el periodo para la declaración de ausencia es muy corto, por lo cual sus bienes deberían tener un límite o una reserva en el cual el administrador no pueda disponer ni con autorización judicial; por ello, es necesario crear una reserva legal de los bienes del ausente en un porcentaje del 50% de los mismos, para tal fin será necesario realizar la modificación del artículo 56 del Código Civil, presentándose la propuesta legislativa, con la finalidad de establecer una reserva que garantice que el declarado ausente no caiga en una desprotección jurídica.

## **1.2. Antecedentes de estudio.**

### **1.2.1. A Nivel Mundial.**

Collins (2008) en la Tesis “Derecho de Propiedad, Limitaciones y Expropiación” para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, presentada en la Universidad de Chile de Santiago-Chile, concluye que en la que la protección del derecho de propiedad se sustenta en dos garantías. Una garantía formal, referente al principio de reserva legal estipulado por el artículo 63 de la Carta Fundamental, que prescribe un impedimento al legislador sobre materias no contempladas por la Constitución, y por otra parte, determina la imposibilidad de que las referidas materias sean reguladas por normas de inferior o distinta jerarquía. En segundo lugar, referente a la garantía formal, contempladas en los incisos 24) y 26) del artículo 19 de la Carta Fundamental, establece un ambiente de tolerancia para la restricción del derecho de propiedad respetando así la esencia del derecho.

Vargas (2014) en la Tesis “Acción de Declaración de Ausencia Por Desaparición Forzada: Alcance y Consecuencias” para optar el título profesional de Abogado, presentada en la Universidad de Libre Seccional Pereira de Colombia, concluye que la declaración de ausencia por desaparición forzada constituyen un inapreciable instrumento legal para la protección del patrimonio y derechos de las familias que dependen económicamente del desaparecido expresando así que desde una perspectiva de las personas que han sido víctimas, la normatividad ha resultado un alivio a sus pretensiones, por cuanto dependían económicamente del desaparecido; por otra parte desde la vista del Estado y del empleador se puede tomar como un perjuicio económico al continuar abonando los servicios de una persona desaparecida; de la misma manera se tiene que ubicar al reemplazante.

Salguero (2014) en su Tesis "La Situación Jurídica de Incertidumbre de la Existencia: La Ausencia" para optar el título profesional de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, presentada en la Universidad de Rafael Landívar de Guatemala, ha señalado: "Que en tal punto la ausencia como la muerte presunta dispone innumerables efectos jurídicos, para la persona del ausente, para sus bienes, así como para sus herederos y para las personas que tienen algún derecho u obligación subordinado al desaparecimiento o muerte del ausente. Y estos efectos no son efecto se puede generar para algunas legislaciones, en la etapa de mera ausencia, mientras que, para otra legislación, el mismo efecto se generará en la etapa de posesión definitiva". (p.169)

Gallardo (2010) en su Tesis "Procedimiento para Recobrar los Bienes Cuando el Muerto Presunto Aparece o se Prueba", para optar el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, presentada en la Universidad de San Carlos de Guatemala explica: "Las personas que tuvieren en su posesión los bienes de la persona declarada muerte presunta, están en la obligación de devolverlos al momento en que dicha persona apareciera, pero no se encuentra regulado nada respecto a la forma y plazo en que deba cumplirse tal obligación, ni tampoco el caso en que el obligado no tuviere dinero para cumplir dicha obligación". (p.106).

Rodríguez (2006) en la Tesis "La Regulación Legal de la Tramitación de la Solicitud de Declaratoria de Muerte Presunta en la Jurisdicción Voluntaria Notarial", para optar el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y los Títulos Profesionales de Abogado y Notario, presentada en la Universidad de San Carlos de Guatemala, señala: "En la jurisdicción voluntaria rige el principio de Economía Procesal que opera al no recargar de trabajo a los órganos jurisdiccionales, y alternativamente, generando fuente de trabajo para el Notario. Por lo que la posibilidad de que el interesado en declarar la muerte presunta de una persona, pueda hacerla ante notario, genera beneficio para toda la sociedad". (p.76)

Moscoso (2015) nos refiere en su Tesis "Fundamentación Jurídica del Código Civil Ecuatoriano en los Casos de Presunción de Muerte por Desaparecimiento", para optar el Título de Abogado, presentada en la Universidad de Técnica Estatal de Quevedo de Ecuador, concluyendo que se ha sustentado en un caso de la vida real en el Ecuador, y se relaciona con la desaparición de un conscripto (soldado del servicio militar), centrándose la investigación en lo señalado en el articulado 67 del C. C. Ecuatoriano, está claro de acuerdo

con la Ley, el tiempo establecido en el Art. 67. Hasta el núm. 5, para la declaración judicial de muerte presunta por desaparecimiento simple, pero el núm. 6, se debe modificar ya que el tiempo establecido son muy pocos seis meses para que efectivice la declaración vía organismo judicial, de presunción de muerte calificada.

Cristina (2015), en su Tesis “La Presunción de muerte por Desaparecimiento y su Prescripción dentro de la Legislación Ecuatoriana”, para optar el Título de Abogada, presentada en la Universidad Regional Autónoma de los Andes “UNIADES” de Puyo-Ecuador, concluye que “Los Profesionales del Derecho y Operadores de Justicia están en total acuerdo con que debería de ser declarada a los cinco años la presunción de muerte por desaparecimiento y no como lo indica la Norma Legal ecuatoriana en dos cortos años ya que el desaparecido podría aparecer en un mayor laxo de tiempo”.

### **1.2.2. A Nivel Nacional.**

Existen casos en los cuales el cónyuge no interviniente pretende reclamar ante un tercero los bienes del patrimonio familiar transferidos por el cónyuge interviniente refleja la realidad de lo que representa el mandato imperativo de la disposición de los bienes del ausente, siendo una posible vía de recuperar parte del patrimonio Almeida (2002) en su Tesis “La Protección del Cónyuge y del Tercero en la Sociedad de Gananciales” para optar el Título de Abogada, presentada en la Pontificia Universidad Católica de Lima, concluyendo: “Que el argumento principal a favor del cónyuge no interviniente consiste en que ante la inconveniencia de solicitar vía nulidad los actos que continúan subsistentes del cónyuge ausente mencionados en el artículo 315 del Código Civil sobre actos de disposición y gravamen, puede oponerse ante el tercero acreedor, sustentándose en la presunción de “ganancialidad pasiva”, es decir todos los bienes son de la sociedad de gananciales, y que se encuentra amparado en el artículo 310 del Código Civil”.

Sobre la desaparición Hayashida (2014) Foro Juridico “Apostillas a la regulacion de la desaparicion y la declaracion de ausencia de la persona en el sistema peruano”, menciona la importancia cuando el ausente no tiene un representante o mandatario con facultades específicas y señala que la desaparición, como forma de la manifestación de la ausencia se encuentra prevista en el artículo 47° de la Norma Civil, constituyéndose un hecho jurídico que se constituye cuando la persona no se halla en el lugar de su domicilio y deben haber transcurrido un plazo mínimo de sesenta días sin tener noticias sobre su ubicación. Además,

para que el hecho de la desaparición surta los efectos contemplados en el artículo materia de análisis, se ha establecido que el desaparecido no cuente con representante o mandatario con facultades suficientes, y que éstas se encuentren inscritas en el registro público.

Ríos (1995) en la obra “Legislación procesal familiar en el Perú”, Derecho PUCP; ha insertado un artículo al cual le ha denominado “Necesidad de una legislación familiar especial en el Perú. Código de Familia: sustantivo y procesal” indicando: “Que en los casos de fenecimiento de la sociedad de gananciales ocasionada por una de las siguientes causales: la declaración de ausencia, cuando se ha producido la muerte de uno de los cónyuges y/o cuando se ha realizado el cambio de régimen patrimonial; indica también que no se señala una vía específica para proceder a la liquidación de dicha sociedad, por lo que no está prohibido que se utilice la vía procedimental de acuerdo a la cuantía de los bienes que conforman la sociedad de gananciales”.

Llanos (2007) en su artículo “Régimen patrimonial del matrimonio” Derecho PUCP, (59), 313- 335; ha señalado: “Que antes de ser conocidos con el nombre de bienes sociales los bienes del matrimonio eran denominados bienes comunes, pero que la denominación de bienes sociales no significa que se refiera a la sociedad de gananciales, por cuanto la sociedad de gananciales, más que una sociedad es una comunidad de bienes. Refiere que dicha denominación es con la finalidad de realizar la diferencia con los bienes propios, los cuales tienen sus propias regulaciones”.

Refiere que ha sido una falla en la legislación al no haber determinado todos los bienes que cuenten con la calidad de bienes propios; en tal sentido cualesquier bien que no sea expresamente considerado como bien propio debe ser considerado como bien social; dicho argumento ha sido recogido en el artículo 310 del Código Civil que indica como bienes sociales a todos aquellos no comprendidos en el artículo 302 (artículo que señala cuales son los bienes propios).

Castro (2010) en su artículo “La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales”, Revista Institucional N° 9 AMAG Perú, ha expresado: “Su adhesión a la propuesta doctrinaria de que la naturaleza jurídica del patrimonio común o social, resulta ser un patrimonio autónomo con las características de indivisible, cuyos titulares resultan ser los cónyuges, los cuales mantienen atributos “sui generis”, totalmente distintos a los que mantienen una persona ordinaria, cuya

titularidad está regida por normas de propiedad genérica y que suponen la existencia de un titular, con libertad de ejercicio de los atributos que le confiere la propiedad; señala también que los bienes constituyen garantía genérica del propietario cuando se incumpla una obligación”.

García (2016) en su Tesis “ Falta de uniformidad al resolver en casación pretensiones relativas a la afectación de bienes sociales por deudas privativas”, dentro de sus conclusiones ha precisado: “Que si bien es cierto que la sociedad de gananciales es un régimen propio del matrimonio el cual pretende resguardar el interés del patrimonio familiar, también debe de tenerse en cuenta que existen algunas situaciones no reguladas en la legislación que no permiten garantizar adecuadamente los bienes sociales. Indica que en nuestra doctrina existe una manifestación mayoritaria a favor del interés familiar, puesto que consideran al patrimonio familiar como un patrimonio autónomo que no está representado en cuotas ideales y que se oponen a los embargos de los bienes sociales por causa de deudas de carácter privada de uno de los cónyuges”.

Vigil (2004) en su artículo indica: “Que tanto en nuestro Código Civil como la Carta Fundamental el objeto de protección y tutela resulta ser la Unión de Hecho, pero siempre y cuando ésta unión tenga la calidad de perfecta y regular, desprotegiéndose a la imperfecta; esta unión perfecta da origen a una sociedad de bienes a la cual se le aplica la sociedad de gananciales, pero no se le confiere la calidad de hereditarios, reduciéndolo tan sólo a una simple sociedad de bienes de carácter patrimonial, sin respetar los vínculos afectivos y familiares, buena fe, vida en común etc”.

### **1.2.3. A Nivel Regional.**

Bereche (2014) es autor de la Tesis: “El consejo de familia en el ordenamiento peruano: un análisis sobre su naturaleza jurídica e implicancias prácticas”, para optar el Título de Abogada, presentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo, concluyendo como resultado de su investigación ha indicado que el Consejo de Familia como parte del ordenamiento jurídico nacional, ha sido denominada como una institución supletoria; sin embargo por sus funciones encomendadas cumple un rol de control y se encarga de la supervisión y el control de las actividades realizadas por el tutor y el curador en sus funciones de la administración de los bienes.

Vassallo y Muga (2012) son autoras de la Tesis “Nuevos derechos y exigencias para el Derecho de la Familia en el Perú”, para optar el Título de Abogados, presentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo, en sus conclusiones han mencionado que la familia no adquiere el carácter de interés social por que la sociedad se lo haya atribuido, por cuanto por el principio antropológico que contiene es anterior a la vida social como se la conoce; la juridicidad originaria de la familia proviene de su contexto natural, lo cual resulta inherente a su contexto jurídico. Por tal motivo el deber de protección del Estado hacia la Familia es una obligación que lo conlleva a llevar a esta institución en el centro de la vida social y política.

Flores (2014) en su Tesis “La protección estatal de la familia como institución jurídica natural”, para optar el Título de Abogado, presentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo, concluyendo refiere que la familia no resulta ser una creación de la Ley y/o el Derecho, es obra de la naturaleza humana, la cual es regulada por el ordenamiento jurídico; así mismo indica que este ordenamiento reconoce ciertos principios a la familia, destacando entre estos: al de protección de la familia y el matrimonio, de reconocimiento integral de las uniones de hecho, de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y paternidad y el de igualdad de los hijos frente a sus padres. En tal sentido resulta necesario la implementación de políticas públicas que contengan un enfoque integral de la familia y no de enfoque social de familia.

### **1.3. Abordaje Teórico.**

#### **1.3.1. Variable Independiente.**

##### **1.3.1.1. Bienes patrimoniales.**

El Código Civil Peruano (1984), y al que le preside (1936), señala con mayor solidez la clasificación de bienes inmuebles y bienes muebles, señalado en el libro V (Derecho Reales) en los artículos 885 y 886 respectivamente. Respecto a este criterio clasificatorio derivan otras clasificaciones doctrinales o legales.

La palabra bien proviene del latín <<Bonum>> el cual significa bienestar. El uso del vocablo bien en el Ordenamiento Jurídico Interno Civilista es ciertamente acertado en acorde a los requerimientos de un Código Civil avanzado.

Es erróneo señalar como sinonimia las cosas y bienes. El término cosa es naturaleza, todo lo que existe sobre ella, en el mismo orden de ideas, para el mundo jurídico es todo aquello susceptible de apropiación y utilidad.

Cuadros (Citado en González, 2012), en su publicación denominada “Derecho Civil Patrimonial Derechos Reales” señala: “En Derecho se entiende por cosa no solo los objetos materiales, sino también las acciones del hombre y en general todo lo que puede ser objeto de derecho, las cosas en bajo su aspecto jurídico toman la denominación especial de bienes que se definen como las cosas susceptibles de ser apropiadas por el hombre”. (p. 116).

“Las cosas en bajo su aspecto jurídico toman la denominación especial de bienes que se definen como las susceptibles de ser apropiadas por el hombre. (...) Con otras palabras, cuando las cosas son susceptibles de adquirir un contenido económico y de utilidad con la posibilidad de su apropiación y de su titularidad, son bienes”. (p. 116-117).

Con relación a lo citado, el Código Civil Italiano en su artículo 810, conceptúa que el bien es aquella cosa que puede ser objeto de derecho. En el mismo orden de ideas, el Ordenamiento Jurídico Español, establece que <<Todas las cosas que son o pueden ser objetivo de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles>>.

#### **1.3.1.1.1. Clasificación de los bienes según el Código Civil Peruano.**

Los Bienes Corporales, González (2012), en su publicación denominada “Derecho Civil Patrimonial Derechos Reales” señala que: “Son aquellos que tienen existencia real y pueden ser percibidos por los sentidos. Se caracteriza por su materialidad o presencia física, v. gr., una casa, un libro. (p. 122).

“Incorporales, son aquellos que consisten en meros derechos, como obligaciones o los créditos como las obligaciones o los créditos. Son inapreciables para los sentidos, v. gr., las servidumbres no aparentes. Son incorporales, porque no afectan nuestros sentidos, tales como los que consisten en un derecho como la herencia, el usufructo. Los bienes incorporales son los no materiales, percibibles intelectualmente. Sobre el particular, y con acierto, definía el artículo 454 del Código Civil de 1852, expresando: <<...corporales son las que percibimos con los sentidos, los demás son incorporales, como los derechos y acciones>>. (González, 2012, p. 122).

