



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

## **Importancia de la voluntad privada dentro del proceso**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Alessandra Gabriela Gutarra Távara**

**Asesor(es):  
Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal**

**Piura, agosto de 2023**

### **Aprobación**

La tesis titulada “Importancia de la voluntad privada dentro del proceso” presentada por la bachiller Alessandra Gabriela Gutarra Távara en cumplimiento para optar el Título de Abogada, fue aprobada por la Directora de Tesis Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal.



---

Directora de Tesis



## Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Alessanda Gabriela Gutarra Távara, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 71206799.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:  
"Importancia de la voluntad privada dentro del proceso"  
El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis<sup>1</sup> para optar el Título profesional<sup>2</sup> de Abogado.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
  - Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal, identificado con DNI N° 02850865
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 08 de agosto de 2023.



Firma del optante<sup>3</sup>

.....  
Firma del autor optante<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

<sup>2</sup> Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

<sup>3</sup> Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.

## **Dedicatoria**

Este trabajo es para la persona que agradezco infinitamente por lo que soy hoy en día, a mi mamá y a mi hermana, Lucía, por su amor y apoyo incondicional. Todo lo que hago es por y para ustedes. Las amo.



## **Agradecimiento**

Agradezco a Dios por que sin él este trabajo no hubiese sido posible, a mi mamá por su apoyo y fortaleza, a mi hermana, a mis papis; Mami Elena, Papi Gabriel y a mi angelito, mi mami Norma y a toda mi familia por siempre estar a mi lado apoyándome. Asimismo, agradezco a mi asesora de tesis la Dra. Karla Vilela, por su apoyo profesional y su paciencia para hacer posible este trabajo de investigación.



## Resumen

La presente investigación lo que busca es analizar a las partes procesales ante un conflicto o controversia social, tiene la posibilidad de decidir de qué manera llegar a solucionar dicho conflicto. Por lo que, se analiza dos voluntades: la voluntad de las partes y la voluntad del Estado, que nace a raíz del poder que les da la propia sociedad a efectos de qué manera imparcial se llegue a tener un orden social y que esto no afecte a la sociedad, por lo que se respeta las buenas costumbres, el ordenamiento jurídico y el orden social. En contra parte, también se analiza a la voluntad de las partes que se manifiesta a través de la Conciliación en la que ellas mismas llegan a solucionar el conflicto mientras que en el caso de la voluntad del Estado tenemos al juez como representante de dicho poder que le confiere el Estado, pueda decidir ante un conflicto planteado por las partes. Sin embargo, ante este último se da la posibilidad a las partes de llegar a conciliar dentro del proceso, esto puede desarrollarse estando en segunda instancia sin que se haya pronunciado el juez al respecto. Ante ello, ese límite va contra la voluntad de las partes siendo ellas mismas las que dan inicio a dicho proceso, pueden entonces llegar a culminar dicho proceso si llegan a un acuerdo más satisfactorio que lo resuelto por el Juez.

Es por ello que la voluntad de las partes tiene más poder sobre la voluntad del propio Estado, teniendo en cuenta que esta nace a raíz de que es la sociedad quien le otorga dicho poder a fin de que se tenga un orden social y que se respete el ordenamiento jurídico ante situaciones de controversia. En ese sentido, las partes dentro de un proceso pueden llegar a conciliar estando ya ante una segunda instancia ya que tiene la voluntad de conciliar y obtener una mejor solución que la decidida por el propio juez, y esto a razón de que es la propia parte que le da vida al proceso y, es ella misma que puede culminar dicho conflicto, por lo que no sería factible que se limitará la posibilidad de culminar todo ese proceso teniendo ya un acuerdo y cumpla con los parámetros o límites que se le interpone a la voluntad de las partes a fin de no afectar a terceros al proceso o a la sociedad.

## Tabla de contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>8</b>
<b>Capítulo 1 El rol de la voluntad de las partes procesales en la conciliación.....</b>	<b>11</b>
1.1 Concepto de la autonomía de la voluntad.....	11
1.2 Características e importancia de la voluntad de las partes .....	12
1.3 Límites .....	14
1.4 La Conciliación .....	19
1.4.1 Concepto y características .....	20
1.4.2 Clases .....	23
1.5 Ventajas y desventajas de una conciliación extrajudicial y una judicial.....	27
1.6 Semejanza y Diferencia entre la Transacción y Conciliación .....	28
<b>Capítulo 2 La sentencia como manifestación de la voluntad del Estado .....</b>	<b>31</b>
2.1 Concepto y naturaleza jurídica.....	32
2.2 Características e importancia de la voluntad del Estado .....	35
2.3 Clases de sentencia.....	40
2.3.1 De acuerdo a los efectos positivos y negativos de la cosa juzgada .....	42
2.3.2 Oportunidad en la que son dictadas .....	42
2.3.3 Por los efectos que produce la sentencia.....	44
<b>Capítulo 3 ¿Podrán las partes conciliar habiendo ya un pronunciamiento por parte del juez? .....</b>	<b>46</b>
3.1 Orden público y Seguridad Jurídica .....	46
3.2 Relación entre la voluntad privada y la voluntad del Estado que se manifiesta en la conciliación judicial.....	49
3.3 Posibilidad jurídica de la conciliación en la segunda instancia .....	51
<b>Conclusiones .....</b>	<b>56</b>
<b>Lista de referencias.....</b>	<b>57</b>
<b>Lista de referencias normativas .....</b>	<b>60</b>
<b>Lista de referencias jurisprudenciales .....</b>	<b>61</b>

## Introducción

Con la finalidad de contextualizar sobre la base de este trabajo, primero, es preciso definir lo que es conflicto, que no es más que la situación tensa entre dos o más personas quienes tienen una discrepancia con respecto a algo ya sea porque tiene pretensiones opuestas o por que buscan alcanzar medios excluyentes para obtener sus propios objetivos. Por ello, este conflicto no debe ser visto como algo negativo, ya que es una consecuencia de la discrepancia surgida de la esencia misma del ser humano, de tal modo, es que debe surgir un análisis basado en los fundamentos de discrepancia que permita llegar a la conclusión de que argumento es más fuerte y coherente y cuál debe ser aplicado.

De este modo, surgen diversos modos de solución de tales conflictos; por una parte, siendo estos el diálogo directo; y por otra, aquel mediante el cual se confía a un tercero. En este sentido, la presente investigación nos basaremos en dos de los medios para llegar a solucionar dicho conflicto, el primero de ellos es el análisis de la voluntad de las partes quienes llegaran a un acuerdo ellos mismos y el segundo, aquel en donde el conflicto se presenta ante el juez quien será el que analizará a detalle las pretensiones presentadas por las partes procesales. Esto sucedería si las partes deciden presentar ante el juez sus pretensiones o discrepancias y que una vez analizadas el juez emita su decisión y las partes decidan conciliar ya estando en segunda instancia.

Al respecto surgen algunos cuestionamientos como: “¿Qué importancia puede tener un acuerdo de conciliación entre las partes de un proceso en el cual ya se ha elaborado una sentencia de primera instancia pero que fue apelada y en esta se realizó la conciliación? ¿En dónde queda la sentencia de primera instancia expedida por el órgano jurisdiccional? ¿Ese acuerdo tiene el mismo carácter de cosa juzgada? ¿Por qué no agotar todas las vías antes de presentar las pretensiones ante el juez? ¿En verdad se podrá realizar un acuerdo conciliatorio estando ya en segunda instancia y habiendo una sentencia firme de primera?”

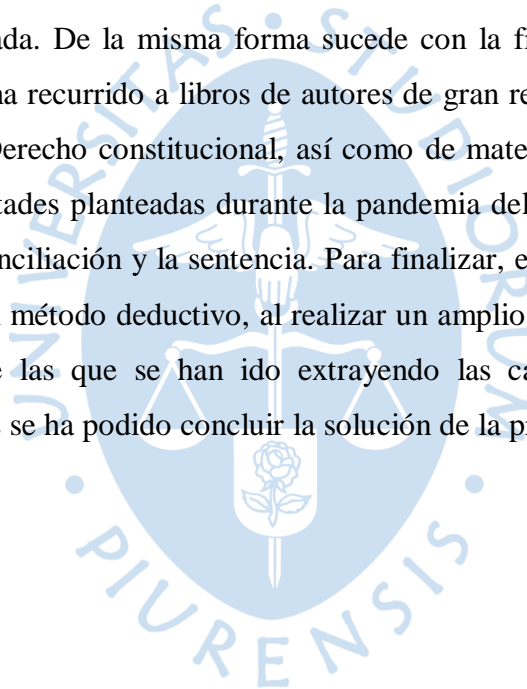
En el primer capítulo analizaremos la Autonomía de la voluntad, como primer punto de lo que no puede faltar en un proceso y la cual le da vida a este, siendo la voluntad de las partes, la que da inicio a un proceso por haber tenido un conflicto que muchas veces no es solucionado de una forma pacífica, en la cual las partes puedan llegar a un mutuo acuerdo; ya que es probable encontrar intereses en común. Por lo que, es necesario reconocer una libertad y una autonomía en la existencia del hombre.

Teniendo en cuenta que esta libertad y autonomía no pueden ser ilimitadas de manera que al ser limitadas y restringidas permiten el ejercicio de la libertad y autonomía de los demás hombres dentro de la sociedad. Asimismo, la autonomía de la voluntad, hace referencia al método alternativo de solución de conflicto, que es la conciliación siendo este uno de los más conocidos y usados por la sociedad para ponerle fin a sus conflictos sociales ya que se llega a una solución que pueda beneficiar a ambas partes y que pueda concluir satisfactoriamente para ambos, teniendo en cuenta que el acto de conciliar consiste en armonizar intereses en principio diferentes, que puede coincidir con los procesos judiciales, este es el caso de la conciliación procesal o judicial, los cuales también buscan llegar a una solución sobre puntos en controversia; pero que a diferencia de este último, la disputa no es la única vía jurídica, por lo que el proceso está abierto a conciliar, por diferentes motivos, entre los que resaltan: la economía procesal, la autonomía de la voluntad, la pronta y debida justicia y sobre todo la paz social. No solo limitación entre las partes, sino que dicha decisión o acuerdo este dentro de los parámetros jurisdiccionales del Estado ya que dicho acuerdo de cierta manera afectaría el orden social.

En el segundo capítulo, analizaremos la otra cara de la moneda que es la voluntad del Estado, la misma que enfocaremos dentro de un proceso y de qué manera se llega a plasmar dicha voluntad, en este caso, ante la decisión del Juez, la sentencia; que se entiende como aquel acto jurídico que busca ponerle fin a una controversia plasmada por la sociedad y que le da la facultad al juez de poder decir o resolver bajo sus propios criterios basándose en los lineamientos del orden público y el ordenamiento jurídico. Si bien las partes conceden potestad al juez de que decida ante el conflicto presentado ante él, no obstante, cabe la posibilidad de que las partes decidan culminar el proceso a través de una conciliación, que esta a su vez tiene carácter de cosa juzgada, como la sentencia, sin embargo, hasta qué punto se le permite a las partes conciliar dentro de un proceso; debemos contestar a las preguntas, si bien las partes pueden conciliar dentro de un proceso judicial, ¿porque no lo hicieron antes de iniciar tal proceso? Podrían decir que es de voluntad de las partes el elegir la forma de como terminar un conflicto. Sin embargo, el juez al tener conferido el poder del Estado dentro de un proceso, dicho poder se entiende que es mayor que el de la propia parte, ya que es el director o conductor de este, plasmándose dicho poder en sus decisiones (sentencias) que tiene carácter de cosa juzgada.

Por último, en el tercer y último capítulo, se hará el análisis de la presente investigación y la postura por la que nos inclinamos, ya que existen distintas posturas acerca del cuestionamiento que planteamos en las que algunas coinciden en que, la conciliación debe darse

antes de que se quiera iniciar un proceso, sobre todo porque la misma, es una forma alternativa de poder obtener una solución mucho más factible, rápida y sobre todo conveniente para ambas partes. Distinta es la situación dentro de un proceso judicial ya que es un proceso largo y tedioso, y en el primará lo dicho por el juez, la misma que tiene carácter de cosa juzgada. Por lo tanto, una vez emitida dicha decisión esta deberá ser cumplida por las partes estando o no de acuerdo con la misma. Así como también la figura del conflicto después de llegar posteriormente a un acuerdo más favorable para ambos y este no sería realizable, siendo las partes quienes deciden ponerle fin a su conflicto. Respecto a las fuentes utilizadas en el presente trabajo de investigación, la bibliografía especializada utilizada sobre las figuras estudiadas ha sido muy amplia, pero a su vez limitada ya que se tiene información genérica ya que existen varias investigaciones respecto a lo que es la autonomía de la voluntad y sus las diferentes figuras en las que puede ser plasmada. De la misma forma sucede con la figura de la sentencia como voluntad del Estado. Se ha recurrido a libros de autores de gran representación en el derecho procesal civil como de Derecho constitucional, así como de material publicado en la página web, debido a las dificultades planteadas durante la pandemia del Covid-19 y de las leyes o normas que regulan la conciliación y la sentencia. Para finalizar, este trabajo de investigación se ha desarrollado bajo el método deductivo, al realizar un amplio análisis de cada una de las figuras procesales, sobre las que se han ido extrayendo las características principales y esenciales y, de las cuales se ha podido concluir la solución de la problemática planteada.



## Capítulo 1

### El rol de la voluntad de las partes procesales en la conciliación

#### 1.1 Concepto de la autonomía de la voluntad

En primer lugar, hablaremos sobre la voluntad de las partes procesales, ya que no se puede prescindir de su estudio para poder entender su rol dentro de la conciliación, es por ello que, se debe profundizar sobre qué es la autonomía de la voluntad. Sin duda, esta noción, en sí misma, se entiende que viene vinculada con la relación social que está dentro de la misma naturaleza del hombre. La primera idea que se identifica sobre dicha relación social es que está determinada por la voluntad autónoma que es conducida por los propios hombres dentro de una sociedad. Algunos autores mencionan el concepto de relación jurídica, con ideas de relación de hombre a hombre determinada por una regla.

Asimismo, Castrillo (1949) indica que, con las nociones de relación social, autonomía y determinación de la relación social; autonomía en la relación por una regla o norma. Desde otro punto de vista, la autonomía de la voluntad se entiende como un acto jurídico; y así lo expresa el profesor Barandiarán (1986), que lo define como un hecho jurídico voluntario lícito como manifestación de voluntad y los efectos deseados por el sujeto en conformidad con el derecho objetivo (p. 31).

Por otra parte, el jurista Federico de Castro y Bravo (1971), quien define a la autonomía de la voluntad como aquel poder de autodeterminación de la persona; quien lo entiende como el poder complejo propio de la persona para el ejercer sus facultades ya sea en el ámbito de la libertad que le permite como sujeto de derechos, crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, pensando en la responsabilidad que implica la actuación de vida social (p. 12). Distinta es la percepción que tiene el profesor Hinestroza (2014) quien sostiene que; la autonomía de la voluntad puede entenderse de manera etimológica como aquel poder de darse así mismo normas, es la conocida autonomía normativa, la cual define al negocio jurídico como un precepto de autonomía de la voluntad, aun limitándola para dar existencia y desarrollo a las interacciones entre los particulares, a diferencia de lo que se entiende por el negocio jurídico como aquella declaración de voluntad, creadora de los efectos jurídicos queridos por los autores, y de los supuestos de hecho de tales efectos (pp. 5-39).

En ese sentido, Hinestroza (2014), indica que se puede comprender dicha autonomía como el poder admitido a los particulares, para organizar sus relaciones, brindándoles un conjunto de intereses y poder de iniciativa sobre la reglamentación de los mismos.

Cabe resaltar que, ante los conceptos dados por cada uno de los autores citados, hay una gran diferencia entre el primer concepto dado y el último del profesor Hinestrosa, siendo el concepto dado por el profesor León Barandiarán, como un error al señalar que el acto jurídico ha de entenderse como un hecho jurídico; sin embargo, de acuerdo al Código Civil (1984), en su artículo 140, noción de Acto Jurídico, señala que el acto jurídico es la demostración de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (p. 95), este concepto hace referencia a un negocio jurídico como señala el profesor Hinestrosa ya que las partes dentro de un conflicto al hacer uso de su libertad acuerdan entre ellas determinados actos o conductas en las que buscan beneficiarse, lo que conllevaría dichas manifestaciones de voluntad a unos efectos jurídicos dentro de las relaciones jurídicas.

Por tal razón, se pueden considerar dos aspectos o sentidos de la autonomía de la voluntad: El primero, es el poder atribuido a la voluntad de las partes en razón de la creación, modificación o extinción de la relación jurídica, haciendo alusión al ámbito del negocio jurídico. Respecto al segundo, puede entenderse como el conjunto de poderes, facultades y derechos subjetivos que se manifiesta en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos.

