



UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

RECURSO DE APELACIÓN POR MALA MOTIVACIÓN DE HECHO Y DE
DERECHO EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO POR CAUSAL DEL
ADULTERIO.

GAONA FREIRE JORGE IVAN

MACHALA
2017



UTMACH

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE JURISPRUDENCIA

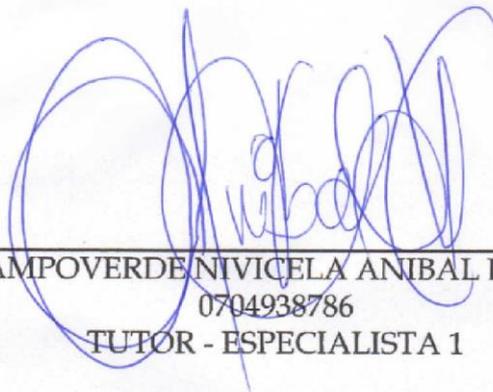
RECURSO DE APELACIÓN POR MALA MOTIVACIÓN DE
HECHO Y DE DERECHO EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO POR
CAUSAL DEL ADULTERIO.

GAONA FREIRE JORGE IVAN

MACHALA
2017

Nota de aceptación:

Quienes suscriben, en nuestra condición de evaluadores del trabajo de titulación denominado RECURSO DE APELACIÓN POR MALA MOTIVACIÓN DE HECHO Y DE DERECHO EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO POR CAUSAL DEL ADULTERIO., hacemos constar que luego de haber revisado el manuscrito del precitado trabajo, consideramos que reúne las condiciones académicas para continuar con la fase de evaluación correspondiente.



CAMPOVERDE NIVICELA ANIBAL DARIO
0704938786
TUTOR - ESPECIALISTA 1



PEÑA ARMIJOS GUIDO ECUADOR
0702200205
ESPECIALISTA 2



OJEDA DAVILA FRANCISCO RODRIGO
0701381584
ESPECIALISTA 3

Machala, 09 de febrero de 2017

Urkund Analysis Result

Analysed Document: CASO-PRACTICO-GAONA-TERMINADO.docx (D25127302)
Submitted: 2017-01-19 20:03:00
Submitted By: acampoverde@utmachala.edu.ec
Significance: 3 %

Sources included in the report:

<http://www.monografias.com/trabajos29/adulterio/adulterio.shtml>

Instances where selected sources appear:

1

CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO DIGITAL INSTITUCIONAL

El que suscribe, GAONA FREIRE JORGE IVAN, en calidad de autor del siguiente trabajo escrito titulado RECURSO DE APELACIÓN POR MALA MOTIVACIÓN DE HECHO Y DE DERECHO EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO POR CAUSAL DEL ADULTERIO., otorga a la Universidad Técnica de Machala, de forma gratuita y no exclusiva, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra, que constituye un trabajo de autoría propia, sobre la cual tiene potestad para otorgar los derechos contenidos en esta licencia.

El autor declara que el contenido que se publicará es de carácter académico y se enmarca en las disposiciones definidas por la Universidad Técnica de Machala.

Se autoriza a transformar la obra, únicamente cuando sea necesario, y a realizar las adaptaciones pertinentes para permitir su preservación, distribución y publicación en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad Técnica de Machala.

El autor como garante de la autoría de la obra y en relación a la misma, declara que la universidad se encuentra libre de todo tipo de responsabilidad sobre el contenido de la obra y que asume la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros de manera exclusiva.

Aceptando esta licencia, se cede a la Universidad Técnica de Machala el derecho exclusivo de archivar, reproducir, convertir, comunicar y/o distribuir la obra mundialmente en formato electrónico y digital a través de su Repositorio Digital Institucional, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico.

Machala, 09 de febrero de 2017


GAONA FREIRE JORGE IVAN
0702082710

DEDICATORIA.

