

REFLEXIONES EN TORNO A LOS DERECHOS DISPONIBLES Y LA CONCILIACIÓN

Medardo Nizama Valladolid *

Introito

Se está debatiendo en el momento actual la naturaleza y aplicación de los derechos disponibles, sobretodo en lo que refiere al instituto de la conciliación intraprocesal como extraprocesal. Consideramos que para superar las acusaciones de ambigüedad que pesan sobre el término, debe realizarse el estudio de la res, la cosa, los bienes, los derechos subjetivos, para abordar luego el estudio de los derechos disponibles.

1. La Res: Generalidades

1.1. Origen Etimológico

El término latino "res", según el diccionario académico¹, significa: cosa, hecho en general. Igualmente, dicha raíz latina entraña la idea de ser u objeto, acontecimiento o circunstancia; acto o hecho, bienes o fortuna; interés o utilidad; relaciones entre personas y relaciones de negocios, etc².

1.2. Sinonimia

Desde la antigüedad, se ha estimado siempre que la expresión "cosa" y la expresión "bien" eran sinónimas³, tal como se puede comprobar en el Código Civil de 1852, y los diccionarios de García Calderón y de Joaquín Escriche, respectivamente.

1.3. Preconceptos

1.3.1. Sentido lato

"Pocos términos –dice Rodríguez Pastor– tienen en el idioma latino una latitud tan extraordinaria como el vocablo *res*"⁴.

Así, tal como lo hemos visto en el origen etimológico, este vocablo no sólo significa objeto, materia o asunto, sino también utilidad o interés, efecto o resultado, relaciones entre personas, relaciones de negocios, etc.

Lo dicho se relaciona con la idea de Ulpiano cuando afirma que en la "denominación cosa se comprende la causa como los derechos".

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM

1 *Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino*, Barcelona, 1982, p. 432.

2 Lo primero que se descubre es que se trata de un concepto muy rico y complejo. Sobre el origen etimológico hay acuerdo unánime sobre lo que significa el término. Por ejemplo, Guillermo Cabanellas en su *Repertorio Jurídico*, señala que *res* entraña la idea de cosas, bienes, riquezas (...). Cuanto existe, sea realidad sensible o concepto del espíritu, en el pensamiento filosófico de Séneca. Todo objeto de un derecho, incluso los animales. Véase Cabanellas Guillermo, *Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. Cuarta Edición Ampliados por Ana María Cabanellas. Editorial Heliasta S. R. L. 1992; pág. 333.

3 En lo que se refiere a este punto, Toribio Pacheco es terminante cuando señala que "las cosas consideradas bajo el aspecto jurídico, toman la denominación especial de bienes, que se definen como las cosas susceptibles de ser apropiadas del hombre, ya las posea éste solo o en unión con otros. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes, puesto que hay muchas que no pueden entrar en el dominio de los hombres". Véase: Toribio Pacheco. *Tratado de Derecho Civil*. Segunda edición. Imprenta del Estado. 1872; p. 2.

4 "Por eso –sigue Rodríguez Pastor– la extensión y la comprensión funcionan en sentido inverso; esto es, a mayor extensión, menor comprensión y viceversa".



De donde resulta que la *res* “implica en su sentido no sólo los objetos que son tangibles sino también los servicios y prestaciones que inciden en las obligaciones, de donde podría concluirse que su connotación comprende todo aquello que puede ser objeto de derechos patrimoniales o quizás más exactamente de *dominium*”⁵.

“De este modo puede decirse que con la palabra *res* se designaba a todo aquello que, ya que tenga corporeidad (...) o que aparezca como una creación jurídica (...) estaba sometido o destinado a la satisfacción de las necesidades humanas o era susceptible de un dominio particular o colectivo. Desde esta perspectiva, hasta los mismos derechos se encuentran comprendidos en esta categoría, toda vez que efectivamente pueden ser objetos de otros derechos”⁶.

1.3.2. Sentido filosófico

Rodríguez Pastor⁷, al referirse a este punto, expresa: “De la palabra cosa, prácticamente identificada por el término *ens* o con el término *ser*, no se puede decir sino que el *ser* es el *ser*. Pero en cambio, se extiende y se amplía extraordinariamente porque todo lo absoluto y lo condicionado, lo contingente y lo necesario, lo finito y lo infinito, etc. todo es *res*, todo es cosa”⁸.

1.3.3. Sentido económico

En el sentido económico, *res* equivale a aquella que en alguna forma se aplica a la satisfacción de una necesidad cualquiera⁹ –insiste el precitado autor–.

1.3.4. Sentido jurídico

A lo expuesto, añade: “en este sentido, *res* equivale a aquello sobre lo cual versa una relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo”¹⁰.

Se ha dicho que la norma jurídica es “esencialmente sinalagmática, por cuanto supone dos términos: uno en el cual está la exigencia y otro que soporta la exigibilidad; uno que es el creditor y otro que es el débil. Pero esta exigencia del créditor frente al deudor, versa sobre algo: sobre una entrega de dinero, sobre la transferencia de una cosa en la compra-venta”.

“Entonces, aquello sobre lo cual versa la relación jurídica entre sujeto activo y pasivo, eso es la cosa. Prácticamente, esta relación jurídica que versa sobre algo en el fondo comporta también la satisfacción de una necesidad; de allí que se identifiquen muchas veces el aspecto económico con el jurídico”.

Finalmente, dice: “si las cosas careciesen de valor económico, prácticamente tampoco habría relación jurídica. De allí que hay un sustrato económico en toda relación jurídica; y, por eso, en el derecho romano la palabra *bien* y la palabra *pecus* o *pecunia* con la palabra “cosa” prácticamente se identifican”¹¹.

1.4. Acepciones de la palabra *res*

1.4.1. En las Instituciones

Escribe Ortolán, citando a Justiniano, en su obra *Instituciones*: “Si antes expusimos el derecho relativo a las personas; ahora trataremos de las cosas, las cuales o se hallan en nuestro patrimonio o fuera de nuestro patrimonio. Mas algunas por derecho natural son comunes a todos, otras son públicas, otras de universidad o corporación cualquiera, otras de nadie, y la mayor parte de particulares, y estas últimas pueden adquirirse por cada cual de varias maneras, como aparecerá en adelante” (Libro II, Título I, *De la División de las Cosas*)¹².

5 ANTÚNEZ y VILLEGAS, Luis Enrique. *Apuntes Romanísticos Perú*. 1996, pág. 50.

6 *Ibid.*, pág. 50.

7 RODRÍGUEZ PASTOR. *Derecho Romano*, Copia del Curso, pág. 53.

8 En el diccionario filosófico se caracteriza a la cosa por la “totalidad de propiedades a través de las cuales está ligada a las otras cosas y entra en interacción con ellas”. Ver *Diccionario Filosófico* de Rosental – Iudin, pág. 88.

9 RODRÍGUEZ PASTOR. *Opus citate*, pág. 53.

10 RODRÍGUEZ PASTOR. *Derecho Romano*, Copia del Curso, pág. 53.

11 *Ibid.*

12 ORTOLÁN, M. *Instituciones de Justiniano*. Lima, 1986, pág. 35.



1.4.2. En el Digesto

Captando el mensaje de los tiempos, observaremos lo que dice el siguiente fragmento: "...Mas las cosas que son de derecho humano, o son públicas o privadas; las que son públicas se entienden que no están en los bienes de nadie; porque se entiende que son de la misma universalidad. Pero son privadas las que son de cada uno (*singulorum*)".

Luego, afirma: "Además de esto, unas cosas son corporales, y otras incorpóreas. Son corporales las que pueden tocarse, como un fundo, un vestido, el oro, la plata, y finalmente otras cosas innumerables. Son incorpóreas, las que no pueden tocarse; cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, y las obligaciones de cualquier modo contraídas"¹³.

Por último, señala: "Y no importa que en la herencia se contengan cosas corporales; porque también los frutos que se perciben de un fundo, son corporales; y aquello que se nos debe por alguna obligación, es corpóreo las más de las veces, como un fundo (...) y el dinero; porque el derecho mismo de sucesión, y el derecho mismo de usar y de disfrutar, y el derecho mismo de una obligación es incorpóreo. También son del mismo número los derechos de los predios urbanos y rústicos, que también se llaman servidumbres" (Digesto, Gayo, *Instituciones*, Libro II, pág. 129).

1.4.3. En el Código de las Siete Partidas

En primer lugar, el derecho que pasa a América durante el Virreinato fue el Derecho

Castellano para todas las actividades de orden privado, e incluso para algunas de derecho público¹⁴.

De otro lado, el Derecho Castellano, así como el Derecho Indiano, carecían de un ordenamiento claro como el de nuestros Códigos Modernos. El Derecho en su arquitectura se había construido a la manera del derecho romano y en él, por supuesto, predominaba como en todo el Derecho Europeo de la época, "el casuismo" acentuado y una gran minuciosidad reglamentarista.