En consecuencia, según Ledesma (2000), define el concepto de la autonomía de la voluntad como aquella voluntad que surge de los particulares, la cual se encuentra dentro de su ámbito de libertad para el ejercicio de sus facultades que le son inherentes como sujeto de derechos, ya sea para crear, modificar o extinguir reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a la vida social; teniendo esto último una amplia relación con la conciliación, ya que la autonomía de la voluntad surge a partir de aquellos acuerdos que obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes. Es decir, ese poder de la voluntad, gracias al cual las personas pueden regir sus relaciones de derecho, según Moisset y Hiruela (2004) conociendo esto como la autonomía de la voluntad; la misma que se expresa de diferentes maneras y con diferentes alcances de acuerdo a la naturaleza de las relaciones jurídicas de cada individuo en relación con los demás.

## **1.2 Características e importancia de la voluntad de las partes**

Para comprender mejor el concepto de la autonomía de la voluntad como acto jurídico, en palabras de Vidal (2016) hay que desarrollar cuáles son sus características más importantes, haciendo referencia en primer lugar, que es un hecho realizado por las personas, estos hechos naturales no son fuente del acto jurídico, es decir, son propias de los sujetos de derechos. Ello, es indiscutible ya que se entiende que dicha voluntad proviene de la propia persona que la ejerce ante alguna relación jurídica en un contexto concreto o sociedad.

En segundo lugar, la autonomía de la voluntad es realizada de manera voluntaria, es decir, que sean realizados con discernimiento; basándose en la intención y libertad de la persona. Como lo entendería Moisset y Hiruela (2004) para quienes los factores que consolidan el acto voluntario son: la razón, la reflexión y la libertad (pp. 173-203), estos corresponden a lo que algunos autores denominan discernimiento intención y libertad.

Ahora bien, se tiene conocimiento que la facultad de conocer o entender constituye la regla general de la existencia humana cuando el ser se encuentra en la plenitud de su desenvolvimiento, mientras que al privar de esa facultad a los particulares sería un caso excepcional, lo que conocemos como vicio de la voluntad.

Otra de las características, es que la autonomía de la voluntad es lícita y posible, su objeto debe estar dentro del ordenamiento jurídico y, debe existir y ser determinado para su fin. Esta característica se relaciona con ciertos límites que tiene la voluntad privada al momento de ser ejercida; es decir, esta autonomía encuentra sus límites en la función del orden jurídico general del Derecho objetivo de dar la justa preferencia a los intereses de la comunidad frente al interés particular y de salvar las fundamentales bases morales y económicas de la vida común. Sobre este punto profundizaremos más adelante.

En último lugar, tiene consecuencias en el ámbito jurídico dependiendo de que sea dentro de un contrato u acto jurídico.

Asimismo, la relevancia que tiene la autonomía de la voluntad se plasma dentro de cada particular, según la filosofía Kantiana, la cual define como aquella parte que necesita que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos a fin de que estos establezcan relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad. Son las propias personas quienes dictan sus propias normas para regular sus relaciones jurídicas privados. Con la finalidad de buscar que las personas sepan tomar decisiones que no afecten o alteren al ordenamiento jurídico, las buenas costumbres y los derechos de los demás; siendo estos últimos los límites ante sus propias decisiones.

De este modo se debe enfatizar que la autonomía de la voluntad tiene una especial relevancia que es la libertad ya que se reconoce la libertad particular y su tutela jurídica. Por lo que, la libertad humana y el poder jurídico debe entenderse como el derecho objetivo que reconoce a los sujetos la regulación de sus propios intereses.

Para concluir, de acuerdo a lo señalado por Vidal (2016) la autonomía de la voluntad es la relación vinculante entre la libertad y la fuerza simultáneamente, ya que la voluntad libremente exteriorizada mediante el acto jurídico crea, regula, modifica o extingue la relación jurídica sin que el sujeto, salvo los actos ad nutum, puede desentenderse de los efectos vinculatorios que genera la manifestación de su voluntad. Sin embargo, la libertad que ostentan

las personas debe estar dentro de parámetros o límites que permitan que se proteja los derechos de todos y exista una convivencia armoniosa en sociedad. Respecto a esos límites o parámetros nos referiremos a continuación.

### **1.3 Límites**

En este punto nos centraremos en las relaciones jurídicas de los particulares en los cuales no existe algún molde o parámetros establecidos en cuanto a las relaciones jurídicas que puedan surgir entre las personas, ya que ello recae sobre las manos de los propios interesados la regulación de sus intereses. Si bien se deja a discrecionalidad de las partes llegar a un acuerdo ante alguna relación jurídica entre ambas, sin embargo, ante la sociedad, en general, se rige por diferentes preceptos sobre lo permisible o correcto; es decir, de acuerdo a lo señalado por Bazán (2019) todo acto público e incluso privado (hecho que causa problemas y motivo de debates) está obligado a tener inherentemente una motivación con cara hacia el bien.

Se trata sin duda, y así lo expresa Hinestrosa (2014) respecto de los principios y valores éticos políticos-sociales, unos de naturaleza colectiva, con relación a la convivencia pacífica y civilizada entre los hombres frente a un crecimiento económico y social de naturaleza individual, relativos a la dignidad, libertad y a la seguridad de los particulares, considerados por la sociedad como esenciales o fundamentales en cada oportunidad o circunstancia para su desarrollo y para la realización de sus ideales, siendo estos últimos expresados dentro del ordenamiento jurídico, en primer lugar en la constitución, luego en la legislación y por último, en el aspecto objetivo y subjetivo del juez.

En ese sentido, la autonomía de la voluntad privada siempre se ha encontrado sometida a límites expresados de ordinario en los conceptos de orden público, las buenas costumbres y el ordenamiento jurídico ya que estos brindan la legitimidad obligatoria para cualquier acto que tenga algún tipo de repercusión jurídica dentro de la sociedad en la que se desenvuelven las personas; respecto a ello veremos de manera individual a cada uno de los límites.

#### **a) Orden público**

Este límite, ha sufrido diversos cambios en su concepto a lo largo del tiempo. Por lo que, primero haremos referencia a la definición conceptual emitida por la Real Academia Española (2014), la cual señala que el Orden Público, la define de la siguiente manera: como primer concepto, es la situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas en las que las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades. Por otro lado, la define como un derivado de los principios informadores del orden social que constituyen el límite a la libertad de pactos. Incluso lo entiende como aquel conjunto de principios y valores

que se estiman fundamentales en un orden jurídico nacional y que impiden la aplicación, en otro caso obligada, de la ley extranjera (23.<sup>a</sup> ed.)

En ese sentido, se puede decir que el orden público o este conjunto de principios tienen un papel importante en salvaguardar el normal desarrollo de la convivencia social entre las personas dentro de una sociedad, aun cuando ello signifique poner límites a sus derechos para un fin superior. Se puede apreciar en la siguiente cita del catedrático Zavaleta:

Conforme a los conceptos que se mencionan se puede advertir que el orden público lo que busca es garantizar la seguridad jurídica dentro de la sociedad, por lo tanto y de acuerdo a la complejidad que una sociedad como la nuestra y para que se cumpla con la finalidad del bienestar social que se quiere a través del orden público se debe analizar fundamentalmente los intereses que comprenden tanto el orden público como privado (Hinestrosa, 2014, p.17).

Acorde con lo dicho precedentemente, el orden público se origina con la importancia y relevancia que tiene el interés social frente a los intereses particulares, el cual procura encaminar la actividad privada considerando lo más conveniente para toda la sociedad, como se la considere en el momento y según las circunstancias más útil socialmente. Es por ello que, la organización social se expresa dentro del ordenamiento legal, siendo este establecido por el Estado.

Por otro lado, para Betancourt (2012) el concepto de orden público se le puede ubicar dentro de niveles de mayor abstracción conceptual y, por lo tanto, su significado podría cambiar, en mayor o menor medida, no solo en relación a la función que se le pueda dar, sino también al momento en que sea utilizada. Así, en el contexto del derecho civil, el orden público se identifica como un concepto indefinido de derecho, que en muchos casos forma parte de las normas que regulan el derecho a la libre contratación y que, dentro del sistema contractual, deriva su legitimidad del supuesto llamado voluntad. Existencia del principio de autonomía.

Los conceptos de orden público y las decisiones de protección de los intereses de la mayoría se encuentran íntimamente relacionadas con los conceptos de legalidad y legitimidad. La relación entre la legalidad y legitimidad de las instituciones jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico se considera uno de los temas más importantes en el campo del Derecho. Pues bien, dado que el concepto de orden público tiene mucho que ver con dichos conceptos, es importante precisar brevemente el planteamiento de la legalidad y de la legitimidad del orden público.

Así que, una primera respuesta como manifiesta Hinestrosa (2014) sobre el concepto de Orden Público frente a la autonomía de la voluntad privada, este se puede hallar en la invalidez de los actos o normas expresamente prohibidas por la ley. De acuerdo con este supuesto, el

orden público se establece legislativamente y, por consiguiente, los individuos como la jurisdicción obtienen por ese medio, certeza inmediata y, por lo tanto, seguridad.

Entonces, un acto nulo de nulidad de orden público, como lo indica Betancourt (2012) podría definirse como un acto que no ha sido claramente regulado pero que es, en todo sentido, un acto injusto, un acto que va contra al interés público, por lo que, por dicha razón su ejecución no sería aceptada por la mayoría de la sociedad y, por lo que, se le considera nulo, situación que se encuentra estrechamente ligada con el problema de la legitimidad del acto y no con el problema de su legalidad.

En ese sentido, la primacía del interés social sobre la particular hacen que prevalezca el primero sobre el individual, pues están en un constante enfrentamiento, ya que la autonomía de la voluntad es propio de la libertad humana mientras que el orden público, asegura Vidal (2016), es limitado y variable porque está determinado por los fenómenos sociales, políticos y económicos que generan cambios en el ordenamiento jurídico del que deriva el poder jurídico para la autorregulación de los intereses de los propios particulares.

Al hablar de imponer limitaciones y es mutable, esto quiere decir que, el concepto de orden público es relativo, inestable, variando en el tiempo y en el espacio. Esta es una característica diferenciadora, ya que según Pérez (2012) manifiesta que el organismo encargado de aplicar la ley es obligado a prestar la debida atención al estado de una situación que se le pueda plantear.

Se puede concluir que, se entiende por orden público aquello que el Estado impone como límites ante la sociedad y este primará frente a la autonomía de la voluntad de los individuos. En palabras de Pérez (2012), el orden público es la base, el aspecto central, consistente y perdurable, del orden social. Se dice que es sinónimo de convivencia ordenada, segura, pacífica y equilibrada, ya que consiste en leyes que involucran a la comunidad y que es igualmente aprovechable para todos, es decir, son escritas en intereses de todos y no para el interés de cada uno en particular; Por lo que, ante cualquier decisión dentro de una relación jurídica debe estar dentro de los parámetros que el estado impone a fin de que prevalezca el interés público frente al particular.

#### b) Buenas costumbres

Antes de establecer cuál es la noción de buenas costumbres es preciso tener claro que es la costumbre en un sentido estricto. Por lo que, podríamos definir a la costumbre como aquel elemento material, hecho que se repite de manera continua, uniforme y más o menos duradera, y a su vez tiene un elemento psicológico, que es la voluntad de crear la norma.

Con relación al concepto jurídico de este límite de la voluntad de los particulares, se plasma de la siguiente manera por la Enciclopedia Jurídica, la cual la define como aquella regla impuesta por la moral social en una época dada y cuya violación puede provocar la nulidad de una convención. Conformidad que debe existir entre los actos humanos y los principios de la moral (Enciclopedia Jurídica s/f. a: párr. 1-2). Esta definición presenta dos puntos relevantes, la primer de ellas, es que es dada en una época como reglas sociales y en conformidad con la moral.

Del mismo modo, algunos han argumentado que los conceptos dados al orden público es de carácter normativo mientras que las buenas costumbres presenta un carácter extra-normativo y, de este modo, se aprecia que -las normas de orden público- son meras reglas las cuales no pueden ser desconocidas frente a convenio alguno; mientras que la noción de buenas costumbres implica el cumplimiento de ciertos preceptos de carácter moral, es decir, aquellos que son tolerados y que, de ninguna manera, infringen las normas jurídicas de una determinada sociedad, y que al ser incluidos dentro del ordenamiento jurídico positivo se convierten en normas de orden público. Por parte de la doctrina italiana, y así lo indica Betancourt (2012), al preguntarse sobre el motivo de la distinción entre estos dos conceptos, y al justificar la validez de las diferencias entre ellas, se ha podido llegar a la conclusión de que, al referirnos a las buenas costumbres, esta no tenía carácter normativo alguno, sino más bien un carácter estrictamente ético social, pero sobre todo muy amplio.

En tal sentido, Bazán (2019) señala que es una limitación inherente a la libertad contractual, que resulta de la violación de la moral objetiva dentro del marco del derecho. Además, se suele decir que son buenas costumbres las formas de ser de los particulares que hacen de sí, su estima y ponderación que los ubica dentro de la sociedad como personas distintas entre sí. Es por ello, que tanto la noción de orden público como el de las buenas costumbres han sido estrechamente ligadas, incluso se les ha asemejado, ya que se considera en su mayoría como un tipo de género y especie respectivamente. Por otro lado, el orden público es considerado un principio establecido y objetivo en un territorio, siendo distinto en el caso de las buenas costumbres, la cual sería un concepto meramente subjetivo e influenciado por tradiciones de acuerdo con la época.

Entonces, desde esa perspectiva, las buenas costumbres se entienden que se basa en la armonía con la que se deben relacionar las personas entre sus otros semejantes, procurando hacer respetar los derechos de todas las personas que conforman una sociedad, así como, contribuir para que la persona cumpla con sus obligaciones y deberes, ello con la finalidad de

mantener una convivencia pacífica. En ese sentido, la costumbre como el Orden Público tiene el sustento de los valores dentro del campo de la deontología.

En conclusión, las buenas costumbres son conductas que rigen y definen la personalidad de una persona de tal manera que no tiendan a influir en la conducta de terceros; es decir, su esencia existe en forma de comportamiento social, pero está determinada por la religión, la ética, la moral, los cambios históricos que las concesiones generales otorgan a los individuos bajo la influencia de dogmas políticos e ideológicos y con base en las siguientes condiciones orden público, ello dentro del marco de la constitución.

Es por lo que con relación al tema que se investiga, se deberá tomar en cuenta este límite de la autonomía de la voluntad particular ante hechos que involucren a demás personas ya que se debe buscar siempre el bien común de todos; por esto es que existe un cierto vínculo con el orden público y la moral dentro de una sociedad.

#### c) Ordenamiento Jurídico

Como último límite tenemos al ordenamiento jurídico el cual es definido por la Real Academia Española (2014) como el conjunto de reglas escritas, principios y valores que regulan la organización del poder, las relaciones con los ciudadanos y las garantías de los derechos y las relaciones entre sí, así como las políticas públicas ordenan en beneficio del interés general (23.<sup>a</sup> ed.).

Las leyes al establecer cómo medir la validez de los actos o disposiciones administrativas equivaldrían a caer en un positivismo superado olvidando que el contenido jurídico no está acotado ni limitado por las normas escritas, sino que se remite a los principios y a la normatividad inmanente de la naturaleza de las instituciones.

Como se ha señalado anteriormente, tenemos el carácter imperativo de la ley, la misma que resulta de la *ratio legis*, que se refiere a los actos los cuales son opuestos a las normas imperativas y a las prohibitivas las cuales pasan a ser nulos de pleno derecho, salvo que dentro de ellas se establezca un efecto distinto para el caso en vulneración de la norma.

De esta forma se busca el respeto a los principios y normas legisladas en el Derecho administrativo, en el Derecho constitucional y demás normas constitutivas del Derecho positivo del Estado, según Lohmann (1987) esta es la razón por la cual los pactos entre los privados no pueden dejarse sin efecto o ir en contra de las normas sustantivas del derecho común.

Siendo estas normas imperativas aplicadas de manera inmediata para que haya seguridad, salubridad o moralidad en las relaciones jurídicas que crean las personas que conforman una sociedad. De esta forma interviene el Estado para que pueda llegar a la estatización de determinadas actividades, así Vidal (2016) advierte que muchas veces

favorecida por la mala administración de los particulares y el aserto de estos, cuando están de por medio los intereses y la utilidad pública, apenas gozan de una concesión graciosa de la autoridad.