Se está de acuerdo con el citado autor, los bienes corporales ciertamente tienen naturaleza material; son percibidos por los sentidos de las personas, ósea, se puede observar, palpar, escuchar y oler. Empero, los bienes incorpóreos carecen de naturaleza material, no tienen lugar en el espacio y solo son comprendidos desde la inteligencia natural de la persona.

En el mismo sentido de desarrollo, los bienes corporales comprenden inmuebles y muebles, comprendidos en los artículos 885 y 886 del Código Civil Peruano.

#### **1.3.1.1.1. Bienes Inmuebles.**

El Código Civil Peruano, artículo 885, realiza una descripción típica objetiva en la conformación de los bienes inmuebles: “ El suelo, el subsuelo y el sobresuelo; el mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales; las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos; los diques y muelles; las concesiones para explotar servicios públicos; las concesiones mineras obtenidas por particulares; los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro; los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad”. (p. 224).

#### **1.3.1.1.2. Bienes Muebles.**

El Código Civil Peruano, artículo 886, describe la conformación de los bienes muebles: “Los vehículos terrestres de cualquier clase; las fuerzas naturales susceptibles de apropiación; las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal; los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo; los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o derechos personales; los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares; las rentas o pensiones de cualquier clase; las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles; los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro; los demás bienes no comprendidos en el artículo 885<sup>o</sup>”. (p. 225).

#### **1.3.1.1.2. Clasificación de los bienes según la Doctrina.**

##### **1.3.1.1.2.1. Bienes Fungibles y Bienes Infungibles.**

El Ordenamiento Jurídico Interno Peruano, no regula en el Código Civil los bienes fungibles y no fungibles, sin embargo, se tratan ampliamente en la práctica y doctrina.

Según, Torres (2000), en su publicación denominada “Código Civil” señala que: “Las cosas comprendidas en un mismo género se llaman fungibles, en el sentido de que son sustituibles las unas a las otras, porque en las relaciones comerciales todas son consideradas idóneas para cumplir las misma función económico-social, sin que sus diferencias físicas o naturales tengan alguna relevancia. (...) son consideradas como parte del género que las comprende, o sea por el peso, el número y la medida. Así, por ej., son fungibles los granos, el aceite, el vino de una cierta calidad, como también el dinero, porque estas cosas son consideradas desde un punto de vista cuantitativo: una cantidad de granos, de aceite o de vino de una cierta calidad es sustituible con otra cantidad igual de cosas del mismo género, así como una determinada cantidad de dinero es sustituible con otra análoga del mismo género monetario”. (p. 445).

“Son infungibles, en cambio, dicen las fuentes romanas, las cosas caracterizadas por su individualidad específica, como el cuadro de un autor, un fundo, un esclavo. Es evidente que el derecho, recepcionando la consideración de la conciencia social, no considera sustituibles los cuadros de un autor, los fundos, los esclavos, por la diversa función económico-social que cumplen estas cosas, prescindiendo del valor. En efecto, el cuadro de un autor se identifica por su contenido artístico, un fundo se determina por su exacta delimitación, y un esclavo por su individualidad”. (p. 446).

Se puede concluir que, los bienes fungibles equivalen a otro, pero de la misma especie, cantidad o calidad; una cosa puede substituir a la otra, siempre que cumplan copulativamente dichos elementos. Así mismo, los bienes no fungibles exteriorizan una individualidad la cual no faculta a ser permutable los unos por otros.

#### **1.3.1.1.2.2. Bienes Consumibles y Bienes Inconsumibles.**

En la misma línea de ideas, los bienes pueden ser consumibles y no consumibles. Los romanos, señalaron que lo consumible es todo aquello susceptible de destrucción bajo su primer uso. En cambio, los bienes no consumibles tienen uso repetido, estando sujeto a un agotamiento natural derivado de tiempo y uso.

González (2012), en su publicación denominada “Derecho Civil Patrimonial Derechos Reales” señala que: “Se llaman bienes consumibles aquellos cuya existencia desaparece o termina con el primer uso (se consumen), es decir, existe un consumo material que da paso a su desaparición, como ocurre con todos los alimentos proporcionados por la agricultura. En cambio, los bienes no consumibles, son aquellos que pueden ser susceptibles de varios usos”. (p. 122).

El Código Civil Argentino, artículo 2325, establece: “Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo”. (p. 460).

Cabe desarrollar la Consumibilidad y no Consumibilidad desde un aspecto objetivo y subjetivo, según Orrego (2015), en su publicación denominada los “Bienes” establece que “Son objetivamente consumibles las cosas que, en razón de sus caracteres específicos, se destruyen natural o civilmente por el primer uso. La destrucción natural importa el desaparecimiento físico o la alteración sustancial de la cosa. La destrucción civil (o jurídica) se traduce en la enajenación del objeto. Así, el primer uso de un alimento o bebida o de un combustible, trae consigo su destrucción natural; a su vez, el primer uso de las monedas o billetes, implica, para su propietario, su destrucción civil, su enajenación. Son objetivamente no consumibles las cosas que, en razón de sus caracteres específicos, no se destruyen natural o civilmente por el primer uso, como el vestuario, un mueble, un automóvil, etc.”. (p. 23-24)

“Son subjetivamente consumibles, los bienes que, siendo objetivamente no consumibles, atendido el destino que tiene para su actual titular, su primer uso importa enajenarlos o destruirlos. Así, por ejemplo, el empleo de un automóvil para rodar una escena en una película, en la cual dicho automóvil será arrojado a un precipicio. Son cosas subjetivamente no consumibles, las que, a pesar de serlo objetivamente, están destinadas a cualquier uso que no sea el de su consumo o destrucción material o civil. Por ejemplo, una botella de vino de una cosecha muy requerida, que se destina a exhibición en la vitrina de un museo enológico o de un restaurante, o las monedas que constituyen piezas de una colección numismática, o las estampillas que, sin cargo de correo, se incorporan en una colección filatélica”. (p. 24).

#### **1.3.1.1.2.3. Bienes presentes y Bienes futuros.**

Respecto a los bienes presentes, estos tienen presencia actual, en cambio, los bienes futuros tienen la probabilidad de existir en un futuro posterior. (Ej., una cosecha futura). Puede contratarse sobre bienes ciertamente existentes en un contrato y así mismo sobre bienes futuros, como por ej., una vivienda próxima a construirse, un equipo de muebles que una de las partes se compromete a fabricar, etc.

#### **1.3.1.1.2.4. Bienes identificables y bienes no identificables.**

Los bienes identificables suelen ser individualizados ya que exteriorizan visibles características, distinguiéndose sencillamente de otros bienes, permitiendo su localización, distinción o perseguirlos

#### **1.3.1.1.2.5. Bienes Divisibles y Bienes Indivisibles.**

Desde un fundamento jurídico se concluye que los bienes pueden ser divisibles e indivisibles y esta distinción está sujeta a un factor económico-social.

Según, Torres (2000), en su publicación denominada “Código Civil” señala que los bienes divisibles: “Son los que pueden ser fraccionados sin perder su esencia, de tal modo que las partes conservan la misma función económica-social del bien entero. Las porciones en que son divididos forman un todo homogéneo y semejante a las otras partes o al todo primitivo; las partes conservan su valor proporcional al conjunto (ej., el dinero, el vino, el maíz, un predio). La división puede ser hecha mediante la separación física de la materia (ej., el vino existente en un tonel lo separamos en varios litros) o mediante la delimitación por líneas físicas (ej., un fundo es dividido en parcelas). (p. 448).

“Los bienes indivisibles no pueden ser fraccionados sin que sufran una alteración en su sustancia. De su división no resultarían bienes homogéneos con relación al todo, sino fragmentos tendrían un valor proporcional al del todo. Ej., un caballo, una pintura, una estatua, un televisor, una mesa. Si fraccionamos una mesa, las partes separadas no constituyen otras tantas mesas sino solamente pedazos de mesa, con obvia pérdida de la primitiva función que tenía dicho bien”. (p. 448).

Desde una perspectiva general, será objeto de posesión temporal la totalidad de bienes que posee el ausente por parte de un sucesor forzoso, sea cual fuese su clasificación (Civil o doctrinal) debiendo ostentar dichos bienes un contenido económico, lucrativo y de beneficio. Los bienes del ausente son objeto de derecho con la finalidad de salvaguardar y administrar su patrimonio disponiéndose de un poseedor temporal.

En conexión con el párrafo que antecede, existe una inquietud respecto al Código Civil Peruano, artículo 56, el cual señala: “En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrado puede enajenar o gravar del ausente en la medida de lo indispensable”. (p. 42).

Analizando el artículo 56 del Código Civil Peruano, la autoridad judicial puede otorgar la disponibilidad de los bienes al sucesor forzoso por encima del 50% o de ser el caso el 100% de los activos para enajenarlos o gravarlos, por necesidad o utilidad. Si dicha necesidad o utilidad llegase acreditar el poseedor temporal nada le será prohibido. En la misma línea de ideas, si bien es cierto, el poseedor temporal puede dar un buen uso y conveniente a los bienes del ausente, empero, existe la posibilidad de una mala administración de los bienes del ya declarado ausente, perdiéndolos o adquiriéndolo en conveniencia total o parcialmente. Suponiendo que el ausente vuelve a su domicilio o se tiene noticias ciertas sobre su paradero y quiera disponer de sus bienes ¿Cómo afectaría al ya no ausente y a quienes se encuentre bajo su tutela?

Respecto a la incertidumbre desarrollada, se propone un mecanismo de solución a efectos de salvaguardar el patrimonio del ausente ante un posible regreso.

#### **1.3.1.2. Mecanismo de solución.**

Transcurridos cinco (05) años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia. Es competente el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes.”.

En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el Administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable. Se establecerá como reserva legal el 50% de la totalidad del patrimonio del ausente por un espacio de tiempo de

5 años, procediendo a inscribirse en los Registros Públicos en el Registro de Personas Naturales; transcurrido el plazo, sus herederos forzosos podrán disponer del mismo.

El presente proyecto no irroga gasto alguno al erario y más bien contribuye a generar un nuevo marco jurídico de naturaleza civil adecuado para una mejor actuación y trabajo de los Jueces y usuarios del sistema judicial peruano.

### **1.3.1.1.3. Impacto.**

#### **1.3.1.1.3.1. Confianza.**

La persona ante una venidera declaración judicial de ausencia tendrá confianza en la aplicación del Código Civil Peruano en cuanto se modifique los Artículos 49° y 56°, pues ante un nuevo sistema sobre la disposición de los bienes, esto hará improcedente el uso del patrimonio por parte del sucesor forzoso ya que se establecerá como reserva legal el 50% de la totalidad de dicho patrimonio por un espacio de tiempo de 5 años, procediendo a inscribirse en los Registros Públicos en el Registro de Personas Naturales; transcurrido el plazo sus herederos forzosos podrán disponer del mismo. En consecuencia, la modificación de la norma sobre la disposición de los bienes del ausente establecerá un nuevo lineamiento normativo en como deberá ser aplicada.

Por ende, con la propuesta de modificación del Código Civil Peruano (Artículo 49° y 56°), se pasa de la incredulidad a un grado de confianza tal que la autorización judicial para disponer de los bienes del ausente será un mecanismo viable e idóneo para proteger el patrimonio del ausente ante los supuestos que: El ausente vuelva a su domicilio o se tenga noticias ciertas de su paradero.

#### **1.3.1.1.3.2. Subsistencia**

El Código Civil Peruano, artículo 56, señala que: “En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable”. (p. 42).

Según, Rubio (1995), en su publicación denominada “El ser humano como persona natural” señala que: “Por necesidad se entiende lo que no puede ser por otra manera, es decir, que esta causal tiene que demostrarse que es indispensable disponer o gravar el bien porque

de otra manera no se soluciona la situación planteada, a fin de lograr la autorización judicial”. (p. 187-188).

“Por utilidad se entiende una situación en la que, si bien no es posible probar la necesidad, si se puede demostrar que disponer o gravar el bien es útil (es decir, es buena alternativa), para solucionar el problema que existe”. (Rubio, 1995, p. 187-188).

Respecto a la cita que antecede, actualmente existe la posibilidad, que la autoridad judicial otorgue la disponibilidad de los bienes al sucesor forzoso por encima del 50% o de ser el caso el 100% de los activos por necesidad o utilidad, mientras lo acredite nada está prohibido, en consecuencia, el poseedor temporal podría dar un mal uso de los bienes del ausente, perdiéndolos en su totalidad, mermando así la capacidad de sobrevivencia del ya no ausente y quienes estén bajo su tutela. Por tal razón, una propuesta de modificación salvaguardará aquellos medios imprescindibles para su subsistencia del ya no ausente y para quienes se encuentren bajo su amparo.

#### **1.3.1.1.3.3. Libración.**

Ante una disminución de los bienes patrimoniales del declarado judicialmente ausente, ocasionado por el sucesor forzoso (Poseedor temporal de bienes del ausente) y ante el supuesto que el ausente vuelva a su domicilio o se tenga noticias ciertas sobre su paradero, querrá ciertamente disponer de sus activos; siendo así, el poseedor temporal tiene la obligación de dar cuenta de su administración porque indudablemente han cesado los efectos de la declaración judicial de ausencia por el regreso del ya no ausente.

En la misma línea de ideas, por la mala administración del sucesor forzoso quien ejerció los derechos y obligaciones del ausente, este podrá ser demandado en la vía civil y si se encontrándose responsabilidad, este deberá restituir el importe total por los daños y perjuicios ocasionados al patrimonio del ausente.

Lo señalado en el párrafo anterior, se desarrolla en el marco del Derecho Civil (Responsabilidad Civil). Sin embargo, no queda enervada la responsabilidad penal del sucesor forzoso (Poseedor temporal), según el Código Penal Peruano, artículo 190, establece: “El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración

u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”. (p. 208).

“Si el agente obra en calidad de curador (...), la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”. (Código Penal Peruano, 2019, p. 208).

La mala administración del sucesor forzoso (Poseedor temporal) puede contemplar una apropiación indebida de los bienes muebles del ausente; respecto al primer párrafo del artículo 190, la pena es suspendida. Sin embargo, existe un agravante en cuando el agente obre en calidad de curador, es allí donde se adecua la responsabilidad penal del sucesor forzoso.

Así mismo, en cuanto a la mala administración de los bienes inmuebles, también acarrearía responsabilidad, siempre que se incurra en la mala fe del sucesor forzoso (Poseedor Temporal). Por tales razones, la propuesta de modificación tiene como impacto librar de responsabilidad a los sucesores forzosos, en cuanto actuasen por ignorancia o mala fe, en menoscabo de los bienes patrimoniales del ausente.

### **1.3.2. Variable Dependiente: Ausencia.**

#### **1.3.2.1. Reseña Histórica.**

En nuestro país se había regulado con anticipación el régimen de ausencia y de muerte presunta en los diferentes Códigos Civiles, teniendo en cuenta el del año 1984 se especifica en primer lugar a la desaparición y posteriormente a la declaración de ausencia.

Becerra (1991), en su publicación denominada “Ausencia y muerte presunta en el Código Civil de 1984”, comenta respecto al Código Civil Peruano de 1836: “Este código contempla dos momentos: la ausencia presunta y la declaración de ausencia, así como algunos efectos de la muerte presunta tales como la posesión definitiva de los bienes, extinción de la fianza, etc. Podemos afirmar, en consecuencia, que está regulada la ausencia en tres fases -aunque no explícitamente determinadas-: la presunta ausencia (desaparición), la declaración de ausencia y la muerte presunta”. (p. 32).

Pacheco (Citado en Becerra, 1991), en su publicación denominada “Tratado de Derecho Civil” critica la distinción de tres tipos de ausencia en el Código Civil Peruano de

1852: “Esta distinción no puede apoyarse en ningún fundamento plausible, que no se alcanza la razón por qué el ausente fuera de la república, pero cuyo punto de residencia se conoce, ha de ser peor o mejor condición que el ausente que se halla dentro del territorio de la república”. (p. 35).