Fue entonces que, a raíz del descubrimiento de América y dada a la gran cantidad de leyes y recopilaciones a que se veían obligados a recurrir quienes ejercían las funciones jurídicas, que se alzaron las primeras voces para pedir que se solucionara este problema, mediante la derogación de toda la legislación anterior, que empezaba en los Visigodos y, pasando por las Partidas de Alfonso el Sabio y el Fuero Juzgo, llegaba al siglo XVI a través de todas las recopilaciones y ordenamientos castellanos¹⁵.

Este proceso, sin embargo, no fue inmediato y el Derecho Castellano gozó de gran renombre e influencia hasta el siglo pasado. Nuestro derecho tuvo, así, a las *Siete Partidas* de Alfonso el Sabio, como una de sus principales fuentes.

En ellas se hallan, precisamente los términos "*cosa*" y "*bienes*" empleados como sinónimos, tal como se verifica en la Ley I, Título XXVIII de la Tercera Partida cuando determina "Que cosa es señorío e quantas maneras son del"¹⁶, y en la Ley III, Título XXVII, Tercera Partida cuando trata sobre "En quales bienes dene fer el Juizio"¹⁷.

13 Con frecuencia se contraponen los corporales a los "derechos" (*iura*). Pero Gayo reemplazó esta dicotomía clásica por la de *res corporales* y *res incorporales*. Véase la obra de Alejandro GUZMÁN BRITO. *Derecho Privado*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I., Santiago de Chile, Chile 1996, pág. 429.

14 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. *Historia de la Facultad de Derecho*, pág. 19.

15 *Ibid.*, pág. 19-20.

16 "Señorío es, poder que ome ha en fu cofa de fazer della, e en ella, lo que quifiere, fegun Dios, efegun fuero. E fon tres maneras de Señorío. La una es, poder efmerado que han los Emperadores, e los Reyes, en efcarmantar los malfechores, e en dar fu derecho a cada uno en fu tierra. E defte fablamos affaz cumplidamente en la fegunda partida, e en muchas leyes de la quarta, defte libro. La otra manera de Señorío es, poder que ome ha en las cofas muebles, o rayz defte mundo, en fu vida, e despues de fu muerte paffa a sus herederos, o a aquellos a quien la enagenaffe mientras en fruto, o en renta de algunas cofas, en fu vida, o a tiempo cierto; o en castillo, o en tierra que ome ouiffé en feudo, afsi como dize en as leyes defte nuestro libro, que fablan en esta razón". (Cfr. Joseph BERNI y CATALA. *Las Siete Partidas del Rey D. Alfonso El Sabio*. Partida Tercera. Valencia: En la imprenta de Benito Montfort, Año 1767, pág. 361).

17 "En las cofas, e en los bienes del dueño del pleyto, contra quien es dado el juyzio, fe demandar cumplir, e fazer la entrega; primeramente tomando las cofas que fueren muebles, tantas en que fe pueda cumplir, e pagar, la quantia de la debda que es puefta en la fentencia: e fi el mueble non abondaffe, deuen tomar de las cofas que son rayz, tantas que cumplan" (cfr. Joseph BERNI y CATALA, *Ob. Cit.*, pág. 358 a 359).



1.4.4. En la legislación peruana

1.4.4.1. En el Código de 1852

Verdad es que el legislador peruano en el siglo pasado confirió a la “*res*” el vasto sentido de los romanos. El Art. 454 de dicho Código Civil reza: “Las cosas que están bajo el dominio del hombre son corporales e incorporeales”.

1.4.4.2. En el Código Civil de 1936

En efecto, el Código Civil de 1936, sustituye el vocablo “*cosa*” por el de “*bien*” considerando que las cosas son objetos útiles y apropiables y *bienes* son la suma de cosa y derechos. Este es el espíritu del discurso pronunciado por José de La Riva Agüero en la ceremonia del CAL de 1936. Corporales son las que percibimos con los sentidos; las demás son¹⁸ incorporeales, como los derechos y las acciones” y el Diccionario de García Calderón, define la cosa considerándola como “todo lo que puede estar bajo el dominio del hombre ya sea que tenga una existencia real y física o solamente una existencia moral” (*Diccionario de Legislación Peruana* de García Calderón).

1.4.4.3. En el Código Civil de 1984

Lo mismo puede decirse del Código Civil de 1984, en cuyo articulado se mantiene el uso de “*bien*” y, finalmente, que en la legislación peruana “*cosa*” significa todo objeto corporal o incorporeal que tiene un valor presente o futuro, pero que no se considera incluido en el patrimonio y “*bien*” es toda cosa que ya es objeto de derecho o está sometido a un dominio. Por último, el tratamiento de la *res* comporta los tres aspectos siguientes: determinar sus clases, establecer los derechos que puedan tenerse sobre ella; y el modo, como se adquieren y se pierden los derechos.

No cabe la menor duda que el estudio de la *res*, en la forma que ha sido desarrollada, nos

predispone para el análisis del siguiente asunto.

2. Los bienes

En el primer capítulo, hemos estudiado los aspectos generales de la “*res*”; en este segundo capítulo vamos a explicar el tópico de los bienes, en lo concerniente a su origen etimológico, sinonimia, preconcepto, etc. Veamos:

2.1. Origen etimológico

Etimológicamente, proviene del vocablo latino *bonum*¹⁹ que significa el bien, lo bueno, provecho. También significa felicidad, bienestar²⁰.

2.2. Concepto

Los bienes constituyen el objeto de los derechos reales. En principio la noción bienes es más idóneas que la de cosas. En su acepción más amplia comprende así los objetos materiales como los incorporeales²¹.

Las prestaciones de *dar* por ejemplo tiene por objeto a los bienes (cosas y derechos), la prestación de *hacer* tiene por objeto a los servicios, y la prestación de *no hacer* tiene por objeto a las abstenciones.

Mediante el acto jurídico se crean relaciones jurídicas o se modifican, regulan o extinguen. No hay acto jurídico por el cual no se establezca una relación entre dos o más sujetos de derecho. Luego, el objeto del acto jurídico es la relación jurídica que tiene un objeto consistente en una prestación que no es otra cosa que la conducta que debe desarrollar el sujeto del deber, para satisfacer el interés del sujeto del derecho de la relación. La conducta desarrollada por el sujeto del deber, puede consistir en *dar* un bien o un derecho o en *relacionar* un servicio o abstenerse de algo. Luego, son objeto de la prestación: los bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones. Por consiguiente, es posible dis-

18 *Código Civil del Perú* de Manuel Atanasio FUENTES Y M.A. de la LAMA, Imprenta del Estado, 1870, pág. 98.

19 Del vocablo *bonum* se deriva la voz *bonus* que quiere decir bueno, excelente, útil, conveniente, se deriva la voz *bonum*: lo útil, utilidad. Interés, éxito. Véase el *Diccionario Manual Latino Castellano* de Pbro. Juan Pedro DE ANDREA. Editorial Sopena. Argentina, pág. 57.

20 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano*. Primera Edición, Cultural Cuzco S. A. Lima, Perú, 1985; pág. 76.

21 Eugenio Ramírez. “Algunos aspectos a modificarse en el Libro de Derechos Reales”. Ponencia *I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, realizado entre los días 24, 25 y 26 de noviembre de 1993. Ediciones Facultad de Derecho UNMSM. Lima, pág. 231 y ss.



tinguir por lo menos tres nociones de objeto: objeto del *acto jurídico*²², objeto de la *relación jurídica* u objeto de la *prestación* (Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial; 24, 25 y 26 de noviembre de 1993; pág. 283. Sustentada por el Dr. Aníbal TORRES VÁSQUEZ).

2.3. Deslinde conceptual de bienes y cosas

Bienes es la denominación consignada en la Sección segunda del Libro Quinto del C.C. vigente. En el Código derogado aparecían en el Libro Cuarto²³; y, en el C.C. de 1852, no existía esta denominación, sino la de cosas²⁴.

En ese entonces, el Dr. José de la Riva Agüero criticó la nueva denominación expresando que el cambio resultaba una tamaña infidelidad en la doctrina clásica. Se contestó que la crítica estaba reñida con la verdad, por cuanto, los conceptos de *bien* y de *cosas* son diferentes y, siendo así, el cambio estaba justificado.

2.4. No son cosas

Enneccerus –citado por Romero Romaña²⁵– señala que no son cosas aquellas no susceptibles de apropiación por el hombre o aquellas sobre las que no se concibe un derecho de carácter privado, como el aire, el mar. Tampoco las que no están en el comercio de los hombres. Enneccerus hace distingos interesantes y dice que no está en el comercio de los hombres el cuerpo humano. Sin embargo, dice, con la muerte el cuerpo humano se convierte en *cosa* y sería susceptible de comercio a no ser por la existen-

cia del deber religioso de sepultar a los muertos. Pero las momias, los esqueletos, son *cosas* porque han entrado en el comercio de los hombres²⁶.