Con la satisfacción del deber cumplido bajo la mirada del omnipotente dedico en primer lugar este trabajo a DIOS, por haberme dirigido y seguir dirigiéndome por la senda del conocimiento hacia la consecución de la mejor de las metas lo que me hace sentir orgulloso al saber que voy a servir a la sociedad desde un mejor Angulo, A mis padres; **MARIA FAUSTINA FREIRE CARDENAS (+)**, **Y CESAR AMABLE GAONA SILVA**, que nunca perdieron la FE ni desistieron de su deber de padres y lo que es más mantuvieron siempre la paciencia que los ha caracterizado en la más difícil de las profesiones (El ser buenos padres), A mis hermanas y hermanos porque siempre me prestaron su contingente para este logro, A mis amistades de manera especial a la familia **ESPINOSA – ESPINOSA**, por brindarme su apoyo en los momentos que más lo necesité, (los llevare por siempre en mi corazón). A todas las personas de buen corazón que de una o de otra manera han sabido llevarme en sus Oraciones. **BENDICIONES.**

JORGE IVAN GAONA FREIRE

AGRADECIMIENTO

En estos momentos finales de mi carrera universitaria agradezco a DIOS, por estar siempre conmigo, Al señor ing. **CESAR QUEZADA ABAD**, rector de esta noble institución como es la **UNIVERSIDAD TECNICA DE MACHALA**, por su imperiosa labor en pro del adelanto y agigantado paso que llena de orgullo no solo a Machala sino también a la provincia y al país (por el logro ya conocido), Al señor Dr. **ARMANDO DURAN**, coordinador del proceso de titulación de la escuela de derecho, por estar siempre presto a brindar su contingente por el bienestar estudiantil como de la misma UNIVERSIDAD, Al señor tutor Dr. **ANIBAL CAMPOVERDE**, por conducirnos de una manera acertada en la consecución y elaboración de nuestro trabajo final, con miras a la obtención de la nota que nos ponga en la recta final del objetivo planteado, Al grupo de docentes de la misma por haberlo dado todo sin guardarse nada con el simple fin de que todo sea en pro de la mejor de las causas como es el de formar profesionales idóneos que sirvan a la sociedad y el país. **BENDICIONES.**

RESUMEN EJECUTIVO

RECURSO DE APELACIÓN POR MALA MOTIVACIÓN DE HECHOS Y DE DERECHOS EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO POR CAUSAL DE ADULTERIO

JORGE IVAN GAONA FREIRE
E-MAIL: jorgegaonaf@hotmail.com.

Se define al divorcio como el acto jurídico que deshace el matrimonio y permite que los ex cónyuges queden en capacidad de contraer otro. Existen diferentes causales para poder dar por terminado el vínculo matrimonial.

El objetivo fundamental de la investigación se basa en la necesidad de establecer el divorcio por alguna de las causas que establece el Artículo 110 del Código Civil vigente en el país, que habla del adulterio y de las causas y efectos que de ello se pudiere proceder en cuanto a las implicaciones de los habidos dentro del matrimonio, primordialmente para determinarse la prueba de adulterio.

Para alcanzar dicho objetivo nos basaremos en lo que se establece el Código Civil, la ley de Identificación y Cedulación, y la Constitución de la República del Ecuador.

La causal del adulterio de uno de los cónyuges como potestad para ejecutar la acción de divorcio, es remota, la ampara la ley de aproximadamente todos los estados y la de nosotros la otorga al cónyuge inocente, la oportunidad de solicitar el divorcio.

En la actualidad, el Código Civil del Ecuador la establece como primera causal de divorcio, estableciendo adulterio cuando existe la presencia de relaciones sexuales entre la persona demandada y otra persona diferente a su cónyuge. Hay que mencionar que hasta hace ciertos años, el adulterio se circunscribía en la denominación de las trasgresiones sexuales, clasificación que aún existe en otros países, en todo caso el adulterio que en algunas ocasiones es muy difícil de comprobar, ha sido aprobado auténticamente como una causal terminante del divorcio.

Palabra clave: Divorcio, Adulterio, Prescripción, Familia, Pruebas

EXECUTIVE SUMMARY

THEME:

APPEAL APPEAL FOR MISUSE OF FACTS AND RIGHTS IN THE JUDGMENT OF DIVORCE BY CAUSAL OF ADULTERY

JORGE IVAN GAONA FREIRE

E-MAIL: jorgegaonaf@hotmail.com.

Divorce is defined as the legal act that undoes the marriage and allows the former spouses to be able to contract another. There are different grounds for terminating the marriage bond.