Los tres tipos de ausencia en el Código Civil Peruano de 1852: Los que se hallen fuera de su domicilio ordinario, pero dentro de la República y en lugar conocido; los que se hallen fuera de la República en lugar también conocido; y aquellos cuyo domicilio se ignora absolutamente, dentro o fuera de la República.

Respecto al Código Civil Peruano de 1936 en relación a los códigos ya citados, carece de una descripción objetiva y clara en cuanto al tratamiento de la ausencia y la muerte presunta. Los términos consignados son confusos y la regulación asistemática.

Los elementos configurativos que contiene son: Falta de presencia en el domicilio, Ignorancia sobre el paradero y Carencia de mandatario designado o extinción del mandato.

León (s.f) en su publicación denominada “Manual de Derecho Civil. Derecho de las Personas”, critica la terminología empleada: “Es ésta una disposición que puede ser calificada de exótica (...) Sólo se trata de una situación especial: el ausente por el hecho de estar en tal situación, no puede ejercitar por sí mismo los actos de la vida civil, y hay que proveerlo de un representante legal. (p. 45).

Contrario, en un sentido de justificar dicha norma, Rodríguez (1937), publicación denominada “Código Civil” señala: "El incapaz está presente sin que pueda realizar actos jurídicos. El ausente no puede realizarlos por sí, ni jurídica ni materialmente, no por falta de aptitud esencial, como los incapaces propiamente dichos, sino porque se parte del supuesto de que es incierta su existencia y el de que todos ignoran el sitio en que se halla. (...) Declarada así la ausencia, el ausente es estimado un incapaz". (p. 460).

### **1.3.2.2. Desaparición.**

En el Perú, la ausencia se encuentra regulado en el artículo 47 al 60 de la normatividad del Código Civil, repartida en dos secciones (desaparición y declaración de ausencia). Dicha figura jurídica es creada en atención a la realidad de la vida, diversas situaciones y así mismo las relaciones jurídicas que se originan desde el momento de la desaparición de una persona.

Espinoza (2012), en su publicación denominada “Derecho de las Personas” establece que: “La desaparición es una situación de hecho que se configura con la no presencia del sujeto en su domicilio, cuya consecuencia jurídica es la gestión de su patrimonio por un representante”. (p. 960).

“Para un sector de la doctrina italiana “la desaparición (...) es una situación de hecho que se representa cuando quiera que concurren los dos presupuestos siguientes: que una persona no esté presente más en el lugar de su último domicilio o de la última residencia suya, y que no tengan de ella más noticias (...)”. (Espinoza, 2012, p. 960).

Es de menester resaltar la definición que le otorga la doctrina española a la desaparición, según García (1979), en su publicación denominada “Instituciones de Derecho Civil” resume y expresa: “Es una ruptura de hecho inicialmente entre el medio social en que se mueve una persona y esta persona, dudándose incluso de su existencia actual. Ciertamente es típica de ciertos momentos históricos, generalmente los momentos de guerra y post-guerra”. (p. 345).

La cita que antecede establece que la desaparición se materializa constantemente en momentos trascendentales a nivel mundial, como es la guerra o post-guerra, pero es de menester incluir los periodos de agitación política, terrorismo, gobiernos dictatoriales y entres otras circunstancias que conlleve la desaparición de personas en forma continua.

Cabe señalar, el ausente es una persona donde no se advierte si está con vida o no; existe duda respecto a ello y dicha incertidumbre surge en cuanto se demanda la declaración judicial de ausencia.

El Código Civil Peruano en su artículo 47, señala: “Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, pueden solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso. No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público”. (p. 40).

Respecto a la cita que antecede, para que se otorgue la capacidad de desaparecido a una persona, esta debe cumplir con dos presupuestos fundamentales. Primero, que la persona no se halle en su domicilio, empero esto no es suficiente y por lo tanto esto debe estar concatenado a no tener conocimiento de la ubicación actual de la persona ausente.

Pazos (1986), en su publicación denominada “Apostillas a la regulación de la desaparición y la declaración de ausencia de la persona en el sistema peruano” en análisis del artículo 47 del Código Civil Peruano señala que: “(...) Adicionalmente se requiere, para que el hecho de la desaparición surta los efectos contemplados en el artículo materia de análisis, que el desaparecido no cuente con representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público. Nótese que la desaparición en nuestro sistema se configuraría incluso en la hipótesis en que el desaparecido tuviese representante o mandatario con las cualidades indicadas, pero, ante esta situación, no procedería la designación de un curador interino, aunque podrían generarse otros efectos jurídicos en supuestos como, por ejemplo, el del artículo 294° numeral 2° del código”. (p. 1).

Fernández (2012) en su publicación denominada “El DERECHO DE LAS PERSONAS (EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI)” expresó su descontento en cuanto se fijó un plazo para solicitar la designación de curador interno: “(...) Es socialmente deseable proceder cuantos antes a la designación del curador de los bienes del desaparecido. No se puede dejar transcurrir sesenta días sin que alguna persona se ocupe del cuidado del patrimonio y de los intereses de todo orden de quien se ignora su paradero. En ese tiempo los bienes y los intereses del desaparecido puedan sufrir menoscabo por ausencia de una adecuada vigilancia. No encontramos, por ello, justificación alguna para tener que esperar un tiempo de sesenta días, caprichosamente fijado, antes de actuar en defensa del patrimonio de quien no está más en su domicilio”. (p. 541).

“Lo que se pretende con la designación inmediata de un curador interino es el que “no se produzca el abandono de los bienes del desaparecido, situación en la cual podrían desaparecer o deteriorarse”. (Fernández, 2012, p. 541).

En el marco del Capítulo Primero, Título IV, el Código Civil Peruano en su artículo 48, establece: “La curatela a que se contrae el artículo 47 se rige por las disposiciones de los artículos 564 a 618, en cuanto sean pertinentes”. (p. 40).

Como observamos, la descripción objetiva del Régimen Legal de curatela, nos remite claramente a los artículos ya citados, aplicándose los que fuesen pertinentes. Estos son: Artículo 565 (Formas de curatela), Artículo 597 (Curatela de los bienes del ausente o desaparecido), Artículo 599 (Curatela especial de bienes), Artículo 602 (Funciones del curador de bienes), Artículo 603 (Representación en el juicio), Artículo 615 (Cese de la curatela de bienes), Artículo 616 (Cese de la curatela de bienes desaparecido o ausente), Artículo 616 (Cese de la curatela de bienes del desaparecido o ausente) y el Artículo 618 (Cese de la curatela especial)

### **1.3.2.3. Declaración de Ausencia.**

La Declaración judicial de ausencia se encuentra estipulado en el artículo 49° del Código Civil Peruano, donde señala que por lo menos tiene que haber transcurrido un plazo mínimo de dos años, el cual debe computarse desde la última vez que se tuvo noticias del desaparecido, a efectos de que una persona exprese un interés legítimo (así mismo también puede solicitarlo el Ministerio Público) pueda solicitar la declaración judicial de ausencia. La competencia para la acción declarativa judicial es el último domicilio del desaparecido o donde se encuentre físicamente la mayor parte de sus bienes. Así mismo, para que medie la declaración judicial de ausencia, se exige de ciertos requisitos como es el transcurso del plazo de dos años desde que se tuvo conocimiento de la última noticia del desaparecido.

Según, Fernández (2001), publicación denominada “Derecho de las Personas” establece que: “La ausencia requiere de una expresa declaración que tiene como importante consecuencia la entrega de la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. La declaración de ausencia presupone la previa existencia de dos elementos. De una parte, que se presente el caso de una desaparición, es decir de una situación de hecho. De la otra, el transcurso del tiempo que, en este caso, es de dos años contados a partir de la última noticia que se tuvo del desaparecido”. (p. 147).

“La declaración judicial de ausencia, como se ha notado, tiene como efectos que el juez a dictarla otorga la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes sería sus herederos forzosos, es decir, a las personas indicadas en el artículo 724 del Código. Nos referimos a los hijos y demás descendientes, a los padres y demás ascendientes, y al cónyuge. El patrimonio, en este caso es manejado normalmente por administrador común, el que está autorizado, previa la reserva que debe constituirse según lo dispuesto en el apartado del

artículo 51, distribuir entre los que serían los herederos forzosos del ausente los saldos disponibles de los frutos de sus bienes”. (Fernández, 2001, p. 147).

En la misma línea de ideas, Guevara (2004), en su publicación denominada “Personas Naturales” señala que: “Se trata de una situación que demanda respuestas del Derecho, pues se refiere a una persona que desapareciendo súbitamente e ignorándose su paradero deja acreencias por cobrar, deudas por pagar, familia y otros dependientes por atender, cuestiones diversas de orden legal por resolver, frente a las cuales es preciso formular soluciones jurídicas”. (p.227)

Respecto a la cita que antecede, el Derecho debe de establecer soluciones jurídicas para resolver de forma integral la situación económica – patrimonial del ausente, comprendiendo en un todo las acreencias y las deudas que son incorporadas a la familia.

Rubio (1995), que en su publicación denominada “El ser humano como Persona Natural” que la última noticia de la persona que se ausenta puede ser de cuatro tipos: “Su presencia física en el lugar de su domicilio. En este caso, el término inicial del plazo de dos años será el último día que se le vio. Se supone que luego de alejado del lugar, no ha vuelto a entrar en comunicación; Un hecho comprobable, por ejemplo, que tomo un avión y desembarco en un determinado aeropuerto, o puerto, o terminal terrestre, etc. El término inicial del plazo será el día de esta circunstancia, debidamente probada; Una comunicación inmediata, por ejemplo, una llamada telefónica, una comunicación por facsímil o telégrafo y similares. En el caso del teléfono la comunicación es directa e instantánea y en los otros casos, el lapso entre dejar el mensaje y comunicarlo es muy breve de manera que el termino inicial del plazo de dos años tendría que ser la fecha de la llamada telefónica (debidamente comprobada, desde luego), o del envío de la comunicación de que se trate en los otros casos; una comunicación diferida, por ejemplo, él envió de una carta. En este caso, transcurre un lapso que puede ser significativo entre el envío y la recepción. Becerra Palomino sostiene, con razón creemos, que aquí hay que tomar como termino inicial del plazo de dos años el momento de emisión. (p. 180-181).

En la misma línea de ideas, respecto a la competencia, cabe citar a Rubio (1995), que en su publicación denominada “El ser humano como Persona Natural” señala que: “(...) La competencia es establecida alternativamente para el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido, o del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes. La norma de

competencia es simétrica a la del artículo 47, pero si se designó curador interino por desaparición, probablemente la declaración de ausencia debería pedirse ante el mismo juez”. (p.188).

#### **1.3.2.3.1. Posesión Temporal de bienes del ausente.**

El Código Civil Peruano, artículo 50, respecto a la Posesión Temporal de bienes del ausente, señala que: “En la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. Si no hubiere persona con esta calidad continuará, respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el Artículo 47º”. (p. 41).

El artículo 50 del Código Civil Peruano, ordena que los magistrados en el momento de expedir su resolución, donde se declara la ausencia, se otorgue la posesión temporal de los bienes patrimoniales del ausente a quien resulte ser los sucesores forzosos. Así mismo, al no haber personas que acrediten la cualidad de sucesor forzoso del desaparecido, la curatela la tendrá el curador interno respecto artículo 47 del Código Civil en estudio.

Cabe citar a Fernández (2001), que en su publicación denominada “Derecho de las Personas” lanza la siguiente interrogante ¿Si durante la posesión temporal de los bienes, una tercera persona acredita un igual o mejor derecho, que pasaría?, para dilucidar dicha interrogante, este señala: “En esta hipótesis, tal como lo prevé el artículo 55 del Código Civil Italiano, el juez incluirá al solicitante en la posesión, si es que tuviera igual derecho al de los poseedores, mientras que, si su derecho fuese predominante excluirá a estos últimos de la posesión. En cualquier caso, el solicitante no tiene derecho a los frutos sino a partir de la fecha de su demanda.

#### **1.3.2.3.2. Posesión de los bienes por un tercero.**

El Código Civil Peruano, artículo 51, respecto a la Posesión de los bienes por un tercero, señala que: “La posesión temporal de los bienes del ausente, a que se refiere el Artículo 50º, debe ser precedida de la formación del respectivo inventario valorizado. El poseedor tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente”. (p. 41).

Dicho apartado, establece la necesidad de crear un inventario del valor de los bienes del desaparecido antes de otorgar el uso y goce del derecho de posesión a los sucesores forzosos. Es pertinente establecer cuáles son los bienes, de que tipo es y el valor actual en el momento del inventario judicial. Esto guarda relación con las posibilidades ciertamente remotas del retorno del desaparecido o así mismo, en cuanto se compruebe la muerte de este, o se declare su muerte presunta.

#### **1.3.2.3.3. Indisponibilidad de los bienes del ausente.**

El Código Civil Peruano, artículo 52, respecto a la Posesión de los bienes por un tercero, señala que: “Quienes hubieren obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente no pueden enajenarlos ni gravarlos, salvo casos de necesidad o utilidad con sujeción al Artículo 56<sup>o</sup>”. (p. 41).

El presente artículo señala un límite de la disponibilidad de los bienes del ausente, sin embargo, existe la excepcionalidad la cual deben producirse en los términos dispuesto en el artículo 56 del Código Civil Peruano.

Que nos establece el Artículo 56: “En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable”. (p. 41).

Se agrega a este apartado la necesidad de una autorización judicial para disponer de los bienes patrimoniales del ausente, ajeno a la disponibilidad que tienen ya sobre los frutos de los activos.

La propuesta de la presente investigación se relaciona respecto a la indisponibilidad o disponibilidad de los bienes, quedando redactado el artículo 56 del Código Civil Peruano de la siguiente forma: *En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el Administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable. Se establecerá como reserva legal el 50% de la totalidad del patrimonio del ausente por un espacio de tiempo de 5 años, procediendo a inscribirse en los Registros Públicos en el Registro de Personas Naturales; transcurrido el plazo, sus herederos forzosos podrán disponer del mismo.*

#### **1.3.2.3.4. Inscripción de la declaración judicial.**

Dicha inscripción tiene como resultado el haber concedido la posesión temporal de los bienes o activos del ausente a los sucesores forzosos. Es de menester la inscripción ya que otorga seguridad jurídica al poseedor temporal legitimado, la cual tiene como también extinguir los poderes otorgados en la declaración de desaparición en relación con el artículo 47 del Código Civil Peruano.

#### **1.3.2.3.5. Nombramiento, derechos y obligaciones del administrador judicial.**

Respecto al Nombramiento de Administrador Judicial, Fernández (2001), en su publicación denominada “Derecho de las Personas” establece que dicha figura se fundamenta: “En una razón de orden práctico. Puede darse el caso de que sean varios, y hasta numerosos, los que detentan la calidad de herederos forzosos del ausente. En esta hipótesis son comprensibles los obstáculos que han de presentarse para el manejo de los bienes del ausente por una pluralidad de personas. En esta situación será sin duda difícil el adoptar decisiones con la prontitud requerida. Ello irá en desmedro del interés de los propios herederos forzosos del ausente”. (p. 152-153).

“Es explicable que frente a esta eventualidad resulte sensato y recomendable designar a una persona que, con las calidades inherentes al administrador judicial, efectúe las operaciones relacionadas con el manipuleo del mencionado patrimonio, en beneficio común. Son justificables las ventajas que han de obtener los poseedores de los bienes del ausente con el nombramiento de un administrador común”. (Fernández, 2011, p. 153).