El Derecho, entonces, está orientado por los mismos principios, como corresponde a la unidad del sistema y las divisiones, y comportamientos comunicados y rivales son artificiales y artificiosas. Por lo tanto, se puede concluir diciendo que la autonomía de la voluntad se encuentra limitada siempre que no se vulneren los derechos de terceros y que el propio Estado no se encuentra afecto ante las actitudes o actos realizados por los particulares, los cuales deberán seguir ciertos lineamientos para que puedan ejercer de forma adecuada sus derechos dentro de las diferentes relaciones jurídicas que puedan establecerse dentro de la sociedad.

Esto nos lleva a desarrollar de una manera más profunda uno de los mecanismos de solución de conflictos en el cual las personas dentro de una relación jurídica buscan establecer una solución ante algún conflicto social al que se puedan encontrar inmersos sin la necesidad de buscar una solución dada por un tercero, que en la mayoría de casos puede ser un juez o algún otro representante del Estado. En la presente investigación hablaremos sobre la Conciliación y qué efectos puede llevar la misma si la solución tomada llega a afectar de cierta forma al orden social.

#### **1.4 La Conciliación**

Continuando con lo desarrollado anteriormente sobre la autonomía de la voluntad; hay que preguntarnos ¿De qué forma expresan los ciudadanos la autonomía de la voluntad dentro de un conflicto social? ¿Y qué efectos o consecuencias produciría la voluntad privada dentro de un conflicto social? ¿Se plasma de la misma manera dentro de un proceso judicial que en un mecanismo alternativo de solución de conflicto?

Respecto a ello, hay que tener claro que la voluntad de las partes tiene un papel importante dentro de dichos conflictos ya que son las propias partes quienes buscarán satisfacer sus intereses particulares. Con ello, se quiere decir que al haber un conflicto social las partes querrán llegar a una solución, y, por tanto, buscarán resolverlo de una manera más rápida, eficaz y que ambas puedan, de alguna manera, ser satisfacias con lo que desean obtener, sin embargo, esto no obtienen, muchas veces, con un tercero interviniente, quien es el que decide que solución darle a una determinada situación, como es el caso del juez dentro de los procesos judiciales. Es por ello, que existe un abanico de posibles mecanismos de solución paralelos a los procesos judiciales, estos conocidos como los Mecanismos de Solución Alternativa de Conflictos (MARC).

Según La Rosa y Rivas (2018), esto responde a que el empleo masivo del sistema judicial para la resolución de conflictos, en los últimos años, no solo en el Perú sino en toda Latinoamérica, se ha podido observar un incremento en el conocimiento y empleo de estos Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Y estos, se plantearon como la solución aquella disconformidad de la sociedad respecto de los sistemas judiciales latinoamericanos para impartir de forma adecuada la justicia.

Ante ello, los MARCs no son solo la contrapartida a esa solución de controversias frente del mecanismo más común para la resolución de conflictos (proceso judicial), sino que son un tanto el resultado de una necesidad de las partes no solo de resolver los aspectos jurídicos del conflicto sino también de querer llegar a una solución integral que tenga en cuenta las posibles razones e intereses personales afectivos, sociales y de otras índoles que pudieran tener las partes. Cabe en ese sentido mencionar que los MARCs más importantes tenemos a la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, entre otros.

En la presente investigación nos detendremos a desarrollar uno de los mecanismos más usados por los particulares al momento de buscar una solución rápida y eficaz siendo esta la conciliación.

#### **1.4.1 Concepto y características**

Respecto al concepto que se le da a la Conciliación; primero, hay que analizar de dónde proviene la palabra conciliación, viene de la palabra latín *conciliatio*, Onís. En cuanto a la expresión en latín *conciliare*, Osorio (2002) comenta que, corresponde a ajustar o componer ánimos opuestos entre sí. Asimismo, según el diccionario de la Real Academia Española (2014) establece equivalencia de acción y efectos de conciliar (23.<sup>a</sup> ed.).

Ahora bien, para desarrollar un poco más a profundidad el concepto de Conciliación, Abanto (2016) nos dice que, es necesario realizar una diferenciación respecto al proceso judicial. Por lo que, hablaremos primero de este proceso en donde la solución del conflicto se encuentra dentro de la decisión del Juez, quien luego de haber realizado los actos necesarios y el análisis de los hechos, llega a ciertas ideas respecto de ellos y sus circunstancias; para luego, analizar dichos hechos dentro de los parámetros del ordenamiento jurídico y arribar con ello a conclusiones jurídicas factibles dentro de ese contexto analizado, siendo esto último plasmado dentro de una decisión final, considerando diversos factores, como los principios en juego, las consecuencias que conllevaría esa decisión en los aspectos sociales y económicas entre otros aspectos. Esta solución de la controversia es conocida como hetero compositiva, ya que la solución se encuentra fuera de la decisión de las partes ya que se delega a otro u otros las decisiones cuyas consecuencias afectarán a las partes.

Caso contrario, se observa en la conciliación que es una forma de autocomposición, esto quiere decir, que las personas tienen la facultad de componerse por sí mismas, tomar decisiones necesarias para solucionar sus controversias, administrar justicia directamente, tienen la autonomía para definir el curso de su propia vida ante los conflictos, siendo las partes responsables personalmente de los efectos, mediante la aplicación de los conceptos de justicia al caso particular.

Sobre esto, según lo señalado en el Artículo 3° de la Ley N° 26872, este reconoce a la conciliación su carácter consensual en el que se respeta el principio de la autonomía de la voluntad, al señalar que: “La Conciliación es una institución consensual, en tal sentido, los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes” (Abanto, 2010, p. 48). Asimismo, existen dos formas en la que se puede realizar la conciliación; antes de acudir al juez (conciliación extrajudicial), o dentro de un proceso judicial (conciliación judicial). Cabe indicar que, según Ortells (2015), este mecanismo alternativo de solución de conflicto es una manera de autocomposición, que en cuanto a ella se refiere, un tercero suele intervenir, sin embargo, no decide sobre la solución, sino más bien dirige y ayuda a que las partes logren un acuerdo que solucione el conflicto. (p.262).

Según el enfoque que tiene la dra. Ledesma (2000), en su libro “Procedimiento conciliatorio, enfoque teórico normativo”, en el define a la conciliación como un acto jurídico, más no un negocio jurídico, que encuentra solución en el conjunto de voluntades de las partes involucradas en el conflicto, suministrando el ordenamiento jurídico para la autodeterminación de las partes, a fin de conseguir el efecto práctico tutelado por derecho respecto a la solución del conflicto (p.75-76). Si tomamos dicha postura, afirmaríamos hasta cierto punto que los acuerdos a los que se llegue dentro de la conciliación no son realizados dentro de un acuerdo de voluntades de las propias partes involucradas. Hay que enfatizar que los efectos que se produzcan dentro de la conciliación son de la propia voluntad de las partes interesadas a llegar a una solución a su conflicto.

Cabe señalar que, según Osorio (2002), la conciliación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por el cual las propias partes llegan a un acuerdo satisfactorio, solucionando de esta manera sus propias controversias, siempre que ellas sean susceptibles de transacción, desistimiento y aquello que exprese la ley. Ello a razón de que se podrá llegar a una solución más rápida y eficaz ya que dicha solución es dada por las propias partes interesadas.

Por otro lado, teniendo ya un poco más claro el concepto de la conciliación se podrán determinar cuáles son sus características, siendo estas las siguientes: La primera de ellas y a su

vez una de las más importantes no solo de la conciliación sino también de todos los MARCs, es la autonomía de la voluntad, la cual es la expresión máxima de la voluntad de los individuos, porque a través de ella se permite la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas para la satisfacción de aquellos intereses o necesidades en conflicto.

Según Vidal (2016), “este principio (...) responde a un concepto puramente doctrinaria y es el contorno sobre el que se exponen las ideas enfatizándose la nota referida a la libertad” (pp.104-105). Ello en relación a que, este tipo de mecanismos resulta ser favorables para ambas partes ya que son ellos mismos los que deciden resolver su problema. Es por ello que, la conciliación, va más allá de ser un acto de autonomía privada que reglamenta una relación o situación jurídica; ya que es fuente de una regla jurídica, de una disposición de la propia autonomía privada. Esto es, según Ledesma (2000), “el poder conferido a las personas no solo lleva consigo la creación de relaciones jurídicas sino también la denominación de su contenido” (p.76).

En segundo lugar, tenemos al objeto determinado o determinable que sería aquellas materias que traten sobre derechos disponibles de las partes. Tiene como objeto el reunir requisitos como: la posibilidad, la licitud, la determinabilidad y la patrimonialidad.

La tercera característica según La rosa y Rivas (2018) “tiene relación con la primera que es la consensualidad, esta quiere decir que, la conciliación es un proceso por el cual las partes adoptan libremente un acuerdo determinado. El acuerdo es vinculante solo si las partes lo han aceptado libremente (autonomía de la voluntad)” (p.46). Esta vinculatoriedad, hace referencia a que en la medida en que se lleguen a acuerdos entre las partes, estos tienen fuerza vinculante para las partes de la controversia ya que satisfacen sus propios intereses, siendo esta vinculatoriedad respaldada por mandato legal.

En cuarto lugar, tenemos a la idoneidad de terceros; en el caso de la conciliación, el tercero es el conciliador quien es una persona preparada para llevar a cabo la conciliación y resolver los conflictos que se le puedan plantear; tiene un cierto grado de involucramiento en el procedimiento de solución.

Según Abanto y Jaime (2016), que en palabras de Chávez y Romero señalan que el tercero “debe ser neutral e imparcial aceptado por las partes y que a su vez este no tenga ningún vínculo con las partes ni busque favorecer los intereses de una de las partes. Hay que mencionar que, si bien el conciliador es responsable del control del proceso, este al momento de proponer fórmulas de solución de conflicto, no puede imponer ninguna solución que no sea aceptada por los interesados” (p. 52).

Como quinta característica Hinostraza (1998) menciona la informalidad: la conciliación es un procedimiento flexible, informal y práctico que no requiere de mayor formalidad para el logro de un acuerdo, con ello lo que se busca evitar es un proceso lento y tedioso para las partes.

Sexta característica importante es la confidencialidad, ello a que los temas o controversias planteadas en la conciliación son de índole exclusivamente de las partes; aquí ni el conciliador ni las partes pueden poner en conocimiento a terceros de lo que se ha decidido dentro de la audiencia de conciliación, ni las pruebas presentadas durante la audiencia, y mucho menos lo acordado que se encuentra plasmado en el acta de conciliación. Con ello se promueve la privacidad de las partes a fin de que solamente se expresen ante aquellos directamente vinculados con la controversia.

Asimismo, como penúltima característica, tenemos a la horizontalidad, este se refiere a que el conciliador es quien queda a cargo de que las partes pueden llegar a un acuerdo y que este se desarrolle de manera armónica y horizontal con la finalidad de que las partes cooperen en llegar a un acuerdo eficaz y proporcional para ambos.

Por último, tenemos el acuerdo solemne: las partes al llegar a un acuerdo dentro de la conciliación este es una verdadera expresión de la autonomía de la voluntad de ambas partes. La validez de dicho acuerdo está sujeta a la observancia de las formalidades solemnes, prevista en el artículo 16 de Ley de la conciliación (2008). Dicho acuerdo debe estar expresamente dado dentro del acta de conciliación la misma que contiene los acuerdos ciertos, expresos y exigibles establecidos por las partes.

Respecto a esta última característica, las formalidades *ad solemnitatem* está dirigido a dotar de eficacia al acuerdo. Nuestro código civil establece que para mantener la validez de un acto jurídico en una forma determinada se observe la forma prescrita que debe estar bajo sanción de nulidad. Como señala Lohmann (1987), existen formalidades que responden a la necesidad de garantizar tanto la declaración como el correspondiente contenido perceptivo, pues, el negocio, como está dicho, no es solo una voluntad de querer, sino una voluntad de un querer determinado y por consiguiente dirigido a un resultado previsto de alcanzar (p. 432).

#### **1.4.2 Clases**

Si bien existen varias clases de la conciliación, al referirnos a las clases en este punto, si bien existen distintos criterios de clasificaciones respecto al tema, sin embargo, nos basaremos únicamente en los criterios que nos sean útiles para el desarrollo de la presente investigación. En ese sentido, se desarrollará este apartado según la clase de acuerdo con la oportunidad o momento en que se realice, siendo estos la conciliación procesal o conocida

también como conciliación judicial, y la conciliación extrajudicial, las mismas que son las más conocidas y utilizadas por la sociedad.

**1.4.2.1 Conciliación Procesal.** Respecto a esta clase, según Ledesma (2000) es conocida también como conciliación intraprocesal o conciliación judicial, este tipo de conciliación tiene lugar dentro de un proceso judicial en donde las partes bajo la dirección de un tercero, el juez, intercambiarán sus pretensiones o posiciones frente a la controversia y serán ellos quienes busquen llegar a un acuerdo, el cual deberá ser satisfactorio para ambos y al momento de llegar a ese acuerdo este tendrá los mismos efectos de cosa juzgada y que a su vez se sancionara pecuniariamente a quien se resiste a ello.

Así, la conciliación judicial se constituye como una etapa procesal. La rosa y Rivas (2018) mencionan que esta etapa, por lo general, es de temporalidad dinámica, es decir, las partes pueden convocarla en cualquier momento del proceso (siempre y cuando todavía no haya sentencia de segunda instancia). No obstante, como bien se sabe el juez podrá convocar en una etapa en específico del proceso, la audiencia de conciliación.

La finalidad de esta conciliación no está enfocada a no judicializar el conflicto, sino al contrario, el conflicto se trabajará judicializado con la finalidad de lograr una solución basada en la autonomía de la voluntad de los particulares y no de la decisión jurisdiccional. La audiencia conciliatoria es realizada de manera pacífica por la actividad judicial y está dirigido a atenuar las emociones o ánimos de las partes a fin de no prolongar el conflicto entre ambos y poder obtener respuestas sin la necesidad de obtenerlas de una sentencia definitiva.

Cabe precisar que, la conciliación judicial o procesal es una forma especial de poder concluir de manera rápida un proceso judicial y se considera uno de los medios más apropiados y eficaces para lograr esa finalidad abstracta que es la de alcanzar la paz social en justicia. Por lo que, supone la conformidad del resultado obtenido en la conciliación; siendo ello, distinto cuando es el juez quien resuelve la controversia a través de una sentencia.

Para Gozaini según Ledesma (2000), la presencia del tercero en el proceso judicial, el juez, hace que dentro de esa audiencia se cuente con una parte distinta o imparcial al conflicto establecido por las partes: es decir, ya no se cuenta únicamente con la sola voluntad de las mismas, sino que hay un elemento de prudencia que permitirá conocer cierta postura ante los hechos que se afrontan. En otras palabras, la conciliación cuenta con un justo camino hacia ser un acto poder para el órgano jurisdiccional y un derecho dispositivo para las partes.

Como bien se señala, la conciliación es un derecho absolutamente dispositivo para las partes, por lo que dentro de un proceso judicial las partes pueden llegar a un acuerdo en cualquier estado del proceso antes de que se dicte sentencia de segunda instancia. ¿Será esto

factible cuando ya existe una sentencia de primera instancia, que sucedería con ella cuando las partes lleguen a conciliar en segunda instancia? ¿Cuál prevalecería? Respecto a estas preguntas enfatizaremos en los siguientes capítulos.

**1.4.2.2 Conciliación Extrajudicial.** Como se ha visto, la conciliación judicial es aquella que se da dentro de un proceso judicial. En cuanto a la conciliación extrajudicial, según la Ley N° 26872 (2008) prescribe que:

La conciliación Extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto (p.2).

Así, la conciliación extrajudicial es un procedimiento independiente con requisitos y características especiales. Entre ellos tenemos que se lleva a cabo dentro de un centro de conciliación el cual debe cumplir con ciertos requisitos legales, debiendo contar con un conciliador adscrito al centro de conciliación, la concurrencia a la conciliación extrajudicial es personalísima, es decir, no cabe la posibilidad de que se lleve a cabo mediante representación legal, a excepción de aquellas personas que deban actuar a través de representantes.

Asimismo, mencionan La rosa y Rivas (2018) que un abogado del mismo centro de conciliación será quien supervise ese acuerdo al que hayan llegado las partes, en ese sentido será quien garantice la legalidad de ese acuerdo y, por último, ese acuerdo ya sea parcial o total, al que lleguen las partes se encuentra plasmado dentro del acta de conciliación, el cual tiene carácter de título ejecutivo. Por tanto, al tener el carácter de título ejecutivo este puede ser presentado ante un proceso de ejecución a efectos de que se cumpla con lo acordado.

Es importante este tipo de soluciones de controversias ya que de manera inmediata le pone fin al proceso, en ese sentido lo que busca es que no se prolongue por más tiempo el proceso y ello, a razón de que son las propias partes quienes de acuerdo al dialogo y al consenso mutuo llegan a un acuerdo que le pone fin a dicha controversia, lo que implica la satisfacción de estos, mencionar que no se constituye parte vencedora o vencida.