“Cosas semejantes –prosigue²⁷– ocurren con ciertos elementos separados del cuerpo humano, como los cabellos, los dientes. El mismo Enneccerus menciona también que sería nulo el contrato hecho sobre el cuerpo humano, si no fuera con fines científicos. Claro que esto tiene sus excepciones como la conocida de los *dadores de sangre* que realizan un comercio perfectamente. Entonces, el concepto de cosas se refiere a todo aquello que está en el comercio de los hombres y es susceptible de utilidad y de aprovechamiento”²⁸.

2.5. Lo que es la cosa para el derecho

Por lo demás –continúa Enneccerus– las cosas son: “las partes de la naturaleza, no libres y dominables, que rodean al hombre, que tienen una sustantividad propia, una denominación especial y un valor en la vida de tráfico siendo, en consecuencia, reconocidas como objeto de derecho independiente”. Agrega que las cosas tienen que ser forzosamente objetos corporales, ser separados y percibidos por los sentidos, deben tener cohesión; si se trata de sólidos, o estar en recipientes, si se trata de líquidos o de gases²⁹.

No obstante lo dicho, debe observarse que la expresión “cosa” tenía mayor amplitud desde las Partidas y así se comprueba igualmente en el *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia* de Joaquín Escriche³⁰, cuando dice de la cosa que es todo lo que existe física o moralmente, excepto el hombre (...), pág. 606.

22 H. CAPITANT, sostiene: “Los actos jurídicos tienen por objeto crear, modificar, transferir o extinguir derechos” (*Introducción al estudio del Derecho Civil*, pág. 239).

23 En el Tomo XII del C.C. (Concordancias) de APARICIO y GÓMEZ SÁNCHEZ, aparece un precedente del Derecho Romano que a la letra dice: “¿Qué otra cosa son los derechos de los predios más que los predios tales como se hallan, con su bondad, salubridad y amplitud”. (Digesto) Libro I, Título XVI Ley 86, pág. 5). Se relaciona con Inc. 8o del Art. 812 del C.C. derogado.

24 Véase la Sección Cuarta del Libro Segundo del mismo Código de 1852.

25 Eleodoro Romero Romaña. Derecho Civil. Los Derechos Reales.

26 *Opus Citate*, pág. 19.

27 *Ibid.*

28 En el Digesto, Libro I, Título XVI, Ley 23 se dice: “en la denominación de ‘cosa’ se comprenden así las causas como los derechos”. Véase Germán APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ, *Código Civil (Concordancias)* Tomo XII, pág. 16.

29 *Ibid.*, pág. 20.

30 Véase en el *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia* de Joaquín Escriche, Tomo I, Madrid, 1847, pág. 606.



En efecto, el distingo clásico fue objeto de justificadas críticas por muchos juristas, entre ellos Planiol y Freitas; en los Códigos Modernos, se ha modificado el concepto de “cosa” y “bien” estructurándose un sistema según el cual, es la expresión “bien” la que tiene mayor extensión y no la expresión “cosa” como antes ocurría.

2.6. Cosa y Bien

Por último, Romero Romaña anota que por “cosa” se entiende únicamente los objetos corporales y nada más que ellos, mientras que la expresión “bienes” comprende además de dichos objetos corporales los derechos que son inmateriales, resultando así una expresión más amplia³¹.

En algunos bienes se mencionan no sólo objetos corporales o sean “cosas” sino también derechos³².

2.7. Clasificación de los bienes

En el Código actual no hay más que una clasificación: muebles e inmuebles.

En el Código derogado había dos clasificaciones: “muebles e inmuebles” (Art. 812 y 819) y de los “bienes del Estado y de los particulares” (Art. 821 y 822).

En el Código Civil de 1852 teníamos las de corporales e incorporales (Art. 454), muebles e inmuebles (Art. 455), fungibles y no fungibles (Art. 458), públicos, comunes y particulares, destinadas al culto y de ninguno (Art. 459).

Enseguida, Romero Romaña, apunta: “La supresión de estas clasificaciones en el Código actual no quiere decir que hayan desaparecido en el derecho moderno. La única razón de su supresión es que hay actualmente la tendencia de omitir en los Códigos disposiciones de orden teórico, dejando a la jurisprudencia, a la cáte-

dra y a los tratados de derecho, el tratar sobre todas las cuestiones de ese carácter. Resulta, por consiguiente, que a pesar de que en el Código no encontremos estas clasificaciones, nosotros tenemos que ocuparnos de las más importantes que siempre son de mucha utilidad”³³.

Respecto de los bienes “*corpore*” e “*incorpore*”, igualmente, Romero Romaña, anota que es la clasificación más antigua. Se “remonta al derecho romano, donde tenía importancia, ya que, por ejemplo la *mancipatio* y la *traditio* sólo eran posibles sobre los bienes corporales”. Luego, afirma: “Planiol dice que esta clasificación es en realidad innecesaria; que el objeto de una clasificación es separar y hacer una diferenciación entre objetos semejantes; pero cuando no lo son: no vale la pena ocuparse de establecer diferencias”, pág. 20.

Por último, reitera: “Esta clasificación ya no tiene utilidad dentro del distingo que se hace hoy entre bienes y cosas. No obstante ello, ciertas reglas se aplican sólo a las cosas corporales, pág. 20”³⁴.

3. Derechos disponibles

3.1. Cuestiones fundamentales

Hemos dado una mirada amplia y panorámica a los aspectos más destacados de la “*res*” y los “*bienes*” con la finalidad de entenderlos cabalmente. Pasemos ahora a ver las cuestiones fundamentales y el análisis conceptual de los derechos disponibles, lo cual constituye el punto principal de nuestro trabajo.

3.1.1. Etimología: “Dispono”, “Utilis”, “Utilitas”

Veamos que la frase “derecho disponible” se compone de dos vocablos latinos: *Jus*³⁵ que

31 Eleodoro ROMERO ROMAÑA, *Derecho Civil. Los Derechos Reales*, pág. 20.

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

34 “Por razones no fáciles de comprender –dice Delia REVOREDO– se han suprimido los tres artículos que se ocupaban de los bienes del Estado y de los particulares, materia legislada en el Perú desde 1852, en el C.C. Art. 459”. Véase el C.C. (Exposición de Motivos) Tomo V de Delia REVOREDO DE DEBAKEY, pág. 156.

35 Según el diccionario académico el vocablo “*jus*” “*juris*” significa “derecho”, “justicia”, “equidad”. Empero, nosotros destacamos las ideas de “autoridad” y “poder” porque conviene a los fines del presente trabajo. No obstante lo dicho, RODRÍGUEZ PASTOR enseña que el sentido etimológico de la palabra “derecho” está invitado en los siguientes vocablos: *YU*, raíz sánscrita que significa ligar, unir. *Jussum*, de jubeo, verbo latino que significa mandar, Júpiter, que significa padre de los dioses, índice de la voluntad suprema, *JOS*, expresión del Zend-Avesta que significa voluntad divina.



significa “autoridad, “poder”, y *dispono*, ponere que significa “decidir”, “arreglar”, “establecer”, “administrar”³⁶.

La traducción literal sería: “autoridad o poder para decidir, arreglar, establecer o administrar”.

3.1.2. Preconceptos: Idea de los derechos disponibles

3.1.2.1. ¿Qué significado tiene la palabra “Derecho”?

Escribe Manuel Kant: el derecho es un conjunto de condiciones mediante las cuales el arbitrio de uno se conjuga con el arbitrio de otro, siguiendo una ley general de libertad. Otro autor ha señalado que cuando una persona tiene derecho, necesita poder para hacerse respetar en el consenso de las relaciones humanas.

Lo expuesto también significa, desde un plano general: para que el Derecho sea lo que es y debe ser, debe tener poder.

Desde luego, para los fines del presente trabajo, también interesa el derecho como “conjunto de normas que determinan modos de conducta que debe cumplir el ser humano en su comportamiento interindividual”³⁷.

3.1.2.2. Lo que significa la palabra “disponible”

Es un término que proviene de la palabra disponer que entraña la idea de “obrar libremente de alguno en el destino o enajenación de sus

bienes por donación, venta, renuncia”³⁸, etc. Normalmente hacer lo que se quiere con una cosa.

Como su nombre lo indica, disponible es, lo existente y utilizable, susceptible de ser aprovechado, aplicado o usado de algún modo, cuando ocurre valerse, echar mano o disponerse de ello³⁹. Dicese de aquello que puede usarse o utilizarse.

A su vez, el término disposición encuentra aplicación en diversas situaciones reguladas por el Derecho. Así, por ejemplo, en el acto jurídico, o negocio jurídico; son actos o negocios jurídicos de disposición “aquellos por medio de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido”. En el estricto significado técnico, los negocios de “disposición” se contraponen a los negocios jurídicos obligatorios; es decir, a aquellos negocios jurídicos por medio de los cuales las partes constituyen entre ellas una relación obligatoria. El más típico negocio jurídico obligatorio es el contrato⁴⁰.