En la misma línea de ideas, según el Código Civil Peruano, artículo 55, señala los derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente:

Percibir los frutos; pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra; reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota a que se refiere el Artículo 51º; distribuir regularmente entre las personas que señala el Artículo 50º los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios. Ministerio de Justicia y derechos Humanos; ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición; ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial y rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley.” (p. 42).

#### **1.3.2.3.6. Disposición de los bienes del ausente.**

La propuesta de la presente investigación pretende establecer que dicha disponibilidad de los bienes sea hasta un 50 % cuando sea pertinente por supuestos de necesidad o utilidad, quedando de reserva el 50% restante el cual no deberá ser pretendido hasta un plazo de 5 años. Esto se basa en un supuesto objetivo, porque es cierto que el ausente no está muerto, por lo tanto, estaríamos ante una posibilidad que el ausente vuelva a su domicilio o que se tengan noticias ciertas de su paradero.

En la misma línea de ideas, el ya no ausente querrá disponer de sus activos y ciertamente este podrá disponer del 50% de la reserva legal, más los activos que estuvo disponiendo el poseedor temporal. Entonces, actualmente existe la posibilidad, que la autoridad judicial otorgue la disponibilidad de los bienes al sucesor forzoso por encima del 50% o de ser el caso el 100% de los activos por necesidad o utilidad, mientras lo acredite nada está prohibido, por lo tanto, el poseedor temporal puede dar un mal uso de los bienes perdiéndolos en su totalidad, mermando la capacidad de sobrevivencia del ya no ausente y quienes estén bajo su tutela.

Para efectos de cautelar dichos intereses se propone la modificatoria del artículo 56 del Código Civil Peruano.

#### **1.3.2.3.7. Ecuador. - Código Civil.**

Art. 66.- Se ha dispuesto que existe la presunción de muerto, cuando el individuo ha desaparecido, ignorándose si vive, y previa verificación de las condiciones que se detallan en los artículos 67 y 68.

Art. 67.- En cuanto a la declaración de presunción de muerte, esta debe ser declarada judicialmente por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el referido país.

Art. 68.- En cuanto al plazo del otorgamiento de la posesión definitiva, en lugar de la provisional, ésta será otorgada por el Juez, después del período de tres años; siempre y cuando se pueda corroborar que el desaparecido hubiere alcanzado la edad de ochenta años.

Art. 69.- Durante los plazos establecidos en los Art. 67, reglas 5a. y 6a., se tendrá en cuenta al desaparecimiento como una simple ausencia, siendo encargados de la custodia de sus intereses los apoderados y/o representantes legales debidamente designados.

#### **1.3.2.3.8. España. - Código Civil.**

Según el Artículo 181. El Secretario Judicial a petición de parte interesada o del Ministerio Público cuando una persona sea reportada desaparecida o no se encuentre en su domicilio, deberá de nombrar un Abogado Defensor en los procesos judiciales; salvo en los casos en que éste haya designado apoderado

Artículo 182.- En este artículo se ha mencionado que no existe un orden de prelación o de importancia para el reporte de una persona desaparecida, pudiendo ser el cónyuge, familiar directo, el Ministerio Público o cualquier ciudadano.

Artículo 191.-En caso de un proceso sucesorio en el cual deberá de participar el ausente, se presentarán en su representación sus coherederos, con la participación del Ministerio Público se realizará un inventario hasta la declaración oficial del fallecimiento.

Artículo 192.-En este artículo se indica que los representantes participarán en las acciones de petición de herencia u otros derechos que le correspondan al ausente, no pudiendo extinguirse sino por el tiempo fijado para la prescripción.

#### **1.3.2.3.9. Las Reservas.**

En forma de cuestionamiento podemos esbozar un concepto propio de “Las Reservas”; sin embargo, debemos de esclarecer que generalmente se establecen como instituciones sucesorias de obligatorio cumplimiento las cuales se excluyen del conjunto de bienes de libre disposición que son objeto de la sucesión intestada.

Molina (2006) refiriéndose a “Las Reservas” expresa que existen tres tipos de Reserva, la ordinaria o viudal, la extraordinaria o lineal y la establecida a favor del ausente, señalando como concepto la necesidad de contar con el carácter de necesario a las reservas como institución, por cuanto se debe de disponer un libramiento de los bienes de una sucesión testamentaria, las reservas deben de establecerse sobre los bienes y su procedencia.

#### **1.3.2.3.10. Alimentos para herederos forzosos del ausente.**

El Código Civil Peruano, artículo 58, establece que: “El cónyuge del ausente u otros herederos forzosos económicamente dependientes de él, que no recibieren rentas suficientes para atender a sus necesidades alimentarias, pueden solicitar al juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado. Esta pretensión se tramita conforme al proceso sumarísimo de alimentos, en lo que resulte aplicable”. (p. 42).

#### **1.3.2.3.11. La revocación de la ausencia.**

Conforme se tiene el inicio de las causas de la declaración judicial de ausencia, del mismo modo se cuenta con situaciones que permiten la revocación de la ausencia y en nuestra legislación ha sido incluido en el art. 59° del Código Civil, indicándose en la norma cuáles son las circunstancias en las que se produce la revocación, encontrado entre estas en primer lugar al regreso del ausente con lo que se finaliza la desaparición y recobra con la totalidad de derechos el ausente; así mismo se finaliza con la acto de designar a un apoderado el cual cuente con las suficientes facultades; por otro lado la muerte comprobada del ausente, con lo que se pierde también la dicha calidad y la declaración judicial del ausente.

#### **1.3.2.3.12. Restitución del patrimonio al ausente.**

Cuando se presentasen casos de la aparición del ausente, se procede a la restitución del patrimonio a su Titular en el estado como se encuentre a través de un proceso no contencioso, citando al proceso a las personas y/o familiares que solicitaron la declaración judicial de ausencia.

En este caso si hacemos una abstracción mental, nos encontramos a un esposo o padre de familia demandando a la esposa y/o hijos para reclamar su restitución de derechos, diciendo estoy vivo, estoy aquí, ¿Por qué no me esperaron?

De Miguel (1995), en su publicación denominada “La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado” indica que las consecuencias de la declaración de fallecimiento se extinguen en dos casos: “La prueba de la muerte del ausente o la de su existencia refiriendo que: “Una vez probada la vida del ausente, la revocación produce efectos personales (reconocimiento oficial de la existencia) y, sobre todo, patrimoniales (recobrará los derechos eventuales, se reactivarán relaciones jurídicas

extinguidas, recuperará su patrimonio teniendo derecho al precio de los bienes vendidos, pero sin poder reclamar rentas ni frutos, salvo que medie mala fe). Respecto a las relaciones familiares, según la opinión mayoritaria la reaparición carece de efectos sobre el matrimonio que haya podido contraer al cónyuge presente, pues no altera la disolución matrimonial producida como consecuencia de la declaración de fallecimiento, conforme al art.85 C.c”. (p. 40).

*Si bien es cierto la muerte presunta no es objeto de estudio en la presente investigación, sin embargo, se considera importante desarrollarla ya que forma parte de las declaraciones que se ejecutan en el marco de la ausencia de la persona.*

#### **1.3.2.3.13. La Muerte Presunta en el Perú.**

Con relación a la Muerte Presunta, el Código Civil ha señalado en el artículo 63° cuando resulta procedente la declaración de muerte presunta, sin necesidad de la participación directa de algún familiar o el representante del Ministerio Público; sin embargo, deben de tenerse en cuenta el cumplimiento de ciertos supuestos que se detallan a continuación:

- El transcurso de diez años desde las últimas noticias del desaparecido o de cinco años si fuera mayor de ochenta años.
- El transcurso de dos años cuando se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte.
- La existencia de la certeza de la muerte, aun cuando el cadáver no sea encontrado o reconocido.

#### **1.3.2.3.14. Efectos de la declaración de muerte presunta**

En nuestro país se ha establecido que la declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido, facultado a que la referida Resolución pueda ser inscrita en el registro de defunciones.

En dicha Resolución se tiene que indicar la fecha probable y, el lugar de la muerte del desaparecido; sin embargo, se puede presentar el hecho de que el Juzgador no acepte la

solicitud de la declaración de muerte presunta por considerarla improcedente, pudiendo variarla y declarar la ausencia.

Por su parte el autor peruano Vásquez (1997), indica: “Producida la Declaración Judicial de Ausencia e inscrita esta resolución conforme a la Ley 26497, los efectos son los siguientes: a. Posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla: Conforme a esta regla y siguiendo los dictados del Art. 50 del Código civil: “En la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. Sino hubiere persona con esa calidad continuara, respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el Art. 47° del C.C. Los que podrían entonces acceder a la posesión temporal de los bienes del ausente serian: los hijos, a falta de estos los demás descendientes, a falta de ellos los padres y demás ascendientes, y en todos los supuestos el cónyuge. Los herederos forzosos antes de tomar posesión temporal deben realizar un inventario valorizado de los bienes del ausente”. (p.203)

#### **1.3.2.3.15. Reconocimiento de Existencia**

También es necesario precisar que en nuestra legislación se ha previsto la oportunidad del reconocimiento de existencia que se presente con la aparición súbita del ausente y/o desaparecido, por tal motivo el artículo 67° del Código civil ha precisado que cuando una persona ha sido declarado judicialmente muerta, la existencia y/o retorno puede ser invocado por la misma persona o a través del Ministerio Público; siendo tramitada como proceso no contencioso, citándose a la audiencia a quienes solicitaron la declaración de muerte presunta.

En el caso de que se hubiere contraído un nuevo matrimonio, el reconocimiento de existencia no lo invalida; sin embargo, permite al reconocido reivindicar el poco patrimonio que le pudiera corresponder.

Vásquez, (1997) señala que: “El hecho de que una persona haya sido judicialmente declarada ausente no significa que después se reincorpore a su medio, recobrando la plenitud de sus derechos y obligaciones”. (p.203).

#### **1.3.2.3.16. Régimen Patrimonial de la Familia**

La familia tiene un propio régimen patrimonial, el cual es distinto a los demás regímenes netamente económico puesto que no solamente se debe de comprender a los ingresos voluntarios de ambos cónyuges, sino que estos se convierten en obligatorios y de suma trascendencia por cuanto permite el sustento de la célula base de toda sociedad.

Por su parte Malqui, Max y Momethiano, Eloy (2001) refieren que: “Al matrimonio no se le debe de ver como una sociedad comercial, al matrimonio debe de vérselo como una comunidad que es totalmente independiente de sus efectos de carácter económico, por tal motivo las consecuencias derivadas de la celebración de este, deben de ser objeto de regulación por la Ley”.

Sobre la no alteración del patrimonio individual de los cónyuges podemos señalar que esto no resulta ser así, citando para el caso a Calderón, Bonilla, Bautista (1995) quienes refieren que para efectos de matrimonio la esfera patrimonial de cada cónyuge no tiene que ser objeto de variación, esta se mantiene, sin embargo los que provienen después del matrimonio deben de ser objeto de responsabilidades mutuas con el objeto de mantener unida a la pareja.

De igual forma se pueden apreciar situaciones en las cuales el patrimonio matrimonial tiene que hacer frente a deudas contraídas por la sociedad conyugal, o en algunos casos deudas contraídas por uno de los cónyuges; sin embargo, este tipo de deudas pueden ser originadas a título de la sociedad conyugal y en algunos casos a título personal. Pero cuando dos personas han celebrado el contrato matrimonial, todos los actos crediticios lo realizan a nombre del matrimonio; salvo que lo realiza en con garantías personales que llevaron al matrimonio y no han sido incorporadas a la masa conyugal.

Sobre este tema Bossert y Zannoni (2004) indican que puede ser objeto de distinción los regímenes de la propiedad de los cónyuges dentro del matrimonio, manteniendo cada uno su propia gestión en la administración y disposición de los bienes propios; más no así cuando la gestión corresponda al matrimonio ya que la administración es en forma conjunta o cuando decidan quién de ellos manejará la administración marital. De igual forma resulta la responsabilidad frente a terceros ya sea a título propio, o a título de la sociedad conyugal.

#### **1.3.2.3.17. Derechos Sucesorios en el Matrimonio**

El Código Civil Peruano en los artículos 822° al 827° se encargan de la regulación de los derechos sucesorios del Matrimonio; dejando establecido cuáles son las formas en que el cónyuge superviviente adquiere el patrimonio del causante.

Aguilar - Llanos (2006) ha precisado: “En efecto, el artículo 319 del Código Civil nos señala que, para las relaciones entre los cónyuges, el fenecimiento se considera producido en la fecha de la muerte del cónyuge, pues como sabemos, al producirse el deceso de uno de los cónyuges ya no hay matrimonio, y por lo tanto, se da paso a la liquidación de la sociedad de gananciales, y a la vez, según normas de derecho de sucesiones, se abre la sucesión del cónyuge muerto. También se ha considerado a la declaración de muerte presunta como causa de fenecimiento de la sociedad, en atención a que tienen los mismos efectos que la muerte biológica. Por lo tanto, será la fecha de la declaración de muerte presunta el referente importante para conocer el momento del fenecimiento de la sociedad”. (p.342).

### **1.3.3. Teorías Relacionadas al Tema de Investigación.**

#### **1.3.3.1. Teoría de la Ausencia.**

Es la falta de presencia de una persona en el lugar donde se le debería ubicar. Es decir, su domicilio o residencia. La Teoría de la ausencia busca la protección a la persona, a su patrimonio, cuando ésta no es hallada y a su vez se carece de noticias de cuál es su paradero y se le busque en sus lugares habituales sin resultado. Lo que busca el Derecho es brindar una seguridad al aspecto personal subjetivo y al aspecto patrimonial objetivo de una persona.

Dentro de la Teoría de la ausencia nuestro ordenamiento jurídico nacional regula la diferencia entre Desaparición, Ausencia y Declaración de Muerte Presunta.

Rubio (1995) ha señalado: “La ausencia es una situación jurídica en la que cae una persona que deja de estar presente en el lugar de su domicilio, con ciertas características que dan un entorno de incertidumbre sobre ella misma, el manejo de sus relaciones personales, familiares y de sus bienes, su eventual posibilidad de retorno y, aun, sobre el mismo hecho de que siga existiendo. La ausencia no es, pues, cualquier alejamiento: un viaje de negocios o de descanso, o aun viaje de aventura no configuran el fenómeno que Derecho Civil considera ausencia”. (p.175)

La Teoría de la Ausencia o la Ausencia propiamente dicha en la cual es una prolongación de la aparición y tiene el plazo de dos años, y es aquí en el cual el Derecho busca la protección al sujeto como a su patrimonio, y para que este no se pierda lo que hace el derecho es otorgárselo en calidad de posesión temporal a quienes van a ser declarados sus herederos forzosos.

#### **1.3.3.1.1. La declaración y período de ausencia.**

Sí se pregunta desde cuándo se empieza a contabilizar el período de ausencia, resulta lógico señalar el hecho que éste empieza desde la fecha en que se dejó de tener noticias del ausente, además en otros países por la utilización de un vocablo distinto se habla de una ausencia o simple ausencia y la necesidad de cautelar los intereses patrimoniales del desaparecido

En el caso de Walker (2009) señala que el objeto de regular la muerte presunta implica cautelar los intereses patrimoniales del ausente durante el período en que no se han entregado la posesión de sus bienes; además indica que se cautela el interés de sus herederos y acreedores como también el de la sociedad por la incertidumbre que causa la desaparición, estableciéndose tres etapas, como resulta ser la de la ausencia, la posesión provisoria y la posesión definitiva.

En este sentido resulta ser de mucha importancia, citando un ejemplo de que el ausente fuere el accionista mayoritario y Gerente General de una empresa, entonces sus decisiones son de vital importancia a todos los trabajadores y accionistas de su empresa, por lo que al no estar presente representa un riesgo para el buen funcionamiento de la empresa; por lo que se tiene que esperar un plazo prudencial y reservar una parte de su patrimonio.

