

SOBRE LA TRAICIÓN DE LOS EXÉGETAS A LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR

(... y sobre la traición de algunos jueces a su función de administrar justicia)

Juan Espinoza Espinoza *

“Forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios; sería poner de nuevo en vigencia entre nosotros la desastrosa legislación de los rescriptos; pues cuando interviene el legislador para pronunciarse en los asuntos nacidos y vivamente agitados entre particulares, no está más al abrigo de rebatos que los tribunales. Se debe temer menos el arbitraje reglado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado y está sometido a la acción por prevaricación, que el arbitraje absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie”.

PORTALIS, *Discurso preliminar del Código Civil francés*

1. Premisa: el espejismo de la claridad

A nivel hermenéutico “comprender es encontrar el sentido y sentido es lo que es encontrado en la comprensión”¹. Para cierto sector de la doctrina italiana, la comprensión de los textos es siempre y al mismo tiempo “subjetiva” y “objetiva”². Dentro de este contexto, el (viejo y clásico) aforismo *in claris non fit interpretatio* entra en crisis, por cuanto la claridad de un texto no es un *prius*, sino un *posterius*³. Las interpretaciones literal, lógica, sistemática no son ni pueden ser fases distintas cronológica ni lógicamente, éstas son perfiles y criterios de un proceso cognoscitivo unitario⁴. La interpretación es por definición lógico-sistemática y teleológico-axiológica, vale decir, finalizada a la actuación de los nuevos valores constitucionales⁵.

El problema preliminar consiste en individualizar mediante una verdadera y comprometedora actividad hermenéutica, en el *mare magnum* de las fuentes y de las propuestas legislativas, cuál es la normativa vigente⁶. La interpretación valorativa representa la superación histórica y cultural de la interpretación literal⁷. El equívoco mayor que se anida en el brocardo *in claris non fit interpretatio* es el presupuesto sobre el cual se funda, o sea la “claridad” del texto⁸. El sentido del sistema se deduce, no en el aislamiento de la relación del intérprete “con el contenido de las singulares normas” sino, siempre, confrontando la norma singular con todas las otras, verificando la coherencia constitucional⁹. Por consiguiente resulta más coherente afirmar que “*in claris* o no, *semper fit interpretatio*”¹⁰.

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli, 1991, p. 204.

² PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 205.

³ PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 211.

⁴ PERLINGIERI, *op. cit.*

⁵ PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 212.

⁶ PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 213.

⁷ PERLINGIERI, *op. cit.*

⁸ PERLINGIERI, *op. cit.*

⁹ PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 220.

¹⁰ PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 222.



La actividad interpretativa no es mecánica ni unidireccional, verdadera o falsa o simplemente declarativa: es actividad, por definición, no sólo dirigida, sino vinculada al “dato” normativo. Es una actividad vinculada más específicamente a las elecciones y a los valores del ordenamiento jurídico¹¹.

La actividad de la interpretación es creadora, en el sentido que exploya históricamente los valores del ordenamiento, individualiza la normativa idónea, constituye un precedente doctrinal y jurisprudencial que tiene una autoridad y un peso propios en las elaboraciones sucesivas de la jurisprudencia y de la ciencia, juzga la compatibilidad de la norma al caso concreto¹².

Estas reflexiones llaman la atención respecto del (decisivo e importante) rol de quienes interpretan normas jurídicas. En efecto, la actividad interpretativa ha sido una preocupación constante de la doctrina de todos los tiempos, debido a la trascendencia de las decisiones del operador del derecho (sea éste legislador, juez, notario, registrador o abogado). Las diferentes escuelas que han delimitado los criterios de interpretación de los modelos jurídicos llevan consigo una “carga ideológica” que (confesada o no) privilegia una determinada concepción del derecho. Comparto plenamente la opinión de quien afirma que “lo que aquí interesa no es tanto la reconstrucción de los caminos seguidos por la metodología en diversas épocas, sino lo relevante de estos métodos sobre las técnicas aplicadas hoy en día: cada uno de éstos ha dejado huellas, cada uno de ellos constituye una pieza fundamental del actual pluralismo metodológico”¹³.