3.1.3. ¿Qué es el Derecho Subjetivo?

Mario Alzamora, en su obra *Introducción a la Ciencia del Derecho*, dice: “El término derecho se emplea para designar bien la norma jurídica o bien el poder o facultad que la misma norma reconoce a favor de un sujeto, sobre lo que es suyo”⁴¹.

La primera acepción corresponde al derecho objetivo que es el que se halla constituido

36 *Dispono*, ponere, se liga con la voz *dispositio*, *onis* que significa mandato, habilidad, prudencia. Sin duda, las partes tienen que obrar con cuidado y prudencia cuando de la disposición de sus bienes o derechos se trata. Igualmente, hay relación con el término *instruere* que significa ordenar, poner un orden, urdir, maquinar. Es obvio que las partes para conciliar un proceso deben previamente instruirse, preparando las mejores ideas en un orden que le permita al juez urdir su fórmula conciliatoria. Sin embargo, los mismos diccionarios académicos consignan otros vocablos que tienen relación más directa con el término “dispongo”, tal sucede con la raíz latina: “*utilis*”, *utilissimus*, que significa: útil, provechoso, interés, necesidad. *Uti*: como, así como, para que, a fin de que. *Utinam*: ojalá.

37 CASTILLO, Melquiades. *Filosofía del Derecho*. s. f. Lima, pág. 52.

38 *Nuevo Diccionario de la Lengua Castellana*, pág. 49.

39 *Ibid.* De la palabra disponible deriva la voz disposición, que contiene la idea de aptitud, idoneidad, suficiencia de las partes para decidir sobre el destino de sus derechos. Dicho de otro modo, es la facultad de disponer, tener la libre disposición de sus bienes. Según el *Diccionario de Ciencias Jurídicas* de Manuel OSSORIO, indica que disposición, en el derecho procesal, es el acto de las partes al cual reconoce la ley influencia en la resolución de algún punto en el juicio (pág. 259).

40 DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Quinta Edición, Editorial Civitas. Madrid, 1996, págs. 79 y 142.

41 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 157.



por “las proposiciones jurídicas tanto del derecho escrito como del consuetudinario”. La segunda, al derecho subjetivo, a ese tener derecho a, “que reviste una gran variedad de formas”⁴².

“Es necesario advertir –continúa Alzamora– que las expresiones ‘derecho objetivo’ y ‘derecho subjetivo’ no contienen conceptos opuestos; ambas formas del derecho se expresan a través de la norma y son inseparables. El ordenamiento jurídico constituye el derecho objetivo, y las facultades y los poderes que ese ordenamiento reconoce al hombre como persona, es el Derecho Subjetivo.”

En suma, la persona humana posee derecho sobre todo aquello que es lo “suyo”, sobre todos los medios que le son indispensables para ser y para subsistir como tal. En la vida social, el ejercicio de tales derechos, depende de su libertad.

Asimismo, Alzamora, subraya: “El problema fundamental del derecho subjetivo se refiere a su naturaleza. Numerosas teorías fundadas en la voluntad unas, en el interés otras y tesis eclécticas, han tratado de buscar la respuesta a tan importante cuestión”⁴³.

El derecho no es un fenómeno psicológico o social sino algo diferente. Es posible que el derecho subjetivo se identifique con el interés del sujeto, pero visto bajo un cierto aspecto que le confiere el carácter de derecho y falta precisar y definir ese aspecto único constitutivo del derecho. Contentarse con referir el derecho a un interés, aún cubierto con la protección jurídica, es renunciar a definir al derecho por lo que es en sí mismo. El interés es prejurídico (es la materia o el fin del derecho), la protección es post-jurídica (supone el derecho), el derecho que se sitúa entre los dos, se ha pasado en silencio⁴⁴.

El derecho subjetivo se sustenta sobre un concepto fundamental: lo que corresponde o pertenece a cada hombre como suyo. En ese sentido, como ha escrito acertadamente Dabin, “dar

a cada uno sus derechos (*Suum cuique tribuere*) es otorgar a cada uno lo suyo”.

Lo suyo puede ser considerado tanto desde el lado del sujeto como del que corresponde al objeto. Desde aquél, se halla constituido por todo aquello que su dignidad exige para que pueda lograr su fin dentro de las exigencias de la justicia; desde éste, significa lo que es atribuido, lo que pertenece a un sujeto, de acuerdo con lo que prescribe la norma.

Tal prescripción señala el límite que debe existir entre la esfera del titular del derecho y de los demás sujetos. La potestad que cada persona tiene sobre lo suyo se extiende hasta donde comienza la de otros sobre lo que les pertenece.

“Los elementos constitutivos del derecho subjetivo son la pertenencia de un bien o de un valor a una persona y el dominio o poder de disposición que sobre ellos le corresponde en orden a la realización de su fin racional”⁴⁵.

Por último, Mario Alzamora reitera: “Ihering define los derechos como ‘intereses jurídicamente protegidos’ cuyos elementos constitutivos son dos: uno sustancial que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias que esto aseguran, y otro formal, que refiere a ese fin únicamente como medio, a saber, protección de derecho, acción de la justicia”.

Al analizar estos elementos Ihering destaca que “utilidad, bien, valor, goce, interés” constituyen la sucesión de ideas que despierta el primero mientras que el segundo, la protección jurídica, está constituido por la acción que es la “verdadera piedra de toque de los derechos privados. Allí donde no hay lugar para la acción –agrega– el derecho civil deja de proteger los intereses y la administración ocupa su puesto”.

El pensamiento de Ihering ha suscitado una amplia controversia. El interés no puede constituir el elemento “sustancial” del derecho, por-

42 “Tengo derecho a andar por la calle, tengo derecho a exigir la devolución de mi casa depositada; tengo derecho a disponer de mis bienes para después de mi muerte mediante testamento, tengo derecho a donar, gravar o vender mi finca, etc., etc.” RECASENS SICHES. *Filosofía del Derecho*, pág. 232 (citado por Mario ALZAMORA VALDEZ, *Ob. Cit.*, pág. 158).

43 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Ob. Cit.*, pág. 160.

44 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Ob. Cit.*, pág. 162.

45 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Ob. Cit.*, pág. 163.



que, como el mismo Ihering lo admitió, el interés por sí solo no crea sino un “estado de hecho, de utilidad, de goce”. “Tampoco es la acción ese elemento, puesto que su papel es sólo de medio, relacionado con el fin del derecho”⁴⁶.

La voluntad y el interés no son elementos constitutivos del derecho subjetivo, sino medios o requisitos para su ejercicio.

3.1.4. Ejercicio de los Derechos

De lo anterior se desprende, naturalmente, una cuestión de una importancia ¿en qué consiste el ejercicio de derechos?, o para ser más preciso: ¿quién es el que ejercita sus derechos?

A este respecto Vittorio Scialoja, en su obra *Procedimiento Civil Romano*⁴⁷, dice: “Ejercitar el propio derecho significa poner en ejecución todas aquellas facultades contenidas en la relación jurídica y protegidas por el derecho. Estas facultades se han distinguido en facultades de hecho y facultades jurídicas, según se trata de actos materiales que no están en directa conexión con el derecho, sino simplemente protegidos por él, o actos de naturaleza jurídica. Yo soy el propietario de un jardín, al pasear por él, ejercito así mi derecho de propiedad, pero es un ejercicio de puro hecho, en el cual el derecho no entra más que en este sentido: que si alguien viene a turbarme en este hecho mío, esa turbación que me ocasiona será repelida con un acto de mi parte, y este acto será jurídico”.

“El ejercicio de las facultades jurídicas –continúa– consiste en la posibilidad de realizar actos de naturaleza jurídica atinentes a la relación jurídica de que se es titular: por ejemplo, soy propietario de una cosa, puedo venderla, donarla, constituir sobre ella servidumbres, hipotecas; puedo, en una palabra, realizar una larga serie de actos jurídicos, y al realizarlos ejercito mi propiedad, porque la propiedad es el presupuesto de la posibilidad de realizar actos jurídicos”.

Por último, Scialoja nos dice lo siguiente: “En general, el ejercicio de un derecho lo realiza quien lo tiene, el titular del derecho; pero ocu-

re a veces que lo que constituye el contenido de un derecho lo ejercite también una persona a quien no pertenece el derecho mismo; de manera que el ejercicio de un derecho puede considerarse también independiente de la existencia del derecho mismo, como tal, en la persona de quien lo ejercita. Queremos referirnos a la posesión, la cual precisamente es un estado de hecho correspondiente al contenido de un derecho, abstracción hecha de la existencia o no del derecho mismo”.