Medina (2014) Señala por su parte que: “Se denomina ausente, en estricto sentido jurídico, la persona natural que se ha ido y no se sabe nada sobre el lugar donde se encuentra. Cuando un sujeto está ausente, sus negocios y demás asuntos de interés pueden quedar abandonados y, además, si la ausencia se prolonga bastante, nada de raro tendría que hubiese muerto, por lo que ha sido necesario que la ley se ocupe de estas situaciones para impedir que deterioren o pierdan definitivamente, perjudicando al propio ausente o a terceros”. (p.519)

### **1.3.3.2. La Teoría de la Desaparición.**

La Teoría de la Desaparición aparece como el primer grado de la ausencia, y es aquella situación en el cual no se puede hallar, ubicar y/o encontrar a una persona en plazo de 60 días; por tal motivo se debe de brindar una protección más que al sujeto es al objeto patrimonial de dicha persona que se encuentran desamparados.

### **1.3.3.3. La Teoría de la Muerte Presunta.**

La Teoría de la Muerte Presunta es una situación extrema, en la cual no se tiene la certeza de que la persona ha muerto, pero se tiene indicios, referencias de que puede haberse producido su deceso. Dentro de este criterio de Muerte Presunta se debe tener en cuenta que al no tener la certeza total de que la persona ha muerto, ésta puede reaparecer, lo que generaría un proceso judicial para lograr acreditar su existencia.

Biesa (2009) indica que como consecuencia de la declaración judicial de ausente para uno de los cónyuges permite al otro (expectante) la gestión de los bienes pudiendo ser: Consorciales y Privativos. (p.210).

Visoso (2009) indica que de manera ordinaria se entiende como persona ausente a aquella que no se encuentra presente en el lugar en el cual deberá de asistir, en el lugar en el cual se le llama. Como Institución la ausencia requiere de hechos de naturaleza especial con consecuencias específica, señalando como concepto de ausencia lo siguiente: “Decimos, con la salvedad que más adelante se precisa, que la Ausencia es una institución jurídica de orden público, que tiene como finalidad (en su primera etapa), la conservación del patrimonio de una persona cuyo paradero se ignora y que, por la falta de noticias sobre su existencia, hace presumir su desaparición o muerte”. (p.19)

## **1.4. Formulación del problema**

¿De qué manera se puede crear la figura jurídica de una reserva legal de los bienes del ausente frente a la declaración judicial de ausencia?

## **1.5. Justificación e importancia del estudio.**

Esta investigación es muy importante porque se realizará una investigación sobre un tema de interés social por cuanto trata sobre la necesidad normativa de crear una reserva legal de los bienes del ausente frente a la declaración judicial de ausencia, en tales casos que se da en que existen personas en que su situación jurídica caracterizada por la desaparición son declaradas legalmente ausentes ya sea por falta de noticias y frente al plazo estipulado en nuestro código civil vuelven a aparecer encuentra su patrimonio que tenía no ha sido salvaguardado y este a desaparecido en tal sentido cuando hubiera dejado bienes que requiriesen de atención inmediata; investigación cuyo tema se encuentra inmerso en los artículos 49° y 56° del Código Civil.

Lo que se pretende con esta investigación es que se cree una figura jurídica de una reserva legal patrimonial con la emisión judicial de la sentencia no menor del 50% por un período mínimo de 5 años a favor de desaparecido y después de transcurrido este plazo sus herederos forzosos recién podrán disponer del mismo; sentencia que deberá ser inscrita en los Registros Públicos en el Registro de Personas Naturales, sí en caso tuviere bienes inmuebles, puesto que nunca se sabe que puede pasar en el mundo actual en los viajes al extranjero o al interior del país pueden ser accidentados y con resultado de pérdida de la memoria y/o cualesquier otra circunstancia que impida a la persona poder retornar a su localidad, y que al momento de la aparición se dé con el asombro que ha perdido todos sus bienes; experiencia que sería traumática ocasionado un daño psíquico y además el patrimonial.

En el presente trabajo de investigación se aportarán teorías existentes, legislación comparada, y toda clase de información que permita llegar a una conclusión del presente trabajo; además se utilizarán cuestionarios de entrevistas a magistrados, abogados con la finalidad de complementar la investigación de esta forma la comunidad jurídica este de acuerdo con la problemática, incluyéndose la propuesta de una modificación legislativa de los artículos 49° y 56° del Código Civil; determinándose el grado de factibilidad de la propuesta y conocimiento sobre la investigación a realizar en la ciudad de Chiclayo.

## **1.6. Hipótesis.**

La declaración judicial de ausencia produce un daño patrimonial irreparable en los bienes del ausente ante un eventual retorno; ante ello es necesario crear la figura jurídica de una reserva legal para tutelar los bienes del declarado judicialmente ausente.

## **1.7. Objetivos**

### **1.7.1. Objetivo General.**

Elaborar una propuesta legislativa que incluya una reserva legal patrimonial con la emisión judicial de la sentencia no menor del 50% por un período mínimo de 5 años a favor de desaparecido y después de transcurrido este plazo sus herederos forzosos recién podrán disponer del mismo.

### **1.7.2. Objetivos específicos**

Para poder conseguir el objetivo general trazado se han debido de lograr realizar la ejecución de los siguientes objetivos específicos:

a) Analizar las diferentes posiciones doctrinarias referidas a la regulación de los bienes patrimoniales del ausente frente a la declaración judicial de ausencia

b) Analizar la legislación comparada relacionada a las principales causas para crear una figura jurídica de una reserva legal de los bienes del ausente frente a la declaración judicial de ausencia.

c) Explicar cómo la creación de una figura jurídica de reserva legal de los bienes del ausente, permite protegerlo frente a la declaración judicial de ausencia.

d) Elaborar una propuesta legislativa que incluya la figura jurídica de una reserva legal patrimonial otorgando un plazo especial en los casos de declaración judicial de ausencia.

## **1.8. Limitaciones.**

Carencia de antecedentes de estudio a nivel local respecto al trabajo de investigación que se ha realizó. Falta de disponibilidad por parte de los jueces y abogados, siendo un impedimento para realizar las encuestas en la presente investigación de tesis.

## **II. MATERIAL Y MÉTODO.**

### **2.1. Tipo y Diseño de Investigación.**

**Tipo:** El tipo de la presente investigación realizada es Aplicada, puesto que según (Murillo, 2008), la investigación aplicada recibe el nombre de “investigación práctica o

empírica”, que se caracteriza porque “busca la aplicación o utilización de los conocimientos adquiridos, a la vez que se adquieren otros, después de implementar y sistematizar la práctica basada en investigación. El uso del conocimiento y los resultados de investigación que da como resultado una forma rigurosa, organizada y sistemática de conocer la realidad”.

**Diseño:** El diseño de la presente investigación es no experimental; de acuerdo a Kerlinger (Citado en publicación Metodología de la Investigación, USMP, 2017) manifiesta que este tipo de investigación es: “Sistemática, empírica y crítica. Sistemática porque no deja los hechos a la casualidad, sino que se trata de una actividad disciplinada. Empírica porque se trata de recolectar y analizar datos de la realidad. Finalmente, es crítica por que evalúa y mejora de manera constante. La investigación puede cumplir dos propósitos fundamentales; a.- Producir conocimiento y teorías (investigación básica), b.- Resolver problemas prácticos (investigación aplicada)”. (p. 15).

**Explorativo:** En lo que refiere a este tipo de diseño de investigación Jiménez (1998) señala que; “En los estudios exploratorios se abordan campos poco conocidos donde el problema, que sólo se vislumbra, necesita ser aclarado y delimitado. Esto último constituye precisamente el objetivo de una investigación de tipo exploratorio. Las investigaciones exploratorias suelen incluir amplias revisiones de literatura y consultas con especialistas”. (pg. 12)

**Descriptivo:** Usualmente describe situaciones y eventos, es decir como son y cómo se comportan determinados fenómenos; asimismo, buscan especificar las propiedades de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis, midiendo y evaluando diferentes aspectos o elementos del fenómeno a investigar. Aquí se elige una serie de conceptos o variables y se mide cada uno de ellos de manera independiente para así poder describir lo que se está investigando.

## **2.2. Escenario de Estudio.**

Se eligió un grupo de profesionales (Jueces y Abogados especialistas en Derecho Civil) de la ciudad de Chiclayo, a través del cual se adquirió información de gran notabilidad.

## **2.3. Caracterización de sujetos.**

### **2.3.1. Población.**

Para la presente investigación, se ha considerado a la población vinculada al ámbito civil, (teniendo en cuenta los criterios de Inclusión y Exclusión), esta Comunidad Jurídica estará constituida por jueces civiles y abogados del Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque (ICAL), especialistas en temas civiles. Estos miembros laboran en el ámbito jurisdiccional del Distrito Judicial de Lambayeque; al no tener una data de Abogados por especialidad solo el total de inscritos hábiles que suman 8243 abogados.

### **2.3.2. Muestra.**

La muestra de la población será Jueces especialistas en materia civil en la Ciudad de Chiclayo y abogados especialistas en materia civil en la ciudad de Chiclayo, que por juicio de expertos y conveniencia se ha estimado que sean 40 entre jueces y abogados especialistas.

### **2.3.3. Unidad de Estudio.**

Personal Administrativo de los Juzgados Especializados en Civil y abogados especialistas en Derecho Civil.

## 2.4. Variables, Operacionalización.

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Recolección de datos
<b>Variable Independiente:</b>  <u>La modificatoria del artículo 49° y 56° del Código Civil Peruano.</u>	La Modificación del Código Civil Peruano, artículo 49° y 56, que rige la declaración judicial de ausencia, tiene como objeto corregir dudas sobre la tutela de los bienes del declarado judicialmente ausente, siendo de menester crear la figura jurídica de una reserva legal en cuanto la persona (ausente) retorne a su domicilio o se tengan noticias ciertas sobre su paradero.	Bienes patrimoniales.	Ley. Código Civil Peruano. Doctrina.	Cuestionario.
		Impacto.	Ley. Código Civil Peruano. Doctrina.	
<b>Variable Dependiente:</b>  <u>Ausencia.</u>	Rubio (1995), publicación denominada "El ser humano como persona natural" establece que: "La ausencia es una situación jurídica en la que una persona deja de estar presente en el lugar de su domicilio, con ciertas características que dan un entorno de incertidumbre sobre ella misma, sus relaciones personales, familiares, de sus bienes, su eventual retorno y, aun, sobre el mismo hecho que siga existiendo (...)". (p. 175).	Desaparición.	Ley. Código Civil Peruano. Doctrina.	Cuestionario
		Declaración Judicial de ausencia.	Ley. Código Civil Peruano. Doctrina.	

## **2.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.**

La utilización de técnicas e instrumentos se deben acreditar, con el objetivo de que el proyecto de investigación conste de objetividad y veracidad.

### **2.5.1. Técnica.**

#### **2.5.1.1. Análisis de Contenido.**

La presente técnica tiene como finalidad analizar y sintetizar sentencias en la vía jurisdiccional y doctrinas tanto nacionales como extranjeras, y otros medios documentales que conlleven a complementar y resolver la presente investigación.

#### **2.5.1.2. Encuestas.**

Se elaborará encuestas, con el objetivo de recolectar conocimientos en relación a nuestro problema planteado, la cual serán analizadas, esperando que sirvan como un medidor a la viabilidad de las soluciones reales y objetivas que se estable en la presente investigación.

### **2.5.2. Instrumentos.**

#### **2.5.2.1. Ficha.**

Instrumento que servirá para organizar la información documental usada de la presenta investigación en los trabajos de investigación de cualquier tipo. Se utiliza para recopilar, resumir o anotar los contenidos de las fuentes o datos utilizados en la investigación, utilizamos la ficha para algunos resúmenes de algunos textos.

## **2.6. Procedimiento de análisis de datos.**

Se establecerán las categorías, se ordenarán y se resumirán los datos. Procederemos racionalizar los datos colectados con la finalidad de explicar e interpretar las probables relaciones que manifiestan las variables estudiadas.

## **2.7. Criterios éticos.**

### **2.7.1. Dignidad Humana o Respeto a las personas**

El respeto, está enmarcado desde dos aspectos considerables; el reconocimiento de lo eficaz, en otras palabras, el respeto que debe existir en uno mismo como investigadores de

la presente investigación, por otro lado, el respeto a quien va dirigido esta investigación, ya que se tomara en consideración la veracidad de la información.

El Principio de Dignidad Humana o Respeto a la Personas, se tiene que respetar, por lo tanto, me comprometo fehacientemente ha no transgredir datos y que el único baluarte de esta investigación será la veracidad. En la misma línea de ideas, respetar a los autores correspondientes de la información, cumpliendo y respetando los parámetros establecidos.

### **2.7.2. Beneficencia.**

Es el ámbito que todo lo que se realiza, se hace para un determinado bien, con equilibrio y con un eje de positivismo ante el trabajo de investigación. Con respecto a ello hay simultáneas preguntas como porque lo realizamos, para qué y para quienes, y eso depende mucho de cómo contribuimos con la información adecuada que nos brindará una satisfacción de gozo, ya que se obtendrá las respuestas adecuadas con el determinado interrogatorio.

### **2.7.3. Justicia**

Para determinar un suceso, hay que tener en consideración los criterios legales que instauran las autoridades, por lo que hago extenso mi manifiesto que por ninguna razón se aceptarán replicas sin previa mención al autor, debido que es de suma importancia resaltar las citas correspondientes.

## **2.8. Criterios de rigor científico**

Dada la importancia de la información y la relevancia de la investigación, se busca que los datos tengan un alto grado de confiabilidad de 95% ( $Z=1.96$ ) y el nivel de error que se considera en un valor típico de 5% ( $e=0.05$ ), sumado a ello que las fuentes de información secundarias están respaldadas con lo que indica las partes de referencias bibliográficas.

### **2.8.1. Fiabilidad**

Los actos fiabilidad buscan alcanzar los conocimientos de acorde a la certeza del mismo, de la misma forma (Arias, M. Y Giraldo, C. 2011) expresan que para referirnos de este criterio dicho acto se debe basar en actos de validez de criterio o predictiva (p.2).

La fiabilidad resulta ser acorde a los actos de conducción, y a los medios de prueba que apuntan a la convicción respecto presente investigación.

### **2.8.2. Muestreo.**

Los actos de rigor científico que se han establecido en la presente investigación es, por un lado, el muestreo donde se hace uso de informes y libros, por lo cual puede ser muestra de población para recopilar información. Se buscará aplicar la problemática en una determinada proporción de la población, adquiriendo resultados que den credibilidad a la presente investigación.

Arias y Giraldo (2011) expresan sobre muestreo teórico, como actos acumulativos por el investigador en forma general, por lo que tendrá en cuenta los datos, categorías y dimensiones, y relaciones establecidas y valiosas (p.3).

### **2.8.3. Generalización**

Es un componente esencial de la dialéctica y el razonamiento humano. Es base esencial de toda inferencia deductiva válida. La generalización posee una amplia aplicabilidad en varias disciplinas, algunas veces teniendo un significado especializado según el contexto que se va a dilucidar en la investigación.