El legislador (entendido como individuo o como grupo, y por ello sería mejor hablar de *los legisladores*) es también un intérprete de la realidad social y esta actividad es (o debería ser) plasmada en la ley que el propio legislador diseña. Por ello se sostiene que la

legislación es “una obra de interpretación y aplicación, referida a la voluntad legislativa”¹⁴, y que “entre el procedimiento legislativo y el procedimiento interpretativo no existe un *hiatus* constante”¹⁵.

El propósito de este trabajo es desarrollar los principios básicos de la escuela de la exégesis y ver cómo éstos se reflejan (aun) en las decisiones de nuestros jueces.

2. Una necesaria aclaración: la exégesis ayer y hoy

Cuando se habla de la escuela de la exégesis, inmediatamente se nos viene en mente un criterio interpretativo que busca la intención del legislador y, para llegar a ello, se recurre (inicialmente) a una aproximación gramatical del texto a interpretarse, posteriormente, a los trabajos preparatorios y por último al denominado elemento lógico¹⁶, con el cual se cometieron notorios excesos¹⁷.

Son clásicas y recurrentes, al referirse a esta escuela, lapidarias afirmaciones, tales como: los jueces son “la boca que pronuncia la ley, seres inanimados que no pueden debilitar ni la vigencia, ni el rigor de ella” (Montesquieu)¹⁸, “yo no conozco el Derecho civil; y no enseño más que el Código de Napoleón” (Bugnet), “mi divisa, mi profesión de fe, es ésta: los textos sobre todo” (Demolombe), “los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene por misión hacer el Derecho; el Derecho está hecho” (Laurent)¹⁹; entre otras.

Autorizada doctrina española²⁰ ha sistematizado las notas distintivas de esta escuela:

- a) El derecho positivo lo es todo y todo el derecho positivo está constituido por la ley.

¹¹ PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 223.

¹² PERLINGIERI, *op. cit.*

¹³ ALPA, “*Il metodo nel diritto civile*”. En *Contratto e impresa*, año 16, N° 1, CEDAM, Padova, 2000, p. 363.

¹⁴ FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 45.

¹⁵ FROSINI, *op. cit.*

¹⁶ Se afirma que “el elemento lógico recurría a la analogía, al argumento a contrario y al argumento *a fortiori* (quien puede lo más puede lo menos); a la inducción y a la deducción, tratando de buscar principios generales aplicables a los casos que no estaban resueltos expresamente dentro de la ley” (RIVERA, *Instituciones de derecho civil. Parte general*, 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 169).

¹⁷ Así, “el abuso del elemento lógico desprestigió a la escuela, pues la llevó a resultados a veces absurdos; por ejemplo el artículo 102 del Código Napoleón dice: “*El domicilio de todo francés es el lugar...*”, de lo que se dedujo, por argumento a contrario, que los extranjeros carecían de domicilio” (RIVERA, *op. cit.*).

¹⁸ Citado por CROVI, “Interpretación de la ley”. En *Derecho civil. Parte general. Temas*, II, dirigido por RIVERA, Abeledo-Perrot, 1987, p. 138.

¹⁹ Citados por HERNÁNDEZ-GIL, *Metodología del derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, p. 57.

²⁰ HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, pp. 57-58.



- b) La interpretación está dirigida a buscar la intención del legislador.
- c) Una vez descubierta esta intención y establecido el principio fundamental que consagre, es preciso obtener todas las consecuencias, dar a la norma la extensión de la cual sea susceptible, sirviéndose de un proceso deductivo.
- d) Se niega el valor a la costumbre jurídica.
- e) Se tienen muy en cuenta los argumentos de autoridad, lo cual se reflejó con el respeto a las obras de los antecesores.
- f) Se atribuye al derecho un carácter estatal.

Con respecto a la interpretación gramatical (punto de partida de la escuela de la exégesis para llegar a la *mens legis*), se señalaron tres (objetables) principios²¹:

- a) Toda palabra tiene un valor exacto.
- b) Toda omisión es intencional.
- c) Siendo claro el tenor gramatical de la ley, no se debe avanzar más en la interpretación.