The fundamental objective of the investigation is based on the necessity to establish the divorce by one of the causes that fix the article 110 of the Civil code in force in the country, that speaks of the adulterio and of the causes and effects that of it As to the implications Of those within the marriage, primarily to determine proof of adultery.

For this purpose, the Civil Code, the Identification and Registration Law, and the Constitution of the Republic of Ecuador.

The cause of the adultery of one of the spouses as the power to expel the action of divorce, is remote, protects the law of approximately all states and that of us granting the innocent spouse the opportunity to file for divorce.

At present, the Civil Code of Ecuador establishes it as the first cause of divorce, establishing adultery when there is the presence of sexual relations between the defendant and another person different from his or her spouse. It should be mentioned that until years ago, adultery was confined in the denomination of sexual transfers, the classification that still exists in other countries, in any case that adultery which on some occasions is very difficult to verify, has been authentically approved As a strict causality of divorce.

Key word: Divorce, Adultery, Prescription, Family, Evidence

INDICE

<u>FRONTISPICIO</u>	¡Error! Marcador no definido.
<u>ACTA DE VEREDICTO DEL TRABAJO DE TITULACIÓN</u>	¡Error! Marcador no definido.
<u>DEDICATORIA</u>	¡Error! Marcador no definido.
<u>AGRADECIMIENTO</u>	III
<u>RESUMEN EJECUTIVO</u>	IV
<u>INDICE</u>	VI
<u>1. INTRODUCCION</u>	7
<u>2. DESARROLLO</u>	9
<u>DEFINICIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN</u>	9
<u>JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA</u>	10
Procedimiento Sumario.....	11
<u>NORMAS A SANCIONAR</u>	11
<u>CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR</u>	11
<u>PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN</u>	12
<u>RECURSO DE APELACIÓN</u>	13
<u>3. CONCLUSIÓN</u>	17
<u>Bibliografía</u>	¡Error! Marcador no definido.

INTRODUCCION

Es trascendental mencionar que la familia a lo largo de la humanidad ha compuesto uno de los cimientos primordiales de la sociedad, por ende el matrimonio asimismo viene a ser una de las creaciones más añeja de la misma, es por ello que nuestra presente constitución establece, que el pedestal esencial de la sociedad es la familia.

En el Código Civil, artículo 110, numeral 1. Se Señala como causal de divorcio: "El adulterio de uno de los cónyuges", el mismo que procede desde hace años atrás y se halla almacenada en casi todos los códigos civiles, y da la oportunidad para que uno de los cónyuges empiece la culminación del matrimonio por esta causal ya mencionada.

El adulterio como causal del divorcio es un asunto verdaderamente atractivo ya que implica el análisis de numerosas áreas como la sociología, la religión, la psicología, entre otras.

A lo largo de la historia el adulterio se ha calificado como un comportamiento inconsistente e inadmisibles para la vida dentro de la sociedad e inclusive es sancionada por la más alta deidad, Dios, el ha restringido este comportamiento concertándola en uno de los principales códigos que normalizaron el comportamiento de los seres humanos dentro de una sociedad, la Biblia, justamente en el decálogo.

En este escrito Él dejó establecido "No cometerás adulterio", aceptando que este comportamiento es inadmisibles, repitiéndolo luego diciendo: no desearas la mujer de tu prójimo, apuntando que tal vez como lo notamos en estos tiempos son los hombres quienes perpetran esta falla más comúnmente, sin embargo no siempre es así, ya que asimismo las mujeres lo hacen aunque es menos frecuente. La manera en que se penaba era de un modo tal que colocaría a pensar dos veces a quien apeteciera efectuar un proceder adulterino.

Las sanciones y penas iban desde con la separación de las agrupaciones hasta la condena mayor que era la de morir maltratado, conjuntamente con la burla de todos, es en la Biblia en donde lograremos hallar un leyenda que nos explica esta circunstancia, en la que Jesucristo es quien perdona a una mujer de esta falta a más de protegerla de la multitud expresando "...quien esté libre de pecado, que tire la primera piedra..." este fragmento nos enseña cómo era penado el adulterio en aquel tiempo y la manera de ser sancionado por la sociedad.