Por último, Hinostroza (1998) señala que la conciliación es importante porque el contenido del acuerdo es flexible y dirigido al juez, siendo un medio por el cual se pone fin al proceso sin necesidad de llegar a mayores complicaciones. Sin embargo, es exigible toda vez que de no llegar a cumplir dicho acuerdo y al ser título ejecutivo, las partes pueden acudir ante el juez para que ante ese incumplimiento soliciten la ejecución de lo acordado en el centro de conciliación.

Como dice Monroy Cabra según Hinostroza (1998), la entrega de la conciliación en cuanto a su diversidad, representa un método eficaz para alcanzar la descongestión de

despachos judiciales, promoviendo la paz y armonía social, asegurando mejor acceso a la justicia y garantizando la seguridad jurídica que resulta indispensable para la inversión y el desarrollo sostenible del Estado. (p.55)

Por su parte, en palabras de Ormachea según Hinostroza (1998) señala que; una de las ventajas de la conciliación es la posibilidad de resolver los conflictos, sin perder los intereses y necesidades de los involucrados; Al quedar las partes satisfechas, se cerraría toda posibilidad de un rebote del conflicto. El autor concluye diciendo que aparte de los aspectos, la conciliación permite aminorar el costo del proceso, el trauma judicial que sufrirían las partes de este, la pérdida de tiempo y la incertidumbre de un fallo a favor o en contra. (p.55).

En función a lo señalado en cada clase de conciliación, podemos hacer una exposición de las diferencias entre ambas conciliaciones: Primero que, en la conciliación judicial, el conciliador es el propio juez, mientras que en la conciliación extrajudicial viene a ser un tercero capacitado. En segundo lugar, se realiza dentro de tribunales judiciales a diferencia de la conciliación extrajudicial que se produce dentro de un centro de conciliación.

En tercer lugar, la conciliación judicial se realiza dentro de la audiencia de Conciliación, contrario a la extrajudicial que es un procedimiento autónomo. En cuarto lugar, las partes, en la conciliación judicial, pueden estar representadas por sus apoderados, sin embargo, esto no ocurre en la conciliación extrajudicial en donde la participación debe ser personalísima. Y, por último, la conciliación judicial se encuentra limitada por los puntos controvertidos del proceso a diferencia de la conciliación extrajudicial, la cual abarca todas las controversias que las partes tengan. Como puede verse existen ciertas diferencias respecto a cada una de estas clases de conciliación, sin embargo, se tiene como eje común la autonomía de la voluntad de las partes ya que son ellas mismas las que ponen fin a sus controversias.

A manera de conclusión, podemos decir que la conciliación es un instituido adecuado para encontrar la justicia, por parte de aquellos que están dentro del conflicto social determinado, y es por ello, que conocen a que aspiran y como pueden llegar a satisfacer de esta manera sus necesidades, en el contexto concreto en el que se produce dicha controversia y en qué momento u oportunidad en el que se da dicho conflicto. Si bien es cierto, en la conciliación, las partes son las que deciden ponerles fin a sus diferencias estos acuerdos deben estar acorde a la ley, las buenas costumbres y al orden público, como se ha señalado en el primer apartado, en donde estos tres ponen límite a la autonomía de la voluntad, a efectos de que el orden social no se vea afectado por la decisión de algunos.

### **1.5 Ventajas y desventajas de una conciliación extrajudicial y una judicial**

Ahora bien, existen dos clases de conciliación, la conciliación judicial y la extrajudicial; ya se han visto las diferencias de ambas en el anterior apartado; ahora será necesario ver cuál de estas dos clases presenta más ventajas y desventajas para la solución de conflictos sociales.

La primera de las ventajas que mencionan Abanto y Jaime (2010) de la conciliación judicial es que puede darse en cualquier estado del proceso antes de que se dicte sentencia en segunda instancia. Sin embargo, una de las desventajas de la misma es que al poder realizarlo en cualquier estado del proceso, esta puede llegar a ser más duradera, tediosa y muy costosa. Por otro lado, La rosa y Rivas (2018) mencionan que a diferencia de la conciliación extrajudicial constituye un mecanismo que se desenvuelve y concluye de manera más rápida que el proceso judicial.

Otras de las ventajas que tiene la conciliación judicial es que se tiene más información, por lo que el juez, podrá tener conocimiento de lo que quieren las partes ya que estas han presentado sus pretensiones por escrito en la demanda y contestación de demanda. Una de las desventajas de esta clase de conciliación según Herrera y Mantilla (2007) es que el juez, al momento de realizar la audiencia de conciliación, debe de realizarse de acuerdo con las normas procesales, olvidándose del carácter consensual de las partes. Mientras que en la conciliación extrajudicial, en su labor pragmática, permite que el conciliador puede realizar sesiones independientes en cada parte, con la finalidad de saber en mayor detalle lo que quiere decir cada una de las partes y formular soluciones que se adecuen a las necesidades de ambas partes.

Otra ventaja advierte Abanto y Jaime (2010) es el hecho de que la conciliación extrajudicial es un procedimiento flexible ya que tienen un mínimo de formalidades, lo que efectivamente ayuda a descongestionar la carga procesal a los jueces. Y esto responde a que la conciliación se configura como un mecanismo dinámico y flexible a la conveniencia de las partes. Al ser flexible, son las mismas partes quienes deciden la solución del problema, dando lugar a que ese acuerdo sea lícito y de cualquier clase, haciendo referencia, de esta manera, a la informalidad para llevar a las partes a una convivencia de paz.

En relación con ello, La rosa y Rivas (2018) mencionan que otra de las ventajas en la conciliación extrajudicial es la confidencialidad y reserva de las pretensiones planteadas por las partes dentro de esta. Esto quiere decir que, la conciliación es un mecanismo privado, por lo que la información que se manifieste a lo largo del mecanismo será conocida únicamente por las partes, no pudiendo acceder a dicha información terceros ajenos a la controversia. Caso contrario, sucede con la conciliación judicial ya que al realizarse dentro de un proceso estos tienen carácter público, es decir no solo pueden las partes conocer sobre el conflicto, sino que

pueden presentarse terceras personas en el proceso como espectadores o personas que realizan alguna función o trabajo encomendado por el juez (en el caso de peritos).

Es necesario diferenciar que al mencionar anteriormente a terceros no se hace referencia al tercero llamado conciliador ya que este es el guía de las partes para el desarrollo de este procedimiento. Cabe mencionar que el conciliador varía de acuerdo al tipo de conciliación que se está llevando a cabo ya que si estamos dentro de una conciliación extrajudicial, el conciliador, puede o no ser un abogado lo que representaría una desventaja toda vez que en este tipo de procesos se hace referencia a derechos y obligaciones que tiene cada una de las partes una frente a la otra; por lo que esto conllevaría a dejar de lado las normas a aplicar en el caso concreto sin que esto afecte a la sociedad o al Estado.

Como última desventaja, Abanto y Jaime (2010) aseguran que es la posible inexistencia, nulidad e inejecutabilidad al convenio de conciliación, esto a razón de cómo se realiza la conciliación, es decir, de forma flexible e informal, puede que al o los acuerdos a los que lleguen las partes no estén dentro de los parámetros de la ley. Lo que es opuesto a la conciliación que se realice dentro de un proceso frente a un juez, será este quien ordenará la ejecución de lo acordado caso contrario se continuara con el proceso judicial.

Siendo estas las ventajas y desventajas que presenta cada clase de conciliación, cabe analizar cuan factible sería solucionar un conflicto por medio de esta figura, ya que como se puede ver prevalece más las ventajas que las desventajas. Sin embargo, ¿Quién o que determina si a las partes le conviene o no solucionar su conflicto a través de este mecanismo alternativo de solución de conflicto? Como se ha visto, al principio del desarrollo de lo que es la conciliación, esta es uno de los métodos alternativos de solución conflictos, en ese sentido, al investigar un poco más de cada uno, me llamo la atención el parecido que hay entre la conciliación y la transacción. Entonces, ¿por qué recurrir a la conciliación y no a la transacción? En tal sentido, profundizaremos en esta última figura viendo las semejanzas y diferencias con la conciliación.

## **1.6 Semejanza y Diferencia entre la Transacción y Conciliación**

Como se ha dicho al comienzo del desarrollo de este capítulo, para la solución de conflictos las partes al hacer uso de su autonomía de la voluntad pueden ellos escoger entre solucionar el problema dentro de un proceso judicial o por medio de los mecanismos alternativos de solución de conflicto, también conocido como MARCs; al escoger solucionar el conflicto a través de estos últimos, no es dispensable que se realice dentro de un proceso judicial en la mayoría de los casos se hace frente a un tercero quien tiene como función guiar a las partes a que lleguen a un acuerdo y ponerle fin a la problemática que se presente.

Dicho esto, como se sabe existen distintos métodos alternativos de solución de conflictos entre los cuales tenemos a la transacción, la negociación, la conciliación, la mediación entre otros. En este apartado, me referiré de manera puntual de la transacción y la conciliación, desarrollando sus diferencias y semejanzas ya que tienen cierto parecido en la solución de conflictos.

En primer lugar, hay que saber cuál es el concepto jurídico de la transacción que, según el código civil, en el Decreto Legislativo N° 295 (1984), en el artículo 1302, entiende por transacción aquellos acuerdos a los que llegan las partes ante un asunto dudoso o litigioso, a fin de evitar un conflicto posterior, asimismo mediante dichos acuerdos se puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones que se han constituido por la controversia entre las partes. Esta también tiene carácter de cosa juzgada. (p.433).

Ahora veremos que concepto le da el Código Procesal Civil a la conciliación, en la Resolución Ministerial 010-93 (1993), señalado en el Artículo 323, en el cual define a la conciliación como aquel acuerdo al que llega las partes a fin de ponerle fin a su conflicto de intereses salvo que se encuentra con pronunciamiento del juez en segundas instancias del proceso (p.85).

Dicho esto, Pacheco (2014) comenta que se puede apreciar que existen ciertas diferencias entre ambas figuras, la primera de ellas es que la transacción se realiza directamente por las partes intervinientes mientras que la conciliación debe ser realizada ante un tercero imbuido de autoridad por el ordenamiento.

Otro aspecto que las diferencia, según Ticona (2008) es que la transacción en el ordenamiento jurídico es aquel acto jurídico de naturaleza patrimonial (contrato); en el que las partes mediante concesiones recíprocas, deciden sobre asuntos dudoso o litigioso. Sin embargo, la conciliación es una institución consensual, donde el acuerdo dependerá únicamente de la voluntad de las partes, pero interviniendo un tercero para la formulación de sugerencias de solución de conflicto.

Con relación al punto anterior, la transacción, al ser un contrato, este debe cumplir con los requisitos para la validez de los contratos como lo son el consentimiento, la capacidad, objeto y causa lícita. A diferencia de la conciliación, al ser un acuerdo entre las partes debe reunir los requisitos de la Ley de Conciliación. Por otro lado, en la transacción se renuncia parcialmente a un derecho que puede continuar o no en curso un litigio. En la conciliación, no es recíproca, lo que se busca es un acuerdo que satisfaga a ambas partes sin que esto afecte a terceros.

En último lugar, la transacción mediante el mutuo acuerdo de las partes puede terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o evitar un litigio eventual. En cambio, en la conciliación es un requisito de procedibilidad para ciertos asuntos procesales (por ejemplo: demanda de alimentos), pero, claro está, que si se cumple el acuerdo al que llegaron las partes, se da por terminado el conflicto. Pero si no se cumpliera con el acuerdo, las partes pueden acudir ante el juez, como es el caso de la conciliación extrajudicial, para que este determine la solución del conflicto.

Respecto a las semejanzas, la primera es que ambas instituciones son autocompositivas, entendiéndose la misma como aquella en la que las personas para componerse por sí mismas, toman decisiones necesarias para solucionar sus controversias. De igual manera, dichas figuras buscan una transformación social en el mejoramiento de la convivencia social y del desarrollo.

Asimismo, indica Abanto (2016) pueden realizarse vía judicial o extrajudicial y, por último, ambas tienen carácter de cosa juzgada. El trasfondo común de ambas instituciones jurídicas constituye las cesiones recíprocas que se realizan sobre derechos litigiosos o dudosos para evitar un pleito que podría promoverse o para finalizar el que se había iniciado.

En efecto, tanto la Conciliación como la Transacción en ciertos aspectos se asemejan sobre todo en el hecho de que ambas buscan solucionar de manera pacífica y mediante la propia voluntad de las personas sus conflictos. Sin embargo, muchas veces las partes no llegan a hacer uso de dichos mecanismos por diferentes motivos, uno de ellos es la falta de información que se les brinda sobre ellos y otra que, en su mayoría, no se llega a un acuerdo por las propias partes. Por lo que, recurren al mecanismo más común y conocido que es el llevar el problema a instancias judiciales, siendo el juez quien se encargue de decidir qué medida o solución aplicar. De esta manera, al haber desarrollado que es la autonomía de la voluntad y como es que se plasma dentro la conciliación en la que las partes tiene un papel primordial para la solución de un conflicto. Al respecto, se debe conocer la otra cara de la moneda que sería la voluntad del Estado representado por el poder judicial, el juez; el mismo que desarrollare en el siguiente capítulo a fin de conocer un poco más sobre su actuar ante la sociedad y cuán importante es su papel ante las partes procesales dentro de un proceso judicial.

## Capítulo 2

### La sentencia como manifestación de la voluntad del Estado

Como bien, se lee en el título del presente capítulo se hará referencia en las siguientes líneas sobre lo que es la manifestación de voluntad del Estado, siendo el más conocido y usado por la sociedad, el proceso judicial, en el que las propias partes incurren para resolver un conflicto social, a fin de que un tercero, el juez, al haber escuchado los puntos controvertidos de cada una de las partes, posteriormente culmina con el acto jurídico más importante dentro de un proceso que es la sentencia.

Antes de hacer referencia a que es la sentencia, se debe hacer mención a cuáles son sus características, clases y que efectos jurídicos conlleva; y de manera general, qué entendemos comúnmente por actos jurídicos, en relación a ello Hernández (1995) dice que, se entiende como todo acto de la voluntad humana que produce efectos jurídicos y en la medida en que la manifestación al exterior del acto es una condición de su juridicidad, se considera que la forma junto con la voluntad constituye dos elementos esenciales del acto jurídico. Es indudable que los distintos actos que integran el proceso son actos jurídicos, pues se tratan de actos provenientes de la voluntad humana y de su realización se derivan consecuencias y efectos jurídicos.

Debemos señalar que la sentencia viene a ser un acto jurídico procesal; primero antes de desarrollar que es la sentencia, se debe analizar sobre que es un acto jurídico ya que como se ha dicho la sentencia es un acto jurídico. Entonces que se entiende por acto jurídico; a manera de introducción, según Carnelutti (1944);

Se puede definir el proceso judicial como aquel conjunto dialéctico de los actos jurídico-procesales, realizados por los elementos activos de la relación jurídica procesal, que tiene como fin resolver el conflicto de intereses o acabar con la incertidumbre de relevancia jurídica y conseguir la paz social en justicia (p.851).

Tomando como partida lo señalado por el profesor Carnelutti, este señala que dentro de un proceso existe un conjunto dialéctico de actos jurídico procesales. En ese sentido, qué entendemos por acto jurídico, de acuerdo con la Enciclopedia Jurídica, está la define como “aquella la manifestación de voluntad consciente, voluntaria y destinada a producir efectos jurídicos determinados por la ley”. En base a ello sabemos que los actos jurídicos se califican en dos tipos los ilícitos, que se refieren a que están sancionados; y, lícitos, que son aquellos actos de derecho, cuyos efectos se determinan por la ley, y los negocios jurídicos, cuyos efectos los determina la voluntad de las partes.

Por otro lado, la definición que le otorga el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales elaborado por Ossorio (1999), tenemos que los define como aquellos actos producidos dentro del procedimiento, y que durante esa tramitación el juez, las partes o terceros pueden crear, modificar o extinguir derechos de orden procesal (p.1038).

A su vez, desde el punto de vista de conceptos tradicionales, tenemos a Couture (1979), quien define al acto procesal, como aquel acto jurídico emanado de las partes, del órgano jurisdiccional o de terceros ligados al proceso, los mismos que son capaces de crear, modificar o extinguir efectos procesales (p.392).