Volviendo a la cita inicial de este trabajo, uno de los autores del *Code*, en su "Discurso preliminar", hartado de los excesos de los jueces que paralizaban la administración de justicia, para reenviar a los justiciables "mediante *réfères*, al poder legislativo, cada vez que carecían de leyes o que la ley existente les parecía oscura"²², distinguió la interpretación doctrinal²³ de la interpretación auténtica²⁴, afirmando que sólo esta última es un modo de interpretar "que está prohibido al juez"²⁵ y llegando a decir que "hay una ciencia para los legisladores, como hay otra para los magistrados; y la una no se parece a la otra. La sabiduría del legislador consiste en encontrar, en cada materia, los principios más favorables al bien común;

la del magistrado, es poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata, y no exponerse a ser una y otra vez esclavo y rebelde, desobedeciéndola por espíritu de servidumbre"²⁶.

Dentro de esta línea de pensamiento, se expresa que: "sin duda, sería deseable que todas las materias pudieran ser reguladas por las leyes. Pero, a falta de textos precisos sobre cada una, una costumbre antigua, constante y firmemente asentada, una no interrumpida sucesión de sentencias semejantes, una opinión o una máxima admitida, hacen las veces de la ley. Y, cuando no se trata con nada establecido o conocido, cuando se trata de un hecho absolutamente nuevo, hay que remontarse a los principios del derecho natural, pues, si la previsión del legislador es limitada, la naturaleza es infinita y late en cuanto puede interesar a los hombres"²⁷.

Es aquí donde, a mi entender, el exégeta, al (pretender) interpretar la *mens legis*, ha traicionado al propio legislador, por cuanto, si el *Code* fue diseñado bajo la convicción de que el juez podía utilizar la interpretación doctrinal y que se podía aplicar (frente a la insuficiencia del dato legislativo) la costumbre, la jurisprudencia e, incluso, el derecho natural, resulta sumamente difícil comprender por qué la labor interpretativa se limitó (sólo) a recurrir a la ley.

En efecto, cuando una norma legal no era lo suficientemente clara, se recurría a la "voluntad histórica del redactor"²⁸, lo cual, en la mayoría de los casos era una suerte de "hacer hablar a los muertos"²⁹. No obstante ello, cuando (evidentemente) no existía dato legislativo alguno para regular un supuesto de hecho determinado, se recurría a la ficción de la "voluntad presunta del legislador"³⁰, que no era más que la aplicación de la analogía (disfrazada de *sesión espiritista*).

²¹ Propuestos por DUALDE, citado por LEÓN BARANDIARAN, *Tratado de derecho civil*, tomo I, título preliminar y Derecho de las personas, WG Editor, Lima, 1991, pp. 71-72.

²² PORTALIS, Discurso preliminar del proyecto del código civil francés, traducido por RIVACOBIA Y RIVACOBIA, EDEVAL, Valparaíso, 1978, p. 42. El título original de la obra es *Discours préliminaire sur le projet de code civil présenté le 1er. Pluviose an IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire* (París, 1801).

²³ La cual "consiste en captar el verdadero sentido de las leyes, aplicarlas inteligentemente y suplirlas en los casos no regulados por ellas" (PORTALIS, *op. cit.*, p. 43).

²⁴ Que "consiste en resolver los problemas y las dudas por la vía de reglamentos o de disposiciones generales" (PORTALIS, *op. cit.*).

²⁵ PORTALIS, *op. cit.*

²⁶ PORTALIS, *op. cit.*, p. 45.

²⁷ PORTALIS, *op. cit.*, p. 38.

²⁸ RIVERA, *op. cit.*, p. 139.

²⁹ RIVERA, *op. cit.*

³⁰ RIVERA, *op. cit.*



El intérprete *medium*, so pretexto de seguir la voluntad del legislador, ocultaba *su propia* interpretación, la cual, debido a la ideología imperante (de una marcada separación de poderes), no se podía aislar de la *literalidad* del dispositivo legal, caso contrario, el juez se convertiría en un *invasor* del terreno del legislador, con la consiguiente sanción. Ello, lamentablemente, también ocurre en poderes judiciales que no son autónomos y que sufren interferencias, sea del poder ejecutivo o del legislativo.