De esta manera podemos definir al adulterio como el quebrantamiento de la fe matrimonial; y como causal, una condición que advierte una consecuencia o efecto.

DESARROLLO

DEFINICIÓN Y CONCEPTUALIZACIÓN

El Código Civil, artículo 110, numeral 1. Expresa que son causales de divorcio “El adulterio de uno de los cónyuges”, acorde lo ha definitivamente nuestra ley en declarar y establecer mediante la cual alguno de los esposos consigue solicitar la culminación del lazo conyugal principalmente por esta causal, que sin reparo alguno, ha establecido una sucesión de polémicas y en la legislación se ha establecido la importancia de que sea aplicado como tal dicho texto, la misma ha estado proporcionado por los Tribunales y así lo han establecido, de ahí que se cree preciso un estudio con mucha prudencia.

El adulterio radica en las relaciones sexuales con alguien diferente del esposo o esposa, con el libre deseo de efectuar el hecho; es decir, es la relación sexual a parte del matrimonio de uno de los cónyuges con otro individuo de otro sexo, siendo alguno de los involucrados casados.

Para algunos proviene del vocablo latino álterius y torus que expresa lecho de otro. Otros alegan que proviene de adulterium procedente de la palabra adulterare que expresa cautivar a una mujer casada, pervertir o adulterar algo.

Algunos autores definen al adulterio como:

BORDA nos dice que es la relación sexual de alguno de los cónyuges con una tercera persona.

CORNEJO CHÁVEZ, es la intimidad sexual de uno de los cónyuges con diferente persona.

PLACIDO es el acto sexual de un hombre o mujer que están casados, con alguna persona que no es su esposo o esposa. Se trata, de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto que quebranta esencialmente la obligación de lealtad mutua que se compensan los cónyuges.

Con un juicio más correcto, otros autores lo especifican como todo quebrantamiento de la obligación de lealtad y fidelidad.

Los componentes del adulterio son:

- a. El objetivo: compuesto por la realización de la relación sexual de un cónyuge con una tercera persona, de ahí que el simple intento de adulterio no establece causal que ocasione la ruptura del matrimonio.

- b. El subjetivo: de asunto psicológico, que radica en la intención premeditada de un cónyuge de mantener relaciones sexuales extramatrimoniales.

En la antigüedad el adulterio comprendía toda infracción de la obligación de lealtad, tolerante no únicamente de la lealtad material sino además moral. Este quebrantamiento moral, residiría en conductas de amor platónico que lograra equivocarse en su semblante exterior con el vínculo matrimonial.

Para que haya adulterio es ineludible que se quebrante la lealtad sexual, no estando suficiente la «infidelidad moral», que reside en relaciones amigables o cariño exagerado con terceras personas, o el simple interés del consorte con individuo diferente.

Se conforma por la simple relación sexual extramatrimonial, sea esporádico o persistente, ya que a partir del instante en que alguno de los consortes realiza actos sexuales con un extraño, aunque fueren esporádicos, quebranta la obligación de lealtad.

Divorcio

Habitualmente, la persona que observa un divorcio ya posee una imagen de qué atenerse. Varios han percibido divorcios en las novelas o en los filmes y, con asiduidad, uno conoce por sí mismo a alguna persona que haya vivido por un divorcio. Y cada día es más frecuente haber pasado el divorcio de nuestros progenitores. A pesar de estas pruebas "de segunda mano", vivir su propio divorcio es uno de los eventos más complejo de la vida.

Usted no solo se enfrenta a la cancelación judicial de uno de los vínculos más significativos de la vida, también debe empezar a pensar en circunstancias incómodas, como la repartición de patrimonios y e buscar una nueva casa. En varias ocasiones, además tiene que formarse la imagen de no ver a sus descendencias regularmente.

Previsibilidad y divorcio no son temas que tenga que ir juntos, pero asumir posibilidades objetivas le impulsara a sentirse orgulloso con el efecto terminante de su divorcio. En efecto, es trascendental comprender para qué vale el divorcio y para qué no.

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La jurisdicción y competencia de las discusiones que se presenten les corresponde a los jueces de la familia, mujer, niñez y adolescencia y adolescentes infractores, acorde a nuestro ordenamiento legal intrínsecamente de su área.