Con un criterio más elaborado Chiovenda (1922) menciona en su obra Derecho Procesal Civil, sobre los actos jurídicos procesales se menciona que estos tienen importancia jurídica respecto a la relación procesal, es decir, son aquellos actos relevantes en la relación procesal teniendo como consecuencia inmediata es la creación, modificación o extinción que pueda derivarse la actuación de cualquiera de los sujetos de la relación procesal. (p.533). Interpretálo y explícalo con tus palabras, quita comillas, te hago el inicio

En ese sentido, De Silva (2004) indica que, debemos diferenciar entre acto procesal y acto jurisdiccional. Los primeros, son producidos por los órganos jurisdiccionales, las partes o terceros. Por lo que, los actos procesales comprenden a los actos jurisdiccionales, pero únicamente los que son emanados de los órganos jurisdiccionales del Estado. Esto quiere decir que, estos pueden darse durante o al culminar el proceso. Al hablar de conclusión nos estaríamos refiriendo a la sentencia, la misma que pone fin al proceso judicial.

Para concluir, el acto jurídico es aquella manifestación de voluntad que es capaz de crear, modificar o extinguir derechos dentro de una relación jurídico procesal; esa manifestación exterior y unilateral de la voluntad del Estado, tiene por finalidad crear consecuencias jurídicas, y que su significado es una norma individualizada, expresión que surge de un conflicto de derecho que se somete a la decisión de aquel y que a su vez se puede manifestar en distintos actos jurídicos dentro de un proceso judicial, entre ellos tenemos al acto jurisdiccional que es uno de los más conocidos mediante el cual el Estado manifiesta su voluntad siendo esta la famosa la sentencia; la misma que iremos desarrollando a lo largo de este capítulo.

## **2.1 Concepto y naturaleza jurídica**

Antes de iniciar este punto, es necesario enfatizar en que, así como hay una voluntad de los particulares, la voluntad del Estado no solo se puede expresar de una sola forma, sino que hay distintas maneras en las que el Estado ejerce su poder.

En tal sentido, el Estado a través de resoluciones o sentencias es como se comunica con las partes dentro de un proceso, estamos hablando en particular de las resoluciones como acto procesal, la misma que es un hecho jurídico voluntario realizado en el proceso y con eficacia para el mismo. Dado que se trata de un acto procesal que es emanado del órgano jurisdiccional, el juez. Para Cavani (2018) aquellas decisiones tomadas por el juez son las resoluciones que pueden contener o no una decisión.

De acuerdo con el artículo 120 del Código Procesal Civil con Decreto legislativo N° 768 se sabe que a través de los actos procesales se puede continuar, culminar o decidir dentro del proceso, teniendo distintos tipos de actos procesales como lo son los decretos, autos o sentencias.

Como se ha dicho, ese ejercicio de poder del Estado conlleva a una relación y una actuación de los distintos órganos que lo componen, para Herrera (2008) la administración de justicia se caracteriza por ser general, imparcial e independiente y que su actuar conlleva a las resoluciones judiciales o sentencias. Ese poder que tiene el Estado está reflejado o personificado en una persona, quien sería el Juez, este es quien dará la solución del conflicto que le presenten los particulares. Es por ello, que empezaremos por definir lo que es la sentencia.

Para empezar, debemos entender que es lo que significa la palabra sentencia; según la Enciclopedia Jurídica Omeba, refiere que la sentencia proviene del latín *sententia* y esta a su vez de *sentiens*, *sentientis*, participio activo de *sentire*, que significa sentir. Para Cabanellas (2003), la palabra sentencia proviene de la palabra latina *sentiendo*, que equivale a *sintiendo*, así menciona que la sentencia es la opinión o decisión en la cual se plasma la voluntad de quien la dicta, es decir, el juez al estar investido del poder del Estado, su decisión está legitimada por quien la dicta y además que debe estar de acuerdo a la norma aplicable en el caso concreto (p.372).

Siguiendo la misma línea Herrera (2008), cita a Chiovenda mencionando que, en sus Instituciones, la define como aquella decisión tomada por el juez quien puede aceptar o rechazar la demanda, en ese sentido afirma la existencia o no de una voluntad concreta de la ley, que garantiza un bien o lo que es igual. Por lo que, podemos concluir que la sentencia es un acto procesal emanado del órgano jurisdiccional (juez) con la que se puede extinguir, modificar o reconocer una situación jurídica, es decir, el juez hace uso del poder conferido por el Estado a fin de poder ejercerla de acuerdo a su propia competencia.

Tal como señala el artículo 121 del Código Procesal Civil, mediante la sentencia el juez puede finalizar una instancia o todo el proceso, ya que se pronunciará sobre los puntos

controvertidos presentados por las partes, la misma que deberá ser precisa, motivada y clara sobre el derecho que les corresponde a las partes o sobre la validez de la relación procesal.

En ese sentido, se entiende a la sentencia como aquel acto jurídico procesal de mayor relevancia en un proceso, es la resolución jurisdiccional por excelencia, ya que no solo le pone fin al proceso, sino que también al plasmar dicha voluntad en una decisión emanada por el juez este hace referencia al poder- deber que le ha conferido el Estado, para el cual se encuentra investido a efectos de aplicar la norma que corresponda en el caso concreto.

Respecto a la naturaleza jurídica de la sentencia, los procesalistas difieren respecto a este acto procesal, ya que para un sector de la doctrina es un producto de la lógica del propio juzgador a fin de aclarar un derecho (naturaleza declarativa), para otros, es aquella expresión de la voluntad del magistrado destinada a la creación del derecho (naturaleza constitutiva).

Iglesias (2015) menciona que, en la obra, Teoría pura del Derecho, Kelsen considera a la sentencia como una norma jurídica individualizada a diferencia de la ley que es una norma jurídica general, concurriendo en esta última las notas de bilateralidad, coercibilidad y coactividad.

Asimismo, Iglesias (2015), señala que, para Guasp, la naturaleza de la sentencia son los elementos fundamentales de la sentencia; el primero de ellos, es el juicio lógico, el cual utiliza la expresión de convicción formada por el juez en la comparación mental, entre la pretensión y la norma jurídica y, como segundo elemento, tenemos la decisión emanada del juez. Para este Jurista la sentencia no es una cuestión de producción jurídica, porque no se trata de una *lex specialis*, que es similar a un mandato normativo, aunque tampoco se trata de una simple aplicación a un caso concreto, sino del cumplimiento o negativa a cumplir una pretensión de cognición. Respecto a ello, señala Guasp que la sentencia no solo es un modo de la manifestación de voluntad del juez, sino que se trata de una declaración de voluntad del órgano jurisdiccional.

En cambio, para Couture (1979), la sentencia, es tanto un hecho jurídico como un acto jurídico y, un documento, es un hecho ya que proviene de la propia naturaleza del hombre. Según Herrera (2008) la actividad del juez, consiste en una serie de actitudes personales que le son atribuidas por su deber profesional y que desempeña una misión oficial; es decir, es un acto jurídico ya que es impulsada por la voluntad del juez y que al estar dotado del poder conferido por el Estado, este tiene efectos jurídicos, para Iglesias (2015) estos se proyectan dentro del proceso y en otras ocasiones en el derecho en que se dilucida, esta voluntad jurídica que se plasma dentro de un documento.

Para Rioja (2017) la sentencia es una operación analítica y crítica, en el que el juez, valorando los argumentos del demandante y los contraargumentos del demandado, ofrecerá una solución jurídicamente adecuada al conflicto de intereses, manifestando en toda su plenitud la función jurisdiccional, la cual ostenta y la plasma mediante su decisión o síntesis. Desde un punto de vista de sus efectos, Coello de Portugal et al. (2001) menciona que la sentencia es la forma más natural de poner fin a un proceso judicial y dar por culminadas las funciones judiciales, a fin de lograr una resolución del conflicto y permitir que el poder judicial ejerza su facultad de ejecutar la sentencia o que las partes ejerzan su facultad de impugnar dicha resolución.

Sin embargo, ambas posiciones señalan que la sentencia lo que busca es que el caso concreto se exprese la voluntad abstracta del estado a través de la norma, así, este acto jurídico procesal que culmina el proceso aplica una norma jurídica ya existente en el ordenamiento jurídico, por lo tanto, un derecho existente.

En tal sentido, podemos decir que la sentencia es el acto jurídico procesal a través del cual el juez decide como consecuencia de un hecho concreto, siendo este acto creador del derecho cuando se busca complementar las lagunas normativas que se encuentran en el ordenamiento jurídicos. Esto quiere decir que la sentencia judicial expedida por el juez y mediante la cual se concluye con la resolución del conflicto de intereses o incertidumbre entra las dos partes, con trascendencia jurídica, constituyen parte del ordenamiento jurídico, al transformarse la norma abstracta en una de carácter concreta.

## **2.2 Características e importancia de la voluntad del Estado**

Sobre este punto, Cavani (2018) menciona que, se hará referencia a la voluntad del Estado respecto a la sentencia, la misma que se constituye, como se ha desarrollado en el punto anterior, como un acto jurídico procesal que proviene de un juez, con este se finaliza el proceso o a una etapa de este, teniendo como objetivo crear, modificar o extinguir una realidad jurídica, así como formular órdenes y prohibiciones, regido tanto por normas de derecho público y privado.

En ese sentido, la sentencia al ser una resolución judicial esta contiene dos elementos: a) culminar la instancia o el proceso y b) un pronunciamiento sobre el fondo. En ese sentido, para Rioja (2013) hay que hacer referencias a las características de la sentencia de manera general, a fin de conocer un poco más de ella: Para iniciar, podemos decir que la sentencia es aquel mandato jurídico concreto y específico que antes se expresaban en la ley solo en términos generales y abstractos. Es un acto jurídico que culmina el proceso. En la revista Jurídica Colex (2017) se menciona que se encuentra condicionada por el proceso al que se trate, es decir,

dependerá del contenido, la demanda y el tipo del proceso, por tanto, es consecutivo a la demanda.

Como segunda característica, es creada por el juez dentro del proceso, como bien se indica en la primera característica, la sentencia es un mandato jurídico, es decir, el juez, al ser un sujeto del proceso, dicta la sentencia de acuerdo a las condiciones que se presenten dentro del proceso, predeterminadas en la ley para el proceso al cual pone fin. Esto quiere decir que, la sentencia es aquella llave que finaliza el proceso por lo que no es un acto aislado, la cual debe ser elaborada en forma razonable y humana a efectos de que se les ponga fin a los conflictos sociales planteados en el caso concreto.

Entonces al no ser un acto aislado, hace referencia a que es un acto congruente; de hecho, esto es la principal característica de la sentencia, el juez debe resolver el conflicto dentro de los parámetros de lo que han solicitado las partes, esto es, no puede extralimitarse, solo debe basarse en lo que se pida en la demanda, es decir, la sentencia debe tratar sobre lo que se ha pedido en la demanda, por lo que no se puede dejar nada de lo que se solicite sin resolver.

En relación a la anterior característica, la sentencia admite o rechaza la pretensión que se hace valer en la demanda. El principal poder del juez es el decidir sobre el conflicto de intereses que se le ha presentado, lo que vendría a ser el análisis de la pretensión procesal en el fondo, esto es, en el mérito, para admitirla o rechazarla, pues la pretensión propiamente dicha es el objeto del proceso.

Esta a su vez considero que tiene una relación muy estrecha con la imparcialidad es un elemento esencial de la administración de justicia para el buen funcionamiento de un Estado de Derecho, se encuentra recogido en forma expresa por el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, y la convención Americana de los Derechos Humanos lo que significa un control completo del razonamiento de la sentencia, sin ningún tipo de sesgo. Para Herrera (2008) esto no debe implicar no otorgar la razón jurídica a quien la tiene o que no utilice el aforismo *iura novit curia*, en tal sentido no están obligados los jueces y los tribunales a argumentar o motivar sus sentencias, ni tampoco el de alegar de acuerdo al carácter jurídico de las partes.

Como última característica, la sentencia debe ser precisa, ser concreta sobre los hechos que se han cuestionado en el proceso, los cuales mediante la sentencia obtienen una respuesta firme. Asimismo, la claridad es una característica de la sentencia, ya que esta debe ser expresada de una manera sencilla a fin de que todas las partes puedan entenderla. En la revista jurídica Colex indican que, además debe no causar incertidumbre ni confusión sino todo lo contrario.

La importancia que tiene la sentencia como voluntad del Estado, está en los efectos que emanan de la misma en el proceso, frente a los otros actos que están vinculados a la continuación del proceso y, por lo tanto, constituyen actos de mero trámite como es el caso de los decretos. Como se ha señalado, la sentencia resuelve pretensiones planteadas por las partes en los actos postulatorios del proceso, es decir, en la demanda y en la contestación de la demanda, las cuales se ven reflejadas en los puntos en los que el juez manifiesta su decisión pues, debe tener en cuenta que, con ella, se pone fin al proceso y además se resuelve el conflicto de intereses con trascendencia jurídica.

Por lo tanto, debemos mencionar que efectos conlleva la sentencia, teniendo como principal efecto y el más importante, y el que nos interesa desarrollar ya que nos es útil para la presente investigación, que viene siendo la cosa juzgada.

Desde los inicios de esta institución procesal, el derecho romano entendía a la cosa juzgada como un efecto de la sentencia, sin embargo, a lo largo del tiempo dejó de ser considerado como el resultado de la sentencia por qué no reflejaba el efecto natural del juicio. Según Carrillo (2013) para Ana María Arrarte, la identidad de la cosa juzgada ahora significa que tienen una calidad específica y especial que el ordenamiento jurídico impone desde afuera en respuesta a la necesidad de seguridad jurídica.

Sin embargo, un importante sector doctrinario, entre ella tenemos a la doctrina alemana, la cual postulaba un concepto clásico de la cosa juzgada, la identifican como la culminación del proceso, esto quiere decir que la sentencia pronuncia para las partes sobre los derechos de las mismas deducidas *in iudicium: res iudicata pro veritate accipitur inter partes*.

Por otro lado, tenemos la concepción de la doctrina italiana de esta concepción clásica tenemos a Chiovenda (2001), quien sostenía que:

La cosa juzgada es la eficacia de la sentencia mediante el cual puede aceptar o rechazar las controversias planteadas por las partes, esto consiste en que una vez emanada del poder del estado, mediante de la decisión del juez las partes ya no podrán impugnar el objeto de controversia posteriormente. (p. 219).

Para Couture (1979) la cosa juzgada es la fuerza vinculante y efectiva de la decisión del juez ya que no podrá interponerse recurso alguno ante ella que permita que sea modificada (p.121). Por otro lado, Carrillo (2013), señala que existen tres aspectos principales sobre la eficacia de la cosa juzgada: Es inimpugnable, es decir, está impedido cualquier tipo de impugnación que busque obtener la revisión de la misma materia; en segundo lugar, es inmutable, en el sentido que ninguna autoridad puede alterar los términos de la sentencia pasada

en autoridad de cosa juzgada y finalmente toda sentencia en calidad de cosa juzgada debe ser ejecutada (p.374-385)

Si vemos la realidad o en enfoque que le da el ordenamiento jurídico peruano podemos mencionar que la cosa juzgada se rige por lo dispuesto en el artículo 123 CPC expresa que se adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando otros medios impugnatorios no proceden contra ella pues ya han sido resueltos o cuando las partes renuncian a interponer medios impugnatorios o pasado el plazo no los formula.

Para resumir todos los puntos de vistas señalados en la doctrina como dentro del ordenamiento jurídico peruano, podemos decir que por cosa juzgada esta se entiende como una condición otorgada por la autoridad que convierte la decisión del juez en inmutable. Es la voluntad del Estado plasmada a través de la ley la cual reviste con inmutabilidad a las decisiones judiciales, evitando de esta manera la extensión indefinida de una controversia.

En relación con las ideas de los anteriores autores, se entiende que hay dos clases de cosa juzgada: formal y material. La primera de ellas, se entiende como la firmeza de la resolución, ya sea sobre el fondo o no. Así, la resolución judicial firme manifiesta sus efectos dentro del mismo proceso, es decir, que no pueda ser alterada y que las partes no puedan impugnarla; siendo en ese sentido que se habla de dos efectos de la cosa juzgada formal; Para Vilela (2007) primero, el efecto positivo que se refiere al deber ajustarse a lo que ya ha sido juzgado y el efecto negativo que es respecto a la exclusión de toda decisión judicial posterior sobre la misma pretensión judicial.

Ante este último, Andrés De la Oliva, señala que la cosa juzgada formal es distinta a la impugnabilidad y firmeza. Al respecto, lo explicó de la siguiente manera, estos dos términos se limitaban a expresar dos características negativas: la imposibilidad de revocar la resolución y de cambiarla por otra distinta. Esto que quiere decir, que no solo se hace referencia a las resoluciones que alcanzan autoridad de cosa juzgada y que estas no puedan ser revocadas, se trata principalmente, de que debe ser respetada, es decir, que tiene que ser efectiva para los posteriores actos del mismo proceso, siendo a su vez dicho carácter negativo poseer un carácter positivo. Y respecto al otro carácter negativo al que hace referencia De la Oliva, sin embargo, aun siendo estas resoluciones firmes, es decir en un sentido de impugnabilidad, no como cosa juzgada formal.