En la actualidad, cuando se habla de *exégesis* se debe entender una serie de acepciones. Una de ellas la entiende como *escuela* (que ya he desarrollado y criticado) y otra la comprende como un *método* (que no sigue, necesariamente, los lineamientos de la escuela tradicional). Al menos, en la cultura jurídica nacional, se entiende por *comentario exegético* aquel que se centra en la investigación y desarrollo (individualizado) de cada uno de los artículos de un texto legal. Este tipo de *abordaje* del conocimiento jurídico se enfrenta con la investigación *institucional*, que desarrolla conceptos, supuestos de hecho o instituciones jurídicas, a través de su naturaleza, características, diferencias con otras figuras afines, entre otros aspectos (independientemente de un orden *topográfico* de los dispositivos legales que los regulan).

En el método exegético actual (*heterodoxo*) no se pretende buscar (sólo) la intención del legislador, sino explicar pormenorizadamente el dato legislativo.

3. Un emblemático caso de interpretación literal

A continuación se va a comentar una resolución de unos vocales de segunda instancia que, si bien es cierto, no puede ser utilizada como un ejemplo de una interpretación exegética *strictu sensu*, por cuanto no indaga por la voluntad del legislador, sí es emblemática de una (restrictiva) interpretación literal (que no se quiere apartar del tenor de un dispositivo legal):

Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad
Resolución N° 3 (Trujillo, 06.05.98)
Exp. N° 97-3009

REPRESENTACIÓN PROCESAL-REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA DE LA PERSONA JURÍDICA EN MATERIA SOCIETARIA-NULIDAD INSUBSANABLE POR INCUMPLIMIENTO DE FORMALIDAD

“Si bien es cierto que el artículo diecisiete de la anterior Ley General de Sociedades, y de modo similar el artículo catorce de la nueva Ley número veintiséis mil ochocientos ochenta y siete, es-

tablecen, como forma de otorgamiento de poderes que se extienda el acta donde conste el acuerdo respectivo y la copia certificada de la misma basta para su inscripción en el registro, también es cierto que estas normas societarias no se refieren ni regulan el otorgamiento de poderes procesales, y, por tanto, no están comprendidas dentro de la salvedad o excepción que establece el citado artículo setenta y dos del Código Procesal, sobre la formalidad del poder para litigar, prevaleciendo esta norma por ser especial.

Al admitirse a trámite la demanda pese a faltarle el anexo relativo al poder, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo ciento veintidós, segunda parte, de este mismo Código, por no apoyarse en el mérito del proceso ni en el derecho.

En este caso, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo ciento setentiséis, *in fine*, del Código Procesal Civil, por tratarse de una nulidad insubsanable”.

A) El caso

Un funcionario del área legal de una institución financiera interpone, en representación de dicha entidad, una demanda de ejecución de garantías en contra de un cliente que no ha cumplido con sus obligaciones. Para acreditar su calidad de representante anexa a su demanda copia certificada del acta de la sesión del directorio que lo nombra como apoderado y representante judicial. En cuaderno de apelación sin efecto suspensivo, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad declara nulo todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda inclusive, entendiendo como insubsanable el hecho que no se haya cumplido lo establecido por el art. 72 del CPC, vale decir, que el poder no ha sido acreditado ni por escritura pública, ni por acta ante el juez del proceso, entendiendo que la normatividad de la Ley General de Sociedades no puede entenderse como “disposición legal diferente” de dicho dispositivo legal.

B) Las cuestiones

a) Sobre la formalidad en el otorgamiento de los poderes

En una feliz metáfora, surgida de la raíz etimológica de la palabra persona, se explica que la representación es una suerte de máscara del representado³¹, que se pone el representante para celebrar ciertos actos jurídicos, cuya eficacia recae (en línea de principio) en la esfera jurídica del representado. La representación es un acto jurídico unilateral y recepticio: unilateral porque “queda perfeccionado y da origen a la relación representativa (...) con la sola manifestación

³¹ ARAUZ CASTEX, *Derecho civil. Parte general*. Tomo I, Cooperadora de derecho y ciencias sociales, Buenos Aires, 1974, p. 261.



de voluntad de quien quiere ser representado³² y recepticio porque se dirige “a persona determinada”³³. Sin embargo, si bien es cierto que la validez del otorgamiento del poder depende de la voluntad (manifestada) del representado, la eficacia de la relación jurídica representativa depende de la aceptación (expresa o tácita) que haga el representante del encargo del representado.