Ab. Horacio Andaluz Vega centeno nos dice que *la justificación de las decisiones judiciales es connatural al Estado de Derecho. Es la fuente de legitimidad democrática de los tribunales. Sólo en el Estado de Derecho se*

considera que una decisión no está suficientemente justificada por el solo hecho de haber sido dictada por una autoridad competente (determinismo metodológico). Aquí, a la estabilidad formal de las decisiones, debe agregársele la corrección racional de su justificación. (Vegacenteno, 2010)

Procedimiento Sumario

En el divorcio contencioso una vez proyectada y estimada la petición, se resumirá en Procedimiento Sumario, es decir se tramita en el periodo mínimo admisible si: anticipadamente se ha decidido la fijación de alimentos o el régimen de disfrute de visitas al mes, para las o los hijos menores de edad o incapacitado”; de acuerdo al Art. 332, núm. 4, del COGEP, sin la obligación que se designe un representante Ad Litem, como se procedía anteriormente. (ECUADOR, CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS, s.f.)

Es trascendental insinuar que para entregar demandas con este actual proceso se debe terminar cualquier medio viable para la preparación de pruebas, mismas que encaminaran a la convicción de los actos al juez; de no ser viable conseguir las se añadirá la desaprobación de a la petición para consecutivamente pedir la prueba que se quiera a través de asistencia legal.

Es obligación informar y añadir los medios de prueba para respaldar las aseveraciones del demandante, recoge gran trascendencia en el Cogep. Solo se conseguirá mostrar o requerir una prueba el instante precedentemente de la audiencia de única si se señala que no sabía de tal prueba al instante de mostrar la petición, llamada Prueba Nueva según el Art. 166 del Cogep.

El juez debe citar a la Audiencia Única en un plazo de no más de treinta días contados desde la contestación de la demanda, como implanta el Art. 333, núm. 4 del Cogep; misma que figura de dos períodos.

- 1.- Saneamiento, sujeción de puntos en discusión y conciliación.
- 2.- de pruebas y fundamentos.

NORMAS A SANCIONAR

CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR

En el Código Civil de nuestra legislación encontramos 9 causales de divorcio en el Art. 110:

1. El adulterio de uno de los cónyuges.
2. Las relaciones brutales o violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

3. El estado usual de deterioro de acuerdo de las dos voluntades en la existencia conyugal.
4. Las intimidaciones graves de un cónyuge hacia la vida del otro.
5. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
6. Los actos elaborados por uno de los cónyuges con el fin de implicar al otro o a los hijos en acciones ilegales.
7. La condena comprobada a pena privativa de la libertad mayor a diez años.
8. El que uno de los cónyuges sea ebrio cotidiano o adicto.
9. El abandono injustificado de alguno de los consortes por más de seis meses consecutivos. (ECUADOR, CODIGO CIVIL DEL ECUADOR, s.f.)

La Ley de matrimonio civil ha sido ampliamente tratada por los autores. Desde su publicación fue posible advertir que ciertas normas podían ser interpretadas en más de un sentido; por tanto, se hizo predecible que no estaría ajena a discusiones doctrinarias ni a jurisprudencia contradictoria. (Villa, 2010)

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Art. 124.- La acción de divorcio por las causales pronosticadas en el artículo 110 establece en el periodo de un año, de la siguiente forma:

1. En las causales uno, cinco y seis, transcurre desde que el consorte afectado tuvo conocimiento de la causal de que se trate.
2. En las causales dos, tres y cuatro, transcurre desde que se efectuó el hecho.
3. En la causal siete, transcurre desde que se comprobó el dictamen pertinente.

*Según el Ab. **Rodrigo Barcia Lehmannn**, La extinción de una obligación puede producirse de forma directa por un modo de extinguir las obligaciones, como es el caso de la prescripción extintiva, y de forma indirecta mediante la*

extinción del contrato. Sin perjuicio 121 de lo cual, en nuestro Derecho (Lehmannn)

RECURSO DE APELACIÓN.

Procedencia. El medio de apelación procede contra las fallas y los documentos interlocutorios dichos intrínsecamente en la primera petición, así como hacia las sentencias con relación a las cuales la ley otorgue explícitamente este medio. Se insertará de modo verbal en la concerniente audiencia.