Para concluir, podemos decir que la cosa juzgada formal se puede entender como aquella decisión procesal no pueda ser apelable: no cabe ningún recurso ante dicha decisión emanada por el juez.

Por otro lado, tenemos el segundo tipo de cosa juzgada, el material, que es la verdadera cosa juzgada ya que va más allá de la formalidad y de la inmutabilidad de la decisión que el juez emitió, la cual será exigible dentro y fuera de aquel proceso. También se entiende como la vinculación positiva o negativa que produce en otro proceso ulterior la parte dispositiva de la sentencia. Asimismo, presupone, pues, la cosa juzgada formal, pero a diferencia de esta última, que produce toda resolución la primera es mera consecuencia de una sentencia de fondo en un proceso en el que se han agotado todas las cuestiones. Si bien la cosa juzgada formal es un efecto que puede darse de toda resolución firme, solo las sentencias que hayan logrado firmeza pasan a tener autoridad de cosa juzgada material.

Según Carillo y Gianotti (2013) el profesor Adolfo Alvarado Velloso menciona que, el efecto material refiere, como bien se ha indicado, que no es posible la reapertura del conflicto en un nuevo proceso. Al darse este concepto, se pueden ver dos características: la inmutabilidad (o la definitividad, o indisputabilidad) de lo sentenciado y la ejecutoriedad (o coercibilidad) mediante la limitación de la persona o cosas de la condena contenida en la sentencia que ostenta tal efecto. La inmutabilidad significa que no puede ser revisada nuevamente la discusión.

Sin embargo, Cernelutti define a la cosa juzgada desde una perspectiva dual, por un lado, define a la cosa juzgada material, como la decisión tomada por el juez con carácter imperativo, mientras que la formal es la estabilidad de la decisión del juez, es decir, la inmutabilidad de lo decidido por el representante del Estado. Entonces el que la sentencia sea inmutable o no revisable constituye un fundamento del fin del proceso.

La cosa juzgada material significa la norma contenida en la sentencia, es decir, en todo procedimiento para impugnar los mismos efectos jurídicos, se afirma la existencia de los efectos jurídicos que las partes deseen y expresen en dicho procedimiento. Para Vilela (2007), mediante la cosa juzgada material no se permitirá el debate y resoluciones nuevas sobre la consecuencia jurídica declarada como cosa juzgada ya que estos se encuentran vinculadas las partes y el Estado.

En conclusión, para Cardoza (2020) la institución procesal de la cosa juzgada se basa en dos aspectos importantes; una de ellas, es que permite la ejecución de una sentencia firme, brindando una tutela jurisdiccional efectiva; y, por el otro, es que esa incertidumbre jurídica que tenían las partes procesales desaparece para convertirse en una certeza, desplegando sus efectos en sus respectivas esferas jurídicas y en el plano de la realidad.

Regresando a las ideas de Vilela (2007) podemos decir que no solo interesa a la sociedad que el proceso tenga en algún momento una terminación definitiva y que esa decisión final sea vinculante para el juez que la ha dictado e inimpugnable para las partes (cosa juzgada formal),

sino que tal pronunciamiento de la sentencia ya firme a favor de cualquiera de las partes procesales tiene que ser aceptado por todo el mundo como acto de poder del Estado que concreta el derecho objetivo (cosa juzgada material). Ante ello, se puede decir que la cosa juzgada es una consecuencia de la decisión tomada por el juez y que deberá atenerse a lo que ya ha sido juzgado.

### 2.3 Clases de sentencia

Respecto a la clasificación de la sentencia, para Rioja (2011) esta es muy variada y múltiple, por lo que veremos dos enfoques, los cuales sirven para el desarrollo de este trabajo; el primero de ellos es el señalado por Azula Camacho, para quien las sentencias se clasifican de la siguiente manera:

En cuanto a la forma, están se clasifican en escritas u orales, ello de acuerdo al sistema que conlleve cada proceso en particular.

Según la oportunidad en que se pronuncien, son de única, primera o segunda instancia, de casación y revisión.

- Única: cuando la sentencia no es apelable, se dice dictada en instancia única.
- Primera instancia: Es la que el tribunal de primer grado de jurisdicción dicta a cargo de apelación, es en el caso ordinario o normal.
- En segunda instancia: se da cuando es apelable y ante el recurso se da la decisión del juez del segundo grado.

Respecto a la decisión pueden ser inhibitorias y de fondo. Estas últimas, pueden ser estimatorias o desestimatorias.

- Las sentencias inhibitorias es una decisión judicial formalizada de oficio o a petición de parte, a través de la cual el tribunal se inhibe de pronunciarse sobre el fondo de la causa; aunque surte el efecto de extinguir el proceso en el que se emite, dejando abierta la posibilidad de renovar el “petitum” una vez que las deficiencias que dio lugar a dicha decisión. En ese sentido, este tipo de sentencia no produce cosa juzgada material o formal solo busca extinguir el proceso civil respectivo.

Por otro lado, tenemos la clasificación de sentencia de fondo que propone la revista Iberley (2017) en la que podemos señalar que no se debe diferenciar entre la sentencia estimatoria o no estimatoria, ya que, como bien se sabe la pretensión planteada por las partes será resuelta ante un acto del juez en el que se absuelve o se condena a una de las partes, es decir, mediante la sentencia; sin embargo, el ser estimatorias o no dependerá del resultado al que se llegue en cada parte del proceso.

En su escrito Rioja (2011) a diferencia de Azula Camacho, dice que para Chiovenda en la tipología de las sentencias precisa que hay que distinguir de la siguiente manera:

- Sentencia definitiva; las mismas que pueden ser de fondo y las absolutorias de la prosecución del juicio. Es la sentencia por excelencia. Es aquella que satisface siempre al derecho de acción; sin embargo, no solo satisface la pretensión cuando se declara a lugar la demanda. Su sentencia es ciertamente definitiva pero no forzosamente irrevocable.

Por otro lado, tenemos a la sentencia interlocutoria, las mismas que finalizan la relación procesal, sino que resuelven dentro del proceso un punto determinado. Es decir, son aquellas que se dictan durante el proceso, con la finalidad de resolver cuestiones incidentales. Como son en el caso de las sentencias que resuelven la incidencia de cuestiones previas o la aceptación o no de una prueba, la negativa de acordar una medida cautelar, etc. Según Bermúdez (2013) este tipo de sentencias se puede subdividir en:

- Interlocutorias con fuerza de definitivas, son aquellas que culminan el juicio, como aquellas que resuelven cuestiones que se han plasmado en los incisos 9,10 y 11 del artículo 346 del código Procesal Civil, declarándolas con lugar, por lo que su defecto es de rechazar la demanda y extinguir el proceso o la culminación de la instancia.

Asimismo, tenemos a la interlocutoria simple que son las otras sentencias que deciden cuestiones incidentales, sin ponerle fin al juicio. A través de estas, el juez decide sobre las peticiones y alegatos de las partes en relación al desarrollo del proceso, como es en el caso de las sentencias que resuelven oposiciones a pruebas, solicitudes de nulidad y reposición, entre otras.

Luego están los Autos de Mero Trámite: que viene hacer las sentencias interlocutorias que dicta el juez por necesidad del proceso, para ordenarlo o impulsarlo, pero que no resuelve el fondo del proceso, es por ello que en ellas no cabe ningún recurso procesal de apelación y son revocables por *contrario imperio*, es decir, solo podrán ser revocadas por el juez que la dictó (excepción al principio de irrevocabilidad de los fallos – 252 CPC) son meros auto de sustanciación, siendo como son, providencias que pertenecen más bien al impulso procesal. (310 CPC)

Por último, se tiene las sentencias definitivas formales, son conocidas como sentencias llamadas de reposición o sentencias definitivas formales contempladas en el Artículo 245 C.P.C., el cual señala que la sentencia puede retornar la causa por motivo de la propia ley y al estado que la sentencia señale.

### **2.3.1 De acuerdo a los efectos positivos y negativos de la cosa juzgada**

Después de revisar la información de Derecho UNED (2019) al respecto podemos decir que la calificación de acuerdo con los efectos positivos de la cosa Juzgada, en este punto tenemos a las sentencia definitivas y firmes, ello, desde un punto de vista de la ejecutoriedad. En ese sentido, las resoluciones definitivas son aquellas que culminan la primera instancia y a las cuales es posible interponer recurso. Mientras que las sentencias firmes se entienden como aquellas contra las que no cabe recurso por no encontrarse previsto en la ley, bien por haber transcurrido el plazo para que las partes puedan interponer algún recurso.

Sobre esto último, hace referencia que las resoluciones firmes son aquellas a las que no se le puede interponer recurso alguno o que se deja transcurrir los plazos para que las partes puedan interponerla de manera ordinaria o extraordinaria, Casación.

Por último, tenemos a las sentencias de acuerdo a la cosa juzgada y los efectos negativos o excluyentes que de ella emanan, conforme a los cuales no se puede realizar un segundo proceso sobre el mismo objeto procesal pueden darse dentro de las siguientes categorías:

- Sentencias con plenos efectos negativos, determinadas por las sentencias firmes y de fondo, siendo estas estimatorias o desestimatorias de la pretensión en las que reconocen una solución autocompositiva material.
- Sentencias sin efectos negativos, se trata de sentencias absolutorias en las que al dejar imprejuzgada la relación jurídica- material no se habría producido al examinar el incumplimiento del requisito previo o procesal, sin producir los efectos de materiales de la cosa juzgada.
- Sentencias con limitados efectos de cosa juzgada, las cuales son las resoluciones dictadas en los procesos sumarios, dichos efectos materiales se producen dentro de los límites objetivos del proceso sumario, que, al tener la cognición limitada a determinados aspectos de la relación jurídico material, solo se plasman dentro de límites objetivos.

### **2.3.2 Oportunidad en la que son dictadas**

En esta clasificación de sentencia Bermúdez (2013) hace referencia, más que todo, al contenido que tiene la sentencia, sin embargo, se menciona la misma de esta forma ya que es en gran parte utilizada por la doctrina, de lo que se ha ido investigando respecto de esta. En ese sentido, esta se subdivide en las siguientes sentencias.

**2.3.2.1 Sentencias interlocutorias.** Al referirnos a este tipo o clase de sentencias Derecho UNED (2019) menciona que, estas vienen a ser aquellas resoluciones que no se

pronuncian sobre el fondo de la relación jurídica, sino que resuelven un punto determinado dentro del proceso, es decir cuestiones que se dan durante el proceso y que dan lugar a algún tipo de pronunciamiento del juez. Al respecto, la doctrina distingue otras clases de sentencias dentro de esta; por lo que encontramos:

- Sentencias incidentales; estas hacen referencia a aquellas que se pronuncian respecto a la existencia de la relación procesal o que resuelven sobre la intervención adhesiva u obligada, sobre la acumulación de causas.
- Sentencias preparatorias, hacen referencia a aquellas que regulan el desarrollo de la relación procesal; así, a la sentencia que ordena el cambio del procedimiento; la sentencias que establecen un juicio integrado. En otras palabras, Herrera (2008) define que, son aquellas sentencias emanadas por la mayor sustanciación del caso para ponerla en el estado de recibir fallo definitivo, así cuando un tribunal autoriza el depósito de documento, la que rechaza un sobreseimiento, entre otros ejemplos.
- Sentencias provisionales, se entienden como aquellas que resuelven las demandas de medida cautelar o provisionales. Dicho de otra manera, son aquellas que tiene como fin que el tribunal o la corte dicten de inmediato una medida de carácter urgente, para proteger un daño inminente, un exceso de poder, una actuación manifiestamente ilícita, como sería, una sentencia que ordena la suspensión de una sentencia dictada irregularmente. Esta clasificación se caracteriza por la provisionalidad, la cual no es posible de ser revocada ante el juzgado, es decir, no es firme, como en el caso del referimiento, en el cual la demanda al ser rechazada será sometida nuevamente a un análisis si las circunstancias han cambiado.

Por último, tenemos a las sentencias interlocutorias propiamente dicha, es la dictada en el transcurso de la instancia que prejuzga el fondo, la cual puede ser objeto de un recurso sin que se dicte sentencia definitiva. Este tipo de sentencia no obliga al juez a decidir de una determinada manera, así cuando ordena una medida testimonial contestada por otra parte, sin embargo, no es necesario que se acoja a ello como válido, sino que se tenga como pieza de convicción que puede ser desestimada si esta carece de verosimilitud o credibilidad y acoger otra prueba que sea pertinente para establecer una buena administración de justicia.

En tal sentido, son aquellas que resuelven respecto a la parte material de conocimiento y afectando mucho más sobre el fondo. Una sentencia interlocutoria resuelve definitivamente una parte de la demanda; por lo que sería en parte interlocutoria y definitiva.

**2.3.2.2 Sentencias Definitivas.** Respecto a este tipo de sentencias, Herrera (2008) menciona que, se entienden por aquellas que decide sobre la pretensión principal del juicio, que tendrá el carácter de firme o irrecurrible, es decir, no podrá ser objeto de recurso alguno. En otras palabras, vendría a ser aquellas que culminan al proceso, mediante la decisión del juez que decide sobre la controversia planteada. Según Chioventa (1954), la sentencia definitiva puede ser:

- a) Definitivas de fondo: si se da ante una relación procesal válida, se dará por finalizado el proceso cuando el juez cumpla con pronunciarse sobre la demanda, ya sea desestimándola o no.
- b) Sentencias Absolutorias de la prosecución del juicio: en caso de no haberse constituido válidamente la relación procesal, el juez no podrá decidir sobre el fondo; o en otros supuestos en los que la relación se extinguiese por algún motivo de fondo, y el juez la declara extinguida; o si el demandante fue declarado rebelde y el demandado pide que se le absuelva de la prosecución del juicio, entre otras.

Al contrario, Herrera (2008) menciona la interpretación de Montero Aroca, acerca de que se podría hablar también que existen dos momentos que puede pasar la sentencia, el primero, es definitiva y que posteriormente al no haber recurrido en el momento oportuno se convierte en firme, adquiriendo ante ello el carácter de no recurrible ante el juzgado, ya sea por diferentes motivos como puede ser por los plazos, por la decisión que es plasmada en la sentencia o por ser inadmisibles recursos alguno.

### **2.3.3 Por los efectos que produce la sentencia**

Otro de las clasificaciones de la sentencia se tiene por los efectos que la misma produce, bajo esta idea podemos decir que la sentencia puede clasificarse en las siguientes sentencias: condenatoria, declarativa, absolutoria y constitutiva. Estas dependerán de uno u otro tipo de la pretensión que se trate en el proceso.

- a) La sentencia condenatoria, son estimatorias, son aquellas que condenan a una de las partes con la finalidad de cumplir con una determinada obligación (de dar, hacer o no hacer).
- b) Por otro lado, tenemos a la sentencia absolutoria, la cual interviene cuando el tribunal al conocer la defensa del demandado, no prosigue con la demanda del acto.
- c) Sentencia declarativa, se entiende como aquella donde se consta o no la existencia de una relación o situación jurídica previa, antes de iniciar con la demanda, en el

transcurso, luego de la sentencia solicitada ante el tribunal de segundo grado, o durante el recurso extraordinario.

En ese sentido, Osorio (2011) señala que el interés procesal en las sentencias declarativas exige que estas justifiquen su utilización para una necesaria de tutela jurisdiccional, por una especial motivación determinada con la finalidad que se ponga en claro el derecho del actor interesado, al ser denegado o desconocido por la contraparte.

d) Por último, la sentencia constitutiva, este tipo de sentencia crea, modifica, elimina o sustituye una situación jurídica. Debiendo referirnos a ella, en un primer momento como el nacimiento de una nueva situación jurídica que determina la aplicación de nuevas normas de derecho. En segundo lugar, porque la sentencia o decisión emitida por el juez es la que da pie a que se dé esa nueva situación.

Por lo tanto, este capítulo se ha basado en la importancia de la decisión o facultad que tiene el juez para poner fin a un conflicto jurídico, en la que se tomara en cuenta las pretensiones de las partes procesales y este debe estar dentro de la legalidad y constitucionalidad del ordenamiento jurídico. Es por ello, que existen dos tipos de efectos de la sentencia; tenemos como primer efecto el material, el cual influye directamente en la relación jurídica material, es decir, es aquel que se encuentra determinado por la propia decisión del juez; y el segundo efecto procesal se da a través de la figura de la cosa juzgada. En tal sentido, si se tiene estos dos efectos en una sentencia, esta se convertiría en una sentencia firme no cabiendo la posibilidad de que se pueda interponer algún recurso; por lo que, se le puede dejar sin efecto si es que las partes procesales deciden después del fallo llegar a una conciliación.