La representación, en tanto “actividad por la cual, sustituyendo ante terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por cuenta de él, las consecuencias de la conducta del representante recaen (normalmente) en el representado”³⁴, es regulada por una serie de cuerpos legales tales como el Código Civil, la Ley General de Sociedades, el Código Procesal Civil, entre otros. Cada uno de estos textos, establece una formalidad³⁵ distinta para la validez (o para acreditar la existencia) de este acto jurídico.

En el Código Civil rige el principio de la “absoluta libertad de formalidades”³⁶ (art. 143). Sin embargo, el art. 156 c.c. establece un régimen de excepción³⁷. Para el caso de las personas jurídicas, la segunda parte del art. 2028 c.c., prescribe que:

“No se requiere el otorgamiento de escritura pública para la inscripción del nombramiento de representantes, mandatarios y otorgamiento de poderes. Para su inscripción basta la presentación de copia notarialmente certificada de la parte pertinente del acta en que consta el respectivo acuerdo”.

La Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, en su art. 14 regula que:

“El nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad así como el otorgamiento de poderes por ésta surgen efecto desde su aceptación expresa o desde que las referidas personas desempeñan la función o ejercen tales poderes.

Estos actos o cualquier otra revocación, renuncia, modificación o sustitución de las personas mencionadas en el párrafo anterior o de sus poderes, deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso.

Las inscripciones se realizan en el Registro del lugar del domicilio de la sociedad por el mérito de copia certificada de la parte pertinente del acta donde conste el acuerdo válidamente adoptado por el órgano social competente.

No se requiere inscripción adicional para el ejercicio del cargo o de la representación en cualquier otro lugar.

El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la Materia, por el sólo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto”.

En materia de representación procesal, el art. 72 CPC, establece que:

“El poder para litigar se puede otorgar sólo por escritura pública o por acta ante el Juez del proceso, salvo disposición legal diferente.

Para su eficacia procesal, el poder no requiere estar inscrito en los Registros Públicos”.

Una sana preocupación del juez radica en el hecho que “la debida representación de las partes en el proceso se relaciona con la llamada personería adjetiva o *legitimatío ad procesum* y su defecto configura la excepción previa”³⁸. Sin embargo, “en ocasiones, al leer en los repertorios de jurisprudencia ciertas decisiones, se resiste uno a comprender cómo ciertas cuestiones hayan podido ser suscitadas. Pero se explica si se piensa que aun la tesis más descabellada puede servir, a un abogado sin escrúpulos, para ganar tiempo”³⁹:

³² VIDAL RAMÍREZ, *El acto jurídico*. Cuarta edición, Gaceta jurídica, Lima, 1999, p. 195.

³³ VIDAL RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 72.

³⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, *El negocio jurídico*. 2.ª edición, Grijley, Lima, 1994, p. 163.

³⁵ Se distingue la forma de la formalidad, ya que la primera es un “vehículo a la exteriorización de la voluntad” y la segunda como el conjunto de “particulares exigencias adicionales a la exteriorización normal de la voluntad”, o dicho en otras palabras “toda voluntad con existencia jurídica requiere una estructura que la evidencie. Pero esa estructura no siempre debe tener ritos especiales” (LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, pp. 132-133).

³⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 192.

³⁷ El cual establece que “para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad”.

³⁸ DEVIS ECHEANDIA, *Teoría general del proceso*. Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 433.