3.1.5. Límites en el ejercicio de los derechos

A este respecto, oigamos nuevamente a Scialoja para conocer su posición sobre la extensión o amplitud del ejercicio de un derecho: “La extensión del ejercicio de un derecho se puede determinar de ordinario, por el contenido del derecho mismo...: uno tiene al usufructo de un fundo, ¿qué podrá hacer?, se responde: podrá usar, disfrutar del fundo; en una palabra, se pueden enumerar todas las facultades que competen a esa persona. Y eso acaece en la mayoría de las relaciones. Pero hay también derechos cuyo contenido no se puede definir de manera absolutamente positiva, entre ellos se encuentra principalmente el derecho de propiedad; las facultades que competen al propietario no se pueden determinar positivamente: sólo cabe decir lo que el propietario no puede hacer”.

“En esta determinación negativa, –continúa– se suele decir que las facultades inherentes al derecho de propiedad, se detienen ante la existencia de otro derecho. Ahora bien, esta determinación negativa, único modo de definir el contenido de una vasta categoría de derechos, entre los cuales está principalmente el derecho de propiedad, constituye una limitación general de todos los derechos. Quienquiera que ejercita un derecho, no debe llegar hasta la injuria; esto es hasta la lesión del derecho ajeno”.

Al haber examinado el punto referente a las generalidades de los derechos disponibles, nos preparamos para tratar el último punto del presente trabajo, esto es, el análisis conceptual de los derechos disponibles.

46 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Ob. Cit.*, pág. 162.

47 Vittorio SCIALOJA, *Procedimiento Civil Romano (ejercicio y defensa de los derechos)*, Buenos Aires, 1954, pág. 23 y ss.



4. *Análisis conceptual de los derechos disponibles*

Verdad es que, cuando analizamos la expresión “derechos disponibles”, nos encontramos que es una frase muy sugestiva e interesante; sin embargo, vemos que no existe acuerdo entre los autores respecto a sus alcances, porque es una expresión “imprecisa”, “vaga” y difusa⁴⁸.

Por eso, consideramos que tal incertidumbre dificulta la tarea de investigación, empero, el tema de los derechos disponibles –se ha dicho– posee siempre un cierto grado de interés para el estudioso, el jurista o investigador.

Verdad es también, que corre a cargo de los especialistas en la materia la mayor responsabilidad en el estudio y tratamiento de tales derechos disponibles con el objeto de ubicar sus relaciones o implicancias, delimitar sus alcances y echar luces sobre los insospechables beneficios que poseen en el contexto de la conciliación y en el ejercicio de los derechos en general.

Esta institución de los derechos disponibles ofrece dificultades para su estudio; por eso, conviene señalar, uno a uno, sus rasgos distintivos.

4.1. *Rasgos distintivos*

a. Constituye uno de los pilares del instituto de la conciliación.

b. La frase es poco precisa, ambigua o difusa.

c. Sobre el alcance de su contenido no existe criterio uniforme.

d. Son derechos de carácter patrimonial: poseen un valor económico y satisfacen una necesidad humana; o pueden ser, también, de carácter extrapatrimonial.

e. Son derechos de fácil disposición, y como tal, generalmente, se encuentran en el comercio de los hombres.

f. Se encuentran generalmente en el comercio de los hombres porque son alienables, cedibles, o transferibles intervivos, transmisibles *mortis causa*.

g. También son objeto de regulación, dado su valor económico.

h. Son derechos pignoraibles y usucapibles.

i. Son materia de renuncia o concesión unilaterales o bilaterales.

j. Pueden ser materia de conciliación.

4.2. *Condiciones*

Para ejercer los derechos disponibles es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

a. La valoración económica. Por lo general, estos derechos deben tener un valor económico o patrimonial^{49,50}; aunque tal como se verá más adelante, toda regla tiene su excepción.

b. La negociabilidad. Son susceptibles de ser objeto del tráfico negocial de las cosas.

c. La libre voluntad. Es la facultad de las partes para crear, regular, modificar, o extinguir derechos.

d. Los límites. Tienen como límites a las normas imperativas, en especial a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

e. Su ejercicio, en un proceso, debe adecuarse a la naturaleza jurídica de litigio.

4.3. *¿Qué son los derechos disponibles?*

4.3.1. Según el Dictamen de la Comisión de Justicia sobre La Ley N° 26872

Se entiende por derechos disponibles aquellos derechos de contenido patrimonial⁵¹ y por tanto pueden ser objeto de negociación (transacción). Se regulan desde normas creadas interpartes con límites a las normas de carácter

48 Cfr. Zegarra Escalante, Hilmer. *Formas alternativas de conciliar un Proceso Civil*. Lima, 1998, pág. 116.

49 “Teóricamente, –dice Romero Romaña– el patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones valuables en dinero de una persona. Está integrado por el activo constituido por los bienes y derechos de la persona; y por el pasivo, que está formado por las obligaciones y deudas. No siempre es sinónimo de riqueza ya que existe aunque sólo hubiese deudas. Según Planiol, constituye una entidad abstracta distinta de los bienes y obligaciones que lo integran”. Véase la obra de Romero Romaña. *Derecho Civil. Los Derechos Reales*, pág. 11”.

50 Para García Calderón, el patrimonio dice lo siguiente: “Esta palabra suele tomarse en general por los bienes de cualquier clase que un individuo posee, o por el haber de una familia; pero con más especialidad se aplica a los bienes que recaen en una persona por herencia de sus padres o ascendientes” (véase El Diccionario de Francisco García Calderón, pág. 147).

51 “Tradicionalmente –insiste Romero Romaña– se ha considerado que los derechos patrimoniales son los que pueden ser valuados en dinero y los no patrimoniales, aquellos no valuables en dinero, como los referentes a la familia, la



imperativo; son susceptibles de embargo, enajenación o subrogación; son transmisibles por herencia, son susceptibles de caducidad⁵² y prescripción.

4.3.2. Según el Reglamento de la misma Ley N° 26872

“Entendemos por derechos disponibles a aquellos derechos con contenido patrimonial; es decir, que son susceptibles de ser valorados económicamente; o por otro lado, a aquellos derechos que no siendo necesariamente patrimoniales pueden ser objeto de regulación por las partes”.

4.3.3. Idea general

Es el conjunto de derechos actualmente existentes de una persona, que pueden ser trans-

formados, modificados o extinguidos por la libre voluntad de sus titulares con sujeción a la ley, el orden público⁵³ y las buenas costumbres⁵⁴.

También se ha dicho que “son aquellos derechos que pueden ser objeto de renuncia o concesiones unilaterales o bilaterales sobre la diversidad de derechos renunciables o disponibles permitidos por ley⁵⁵”.

Como complemento de lo referido en los puntos 4 y 6 (ver rasgos distintivos), a modo de crítica referimos que existen derechos que por su naturaleza jurídica no poseen tales características, como el derecho alimentario, por ejemplo, cuyos caracteres están previstos en el Art. 487° del C.C. cuando señala que el “derecho de

patria potestad, el estado civil, la autoridad marital. Entonces el derecho civil como derecho privado está integrado por estos dos derechos. Enneccerus critica esta clasificación porque no siempre es exacta, porque el derecho de propiedad muchas veces puede recaer sobre cosas que no tienen valor, o que pueden tenerlo sólo para la parte interesada; tal por ejemplo, una carta o el rizo de la amada. En cambio, tenemos derechos clasificados como no patrimoniales como el de patria potestad que, sin embargo, tiene frecuentemente un interés económico apreciable, porque el padre hace suyos los rendimientos de los bienes de los hijos”.

Enneccerus dice también que los derechos privados no deben dividirse únicamente por el objeto a que se refieren, sino por su fin. Distingue por ello, los derechos de las personas y los derechos ajenos a las personas. Los relacionados con las personas son los inherentes a ellas, como el derecho al nombre. Los derechos ajenos a la persona, Enneccerus los divide en derecho de familia y derechos patrimoniales. En lo que se refiere a éstos últimos, este autor encuentra que la verdadera distinción no debe basarse en que sean valubles en dinero, sino en relación con los deberes morales especiales; que los derechos patrimoniales son los que sirven para la satisfacción de las necesidades, teniendo en ello su fin más próximo; en cambio, los otros, como los derechos de familia, se refieren a la relación duradera de vida con otra persona y se conceden en razón de los deberes morales hacia la persona.

Vemos, entonces, que aun esta clasificación clásica es objeto de crítica, no obstante lo cual, no podemos prescindir de ella (*Ob. Cit.*, págs. 10, 11).

52 Se ha conceptualizado la caducidad como una causa de extinción de derechos subjetivos por el transcurso del tiempo y en razón de su falta de ejercicio. La caducidad extingue el derecho, y por ende, la acción que de él deriva, aunque no todo derecho subjetivo es susceptible de caducidad y se requiere que emerja con plazo para su ejercicio mediante la acción (ver VIDAL RAMÍREZ Fernando. *La Prescripción y la Caducidad en el Código Civil Peruano*, pág. 200, 201).