Para finalizar, podemos concluir que, respecto a los distintos tipos de sentencias, es muy difícil que una sentencia sea pura, sino que muchas veces esta sea mixta ya que puede ser firme y definitiva a su vez o declarativa y constitutiva, dependerá del conflicto al cual se busca dar fin o una solución dentro del proceso. Es por ello, que la voluntad del Estado tiene un peso importante, y que, sin embargo, según nuestra legislación actual puede ser desconocido por una voluntad de las partes. El Estado ostenta el poder de administración de justicia y como tal tiene que ser respetado por el poder de la jurisdicción expresando la voluntad del Estado mediante una sentencia, el cual se vincula a las partes dentro del proceso.

## Capítulo 3

### **¿Podrían las partes conciliar habiendo ya un pronunciamiento por parte del juez?**

Ante el planteamiento de esta pregunta, cabe resaltar que las partes por acuerdo pueden emitir su voluntad ante la solución de cualquier controversia, aun cuando el Estado haya emitido su propio pronunciamiento al respecto, las partes tiene aún ese poder de llegar por cuenta propia a una solución factible para ambas partes.

Sin embargo, tienen un límite en cuanto al tiempo, siempre y cuando el Estado no se haya pronunciado. Ante este problema, si las partes pueden conciliar cuando el estado ya se haya pronunciado, ello, según el artículo 323 Código Procesal Civil el cual señala que ante un conflicto de intereses entre individuos estos podrán llegar a un acuerdo o pacto en cualquier momento del juicio salvo que este se encuentre en segunda instancia del proceso y el juez haya decidido sobre su controversia; el mismo que como bien se señala permite conciliar hasta en segunda instancia, sin embargo, no resuelve el problema, porque si después de la primera instancia y no después de la segunda instancia las partes puedan llegar a un acuerdo.

#### **3.1 Orden público y Seguridad Jurídica**

Como se ha ido desarrollando en la presente investigación, ciertos matices de lo que es la autonomía de la voluntad tanto privado como del Estado; queda claro que ambas voluntades son distintas; sin embargo, en el caso de la autonomía de la voluntad de las partes, el orden público, concretamente, es un límite respecto del ejercicio de derechos y deberes de las personas. Teniendo no solo como limite a la autonomía de la voluntad de las personas al orden público sino también a las buenas costumbres

En este apartado, nos referiremos a uno de los límites a la voluntad privada, el Orden Público, el cual constituye un límite al ejercicio de libertades de los particulares suponiendo de esta manera que se preserva el orden social. Es por ello, que la noción de Orden Público para el ordenamiento se refiere al normal funcionamiento de la sociedad, la paz social y la convivencia pública. Es por ello, que han ido de la nada tanto el Estado como el orden público por un largo tiempo, ello, debido a que el Estado es el medio por el cual se crea una vida social ordenada. Por lo que, la figura del orden público es una figura que se utiliza para el desarrollo y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico con la cual se establecen límites a esos derechos y libertades.

En tal sentido, para Montalvo (2010) la idea general que se tiene del orden público o incluso lo que abarca el concepto de orden y público es modificada en el transcurso de la historia; es decir, se entiende como un elemento abstracto o uno concreto. Respecto a la noción del orden público, hay que precisar que para Betancourt (2012) doctrinalmente existen distintos

conceptos para esta figura; por lo que, el orden público, para algunos, como carácter normativo, si reconoce que son verdaderas normas de orden público, se entendería que cualquier tipo de vulneración a estas sería un acto contrario a ley; Entonces desde ese punto de vista sería difícil justificar la importancia de ese concepto y por otro, saber diferenciar sobre las normas de orden público, normas imperativas y normas prohibitivas. También como carácter conceptual, tiene por finalidad ejercer una función regulatoria de naturaleza previsoría con el objeto de regular situaciones imprevisibles dentro del sistema jurídico.

Según Montalvo (2010) para los autores Cuesta y Martín acuerdan que, “al admitir que el orden social constituye un elemento estructural en el organigrama estatal. Este orden se dividiría en dos: orden moral y orden jurídico. Respecto a este último, se distinguirá tanto en orden privado como orden público, es decir, el primero de ellos, englobaría las relaciones privadas y el segundo, constituiría en el elemento importante para el desarrollo de la sociedad (...)” (pp.197-222).

Es por ello que no se duda en expresar que el orden público es aquel conjunto de disposiciones imperativas, sin embargo, para Espinoza (2002) una disposición no es de orden público por que aparezca como imperativa sino todo lo contrario. En ese sentido, se puede decir que el orden público antecede a la norma imperativa; es genérico, es la concordancia entre un sistema normativo y un ideológico, es decir, este se manifiesta a través de reglas imperativas.

A manera de conclusión, se puede decir que el Orden Público es aquel limite que se imparte a todo aquel dentro de una sociedad a fin de salvaguardar de cierta manera el preservar el orden y la paz social ante situaciones particulares que tienen cierto alcance ante la sociedad lo que podría llegar a afectar o ir en contra de lo ya señalado por ley, es por ello que es necesario que en situaciones en las que las partes procesales, dentro o fuera de un proceso judicial, lleguen a resolver algún conflicto por ellos mismos se debe ver las bases sociales que se regula dentro del ordenamiento jurídico a fin de que no se contradigan.

Ello, respecto al orden público, ahora la seguridad jurídica, para Cea (2004) es aquel valor estrechamente ligado con el Estado de Derecho que se manifiesta en la corrección estructural, formulación adecuada de normas del sistema legal, corrección funcional, requisitos objetivos por parte de los recurrentes y especialmente aquellas instituciones responsables para cumplir con la ley. Por lo que, podemos decir que la seguridad jurídica tendría relación con la situación psicológica de la persona dentro de una relación social, la cual conoce el ordenamiento objetivo que debe cumplir, y que conoce que el sistema normativo es generalmente observado y confía que continuara ocurriendo.

En ese sentido, la certeza del Derecho supone para Pérez, A (2000) el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica se presenta como una proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, es necesario el conocimiento del derecho por parte de los destinatarios. En función a ello, los destinatarios del derecho pueden establecer su conducta presente y tener expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad. La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: en el cual los sujetos reflejan su conducta.

La seguridad jurídica es importante en el desarrollo de este trabajo ya que, respecto a la cosa juzgada, señala que se habla de una categoría básica de la seguridad jurídica que es el principio procesal de *ne bis in idem*, este lo que quiere decir que todo sistema jurídico necesita una posible impugnación y revisión de las decisiones judiciales y establecer determinados actos administrativos, ya que de no existir dicho límite tendríamos una sucesión de continuos procesos y fallos contradictorias sobre un misma pretensión.

Por lo tanto, la cosa juzgada que actúa como verdad jurídica, responde a distintas expectativas de seguridad jurídica: en primer lugar, la confianza de los sujetos necesaria para determinar la duración de decisiones; en segundo lugar, la sociedad jurídica busca desde un determinado momento y a razón de la paz jurídica, lo que busca es que se ponga fin a la duda y la lucha por encontrar el derecho en todo asunto concreto.

Asimismo, Cea (2004) hace mención a 3 ámbitos de confianza en relación con la seguridad jurídica las cuales son las siguientes:

- a) Soberanía y seguridad Jurídica: se trata de las cuestiones clásicas de la gobernabilidad legítima: quien, como, para que y en beneficio de quienes. En ese sentido, los ciudadanos tienen derecho a exigir que se respeten las garantías judiciales, incluyendo el origen y ejercicio de la legitimidad de los detentadores del poder, la transparencia, el control y la rendición de cuentas de sus actuaciones entre otros.
- b) Respecto al Derecho y seguridad jurídica este hace referencia al ordenamiento jurídico, a través de la cual se tiene por asegurados los derechos subjetivos o aquellos dados a todo ser humano. La seguridad jurídica abarca no solo la articulación de tales derechos subjetivos en valores, principios y normas, sino también su interpretación objetiva, precisa y clara, su aplicación sin distinciones, el respeto sobre el fondo y la forma del principio de jerarquía entre las disposiciones jurídicas, empezando por la fuerza, rigidez y supremacía de la carta magna, el respeto de la reserva legal por las autoridades administrativas, la irretroactividad de las leyes, unida a la prescripción y

a la cosa juzgada, todos reconocidos como los elementos para un justo y debido proceso.

- c) Sociedad Civil y seguridad Jurídica: existen dos aspectos; primero, son aquellas garantías que se hallan habilitados, tanto de manera individual o colectiva las parte, para ejercer, tantas acciones como recursos judiciales; con la finalidad de que sus derechos públicos subjetivos, amenazados o conculcados, sean siempre respetados por todos. El segundo aspecto, que debe existir una conexión con el goce de los derechos sociales.

En tal sentido, podemos decir que tanto el orden público como la seguridad jurídica, en las relaciones jurídicas, se basan en un reconocimiento previo del ordenamiento jurídico que les otorga juridicidad, en donde el orden público impone determinados plazos de prescripción a los bienes subjetivos adquiridos, la prescripción adquisitiva y extintiva de derechos y entre otros; ello, en relación a la presente investigación, en el que la decisión o acuerdo al que lleguen ambas partes deben estar dentro del marco del ordenamiento jurídico, a fin de que no se afecte la seguridad jurídica dentro de un contexto específico y que este no repercuta en la sociedad o en la paz social.

### **3.2 Relación entre la voluntad privada y la voluntad del Estado que se manifiesta en la conciliación judicial**

Para iniciar con este punto, la relación que tiene ambas voluntades tiene que ver con lo referido al poder constituyente y al poder constituido, el mismo que se desarrollará a efectos de poder entender la relación entre la voluntad privada y la voluntad del Estado.

En primer lugar, vamos a ver el origen de estos dos poderes y poder ver que durante todo este tiempo en la historia; el inicio de la doctrina del poder constituyente está en la teoría presbiteriana del pacto eclesiástico o *covenant*, a través del cual los creyentes buscan tener sus propias convicciones y la “Constitución” eclesiástica. Y luego, según Pereira (2011) se pasa al *Agreement of the people* de los Cromwellianos, en el cual se mantiene la tesis de que este “acuerdo” o “pacto” estaba por encima del parlamento, ya que era emanado por el propio pueblo. En ese sentido, se desprende de ello que el poder constituyente se refiera al pueblo y el cual es un poder especial que es ejercido por el propio pueblo y no por sus representantes.

Considerando lo anterior el filósofo Locke, manifiesta que “Aunque en una comunidad política, no puede haber más que un poder supremo, que es el legislativo, al cual todos los demás deben estar subordinados, asimismo resulta que el legislativo no es más que un poder prestado que ha sido encargado para actuar para ciertos fines, ya que ese poder permanecer en el pueblo a fin de remover o alterar el legislativo, cuando se percatan que se actúa

contrariamente a la confianza depositada en él. Y como bien se ha señalado es un poder que se otorga con la finalidad de llegar a un fin determinado y que con el tiempo este es abandonado o atacado, esa confianza que se le dé en un primer momento, puede ser revocada y devuelta a quien se la dio, en este caso el pueblo, quienes volverán a escoger nuevamente a quien consideren que los represente con la finalidad de salvaguardar la seguridad jurídica de ellos mismos. Se entiende entonces que la comunidad es siempre el poder supremo de un Estado, aunque solo si la consideramos cuando no esté dotada de gobierno alguno, pues este poder del pueblo solo puede ejercitarse cuando el gobierno está disuelto”.

El pensador francés, Joseph Sieyès (1789), teorizó sobre el poder constituyente, en su obra *¿Qué es el Estado llano?*, y manifiesta: En cada una de sus partes que la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Es decir que ningún tipo de poder delegado no cambia ninguna de sus condiciones de delegación. En este sentido, las leyes constitucionales son fundamentales. Primero tenemos a aquellas que son establecidas por la legislación, fundadas por la propia voluntad nacional, siendo ellas creadas con anterioridad a la voluntad nacional, son estas consideradas el primer escalón de la constitución y la segunda, es aquella establecida por una representatividad especial.

Como hemos ido desarrollando sobre el poder constituyente y el poder constituido, se debe profundizar sobre el concepto y características de estos para posteriormente hacer referencia a la relación que tiene tanto la voluntad privada como la voluntad del Estado. Primero se resalta del poder constituyente su carácter extraordinario, originario, revolucionario y soberano, así como su capacidad para tomar una decisión eficaz emanada de la propia comunidad política y de su forma constitucional.

Ante esto último, las principales características del poder constituyente es que es originario ya que emana de una comunidad política y no de sus instituciones ya que estas últimas son derivadas; es soberano e inapelable, sin embargo, es una realidad momentánea.

Asimismo, se caracteriza por su eficacia real y, por último, la acción que suele ocasionar una quiebra jurídica, o al menos un quiebre para el derecho positivo.

Según Pereira (2011), al mencionar cual es el concepto y características del poder constituyente, este no es ejercido por el que quiere sino por aquel que puede ya que no es posible establecer una atribución de titularidad reglada y estable. En ese sentido, este poder existe institucionalizado o no; pues las constituciones y las reformas constitucionales no brotan por generación espontánea, esta realidad del poder constituyente es condición otorgada al poder mismo, el cual no es de naturaleza moral, jurídica, ni legal y no hace más que referencia a la

cruda posibilidad de imponer la propia voluntad frente a otro o cualquier negativa que se le oponga y cualquiera que sea el fundamento de su resistencia.

Por otro lado, respecto al poder constituyente constituido es aquel que establece ante cada constitución de un órgano y un procedimiento para su reforma, aquella reforma constitucional para que sean consideradas reformas formales que operan por los cauces ya previstos por la propia constitución reformada. En este sentido, el poder constituyente es revolucionario, es de puro derecho mientras que el constituyente constituido es de potestad.

Asimismo, se tiene los límites del poder constituyente, aquí existen dos cuestiones, en un primer punto, tenemos que el poder constituyente genuino, el cual no está limitado por ninguna traba jurídico-positiva, sin embargo, lo está por las reglas naturales de justicia, es decir aquellas que se encuentran plasmadas en las tradiciones comunes a las naciones civilizadas y por el bien común. Mientras que el poder constituido, es limitable ya que estas son dadas por las reformas constitucionales.

En ese sentido, se ha desarrollado lo que es el poder constituyente y el poder constituido, ello a fin de poder entender la relación que existe entre la voluntad de los particulares con la voluntad del Estado, podemos decir que como se ha ido explicando durante este apartado, el poder constituyente vendría a ser aquel poder inherente a la voluntad de las partes ya que son ellas mismas las que dan fin a algún conflicto social, mientras que el poder constituido sería aquel que el pueblo otorga a determinadas personas quienes los representa a efectos de que representen al pueblo y son ellos mismos que buscaran llegar a acuerdos favorables para toda la sociedad ya que estos representantes buscan el bienestar social.

Finalmente, llegaríamos a la conclusión que tanto la voluntad de los privados como del Estado guardan una estrecha relación al entender que la voluntad del Estado está conformada o creada por la propia voluntad de los ciudadanos que le dan dicha potestad a fin de poder representarlos y buscar ciertas mejoras a la sociedad. Lo cual evitaría que caigamos en subjetividades y parcialidad ante las soluciones de conflictos.

### **3.3 Posibilidad jurídica de la conciliación en la segunda instancia**

Durante toda la presente investigación hemos tratado de poder entender lo que conlleva la voluntad particular, analizada en este trabajo mediante la conciliación, que de acuerdo a lo investigado no únicamente nos hemos basado en lo que es la conciliación extrajudicial sino que el punto central de la presente es la conciliación judicial en la que si bien las partes procesales estando dentro de un proceso judicial, tiene la posibilidad de llegar a un acuerdo aun habiendo pronunciamiento por parte del juez; en ese sentido, si bien tiene dicha facultad de llegar a un

acuerdo más favorable para los particulares, porque se le quita la posibilidad de que las partes puedan llegar a un acuerdo cuando se está en la segunda instancia del proceso.

Como bien se ha desarrollado en el primer capítulo, nos hemos enfocado en la voluntad de los individuos, concluyendo que las partes pueden tener cierta facultad de poder llegar a un acuerdo directamente entre ellos, sin que medie otra persona en la decisión de ambas. Sin embargo, se puede entender dicha autonomía como el poder emanado de los particulares, que se le confiere con la finalidad de poder establecer sus propias relaciones y atribuirles una esfera de intereses y la iniciativa de poder reglamentar por ellos mismos esas relaciones que nacen de ellos mismos. Por tanto, teniendo en cuenta lo dicho, dicha autonomía tiene ciertos límites que conllevan a que dicha facultad que tiene cada persona ante un conflicto pueda ser resuelto sin que ello afecte el Orden Público, las buenas costumbres y el ordenamiento jurídico.