### III. RESULTADOS

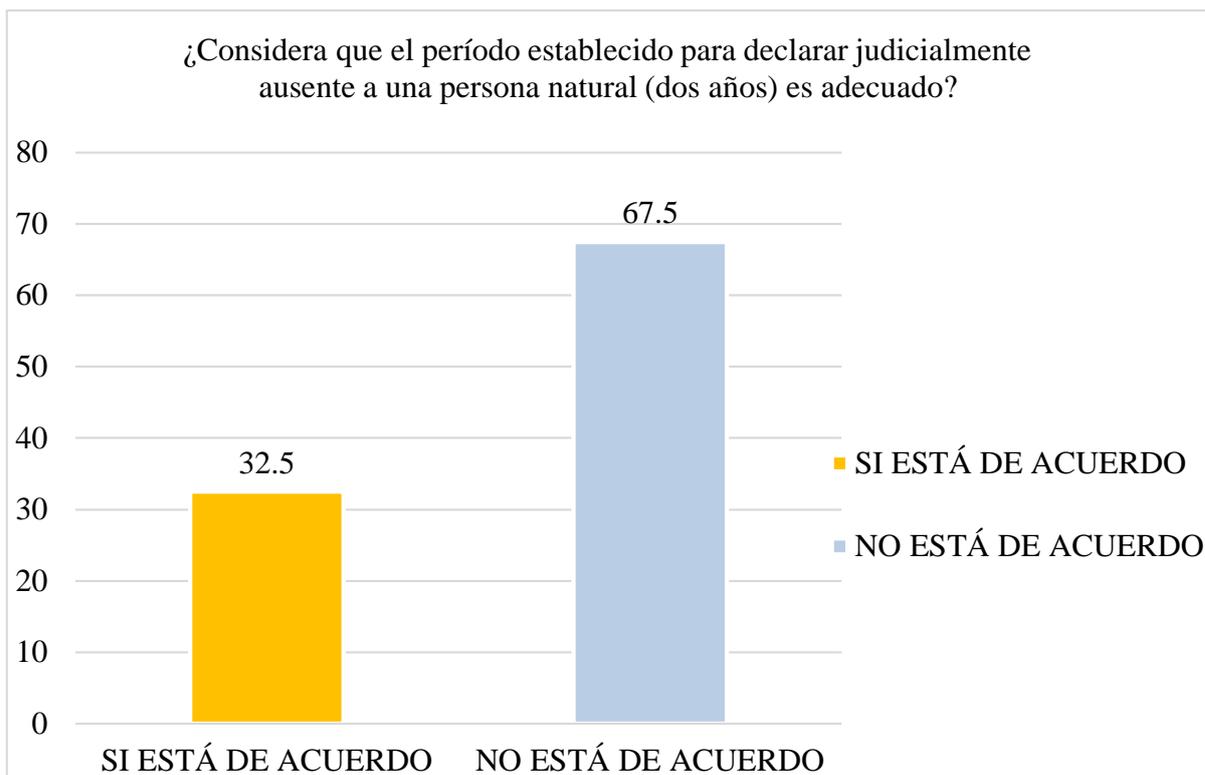
#### 3.1. Resultados en tablas y figuras.

**Tabla 1**

¿Considera que el periodo establecido para declarar judicialmente ausente a una persona natural (dos años) es adecuado?

<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI CONSIDERA</b>	13	32.5%
<b>NO CONSIDERA</b>	27	67.5%
<b>TOTAL</b>	40	100%

**FIGURA 01**



#### Análisis e Interpretación de Resultados

A mérito de los datos obtenidos se puede establecer que el 32.5% de los encuestados SI está de acuerdo que el periodo establecido para declarar judicialmente ausente a una persona natural (dos años) es adecuado; mientras que el 67.5% NO está de acuerdo.

Se infiere que los encuestados (Jueces y Abogados Civiles) no están de acuerdo con el período establecido para declarar judicialmente a una persona, por lo tanto, se puede interpretar como un rechazo a la normativa que se encuentra dentro del Código Civil, lo que implica la necesidad de una modificación normativa.

**Fuente: Encuesta realizada en el mes de noviembre del 2017.**

**Tabla 2**

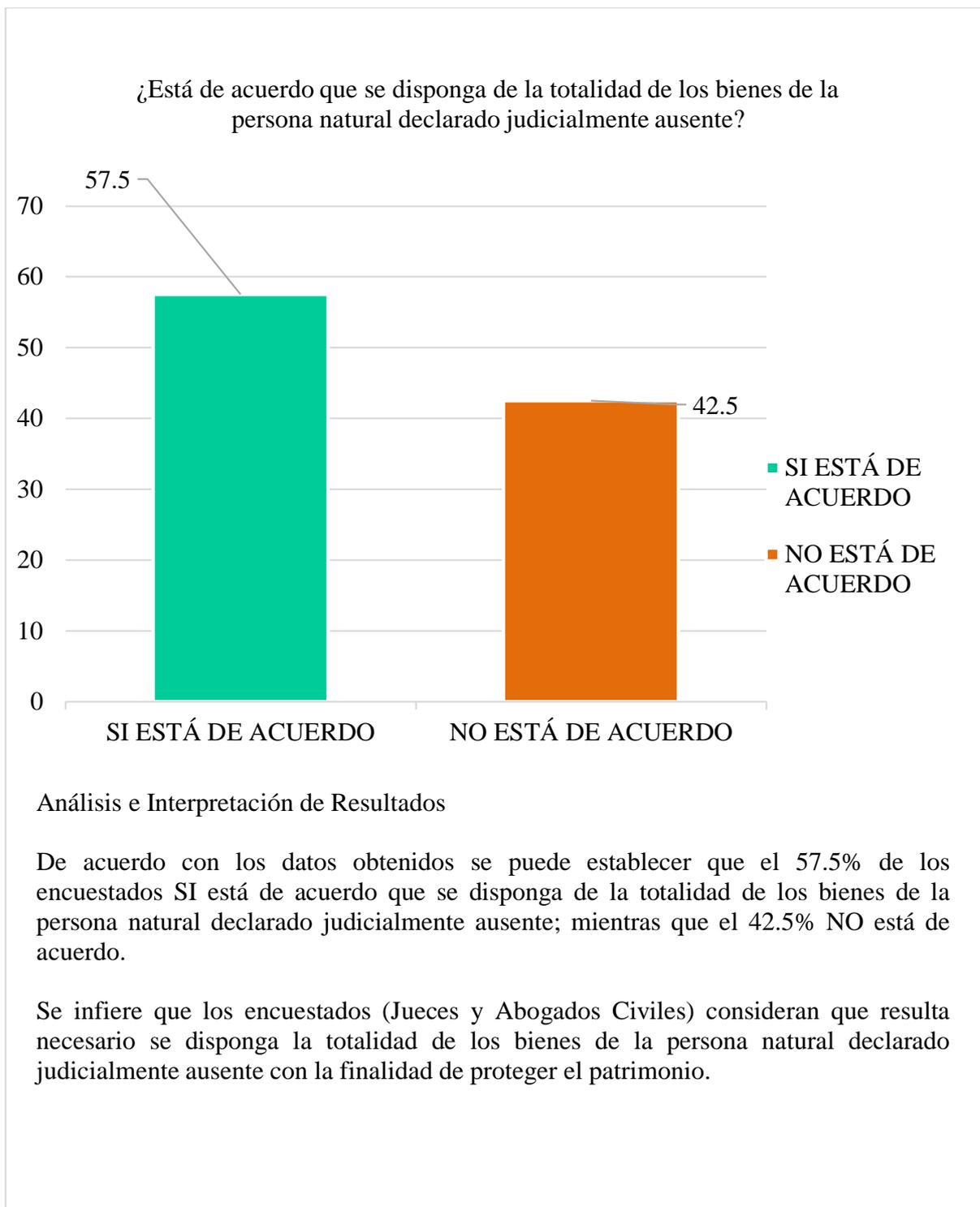
¿Está de acuerdo que se disponga de la totalidad de los bienes de la persona natural declarado judicialmente ausente?

---

<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI ESTÁ DE ACUERDO</b>	23	57.5%
<b>NO ESTÁ DE ACUERDO</b>	17	42.5%
<b>TOTAL</b>	40	100%

---

**FIGURA 02**



**Fuente: Encuesta realizada en el mes de noviembre del 2017.**

**Tabla 3**

¿Cree usted que es necesario crear la figura jurídica de una reserva legal de los bienes del ausente frente a la declaración judicial de ausencia de una persona natural?

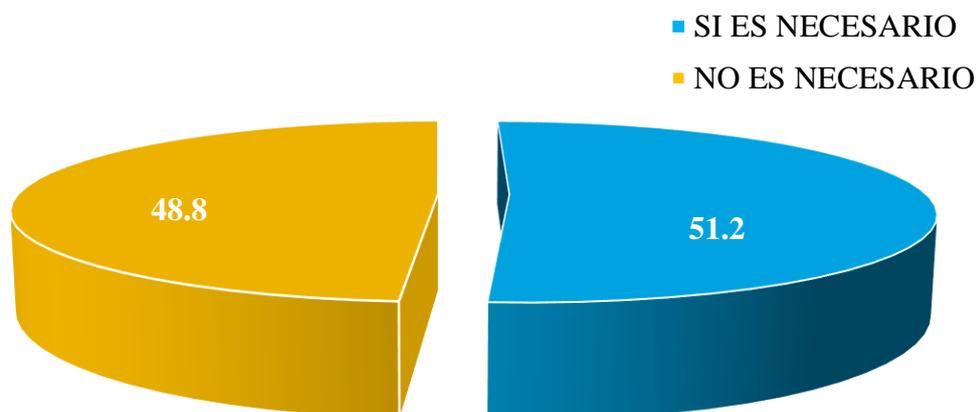
---

<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI ES NECESARIO</b>	21	51.2%
<b>NO ES NECESARIO</b>	19	48.8%
<b>TOTAL</b>	40	100%

---

**FIGURA 03**

¿Cree usted que es necesario crear la figura jurídica de una reserva legal de los bienes del ausente frente a la declaración judicial de ausencia de una persona natural?



#### Análisis e Interpretación de Resultados

De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que el 51.2% de los encuestados SI cree que es necesario crear la figura jurídica de una reserva legal de los bienes del ausente frente a la declaración judicial de ausencia de una persona natural; mientras que el 48.8% NO lo cree necesario.

Se infiere que los encuestados (Jueces y Abogados Civiles) consideran que resulta necesario la creación de una figura jurídica que permita ejecutar la reserva legal de los bienes del ausente frente al mandato emitido por el Juez Civil en una demanda de declaración judicial de ausencia.

**Fuente: Encuesta realizada en el mes de noviembre del 2017.**

**Tabla 4**

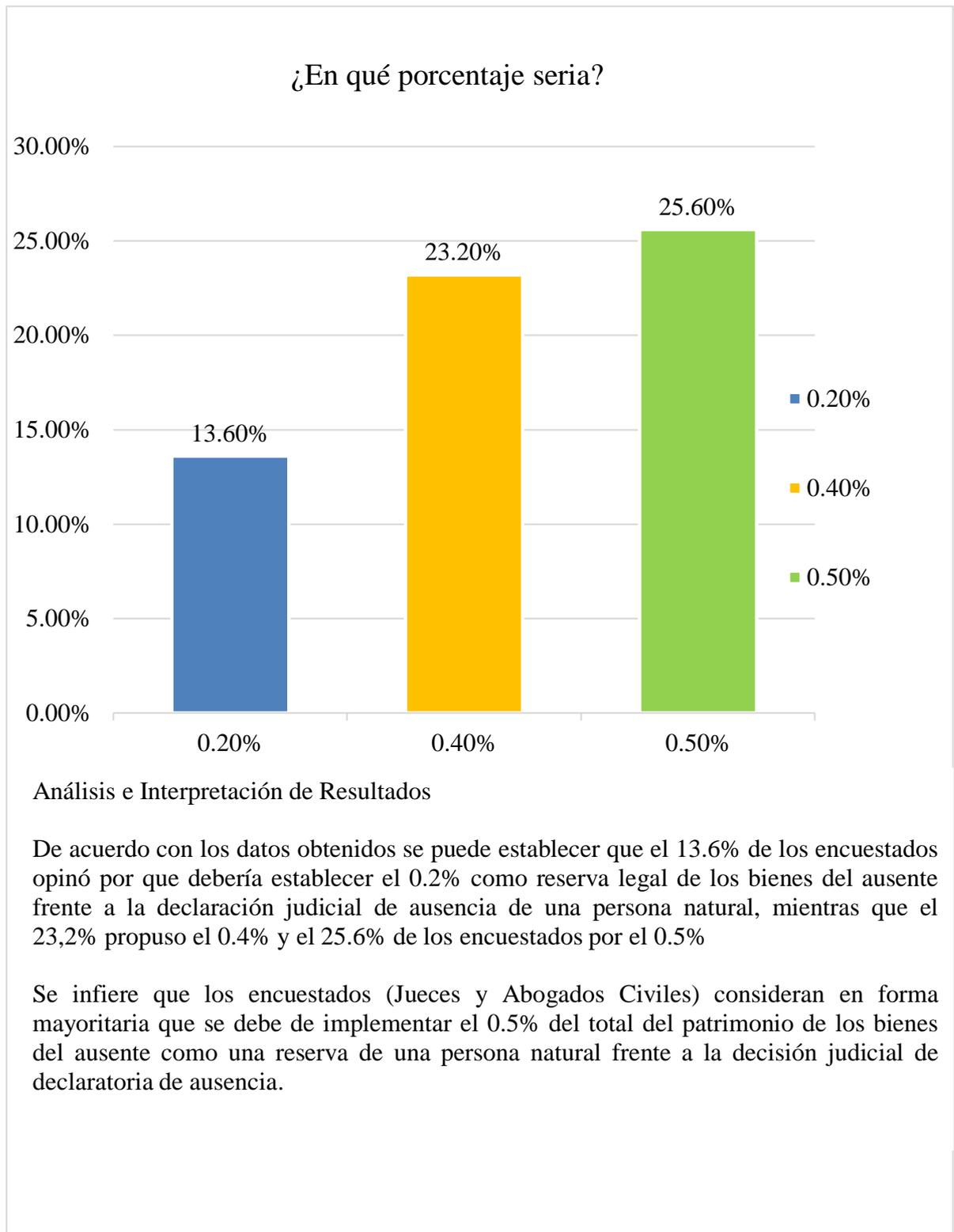
Solo si la respuesta de la pregunta anterior es positiva (alternativa a) (SI). ¿En qué porcentaje seria?