Las fallas contrarias al sector público se realzarán en consejo a la concerniente Corte Provincial, aunque las partes no asistan, excepto las fallas pronunciadas por los Jueces de lo Contencioso Administrativo y Tributario. En consejo se realizara como en la apelación.

FUNDAMENTACIÓN. Se estipulará por comunicado dentro del término de diez días de comunicado. Excluyendo el medio de apelación con resultado aplazado, que se establecerá contiguo con la apelación sobre lo primordial o cuando se responda la apelación. En materia de niñez y adolescencia se establecerá en el término de cinco días.

Artículo 258.- Procedimiento. Con la fundamentación se comunicará a la otra parte para que la responda en el plazo de diez días.

En materia de niñez y adolescencia el plazo para responder será de cinco días.

Tanto en la fundamentación como en la respuesta, las partes informarán la prueba que se ejercerá en la audiencia de segunda instancia, únicamente si se presenta la confirmación de sucesos desconocidos.

Asimismo podrá requerirse en las convenientes fundamentación o contestación el conocimiento de prueba que, manejando sobre los mismos sucesos, sólo haya sido viable conseguirla en sucesión de la sentencia.

Ab. Pablo Contreras Vásquez nos indica que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la configuración de los derechos fundamentales ha constituido un fenómeno creciente tras la reforma a la Constitución en el año 2005. El presente análisis se enfoca en una reconceptualización de dos derechos que tienen una peculiar característica constitucional: ninguno de ellos está reconocido expresamente en la Constitución Política de la República de Chile. Se trata del derecho a la tutela judicial y el derecho al debido proceso. (Vásquez, 2013)

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN LA EXPERIENCIA PROCESAL DEL DERECHO

En este trabajo quisiera mostrar, al menos sintéticamente, de qué modo y en qué medida la argumentación jurídica se manifiesta en el empleo de normas o institutos procesales cuando se los somete a las exigencias de la práctica judicial. Para ello, me detendré en algunos aspectos de la demanda civil, como acto de iniciación del proceso, la problemática de la prueba y la complejidad de elaborar una sentencia judicial.

Un planteamiento de esta naturaleza puede ser útil, entre otras cosas, para poner en evidencia la importancia que tiene el problema de cómo argumentar correctamente a fin de mantener la coherencia y la racionalidad discursiva de los distintos sujetos que actúan en el proceso judicial. De ahí que resulte posible que con el desarrollo de la argumentación jurídica pueda construirse un puente de comunicación entre abogados, jueces y teóricos del derecho que permita poner los puntos esenciales del debate de manera clara y ordenada contribuyendo así a la confiabilidad de las resoluciones ante la sociedad.

Ahora bien, el derecho procesal desde una visión instrumental, no regula la argumentación normativa-jurídica como tal, sino que no hace más que asegurar en el aspecto temporal y objetivo el marco institucional para que las partes y el juez puedan interactuar. Las normas relativas al orden del proceso institucionalizan la práctica de la decisión judicial de manera que la sentencia y sus fundamentos puedan entenderse como resultado de un juego argumentativo.

A su vez, el profesional del derecho viene disciplinado por un conjunto de reglas que especifican la relevancia que hay que asignar al material a interpretar (por ejemplo, a las palabras, a la intención de las frases, a cuestiones fácticas complejas, las normas abiertas, etc.) así como por estándares que definen conceptos básicos y establecen las circunstancias procedimentales en la que la interpretación ha de producirse.

El proceso judicial comporta un sistema dialéctico donde se procura llegar a la verdad en el marco de una razonable distribución de oportunidades dadas a las partes a lo largo de todo su desarrollo. El debate procesal es y debe ser, necesariamente, un debate ordenado con igualdad de oportunidades de hacer valer los derechos por ambos contendientes.

Planteado en estos términos, las normas sustanciales eventualmente aplicables a un caso concreto y aquellas que regulan el debate procesal se vinculan a través de la argumentación. Esta vinculación, que tiene efectos prácticos decisivos, se manifiesta como una actividad intermedia, en la línea de tensión, entre el caso real y las normas que deben regularlo.