Bajo lo analizado, queda claro que las partes pueden tener cierta facultad de llegar a un acuerdo sin la necesidad de que intervenga un tercero, es decir, el juez, sin embargo, se encuentra limitada no solo por el orden público sino también, por la costumbre y la seguridad jurídica que debe prevalecer ante cualquier cambio o decisión que pueda afectar al orden y la paz social.

Ante ello, la autonomía de la voluntad, como se ha señalado en el primer capítulo, es el poder adherido a las partes, respecto de la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Y segundo, es un conjunto de poderes, facultades y derechos subjetivos que se ejercen dentro de los derechos subjetivos. Pero se debe enfatizar que la autonomía de la voluntad tiene una especial relevancia que es la libertad del propio individuo y su tutela jurídica, debe entenderse como aquella libertad propia de la humanidad y el poder jurídico que el derecho objetivo le confiere a los individuos para reglamentar sus propios intereses en relación con los demás.

Sin embargo, esa libertad humana se le imponen límites como son el orden público, las buenas costumbres y el ordenamiento jurídico, los cuales brindan una legitimidad ante cualquier acto que tenga una repercusión jurídica; es decir, garantiza la seguridad jurídica de una sociedad a fin de que se mantenga el bienestar social mediante del orden público.

La autonomía de la voluntad se plasma dentro del presente trabajo en la conciliación, que como bien se ha mencionado en el primer capítulo, es un método alternativo de solución de conflicto, en la cual las personas tienen la facultad de por sí mismas tomar decisiones necesarias para solucionar sus controversias y administrar justicia directamente, es decir, este método obedece a la voluntad de las partes. Además, como bien se sabe hay la conciliación se clasifica en dos tipos, la conciliación judicial y la extrajudicial; en esta investigación nos hemos

enfocado en la conciliación judicial o también conocida como conciliación procesal, la misma que está bajo la dirección del juez, sin embargo, no es una decisión jurisdiccional, ya que son las propias partes quienes llegan a un acuerdo sobre el conflicto social y que tiene efectos de cosa juzgada.

Por otro lado, tenemos a la voluntad del Estado, el mismo que fue analizado en el segundo capítulo, el cual hace referencia al proceso judicial en el que las propias partes concurren para resolver un conflicto social a fin de que un tercero, el juez, culmine el mismo mediante un acto jurídico, en este caso mediante una sentencia.

Es así que, como todo acto jurídico, la sentencia, es una manifestación de cualquier otro acto jurídico que se realiza con el fin de producir consecuencias jurídicas. En ese sentido, como bien se ha dicho en los anteriores apartados el acto jurídico procesal con mayor relevancia en el proceso es la sentencia, siendo esta la resolución jurídica por excelencia, ya que únicamente con ella se pone fin al proceso a través del cual el juez ejerce su poder – deber que le otorga el Estado, para el cual se encuentra investido para aplicar el derecho que corresponde a través de la norma en el caso concreto.

Por lo que, la importancia de la sentencia es que la decisión que se tome es trascendente ya que no solo supone el fin del juicio, sino que además lo que se quiere es resolver el conflicto de intereses o eliminar la incertidumbre con trascendencia jurídica. Siendo esto así, es necesario hablar sobre la cosa juzgada, la cual va ligada a resolver la controversia mediante un proceso. Esta viene a ser la voluntad del Estado transmitida a través del juez que reviste con inmutabilidad a las decisiones judiciales procurando evitar la prolongación de la controversia.

Conforme a ello, la eficacia de la cosa juzgada se divide en tres aspectos; los cuales son inimpugnable, es decir, está impedida de cualquier impugnación que busque obtener la verificación de la misma materia; segundo, es inmutable, no puede alterar los términos de la sentencia y, por último, la sentencia con carácter de cosa juzgada debe ser ejecutada. Asimismo, se identifican dos tipos de cosa juzgada, tenemos la formal y el material, en grosso modo podemos decir que la primera de ellas, le da firmeza de la resolución ya sea sobre el fondo o no, las partes procesales no pueden impugnarla, se produce un cierre de recursos procedentes contra la misma. En el caso de la cosa juzgada material, esta se refiere a que la sentencia se vuelve inmutable, siendo la decisión del juez exigible dentro y fuera del proceso, esta solo se produce en las sentencias que van sobre el fondo.

Por último, la importancia de la cosa juzgada es que le brinda el carácter de ser ejecutada la sentencia firme, brindando una tutela jurisdiccional efectiva, y que dicha incertidumbre jurídica que tenía las partes al iniciar dicho proceso desaparece para convertirse en una certeza

y desplegando sus efectos en la realidad. Debiendo ser aceptada como acto de autoridad emanado por el Estado.

Ante el análisis realizado en este trabajo, se puede decir que aun estando en una segunda instancia es posible que las partes procesales puedan conciliar siempre y cuando la sentencia no tenga carácter de cosa juzgada. Ante esa posibilidad, podríamos responder las preguntas planteadas durante el desarrollo de este trabajo, como la pregunta porque las partes procesales no pueden llegar a una conciliación habiendo ya una sentencia de segunda instancia, se puede llegar a una conciliación habiendo ya un pronunciamiento por parte del juez en el que decide sobre el conflicto planteado ante él pero que aun así las partes teniendo dicha solución pueden tener la facultad de llegar a un acuerdo entre ellos, claro está siempre que dicha sentencia no tenga carácter de cosa juzgada como se ha mencionado anteriormente.

Bajo nuestra perspectiva, esta posibilidad puede llegar a compararse con la transacción judicial, la cual tiene mucha similitud a la conciliación con la diferenciación que esta última no puede darse en segunda instancia, por lo que teniendo en cuenta que se busca finalizar el conflicto de intereses a través de la decisión o acuerdo al que lleguen las partes, porque tendría que darse de manera distinta ya que, por un lado, la transacción es un acto jurídico con carácter patrimonial mientras que la conciliación es una institución consensual.

A nuestro parecer al realizar esa diferenciación se estaría limitando la facultad que tiene las partes procesales a hacer uso de su autonomía de voluntad teniendo en cuenta que la conciliación da una solución más rápida, eficaz y satisfactoria para ambas. Por lo que, si las partes iniciaron un proceso a fin de que un tercero, el juez, solucione su conflicto y que a su vez se le da la posibilidad de impugnar dicha decisión porque se les limita su voluntad a solo poder conciliar hasta antes de la segunda instancia, si ellos mismos por su plena facultad y voluntad pueden culminar a través de un acuerdo mucho más favorable para ambos en comparación a la decisión que pueda tomar el juez al momento de haber analizado las pretensiones planteadas ante él.

Cabe precisar, que al negarle esta posibilidad a las partes se estaría yendo en contra de su libertad de poder de decidir sobre sus propios conflictos ya que son ellos los que tendrían en sus manos la solución de los mismos.

Finalmente, nuestra propuesta se basa en darle a las partes procesales el poder conciliar estando dentro de un proceso judicial en segunda instancia hasta antes del pronunciamiento del juez en la etapa de la Casación, como se da en la transacción judicial, teniendo la ventaja de darle ese cambio a la conciliación procesal se podría culminar el proceso evitando la prolongación del mismo, así como la reducción de costos pero sobre todo que la solución al que

lleguen las partes será una acuerdo consensuado, proporcional y satisfactorio para ambas partes, ya que ellos mismos ponen el punto final a dicho conflicto. Esto siempre de la mano de los parámetros que estable el ordenamiento jurídico, y no sea vulnerados el orden público y las buenas costumbres.



## Conclusiones

**Primera.** La autonomía de la voluntad es libertad y fuerza vinculante al mismo tiempo, porque el sujeto del que emana dicha voluntad crea relaciones jurídicas, las regula, las modifica o elimina mediante la libre exteriorización de la voluntad sin poder separarse de los efectos vinculatorios que genera esa manifestación de su voluntad. Dicha voluntad se ve plasmada en el presente trabajo en la conciliación, que es un método distinto al proceso judicial y que a su vez se encuentra limitado por el Orden Público, las Buenas Costumbres y el Ordenamiento jurídico, a fin de que no se afecte el Orden social.

**Segunda.** Respecto al proceso judicial se puede señalar que la relación jurídica en el que se alega el argumento del mismo implica un consenso de voluntades dirigidas a un mismo fin, es decir, a la sentencia, la cual tiene efecto vinculante la cual no hay en un primer momento en el proceso. Asimismo, es cierto que la sentencia y, más exactamente, su efecto, la “cosa juzgada”, es la que culmina el proceso; siendo en este caso imposible de que se presente recurso impugnatorio alguno a fin de que puede reevaluarse dicha sentencia y que, en el caso concreto, o se podría llevar a cabo una conciliación cuando ya hay una sentencia con dicho carácter.

**Tercera.** La voluntad de las partes tiene un mayor peso ante cualquier otro poder ya que como se ha desarrollado durante el segundo y tercer capítulo del presente trabajo, la sociedad es quien le confiere ciertos poderes al Estado a fin de que haya un orden dentro de la sociedad, esto con lo relacionado con el poder constituyente y constituido. Por lo que, enfatizo que debe prevalecer autonomía de las partes ante la autonomía del Estado, pero siempre respetando los límites que se le imponen.

**Cuarta.** La autonomía de la voluntad de las partes dentro de un conflicto de intereses, al optar por uno de los métodos alternativos de solución de conflicto, en este caso, la conciliación, cabría la posibilidad de que la misma pueda realizarse no dolo hasta antes de segunda instancia dentro del proceso, sino que si se podría llegar a conciliar hasta en la etapa de casación siempre y cuando no haya una sentencia firme ni con carácter de cosa juzgada. Siguiendo el modelo de la figura de la transacción en donde si es posible llevarla a cabo estando después de la segunda instancia; por lo que, no habría imposibilidad alguna de que en la conciliación no sea posible, teniendo en cuenta que ambas son similares y en el que prevalece la voluntad de las partes, lo que favorecería a que el proceso culmine de manera más rápida y satisfactoria para ambas partes procesales.

## Lista de referencias

- Abanto, J. (2010). *La conciliación Extrajudicial y la conciliación Judicial, los puentes de oro entre los MARC'S y la Justicia Ordinaria*. Editorial GRIJLEY.
- Abanto, J. (2016). *Nuevos enfoques de la Conciliación y Arbitraje*. Editorial Instituto Pacifico.
- Azula, J. (2016). *Manual de Derecho Procesal, Procesos de conocimientos*. Tomo III, Sexta Edición, Editorial Temis.
- Bazán, L. (2019). *Problemática de la prohibición de registro en la propiedad industrial por contravención al orden público, las buenas costumbres y la moral: el caso de las patentes de material biológico de origen humano y animal*. [Tesis para optar el grado de abogado]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bermudez, Roraim. (2013). *La sentencia*. Universidad Jose Antonio Paez. Recuperado a partir de 10 de enero del 2022. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2013/07/04/la-sentencia-tipos-de-sentencia-requisitos-vicios/>
- Betancourt, J. (2012). Libertad de Contratación, orden público y sus repercusiones en el marco de la arbitrabilidad. *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, 2(2), 31.
- Betti, E. (1959). *Teoría General del Negocio Jurídico*, Madrid.
- Cabanillas, G. (2003). *Diccionario enciclopédico de Derecho Usual*. Editorial Heliasta. 26° edición, Tomo VII.
- Castrillo, J. (1949). Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos. *Anuario de derecho civil*, 2(2), 605.
- Cardoza, A. (2020). Aspectos generales sobre la cosa juzgada en el proceso civil peruano. *Estudio Benites, Vargas & Ugaz Abogado. IUS 360*. Recuperado a partir de 04 de 20 de febrero del 2023. <https://ius360.com/aspectos-generales-sobre-la-cosa-juzgada-en-el-proceso-civil-peruano-alejandro-cardoza-ayllon/>
- Carrillo, A., & Gianotti, S. (2013). Cosa juzgada vs. ¿cosa juzgada?: sobre la inmutabilidad de las resoluciones judiciales provenientes del proceso de ejecución. *IUS ET VERITAS*, 23(47), 374-385. Recuperado a partir de 01 de abril del 2023, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11954>
- Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil. T. I*, traducción de Alcalá-Zamora y Castillo y Sentís Melendo. Ed. UTEHA.
- Cavani, R. (2018). Teoría Impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil. *Gaceta jurídica S.A*

- Cea, J. (2004). La seguridad jurídica como derecho fundamental, revista de derecho, Universidad Católica del Norte, 11(1), 52.
- Coello de Portugal, C et. al. (2001). *La sentencia en el proceso laboral*. Editorial MCGraw Hill. Cuadernos al Derecho Procesal del Trabajo.
- Cordon, F. (1998). *Introducción del procesal*. Eunsa.
- Couture, E. (1979). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Depalma.
- Chiovenda, G. (1922) *Principios de Derecho Procesal Civil (Tomo II)*. Editorial Reas.
- Chiovenda, G. (2001). *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducción de E. Gómez. Editora Jurídica Mexicana.
- De Castro, F. (1971). Tratado práctico y crítico del Derecho Civil. Negocio Jurídico. T-10. Editorial Civitas SA.
- De Silva, C. (2004). El acto Jurisdiccional. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 21
- De la Oliva Santos, Andrés; Diez Picaso, Ignacio; Vega, Jaime, *Derecho procesal civil: ejecución forzosa, procesos especiales*, Madrid, Centro de estudios Ramón Areces, 2002.
- Espinoza, J. (2002). El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional. *Revista ius et veritas*. Universidad Católica del Perú.
- Cea, J. (2004). La seguridad jurídica como derecho fundamental, *Revista de derecho*. Universidad Católica del Norte, 11(1), 47.
- García, E. (1980). *Introducción al estudio del Derecho*. Editorial PORRUA S.A.
- Herrera, H & Mantilla, F. (2007). *Temas estructurales entorno al arbitraje, la conciliación y la negociación*. Editorial Universidad del Rosario.
- Herrera, M. (2008). La Sentencia. *Gaceta Laboral*, 14(1), 133-156. Recuperado en 22 de marzo de 2021. [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1315-85972008000100006&lng=es&tlng=es](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972008000100006&lng=es&tlng=es).
- Hernández, J. (1995). *La nueva regulación de la Nulidad Procesal, El sistema de ineficacia de la LOPJ*. Editorial Forum.
- Hinostroza, F. (2014). Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada. *Revista de Derecho Civil*. Universidad Externado de Colombia.
- Hinostroza, A. (1998). *Formas especiales de conclusión del proceso*. Gaceta Jurídica Editores.
- Hinostroza, A. (2010). *Derecho procesal civil*. Jurista Editores.
- Holguín, C et al. (2007). *Guía institucional de conciliación en civil*. Universidad Nacional de Colombia, Primera edición.

- Iglesias, S. (2015). *La sentencia en el proceso civil*. Dykinson.
- Junco, J. (1994). *La conciliación. Aspectos Sustanciales y Procesales*. 2da. ed., Ed. Radar.
- La Rosa, J & Rivas, G. (2018). *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- León, J. (1986). *Comentarios al Código Civil Peruano*. En Vidal Ramírez, Fernando. *Teoría General de acto Jurídico*. 2da Edición. Cultural Cuzco Editores.
- Ledesma, M. (2000). *Procedimiento conciliatorio, enfoque teórico normativo*. Gaceta jurídica Editores.
- Lohmann, J. (1987). *Negocio jurídico*. Studium.
- Moisset, L; Hiruela, P. (2004). La intimidación como vicio de la voluntad. *Anuario de Derecho Civil*, 9.
- Montalvo, J. (2010). Concepto de Orden Público en las Democracias Contemporáneas. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 22(2), 222.
- Ortells, M. (2015). *Introducción al derecho procesal*. Thomson Aranzadi.
- Osorio, A. (2002). *Conciliación, mecanismo de solución de conflictos por excelencia*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de ciencias jurídicas.
- Osorio, A & Xavier A. (2011). *La clasificación de las sentencias civiles según la modalidad jurisdiccional*. Universidad Católica Andrés Bello.
- Ossorio, M. (1999). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Editorial Heliasta.
- Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, (edición 23.<sup>a</sup> ed.), [versión 23.6 en línea], (<https://dle.rae.es/orden>) [16 de mayo del 2023].

### **Lista de referencias normativas**

Código Civil de la Republica de Perú, Decreto legislativo N° 1310 de 1984

Código Procesal Civil de la Republica de Perú, Resolución Ministerial N° 10-93-Jus

Decreto legislativo N°295 (24 de julio de 1984), Código Civil. 2015. p.95.

Decreto legislativo N°295 (1984). Código Civil. 2015. p.433.

Resolución Ministerial 010-93 (1993). Código Procesal Civil. 2020. p. 85

Ley de la conciliación N° 26872 (2008). Conciliación extrajudicial. Diario oficial el peruano.



## **Lista de referencias jurisprudenciales**

Primer Pleno Casatorio Civil N° 1465-2007- Cajamarca.