³⁹ CALAMANDREI, *Estudios sobre el proceso civil*, III, traducido por SENTIS MELENDO, EJE, Buenos Aires, 1986, p. 279. El Autor observa, con razón, que “una vez iniciado el proceso, el abuso clásico o tradicional que una u otra parte intentará (y hasta incluso ambas partes, puestas de acuerdo) será el de darle largas. *Dum pendet vendet* (mientras pende, rinde), es viejo reproche dirigido a los abogados; el aplazamiento es, en la opinión común, el arma predilecta del litigio; y el vocabulario judicial está lleno, desde la antigüedad, de palabras que recorren todos los matices de esta enfermedad endémica de los juicios: tergiversar, cansar, molestar, hartar, retardar, remitir, aplazar, diferir... Habría que hacer un interesante estudio lingüístico sobre esta cosecha de sinónimos, que han crecido en el terreno fértil de la litigiosidad” (*cit.*, pp. 274-275).



esto se hace más grave en casos que, como el que es materia de este comentario, el juez se convierte en cómplice de ello.

Al leer esta resolución, uno no puede quedar más que sorprendido por lo opinable de la decisión y por la carencia de argumentos de la misma. La pregunta que surge inmediatamente es, ¿por qué lo establecido en la ley general de sociedades no puede ser entendido como una “disposición legal diferente” a la cual se refiere el art. 72 CPC, a efectos del cumplimiento de la formalidad tendiente a acreditar la representación procesal? Tratando de adivinar el (misterioso) *iter* argumentativo que ha pasado por la mente de los vocales que han emitido tal decisión, podría presumirse que se ha entendido que la representación procesal es distinta de la representación societaria (como civil) y, por lo tanto, requiere una formalidad diversa.

Si ello es así, creo pertinente recordar que “el acto procesal es una especie del género acto jurídico. Su elemento característico es que el efecto que de él emana, se refiere directa o indirectamente al proceso”⁴⁰. En este orden de ideas, la representación procesal, al igual que la representación societaria (en tanto tipos especiales de representación), forman parte de un núcleo común, cuya *sedes materiae* está en el Código Civil. Si bien es cierto que se ha evidenciado que la representación procesal acusa un “rigorismo formal (que) es desconocido en el Derecho Civil y está en conformidad con las exigencias del proceso”⁴¹, también se ha señalado que “el negocio jurídico mediante el cual se confiere la representación es un acto coordinado al proceso, si bien meramente preparatorio, y está sometido, por consiguiente, a las normas del Derecho Civil sólo en lo que la ley procesal no prevea y su naturaleza lo consienta”⁴².

Otro criterio que (presumiblemente) pudieron haber manejado los vocales es que existe una formalidad para la inscripción registral de los poderes y otra formalidad (distinta) para acreditar los poderes procesales (valga la redundancia) en un proceso. Esta distinción tampoco resiste el análisis, por cuanto, en el caso que comento, nos encontramos frente a un acto jurídico (válido) en el cual se ha cumplido una formalidad establecida por ley. Ello nos llevaría a la infeliz conclusión que un mismo acto (válido y legalmente

formalizado) tendría una *eficacia relativa*, es decir, sí podría ser inscrito y no ser admitido en un proceso, o dicho en otras palabras, admitido por un registrador y rechazado por un juez. No debemos olvidar que tanto uno como otro operador jurídico deben calificar la legalidad, sea de los documentos que se presentan o de las pretensiones de los interesados, siendo conscientes de la eficiencia social de sus decisiones.

Por ello, resulta totalmente pertinente citar que “con la solución de conflictos por parte del Estado, muchas veces, en lugar de que los actores del sistema legal asuman sus *funciones de servidores* —pero, atención, no de burócratas— a las órdenes de la sociedad, se ha creado una espesa retórica en que la simbología religiosa, docente, martiroológica, ritual, protocolar y solemne, no permite percibir tanto los excelentes seres humanos que cumplen a conciencia y ejemplarmente su tarea, como el número de funcionarios rutinarios, *sin vocación de servicio*, sin voluntad de satisfacer una necesidad pública, que se refugian en la más pedestre, inimaginativa y tímida relación con los textos legales, *olvidándose que el único objeto de las leyes es servir y proteger al ser humano*”⁴³ (las cursivas son mías). En pocas palabras, el juez (o el registrador), no debe olvidarse que es un *servidor público*, ni tampoco que no debe ser un gris burócrata que no ve más allá de los dos metros cuadrados de su escritorio.