Para comprender esta cuestión, comenzaré describiendo con algún detalle las relaciones mutuas que existen entre derecho y proceso, es decir, desde la

experiencia procesal del derecho. Las grandes líneas de pensamiento que siguen los autores en respuesta a esta problemática, se concentran en tres posturas principalmente.

La primera de ellas, denomina dualista, viene explicada lógicamente por el esfuerzo histórico del derecho procesal por constituirse como ciencia autónoma. Derecho y Proceso se conciben como dos entes independientes cuyo estudio es tratado en forma autónoma, problemas de fondo de cada caso concreto y problemas exclusivamente de forma o procedimiento.

Frente a esta visión estática que aporta la teoría dualista, se alzan los postulados de las teorías monistas reduciendo los dos términos del problema derecho-proceso a uno sólo, la experiencia procesal del derecho. Es decir, el derecho material no es un *prius* preexistente al proceso. En él, producto de la dinámica conjunta de la acción y de la jurisdicción, se crea caso por caso el derecho, de tal manera que gráficamente puede decirse que “derecho es lo que aprueban los jueces”. Tal afirmación no es pacífica y, no faltan las denominadas teorías intermedias que ofrecen un equilibrio que las lleva a hacer primar, según los temas y las circunstancias, uno de los términos del problema sobre el otro.

Habrá que considerar, entonces, de qué forma incide la práctica de la argumentación en la utilización de normas e instrumentos procesales, precisamente porque tales extremos se funden en la dinámica de la actividad judicial.

En esta tarea no se puede olvidar que existen aspectos vedados al investigador, debido a los variados elementos que cada situación particular que el caso contiene o que, al menos, podría solamente pronunciar conclusiones relativas. En este contexto, los conceptos que se deben manejar no son puramente doctrinarios y la técnica argumentativa en actuaciones judiciales -por ejemplo, el acto de una demanda, la fundamentación de la sentencia, la suficiencia técnica de un recurso judicial, debe ser apreciada objetivamente, teniendo en cuenta las circunstancias concretas que el caso exhibe.

Comencemos, como habíamos señalado, por los actos de iniciación del proceso. Generalmente, la labor de los abogados se concentra en tres habilidades básicas y concretas. En primer lugar, necesariamente analizan leyes, opiniones judiciales y situaciones fácticas complejas. En segundo lugar, tienen que ser capaces de resumir con precisión los hechos esenciales del caso para luego, en tercer lugar, pensar en términos tácticos. En este sentido, es necesario combinar la racionalidad discursiva, con la racionalidad estratégica.

Así, desde la instrucción preliminar o pronóstico del caso, actividad extraprocesal y, en ocasiones, procesal, a través de las diligencias preliminares, el abogado, tendrá que investigar los hechos, la veracidad de lo señalado por sus clientes, recolectar y seleccionar el material probatorio no sólo para la mejor defensa de sus intereses sino también en aras de colaborar con la administración de justicia. Se pone en evidencia que en este estadio, el abogado despliega una actividad similar a la que

concreta el juez. Por ello se ha dicho, con acierto, que el abogado es el “primer juez” del asunto.

Es sabido que en la práctica de los tribunales no alcanza con tener razón sino que hay que saber exponerla. En el proceso civil las alegaciones de las partes, que fundan la pretensión, cobran un papel trascendental. Ellas deben ser aducidas y probadas en tiempo y forma. Ahora bien, el objetivo de una pretensión, se centra en dar razones serias y coherentes para fundamentar que nuestro relato de los hechos y las normas aplicables al caso son las correctas (argumento). Ello, en confrontación con razones opuestas (contra-argumento). De ahí, que tanto en los hechos como en el ámbito del derecho, debe plantearse correctamente la relación jurídica involucrada, la norma en cuestión y su alcance verdadero.

De esta manera, se construyen razones para sostener una tesis determinada. Los argumentos demuestran que la tesis que sostenemos es la verdadera. Para ello, existen dos caminos: fundamentación y refutación. Dependerá de la complejidad del asunto la utilización de uno u otro o ambos.