---

<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>0.2 %</b>	8	13.6
<b>0.4 %</b>	15	23.2%
<b>0.5%</b>	17	25.6%
<b>TOTAL</b>	40	100%

---

**FIGURA 04**



**Fuente: Encuesta realizada en el mes de noviembre del 2017.**

**Tabla 5**

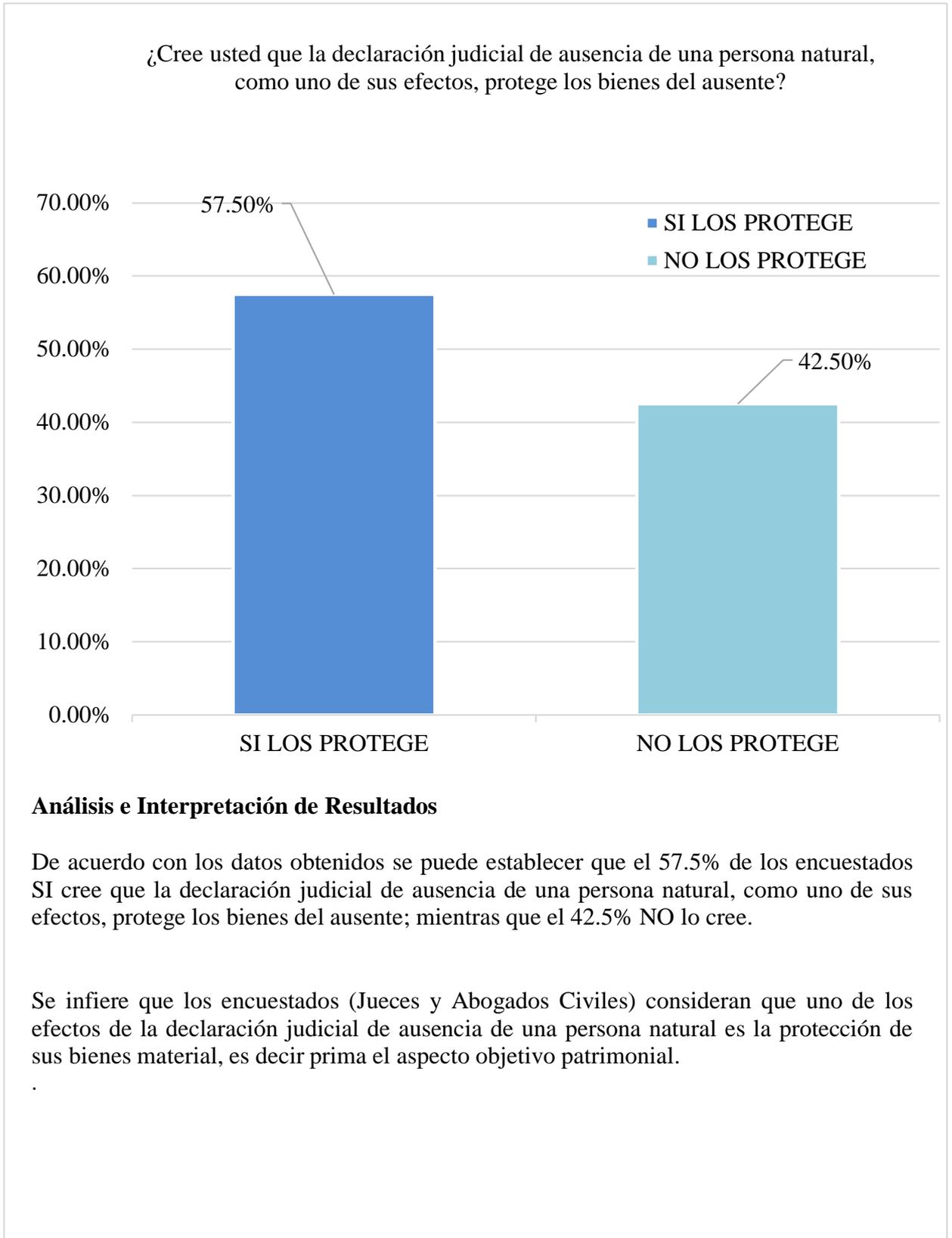
¿Cree usted que la declaración judicial de ausencia de una persona natural, como uno de sus efectos, protege los bienes del ausente?

---

<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI LOS PROTEGE</b>	23	57.5%
<b>NO LOS PROTEGE</b>	17	42.5%
<b>TOTAL</b>	40	100%

---

**FIGURA 05**



**Fuente: Encuesta realizada en el mes de noviembre del 2017.**

**Tabla 6**

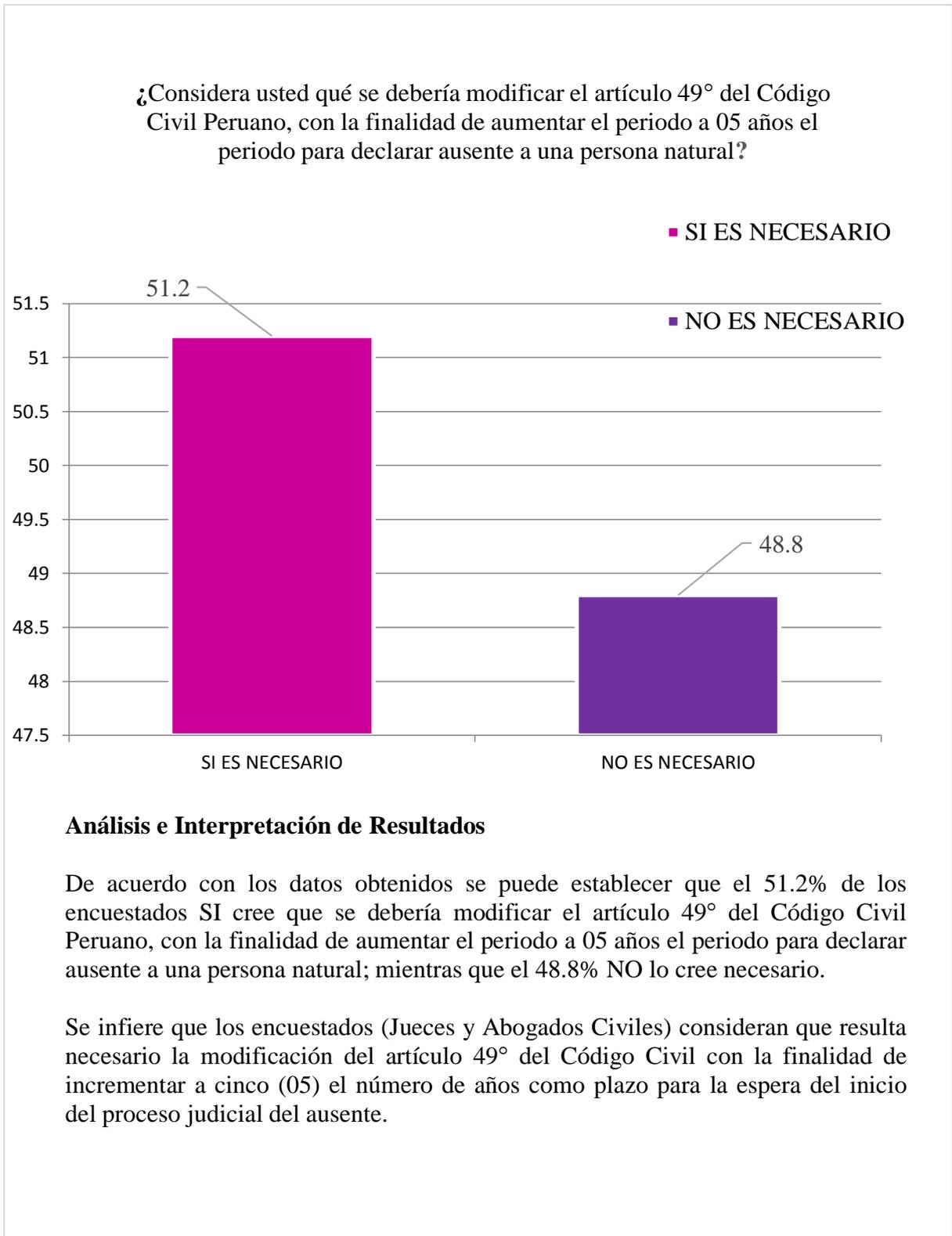
¿Considera usted que se debería modificar el artículo 49° del Código Civil Peruano, con la finalidad de aumentar el periodo a 05 años el periodo para declarar ausente a una persona natural?

---

<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SE DEBE DE MODIFICAR</b>	21	51.2%
<b>NO SE DEBE MODIFICAR</b>	19	48.8%
<b>TOTAL</b>	40	100%

---

**FIGURA 06**



**Fuente: Encuesta realizada en el mes de noviembre del 2017.**

**Tabla 7**

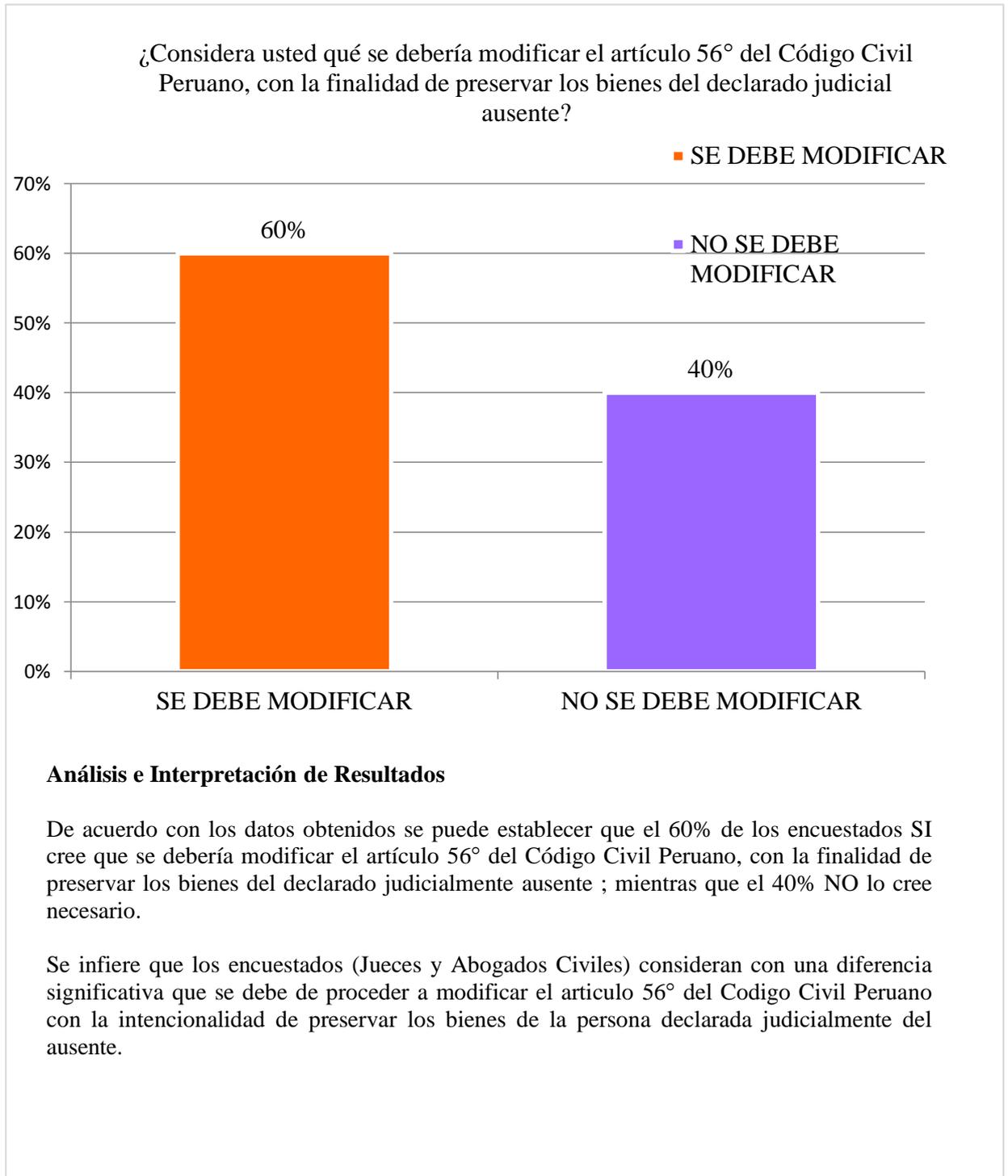
¿Considera usted que se debería modificar el artículo 56° del Código Civil Peruano, con la finalidad de preservar los bienes del declarado judicial ausente?

---

<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SE DEBE DE MODIFICAR</b>	24	60%
<b>NO SE DEBE MODIFICAR</b>	16	40%
<b>TOTAL</b>	40	100%

---

**FIGURA 07**



**Fuente: Encuesta realizada en el mes de noviembre del 2017.**

**Tabla 8**

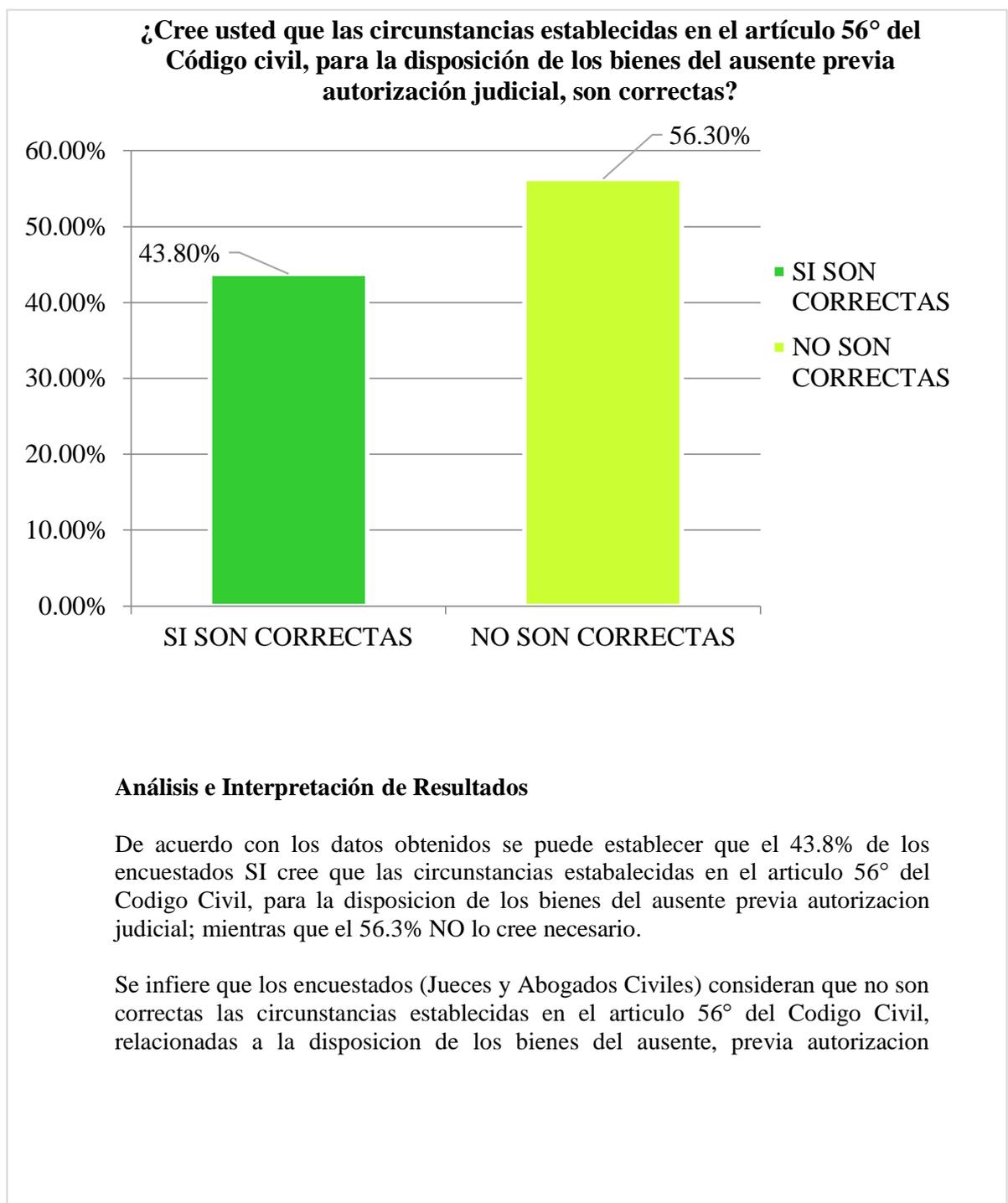
¿Cree usted que las circunstancias establecidas en el artículo 56° del Código civil, para la disposición de los bienes del ausente previa autorización judicial, son correctas?

---

<b>RESPUESTA</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SI SON CORRECTAS</b>	18	43.8%
<b>NO SON CORRECTAS</b>	22	56.3%
<b>TOTAL</b>	40	100%

---

**FIGURA 08**



**Fuente: Encuesta realizada en el mes de noviembre del 2017.**

### **3.2. Discusión de resultados.**

Como resultado de la lectura de las encuestas sobre la necesidad de implementación de una reserva legal en el patrimonio del ausente, en los casos de declaración judicial de ausencia los encuestados (Jueces y Abogados Civiles) consideran que el período establecido para declarar judicialmente a una persona no es el adecuado, por lo tanto, se puede interpretar como un rechazo a la normativa que se encuentra dentro del Código Civil. Debe entenderse la lectura como una reacción a la falta de legislación en la materia y que resulta algo riesgoso puesto que nadie puede saber si le pudiera suceder algún evento que pudiera causar la desaparición, y el patrimonio no se encuentra protegido en la forma como se espera.