Si la representación (civil, societaria o procesal) tiene la misma naturaleza, si la exigencia de una *doble formalidad* es absurda y si la última parte del art. 72 del CPC alude a “la disposición legal diferente”, vuelvo a preguntar ¿Por qué no se contempló como tal lo dispuesto por la Ley General de Sociedades? ¿No hubo un acto válido de otorgamiento de poder? ¿No se cumplió una formalidad prevista por la ley? ¿Qué es lo que debería calificar un juez probo y diligente?

Esta decisión no es justa (ni razonable), si se tiene en cuenta lo regulado por el art. IV (último párrafo) y el art. V (tercer párrafo) del Título Preliminar del CPC, que establecen que “el Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria”, así como que “el Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran”.

⁴⁰ COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 201. El autor define al acto procesal como “el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales” (cit.).

⁴¹ CHIOVENDA, *Instituciones del derecho procesal civil*, II, Cárdenas Editor y Distribuidor, traducido por GÓMEZ ORBANEJA, México, D.F., 1989, p. 330.

⁴² CHIOVENDA, *op. cit.*

⁴³ MAC LEAN UGARTECHE, “Requiem para el espíritu del legislador: la cultura de servicio en la administración de justicia”. En: *Tbémis*, Segunda Época, N° 33, Lima, 1996, p. 226.



En materia de nulidades de los actos procesales, el último párrafo del art. 171 CPC es bastante claro al expresar que “cuando la ley prescribe formalidad determinada *sin sanción de nulidad* para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito”⁴⁴. El propósito de la representación procesal es el de otorgar poderes al representante para que actúe (dentro del proceso) en nombre del representado y, en el caso que lleva a comentario, se cumplió con una formalidad establecida por ley. Si bien es cierto que el art. 72 del CPC usa el adverbio “sólo”, es (como mínimo) miope no ver más allá (de lo que se puede ver): no hay sanción de nulidad, se cumplió el propósito del acto y (además) este mismo dispositivo establece como formalidades excepcionales las que se encuentren en “disposición legal diferente” (en este caso, la Ley General de Sociedades): recurrir, en este caso, a los arts. 122 y 176 del CPC como fundamentos de derecho de la decisión resulta poco feliz y lamentable.

b) La representación voluntaria de la persona jurídica frente a la teoría del órgano

La figura del *órgano* aparece a finales del siglo antepasado, en el derecho público alemán⁴⁵. Para tener una idea del atormentado recorrido de su noción en la doctrina (que pasó al derecho privado), resulta oportuno citar que “la historia del concepto de órgano, de sus desviaciones y, digámoslo, de sus aberraciones, puede servir para demostrar con cuanta fatiga y con cuanta lentitud, una categoría jurídica llega a su límpida y exacta definición”⁴⁶. Partiendo de la premisa que toda organización de personas implica, ineluctablemente, una distribución de funciones, podremos llegar a tener una idea del concepto de órgano, el cual no es unívoco.

Una persona jurídica, como cualquier organización de personas, puede ser vista de dos maneras: la primera, *estática*, como estructura organizada y la segunda, *dinámica*, vale decir, como unidad funcional. La distribución de funciones implica, a su vez, la individualización de funciones. Dichas funciones (indivi-

dualizadas) tienen que ser realizadas por personas que estén *encargadas* para ello. El *oficio* (en el sentido de encargo, empleo, competencia o incumbencia) también puede ser percibido en una manera dual: o en un sentido técnico-administrativo (*oficio-organización*) o en un sentido jurídico (*oficio-función*). El primer tipo de oficio es lo que se conoce como *dependencia* (o también *oficina*) y el segundo es el *cargo*, propiamente dicho⁴⁷.

El *oficio*, entendido en sentido funcional, “es el titular de una de las funciones de la organización”⁴⁸. El *oficio*, en sentido jurídico, “es un elemento organizativo del ente, pero jurídicamente conformado. En su conformación es idéntico al oficio en sentido funcional: es tributario de una función definida, compuesto de prestaciones de personas y de cosas. La diferencia entre oficio en sentido jurídico y oficio funcional está en que en el primero, el contenido que lo conforma, es objeto de una disposición jurídica: la función está definida por el mandato jurídico, el cual dispone acerca de las prestaciones de personas y de cosas, esto es, en términos jurídicos más precisos, acerca de los servicios personales y reales al oficio”⁴⁹.