En este sentido, en la fundamentación construimos la tesis relacionando razones en forma sucesiva y una sobre otra para arribar a la conclusión que será definitivamente nuestra tesis. La refutación, en cambio, consiste en demostrar que determinada tesis está apoyada sobre argumentos falsos, ya sea por falacias o vicios propios de la argumentación. A su vez, la refutación puede atacar la relación sujeto-objeto, o idea-objeto, ya que puede ser un razonamiento correcto pero no parte de la realidad o es inaplicable a ella.

Uno de los errores más comunes en la argumentación de un escrito judicial, son las denominadas falacias, como señala Toulmin, resultan de una violación de las reglas de los buenos argumentos. La consecuencia más importante es la pérdida de fuerza o seriedad de la tesis que sostenemos para fundamentar nuestra pretensión. Tomemos dos tipos de falacias, que si bien son generales, sirven para observar cómo construir buenos argumentos, por ejemplo, en un escrito de demanda o contestación de demanda.

La primera de ellas, consiste en extraer conclusiones de una muestra demasiado pequeña. Si un barco desaparece en el Triángulo de las Bermudas y se concluye que el Triángulo de las Bermudas está embrujado nos encontramos ante una falacia de la generalización a partir de una información incompleta. Es cierto, como expone Weston, que “resulta fácil apreciar este error cuando otros lo comenten, y más difícil de ver si es uno quien lo hace”. Otro ejemplo, que brinda Weston, resulta del hecho de que no podemos extraer una conclusión acerca de todo el colectivo de estudiantes de una universidad basada en uno mismo y nuestro compañero de estudios. La regla que se viola es aquella que requiere ejemplos representativos. Es claro que no se puede extraer una conclusión acerca de todo el colectivo de estudiantes de una universidad basándose en los estudiantes que son amigos, aun cuando se tenga un montón de ellos. No se puede generalizar excesivamente a partir del hecho de que usted haya encontrado una causa: otras causas pueden ser más probables.

“Hay que estar atento a la referencia que se hace de una cosa y otra, porque generalmente representan relaciones a las que se aplican parámetros incorrectos. En las de ambigüedad se debe definir el término, ubicarlo en un contexto, tener más información sobre lo que se quiere comunicar, etc. De manera que si no hemos entendido claramente o sospechamos la existencia de una falacia en una comunicación, antes de discutir, hay que determinar el alcance del mensaje claramente.

Para nosotros la tarea es más sencilla pues consiste en observar si existen falacias en nuestro razonamiento para hacerlo más puro, lo que constituye el primer paso del criterio. Es corriente que las personas que dominan hábilmente la argumentación incluyan falacias a propósito con el objeto de lograr sus objetivos y aquí es donde hay que estar especialmente atento.”

Abordemos ahora la cuestión referente al papel que la argumentación ocupa en uno de los aspectos más discutibles de la teoría del proceso que es la determinación de los hechos y el problema de la verdad en el proceso judicial. Procurando alcanzar tal objetivo, examinaré dicha cuestión apoyándome en la obra del profesor de Pavía Michele Taruffo, “La prueba de los hechos”, que fundamentalmente sostiene que no siendo el proceso judicial una empresa científica, no resulta necesario establecer verdades absolutas, siendo suficiente verdades relativas que permitan ofrecer una base razonablemente fundada de la decisión.

Trataré de llamar la atención sobre la importancia que Taruffo le asigna a la cuestión argumentativa a pesar de la fuerte crítica que realiza a las distintas concepciones que centran la atención en la retórica global del proceso considerando, consecuentemente, el problema de la determinación de la verdad de los hechos como una cuestión irrelevante. En este sentido, argumentaré que la coherencia en la reconstrucción de los hechos tiene una importancia en la decisión, pero esto no significa que la verdad dependa en forma absoluta de la coherencia narrativa de su descripción.

CONCLUSIÓN

1. Si bien es cierto el artículo 122, numeral 1, del código civil ecuatoriano. Menciona que la prescripción de la acción es al año, pero indica que eso empieza desde el día que el actor de la demanda tuvo conocimiento del hecho, es decir no interesa que el señor se haya enterado después de 8 años ya que desde allí empieza recién la prescripción.
2. Más cuanto es posible requerir el recurso de apelación al NO hallarse de acuerdo con la motivación o el fallo del juez.
3. En la audiencia se puede pedir el recurso de apelación ya que no se encuentra conforme con el dictamen del juez.