Con relación a la disponibilidad de los bienes de la persona natural declarado judicialmente ausente han opinado porque se disponga de la totalidad de los bienes del desaparecido con la finalidad de proteger el patrimonio frente al mandato emitido por el Juez Civil en una demanda de declaración judicial de ausencia. Sin embargo, debe precisarse que en algunos momentos y bajo ciertas circunstancias nuestra legislación si ha previsto que se puede disponer de la totalidad de los bienes del ausente, estando autorizado el posesionario y/o administrador judicial a la disposición de los mismos por causa prevista y previa autorización judicial.

En forma mayoritaria los encuestados opinaron por qué se debe de implementar el 50% del total del patrimonio de los bienes del ausente como una reserva de una persona natural frente a la decisión judicial de declaratoria de ausencia. Uno de los efectos de la declaración judicial de ausencia de una persona natural es la protección de sus bienes material, es decir prima el aspecto objetivo patrimonial sobre el aspecto subjetivo. Otro resultado obtenido es la opinión sobre la modificación del artículo 49° del Código Civil con la finalidad de incrementar a cinco (05) el número de años como plazo para la espera del inicio del proceso judicial del ausente.

Con una diferencia significativa los encuestados opinaron porque se debe de proceder a modificar el artículo 56° del Código Civil Peruano con la intencionalidad de preservar los bienes de la persona declarada judicialmente ausente; así mismo consideran que no son correctas las circunstancias establecidas en el artículo 56° del Código Civil, relacionadas a la disposición de los bienes del ausente, previa autorización judicial.

La presente investigación se diferencia con las investigaciones anteriores en la cuales solamente se han preocupado por los plazos y el formalismo de la declaración judicial de ausencia pero no se ha tomado en cuenta en sí el resguardo del patrimonio del ausente, puesto que como su nombre lo indica esta temporalmente ausente, fuera de su ambiente en el cual era conocido; pero que en cualesquier momento puede aparecer y se encontrará con la triste noticia de que sus bienes ya no existe; en consecuencia la presente propuesta es la de otorgar un plazo prudencial y señalar un porcentaje de reserva, propuesta que resulta ser innovadora y novedosa.

### **3.3. Aporte práctico.**

## **PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 49° Y 56° DEL CÓDIGO CIVIL.**

### **I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.**

Que, el período establecido en el Código Civil para declarar judicialmente ausente a una persona no es el adecuado, lo que implica la necesidad de una modificación normativa para reducir el tiempo que refleja el período de la incertidumbre de los familiares del ausente.

Resulta necesario que se disponga de la totalidad de los bienes de la persona natural declarado judicialmente ausente con la finalidad de proteger el patrimonio; del mismo modo la creación de una figura jurídica que permita ejecutar la reserva legal de los bienes del ausente la cual debe de corresponder al 50% del total del patrimonio de los bienes del ausente.

Por tal motivo, se debe modificar el artículo 49° del Código Civil con la finalidad de incrementar a cinco (05) el número de años como plazo para la espera para lo cual se debe señalar que debe de resolver la petición en una audiencia única del inicio del proceso judicial del ausente; sentencia que deberá ser inscrita en los Registros Públicos en el Registro de Personas Naturales, sí en caso tuviere bienes inmuebles.

Que, igualmente resulta necesario modificar el artículo 56° del Código Civil con la intencionalidad de preservar los bienes de la persona declarada judicialmente ausente,

modificándose las circunstancias establecidas, relacionadas a la disposición de los bienes del ausente, previa autorización judicial.

## **II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.**

La presente iniciativa legal propone modificar: i.- el artículo 49° del Código Civil con la finalidad de incrementar a cinco (05) el número de años como plazo para la espera del inicio del proceso judicial del ausente; sentencia que deberá ser inscrita en los Registros Públicos en el Registro de Personas Naturales, sí en caso tuviere bienes inmuebles; y ii.- el artículo 56° del Código Civil con la intencionalidad de preservar los bienes de la persona declarada judicialmente ausente, modificándose las circunstancias establecidas, relacionadas a la disposición de los bienes del ausente, previa autorización judicial.

## **III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.**

El presente proyecto no irroga gasto alguno al erario y más bien contribuye a generar un nuevo marco jurídico de naturaleza civil adecuado para una mejor actuación y trabajo de los Jueces y usuarios del sistema judicial peruano.

## **IV. FORMULA LEGAL.**

### **PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 49° Y 56° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO.**

#### **Artículo 1° Modificar el artículo 49° del Código Civil, con el texto siguiente:**

**“Artículo 49°.-** Transcurridos cinco (05) años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia. Es competente el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes”.

#### **Artículo 2° Modificar el artículo 56° del Código Civil, con el texto siguiente:**

**“Artículo 56°.-** En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el Administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable. Estableciéndose como reserva legal el 50% del total del patrimonio de los bienes del ausente, procediendo a inscribirse en los Registros Públicos en el Registro de Personas Naturales, sí en caso tuviere bienes inmuebles.

#### **IV. CONCLUSIONES**

El período establecido en el Código Civil para declarar judicialmente ausente a una persona en la realidad no resulta ser el adecuado, por cuanto el tiempo que se encuentra regulado resulta ser demasiado corto, debiendo tenerse en cuenta que la declaración de judicial de ausente permite la libre disposición de los bienes; lo que implica la necesidad de una modificación normativa.

La limitación a la disposición de la totalidad de los bienes de la persona natural declarado judicialmente ausente, es con la finalidad de proteger el patrimonio; por cuanto no existe una figura jurídica que permita ejecutar la reserva legal de los bienes del ausente la propuesta normativa de la presente investigación consiste en que se debe proceder a reservar no menos del 50% del total del patrimonio de los bienes del ausente.

La modificación del artículo 49° del Código Civil es con la finalidad de incrementar a cinco (05) el número de años como plazo para espera del inicio del proceso judicial del ausente; lo cual se deberá resolverse la petición en una audiencia única cuya sentencia que se expida deberá ser inscrita en los Registros Públicos en el Registro de Personas Naturales, sí en caso tuviere bienes inmuebles.

El artículo 56° del Código Civil Peruano debe ser objeto de modificación con la intencionalidad de preservar los bienes de la persona declarada judicialmente ausente, referente a las circunstancias establecidas y relacionadas a la disposición de los bienes del ausente, previa autorización judicial.

## **RECOMENDACIONES**

Se debe de modificar el período establecido en el Código Civil para declarar judicialmente ausente.

Se debe disponer la totalidad de los bienes de la persona natural declarado judicialmente ausente con la finalidad de proteger el patrimonio; a través de la figura jurídica que permita ejecutar como reserva legal el 50% del total del patrimonio de los bienes del ausente.

Se debe modificar el artículo 49° del Código Civil con la finalidad de incrementar a cinco (05) el número de años como plazo para la espera del inicio del proceso judicial del ausente; sentencia que deberá ser inscrita en los Registros Públicos en el Registro de Personas Naturales, sí en caso tuviere bienes inmuebles.

Se debe modificar el artículo 56° del Código Civil Peruano con la intencionalidad de preservar los bienes de la persona declarada judicialmente ausente, modificándose las circunstancias establecidas, relacionadas a la disposición de los bienes del ausente, previa autorización judicial.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almeida, J. (2002). Tesis "LA PROTECCION DEL CÓNYUGE Y DEL TERCERO EN LA SOCIEDAD DE GANANCIALES". Lima: Pontificia Universidad Católica. Dirección Web: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6157/6181>
- Becerra, C. (1991). AUSENCIA Y MUERTE PRESUNTA EN EL CODIGO CIVIL DE 1984. Sitio <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6157/6181> Wed
- Belluscio, C. (2004). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Bereche, E. (2014). "El Consejo de Familia en el Ordenamiento Peruano: Un Análisis sobre su Naturaleza Jurídica e Implicancias Prácticas". (Tesis de Pregrado). Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Biesa, M.. (2009). "El derecho expectante de viudedad Aragonés". Aproximación a su fundamento actual y análisis de sus causas de extinción. Zaragoza-España: Edita, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ARAGÓN.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (2004). Manual de Derecho de Familia. Buenos Aires, Argentina: Editorial ASTREA.
- Calderón, A. Bonilla, E. y Bautista, A. (1995). Manual de Derecho de Familia. Guatemala: Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial.
- Castro, O. (2010). "La legislación peruana a proposito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales.". REVISTA INSTITUCIONAL N° 9 AMAG PERÚ, 107-143.
- Código Civil Argentino, Diario Oficial de la República de Argentina, Buenos Aires, Argentina, 01 de agosto del 2015.

- Código Civil Peruano, Diario Oficial de la República del Perú, Lima, Perú, 25 de Julio de 1984.
- Collins, C. y Sabaj, J. (2008). DERECHO DE PROPIEDAD, LIMITACIONES Y EXPROPIACIÓN (Tesis de Grado). Chile: Universidad de Chile.
- De Miguel, P. (1995). "La ausencia y la declaración de fallecimiento en Derecho internacional privado" . Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Espinoza, J. (2012). Derecho de las Personas. Lima, Perú: Editorial Grijley E.I.R.L
- Fernández, C. (2002). El DERECHO DE LAS PERSONAS (EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI). Lima-Perú: Ediciones Jurídicas
- Fernández, C. (2001). Derecho de las personas. Lima, Perú: Editora Jurídica GRIJLEY.
- Flores, T. (2014). La protección estatal de la familia como institución jurídica natural. (Tesis de Grado). Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Gallardo, M. (2010). Procedimiento para Recobrar los Bienes Cuando el Muerto Presunto Aparece o se Prueba su Existencia (Tesis de Grado). Guatemala: Universidad San Carlos.
- García, M. (1979). Instituciones de Derecho Civil. Lima-Perú: Editoriales de Derecho reunidas.
- Gonzales, N. (2002). Derecho Civil Patrimonial Derechos Reales. México: Editorial Jurídica Universitaria, S.A.
- Guevara, V. (2004). Personas Naturales. Lima: Gaceta Jurídica.
- Jiménez, R. (1998). Metodología de la Investigación. Elementos Básicos para la Investigación Clínica. La Habana-Cuba: Editorial de Ciencias Médicas del Centro Nacional de Información de Ciencias Médicas.
- León, J. (s.f). Manual de Derecho Civil. Derecho de las Personas. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Pazos, J. (2014). Apostillas a la regulación de la desaparición y la declaración de ausencia de la persona en el sistema peruano. Lima-Perú: Análisis del artículo 47 del Código Civil Peruano.
- Llanos, B. (2007). "Régimen patrimonial del matrimonio". Derecho PUCP, (59), 313-355.
- Malqui, Max y Momethiano, Eloy. (2001). Derecho de Familia. Lima: San Marcos.
- Medina, J. (2014). Derecho Civil, Derecho de Personas. Bogotá:Valencia: Universidad de Valencia. Edita: TIRANT LO BLANCH.
- Molina , M. (2006). "Derecho de Sucesiones". Madrid: Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.L.
- Moscoso, F. (2015). "Fundamentación Jurídica del Código Civil Ecuatoriano en los Casos de Presunción de Muerte por Desaparecimiento". Quevedo - Ecuador: Universidad Técnica Estatal de Quevedo.
- Muga, R. y Vasallo, L. (2012). "Nuevos derechos y exigencias para el Derecho de la Familia en el Perú". (Tesis de Pregrado). Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Murillo, W. (2008). La investigación científica. Consultado el 18 de abril de 2008 de <http://www.monografias.com/trabajos15/invest-científica/investcientífica.shtm>
- Orrego, J. (2015). Bienes. Santiago-Chile: Dirección Web: <http://www.josemiguellearos.cl/v2/wp-content/uploads/2015/05/Los-Bienes.pdf>
- Pazos, J. (1986). Apostillas a la regulación de la desaparición y la declaración de ausencia de la persona en el sistema peruano. Lima-Perú: Análisis del artículo 47 del Código Civil Peruano.
- Ríos, N.(1995, no 49,). Legislación procesal familiar en el Perú. Derecho PUCP, 211-235.
- Rodríguez, D. (1937). Código Civil. Chiclayo-Perú. Librería e Imprenta Mendoza.
- Rodríguez, J. (2006). LA REGULACIÓN LEGAL DE LA TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD DE DECLARATORIA DE MUERTE PRESUNTA EN LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA NOTARIAL (Tesis de Grado). Guatemala: Universidad de San Carlos.

- Rubio, M. (1995). El Ser Humano como Persona Natural. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Saguero, L. (2014). "La Situación Jurídica de Incertidumbre de la Existencia: La Ausencia". Guatemala: Universidad Rafael Landívar.
- Tagua, A. (2015). La Presuncion de muerte por desaparecimiento y su prescripcion dentro de la legislacion ecuatoriana. (Tesis de Grado). Ecudaor: Universidad Regional Autónoma de los Andes.
- Torres, A. (2000). Derecho Civil. Lima-Perú: Editorial Moreno S.A.
- USMP (2017). Metodología de la Investigación. Lima-Perú: Facultad de Ciencias Administrativas y Recursos Humanos; Facultad de Ciencias Contables Económicas y Financieras.
- Vargas, D. (2014). ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE AUSENCIA POR DESAPARICIÓNFORZADA: ALCANCE Y CONSECUENCIAS (Tesis de Grado). Pereira - Colombia: UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL PEREIRA.
- Vásquez , A. (1997). Derecho de las Personas. Lima: San Marcos.
- Visoso, F. (2009). "Ausentes E Ignorados". México. Editorial: Porrúa y Colegio de Notarios del D.F.
- Walker, S. (2009). Manual de Derecho Civil. Santiago: Jurídica de Chile.

## **ANEXOS.**

**AUTOR: SÁNCHEZ MONTENEGRO, MARICARMEN.**

### **“PROPONER LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 49° Y 56° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO”**

El presente cuestionario tiene como propósito obtener datos que nos permitan identificar las causas para “LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULO 49° y 56° DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO”; en tal sentido, con su colaboración informativa nos permita plantear lineamientos para una adecuada normatividad en la solución del problema materia de investigación.

#### **Instrucciones Específicas.**

Agradecemos colocar un aspa en el recuadro correspondiente

#### **PREGUNTAS:**

1. ¿Considera que el periodo establecido para declarar judicialmente ausente a una persona natural (dos años) es adecuado?

- a) Si
- b) No

2. ¿Está de acuerdo que se disponga de la totalidad de los bienes de la persona natural declarado judicialmente ausente?

- a) Si
- b) No

3. ¿Cree usted que es necesario crear la figura jurídica de una reserva legal de los bienes del ausente frente a la declaración judicial de ausencia de una persona natural?

- a) Si
- b) No

4. Solo si la respuesta de la pregunta anterior es positiva (alternativa a) (SI). ¿En qué porcentaje seria?

- a) 20%

b) 40%

c) 50%

5. ¿Cree usted que la declaración judicial de ausencia de una persona natural, como uno de sus efectos, protege los bienes del ausente?

a) Si

b) No

6. ¿Considera usted qué se debería modificar el artículo 49° del Código Civil Peruano, con la finalidad de aumentar el periodo a 05 años el periodo para declarar ausente a una persona natural?

a) Si

b) No

7. ¿Considera usted qué se debería modificar el artículo 56° del Código Civil Peruano, con la finalidad de preservar los bienes del declarado judicial ausente?

a) Si

b) No

8. ¿Cree usted que las circunstancias establecidas en el artículo 56° del Código civil, para la disposición de los bienes del ausente previa autorización judicial, son correctas?

a) Si

b) No