53 Manuel de la Puente y Susana Zusman (*Proyectos y anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Tomo I, pág. 70) han expuesto que el orden público está ligado a un conjunto de normas que, por afectar a los principios fundamentales de la sociedad, no pueden ser apartadas por las convenciones y constituyen una barrera infranqueable a la voluntad individual. En ese mismo sentido, por orden público se entiende “al conjunto de principios fundamentales, sean públicos o privados, sociales, económicos, culturales, éticos, y hasta religiosos, positivados o no en la ley, que constituyen la base sobre la cual se asienta la organización social como sistema de convivencia jurídica que garantizan un ambiente de normalidad con justicia y paz, y asegure la existencia y estabilidad del Estado, sus poderes y su patrimonio, así como el respeto por la persona humana, su familia y sus bienes”.

54 Ángel Gustavo Cornejo, señala que buenas costumbres vienen a ser “una definición pragmática que la jurisprudencia percibe o aplica con acierto y que es insustituible, por lo mismo que su imprecisión permite adaptarla a la infinita variedad de los hechos en que se desenvuelve la vida jurídica” (Citado por Marianella Ledesma Narvaez. *La Conciliación*. Lima, 1996, pág. 120). A su vez el adjetivo calificativo de “buenas” que se antepone a la palabra “costumbres” responde a la exigencia del respeto debido a las reglas morales de convivencia social. Las buenas costumbres no son sino las “reglas de moral a que deben ajustarse todas las personas y que no pueden ser derogadas convencionalmente. Por supuesto, varían con los tiempos y los pueblos. La referencia jurídica posee vigencia en el lugar y época de que se trate (cfr. Ossorio, Manuel. *Ob. Cit.*, pág. 22)”. Las buenas costumbres están ligadas a la conformidad que debe existir entre los actos humanos y la moral, que es cambiante, y por tanto su apreciación tiene necesariamente que quedar librada al arbitrio del Juez.

55 CARRIÓN LUGO, Jorge. *Análisis del Código Procesal Civil*. Lima, 1994, pág. 373.



pedir alimentos es intransferible, irrenunciable, intransigible⁵⁶ e incompensable⁵⁷; pero que en la práctica son objeto de regulación entre las partes, y por mandato legal por el juez⁵⁷; no siendo por naturaleza las pensiones alimenticias un bien susceptible de embargo⁵⁸.

Desde luego, se pueden presentar pretensiones en las cuales resulta imposible disponer de ellas; tal por ejemplo, los asuntos de puro derecho en los que no se puede ceder, ni transferir, etc. En cambio, se pueden presentar otros asuntos como el patrimonio familiar, que aunque aparentemente sea *indisponible*, según el Art. 488° del C.C. por ser inembargable e inalienable, si resulta transmisible por herencia y los frutos de patrimonio familiar son embargables (Art. 482 y 492° del C.C.).

4.4. ¿Qué son los derechos indisponibles?

Deben “considerarse como absolutamente indisponibles –dice Santoro Passarelli– aquellos derechos que sean inalienables (vale decir ni transferibles ni cedibles) intervivos, intransmisibles *mortis causa*, irrenunciables, no pignora- bles y no usucapibles”⁵⁹.

Se colige con ello que el poder de la autonomía privada sobre su esfera jurídica no es absoluta. Existen –dice Diez Picazo y Gullón– “posiciones de dicha esfera para las cuales el derecho excluye la autonomía como poder ordenador. Se habla por ello de derechos, situaciones y relaciones indisponibles”⁶⁰.

4.5. Límite o restricciones

En general, se admite que el ejercicio de los derechos disponibles no sea contrario a las

leyes que interesan el orden público o a las buenas costumbres⁶¹. Pero esta restricción está condicionada además a que el acuerdo se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio (V. Art. 325 del C.P.C.).

También se ha dicho que el pleno ejercicio por las partes de los derechos contenidos, podría dar lugar a nuevos y mayores conflictos si se concilia al margen de ciertos límites y en el ejercicio de una libertad considerada excesiva dentro del proceso.

Es precisamente en el señalamiento de los límites en donde radica el problema. Pero ¿cuáles son los límites? Los límites, responde Marianella Ledesma, son la ley, la moral y el orden público⁶².

El acuerdo conciliatorio no puede entrañar intereses contrarios a los intereses sociales que el Derecho garantiza y tutela.

4.6. Crítica

Claro está, que el término “derechos disponibles”, tal como es empleado en el art. 325 del C.P.C.; resulta ambiguo e impreciso. Ello se debe fundamentalmente a dos factores: el primero de ellos y el más notorio, es referido a que la determinación de la extensión del ejercicio de tales derechos implica una definición absolutamente positiva⁶³ del contenido de los derechos a disponer por las partes en el acuerdo conciliatorio; de tal manera, que resulta impracticable cuando el acuerdo versa sobre derechos cuyo contenido –como afirma Scialoja– no se puede definir de manera absolutamente positiva; como en el caso del derecho de propiedad, en donde

56 ESPINOZA V, Manuel. Sostiene que una forma de transar, no contraria al derecho, es que trancen en cuanto al monto de la prestación, siendo esto razonable y suficiente para la cobertura del socorro alimentario (*Derecho de alimentos*, pág. 63).

57 V. Art. 481° del C.C. “Los alimentos se regulan por el juez en proporción a las necesidades de quien los pide...”.

58 V. Art. 648° inc. 6 de C.P.C.

59 Citado por Zegarra Escalante, Wilmer. *Ob. Cit.*, pág. 116.

60 Citado por Feliciano Almeyda Peña. *La Conciliación en la Administración de Justicia*. Lima, 1999; pág. 125.

61 V. Art. V del T. P. Del Código Civil. Así por ejemplo, Jorge Eugenio Castañeda, en su *Código Civil*, consigna el texto de una sentencia del 13-07-61 que dice: “Los bienes de uso público no sólo no pueden ser objeto de propiedad privada sino también de posesión (...) En su texto del D.L. N° 19414 del 16-05-72, se declara que el “patrimonio documental no puede ser objeto de cualquier contrato traslativo de dominio (...), y en el D.L. N° 19033 del 16-11-71, se declara que los monumentos de la época incaica y preincaica son de Estado y son inalienables” (Véase de Jorge Eugenio Castañeda su Código Civil. *Concordancias y Jurisprudencia de la Corte Suprema al Día*. 6ta. Edición. Lima, 1978, pág. 348).

62 LEDEZMA NARVAEZ, Mariela. *Ob. Cit.*, pág. 118.



de las facultades que competen al propietario, sólo cabe decir lo que el propietario no puede hacer⁶⁴.

Por lo demás, si bien el legislador del C.P.C., no enumeró, como correspondería a su enunciado, los derechos disponibles para las diversas materias conciliables; el legislador de la ley N° 26872 (Ley de Conciliación Extrajudicial), tras adoptar dichos términos (derechos disponibles)⁶⁵, sí procede a establecer un *numerus clausus* –pero de materias– profundizando el equívoco al extremo de llegar a obviar diversas materias susceptibles de ser conciliables⁶⁶. Se vaticina que ciertas materias generarán un gran debate en torno a si pueden ser consideradas dentro del concepto pretensiones que versen sobre derechos de libre disposición⁶⁷.

En ese sentido, creemos que el artículo 325 del C.P.C., debe enunciarse en términos de una determinación negativa, ya que ésta es la única forma de definir el contenido de una vasta categoría de derechos y constituye una limitación general de todos los derechos⁶⁸.

En segundo lugar, se constata que el artículo en mención no se ha estructurado en consonancia con la teoría del acto jurídico; y, siendo la conciliación un acto jurídico procesal, debió establecerse que la conciliación trate sobre

“prestaciones” (No sobre “derechos”), que tenga por objeto bienes, derechos, servicios o abstenciones a desarrollar por las partes.

Cabe recordar que la conciliación –al igual que el acto jurídico– tiene por objeto crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas; aunque específicamente dentro del proceso. Ello es así, dado que el acto jurídico tiene por objeto la relación jurídica; que a su vez tiene por objeto una prestación, que por último, tiene por objeto a los bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones; es decir, conductas que, finalmente, debe desarrollar el sujeto del deber para satisfacer el interés del sujeto del derecho de la relación⁶⁹.

Debe tenerse presente que tanto el interés, como la voluntad, no son los elementos constitutivos del derecho subjetivo, como algunos autores interpretan, sino sólo medios o requisitos para su ejercicio, ya que los elementos constitutivos del derecho subjetivo son la pertenencia de un bien o de un valor a una persona y el dominio o poder de disposición que sobre ellos le corresponden⁷⁰.

En suma, se propone una determinación negativa de los derechos disponibles como límite general de todos los derechos; sustituir la ca-

63 La extensión del ejercicio de un derecho se puede determinar de ordinario por el contenido del derecho mismo: uno tiene el usufructo de un fundo. ¿Qué podría hacer?. Se responderá: usar, disfrutar del fundo, es decir, se pueden enunciar todas las facultades que compete a esa persona, y eso acaece en la mayoría de las relaciones.

64 Vittorio SCIALOJA. *Ob. Cit.*, pág. 28.

65 V. Ley N° 26872, Art. 9.

66 ORMACHEA CHOQUE, Iván. *Ob. Cit.*, pág. 57, 60 y 61; en que señala que se ha omitido la tenencia, separación, divorcio, etc.

67 *Ibid.*; pág. 57. Comentando la ley 26872 Raúl FERRERO COSTA advierte que ella es muy amplia cuando establece que “Son materia de conciliación las pretensiones determinadas o determinables que versen sobre derechos disponibles de las partes”; y que “tampoco es fácil determinar lo que puede ser conciliable o no en todos los casos. Pueden darse situaciones jurídicamente complejas, como por ejemplo, una nulidad de contrato, una nulidad de testamento, un caso de prescripción adquisitiva, una acción subrogatoria, los cuales son difíciles de definir si se tratan o no de derechos disponibles”. Considera finalmente que si no prosperase el criterio facultativo para su aplicación, entonces “será necesario que se precisen cuáles son las materias conciliables con lo cual habremos ganado en claridad y en el logro de la finalidad misma de la ley, evitando que ésta, que pretende un mecanismo de resolución de los conflictos resulte, por el contrario, una fuente de conflictos” (Tomado del Diario *El Comercio*, 27-12-1999; pág. a 15).

68 Scialoja, Vittorio. *Ob. Cit.*; pág. 28. Al respecto tenemos un precedente en la legislación argentina; tal por ejemplo la ley 24573, de octubre de 1995, Ley de Mediación y Conciliación que, en sus arts. 2° y 3°, establecen un sistema diferente al nuestro, esto es una categoría cerrada negativa, en asuntos que no cabe la conciliación, verbigracia en las causas penales, acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, amparo, medidas cautelares, etc.

69 Posición en debate, en la que aún no hay acuerdo.

70 ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Ob. Cit.*; Pág.163.



tegoría “derechos” por la de “prestaciones” por ser ellas el objeto de la relación jurídica; y, puntualizar que tanto el interés como la voluntad son sólo medios o requisitos para el ejercicio de los derechos.

Por lo demás, se sugiere el siguiente texto para el artículo 325 del C.P.C.: “El juez aprobará la conciliación, salvo que trate sobre prestaciones que tengan por objeto bienes, derechos, servicios o abstenciones no disponibles por las partes, o que no esté destinada a satisfacer mutuos intereses, o no sea expresión de la libre voluntad de las partes; o que no se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho el litigio”.

4.7. Importancia

En este trabajo estudiamos uno de los aspectos más interesantes de la conciliación que recibe el nombre de derechos disponibles.

Basta examinar el esquema de todo el estudio, en general, para darnos cuenta del sentido de los puntos que contiene. Nos hemos ocupado de, no sólo la *res* y los *bienes*, sino principalmente de las cuestiones fundamentales y del análisis conceptual de los *derechos disponibles*.

Un sinnúmero de operaciones de la vida diaria están basados en los derechos que estudiamos y de allí el gran interés y motivación que estos mismos derechos tienen en la vida judicial, especialmente, en la conciliación intra o preproceso.

A este respecto, algunos autores, como los franceses Planiol y Ripert, entre ellos, señalan que la ley civil reposa esencialmente sobre la riqueza adquirida; y por ello, las leyes sobre la organización y circulación de la riqueza son de la mayor importancia en el comercio de los hombres.

En lo que atañe a su teoría humanista del Derecho Procesal que propone, Parodi, Remon es terminante, cuando advierte la necesidad de acercar el juez a las partes, que debe asumir una actitud humana en el proceso y tener una visión permanente de la realidad. Luego explica que el más importante de los fines del proceso es el de la paz⁷¹. Nosotros podemos decir con él que, el conocimiento y el dominio de los *derechos no*

disponibles por las partes, los operadores y la comunidad, sí puede contribuir a resolver y prevenir los *conflictos de intereses* en el marco de la conciliación intra y preproceso. En efecto, el derecho procesal del futuro debe tomar en cuenta el conocimiento de estos derechos no disponibles; “en aras, precisamente, a esa paz tan necesaria” que exigen los pueblos.

CONCLUSIONES

En resumen y a modo de conclusiones, podemos afirmar lo siguiente:

1. En realidad, todas las fuentes, desde la antigüedad –desde el Corpus Juris Civilis– han estimado siempre que la expresión “*cosas*” y el vocablo “*bien*” son sinónimos; tal como se puede comprobar en las obras de derecho romano, de derecho castellano y de derecho peruano (1).

2. Está claro que el legislador peruano en el siglo pasado confirmó a la *res* el vasto sentido del derecho romano, dado que en el C.C. de 1852, “*cosa*” y “*bien*” fuera considerados términos análogos (1 y 2).

3. Es evidente que sólo a partir del Código Civil de 1936, se sustituye el vocablo “*cosa*” por el de “*bien*”, considerando que las “*cosas*” son objetos útiles y apropiados y “*bienes*” son la suma de cosas y derechos (1).

4. En general, aquello sobre lo cual versa la relación jurídica entre sujeto activo y pasivo, eso es la cosa. Prácticamente, esta relación jurídica que versa sobre algo en el fondo comporta también la satisfacción de una necesidad; de allí que se identifiquen muchas veces el aspecto económico con el aspecto jurídico (1).

5. Mediante el acto jurídico se crean, modifican, regulan o extinguen relaciones jurídicas entre dos o más sujetos de derecho. A su vez, el objeto del acto jurídico es la relación jurídica (2).

6. Se entiende que son objeto de la prestación: los bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones. Por eso, es posible distinguir por lo menos tres nociones de objeto: objeto del acto jurídico, objeto de la relación jurídica y objeto de la prestación (2).

71 PARODI REMON, Carlos. El Derecho Procesal del Futuro. Lima, 1996; pp. 168, 169.



7. Que el término derecho, se emplea para designar bien la norma jurídica o bien el poder o facultad que la misma norma reconoce a favor de un sujeto, sobre lo que es suyo. La persona humana posee derechos sobre todo lo que es "suyo", sobre todo los medios que le son indispensables para ser y para subsistir como tal. En la vida social, el ejercicio de tales derechos depende de su libertad (3).

8. Que la potestad que cada persona tiene sobre lo suyo, se extiende hasta donde comienza la de otros sobre lo que les pertenece, y hasta donde lo que prescribe la norma (3).

9. Que los elementos constitutivos del derecho subjetivo, son la pertenencia de un bien o de un valor a una persona y el dominio o poder de disposición que sobre ellos le corresponden. La voluntad y el interés no son elementos constitutivos del derecho subjetivo, sino medios o requisitos para su ejercicio (3).

10. Que el ejercicio de las facultades jurídicas consiste en la posibilidad de realizar actos de naturaleza jurídica atinentes a la relación jurídica, de que se es titular. La extensión del ejercicio de un derecho se puede determinar de ordinario, por el contenido del derecho mismo; pero hay también derechos cuyo contenido no se puede definir de manera absolutamente positiva; entre ellos se encuentra el derecho de propiedad, donde las facultades que competen al propietario se determinan negativamente (3).

11. Que la determinación negativa, único modo de definir el contenido de una vasta categoría de derechos, constituye una limitación general de todos los derechos. Quienquiera que ejercita un derecho, no debe llegar hasta la injuria; esto es, hasta la lesión del derecho ajeno (3).

12. Se entiende por "derechos disponibles" al conjunto de derechos actualmente existentes de una persona, que pueden ser transformados, modificados o extinguidos por la libre voluntad de sus titulares, con sujeción a la ley (4).

13. Que el ejercicio de los "derechos disponibles" no debe ser contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Además, deben ser el contenido de un acuerdo conciliatorio, que se adecúe a la naturaleza jurídica del litigio; ya que el acuerdo conciliatorio no puede entrañar intereses contrarios

a los intereses sociales que el derecho garantiza y tutela (4).

14. El estudio de los denominados "derechos disponibles", reviste gran importancia, dado que la ley civil reposa esencialmente sobre la riqueza adquirida; por lo que las leyes sobre la organización y circulación de la riqueza son de mayor importancia para la comunidad (4).

15. Se requiere una determinación negativa de los derechos disponibles como límite general de todos los derechos; la sustitución de la categoría "derechos" por la de "prestaciones"; y, la puntualización tanto del interés, como de la voluntad, como medios o requisitos para el ejercicio de los "derechos disponibles" (4).

BIBLIOGRAFÍA

A. Autores

1. ALZAMORA, Lizardo. *Derecho Romano*. Revisado y anotado por Lizardo Alzamora Silva. Primera edición. Taller de linotopia. Lima. 1946, 520 p.
2. ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Décima edición editorial y distribuidora de libros S.A. Lima. 1964, 351 p.
3. APARICIO Y GOMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código Civil (Concordancias)* Tomo XII. Taller de linotipia. Lima. 1943, 331 p.
4. APARICIO Y GOMEZ SÁNCHEZ, Germán. *Código de Procedimientos Civiles*. Tomo II. Segunda edición. Editorial P.T.C.M. 1949, 366 p.
5. ANTÚNEZ Y VILLEGAS, Luis Enrique, *Apuntes Romanísticos*, prólogo de Fernandez Sessarego. Primera edición, Editorial San Marcos. Lima. 1996, 161 p.
6. CARRIÓN LUGO, Jorge. *Análisis del Código Procesal Civil*. Tomo I. Primera edición. Cultural Cuzco. Lima. 1994, 448 p.
7. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *El Derecho de lo Contratos*. Imprenta de la UNMSM. Lima. 1966, 348 p.
8. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Código Civil*. 6ª Edición. Talleres Gráficos P.L. Lima. 1978, 473 p.



9. CASTILLO, Melquiades. *Filosofía del Derecho*. Primera Edición. Ediciones Gráficas, Empresa editora S.A. Lima (s.f.), 332 p.
 10. DIEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volúmenes I y II. Quinta edición. Editorial Civitas. Madrid. 1996
 11. ESPINOZA V. Manuel. *Derecho de Alimentos. Costo social de la crisis socioeconómica*. Prólogo de Arnaldo Estrada Cruz. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires. Arg. 1984. 422 págs.
 12. FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Primera Edición. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima. 1987, 295 p.
 13. FUENTES, Manuel Atanacio y Miguel Antonio DE LA LAMA. *Código Civil del Perú*. (con citas, notas y concordancia). Imprenta del Estado. Lima, 1870, 450 p.
 14. GUZMAN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Primera Edición. Adros Impresores. Chile. 1997, 802 p.
 15. LEÓN MEDINA y Manuel MARAÑÓN. *Leyes Civiles de España*. Novísima Edición Instituto Editorial RENU. Madrid, 1943.
 16. LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *La Conciliación*. Lima. 1996.
 17. ORMACHEA CHOQUE, Ivan. *Análisis de la Ley de Conciliación Extrajudicial*. 2a Edición. Cultural Cuzco Editores. Lima. 1998; pp. 272.
 18. ORTOLAN, M. *Instituciones de Justiniano*. Primera edición. Mesa Redonda Editores. Lima. 1988, 161 p.
 19. PACHECO, Toribio. *Tratado de Derecho Civil*. Segunda Edición. Imprenta del Estado. 1872, 365 p.
 20. PARODI REMÓN, Carlos. *El Derecho Procesal del Futuro (ideas para una teoría humanista del Derecho Procesal)*. Primera Edición. Editorial San Marcos. Lima. 1996, 275 p.
 21. PINO CARPIO, Remigio. *Nociones de Derecho Procesal Civil*. Tomo II (S.e.) (S.p.i) (S.a.), 416 p.
 22. PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *El Digesto de Justiniano*. Libro I Prólogo de Pieragelo Catalano. Primera edición. Fondo editorial. Lima. 1990, 249 p.
 23. RODRÍGUEZ PASTOR, *Prontuario de Derecho Romano*. Segunda Edición. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima. 1992, 275 p.
 24. REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (Compiladora). *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada. Lima. 1985, 475 p.
 25. ROMERO ROMANA, Eleodoro. *Derecho Civil. Los Derechos Reales*. Ed. P.T.C.M. Lima. 1947, 444 p.
 26. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano* (ejercicio y defensa de los derechos). Ediciones Jurídicas Europa-America. Buenos Aires. Argentina. 1954, 551 p.
 27. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Código Civil*. Cuarta Edición Librería y Ediciones Jurídicas. Lima. 1998, 779 p.
 28. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La Representación y la Caducidad en el Código Civil Peruano*. Primera Edición, Cultural Cuzco S. A. Perú. 1985, 234 p.
 29. VIDAURE, Manuel Lorenza. *Proyecto del Código Civil Peruano*. Primera Edición. Imprenta del Estado por Lucas de Lama. Lima. 1834, 342 p.
 30. ZAVALETA CARRUITERO, Wilveder. *Código Procesal Civil*. Primera Edición. Editorial Manuel Chahu E.I.R.L. Tomo I. Lima. 1994. 672 p.
 31. ZEGARRA ESCALANTE, Hilmer. *Formas Alternativas de Conciliar en Proceso Civil*. Perú, 1998.
- B. Revistas**
1. BANCHIO, Enrique. "Nuevas Categorías de Cosas. Doctrina y Legislación Comparada". *Boletín de la Facultad de Derecho y C. Sociales*. Universidad Nacional de Córdoba. Año XXVI nro 2-3 mayo-setiembre, pág. 251. Córdoba. 1962.



2. CARREJO, Simon. "Moderna Noción Jurídica de Patrimonio". *Revista del Externado de Colombia*. Vol. VI Nro 2 p. 185. Bogotá. 1965.
 3. JARAMILLO VELEZ, Lucrecio. "Sobre la Noción de Cosa en Derecho". *Estudios de Derecho*. T. XXIX Nro. 61 MAR. P. 21 Medellín. 1962.
 4. MARTÍNEZ COCO, Elvira. "Sugerencias de modificación a libro de las Obligaciones del Código Civil". *Revista Cathedra*. Año I, Nro 1. Lima. Noviembre de 1997. pág. 56.
 5. PAZ, Carlos. "De los Bienes y de los diferentes modificaciones de la propiedad". *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales*. Año IV Nro 10 P. 17 Sucre. Bolivia. 1943.
 6. PARRA BENITEZ, Jorge. "Apuntes de Derecho Civil. Curso de Bienes". *Revista de la Facultad de Derecho (UPB)* Nro 64 p. 33. Medellín, 1894.
 7. PORRO, Nelly R. "La inalienabilidad de los bienes de Mayorazgo. Tres documentos inéditos del siglo XV para su estudio". *Revista del Instituto de Historia del Derecho*. Ricardo Levene Nro 21, p.125. Bs. As. 1970.
 8. RAMIREZ, Eugenio. "Algunos aspectos a modificar en el libro de Derechos Reales". *Ponencias I congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial* del 24, 25 y 26 de nov. 1993. Ediciones Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM, pág. 283. Lima. 1994.
 9. TORRES VASQUEZ, Aníbal. "El Objeto del Acto Jurídico". *Ponencias I congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial* del 24, 25 y 26 de nov. 1993. Ediciones Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM, pág. 283. Lima, 1994.
 10. VALDEAVELLANO, Luis. "La Cuota de Libre Disposición en el Derecho Hereditario de León y Castillas en la Alta Edad Media". *Anuario de Historia del Derecho Español*. Tomo IX, pág, 129. Madrid. 1932.
 11. VALENCIA, Arturo. *Derecho Civil*. 2da. Edición. Editorial TEMIS. Colombia. 1992.
- C. Diccionarios Jurídicos**
1. *Nuevo Diccionario de la Lengua Castellana*, preparado por la Academia Española. Librería de A. Bouret e Hijo. París. 1876, 1225 p.
 2. CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. 4ta. Edición Editorial Heliasta S.R.L. Argentina. 1992, 386 p.
 3. *Diccionario Manual Latino Castellano del Pbro. Juan Pedro de Andrea*. Segunda edición. Editorial sopena. Bs. As. 1960. 715 p.
 4. *Diccionario Ilustrado Latino-Español*. Décimo cuarta edición. Bibliograf. S.A. Barcelona. 1982, 715 p.
 5. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, de Joaquín Escriche. Tercera Edición. Librería Sa Viuda e hijos de D. Antonio Calleja. Tomo I. Madrid. 1847, 859 p.
 6. *Diccionario de la Legislación Peruana* por Francisco García Calderón. Segunda edición. Librería de Laroque. Tomo I. París. 1879.
 7. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, de manuel OSSORIO. Prólogo de Guillermo Cabanellas. Editorial Heliasta S.R.L. Bs. As. 1987, 797 p.
 8. M. M. ROSENTAL Y P. F. IUDIN. *Diccionario Filosófico*. Primera edición ediciones Universo. Perú. 498 p.
 9. Thesaurus (Resoro Jurídico), *Glosario Jurídico-Latino de Derecho Usual*. Por Emilio SAAVEDRA ARIAS. Prólogo de Gustavo BACACIORZO. Primera Edición. Editora Jurídica Grijley. Lima 1997, 535 p.
- D. Artículos de Periódicos**
1. FERRERO COSTA, Raúl. "¿Conciliación obligatoria?". *Diario El Comercio*, Lima. 27-12-1999; pág. a 15