La función, en tanto asignada al oficio, tiene relevancia jurídica, sea a nivel de relaciones internas (entre los oficios de la persona jurídica) como a nivel de relaciones externas (entre la persona jurídica y otros sujetos). En las relaciones internas define la competencia de los encargados del oficio y determina la responsabilidad interna, de los titulares y los encargados del oficio, frente al ente⁵⁰.

El oficio, en sentido jurídico, no es un instrumento para los efectos de la imputación, o sea, para los efectos de ser sujeto de derecho. El concepto de oficio es *neutro* respecto de las imputaciones, en el sentido que sirve sólo para explicar la distribución de las funciones en la organización del ente. Por ello se afirma que “instrumento para los efectos de la imputación es el órgano y son órganos sólo aquellos oficios que las normas indican como idóneas para operar la imputación jurídica al ente. Esta, y no otra, es la distinción entre oficios (en sentido jurídico) y órganos”⁵¹.

⁴⁴ Frente a ello, hubiera sido totalmente pertinente, al amparo del art. 172, segundo párrafo, convalidar dicho poder.

⁴⁵ M.S. GIANNINI, voz *Organi (teoria generale)*. En: *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 37, quien afirma que los autores alemanes coinciden en que GIERKE es el que, por primera vez, introdujo la noción de órgano (en *Die genossenschaftstheorie und die deutsche rechtssprechung*, Berlín, 1887) y que PREUSS es quien, por primera vez habría presentado un desarrollo teórico sistemático sobre el tema (en *Stellvertretung oder organschaft?*, en *Jb. Jb.*, 1902, XLV, pp. 451 ss).

⁴⁶ S. ROMANO, “Órgano”. En *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1963, 166, citado por M.S. GIANNINI, p. 39.

⁴⁷ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁸ M.S. GIANNINI, *op. cit.*

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 42. El autor afirma que: “mientras el oficio en sentido funcional se refiere a la categoría de la eficiencia, organizativa y, por consiguiente, de la acción, que no es en sí categoría jurídica, el oficio en sentido jurídico es un instrumento que muestra la función tal como ha sido definida jurídicamente” (cit., p. 44).

⁵⁰ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 45.

⁵¹ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, el cual agrega que “el concepto de órgano hace superable la concepción misma de la persona jurídica como sujeto privado de capacidad de ejercicio” (cit., 46). En contra, FALZEA, quien afirma que “las personas jurídicas (...) no tienen



La función del órgano es la de "simplificación de estructuras a los efectos de la certeza de las relaciones y de la más segura tutela de las situaciones jurídicas de los sujetos involucrados por las actividades de las personas jurídicas"⁵².

Sobre la base de estos modelos dogmáticos diseñados por tan autorizada doctrina, en un escenario práctico, si una persona contrata, por ejemplo, con el gerente de una sociedad, si bien es cierto que *ontológicamente* está interactuando con una persona natural, desde un plano *jurídico*, lo está haciendo con la propia persona jurídica, a través de su órgano.

Conceptualmente, el *órgano* no debe ser confundido con la *representación*. Hay quien afirma, siguiendo a un sector de la doctrina italiana que "la genuina representación supone dos esferas jurídicas (la del representante y la del representado), de modo que uno es sujeto de actuación y otro de imputación"⁵³. Sin embargo, se advierte, tanto a nivel de la eficacia del negocio concluido en nombre de la persona jurídica, como de la responsabilidad de la representación de las personas jurídicas, que no existen diferencias entre *órgano y representación*⁵⁴. Es por ello que se afirma que, en el caso de las personas jurídicas "nos encontramos con un *sui generis* fenómeno de representación, pero no ante un caso de ausencia de ella"⁵⁵, reservándose la denominación de "representación orgánica" para el ejercicio de las funciones del órgano, y la de "representación voluntaria", cuando la misma persona jurídica (a través de sus órganos) otorga poderes, a una tercera persona, para algún acto determinado⁵⁶.

En el caso que se está comentando, nos encontramos frente a una representación voluntaria de la persona jurídica en la cual, volviendo a la metáfora de la máscara, el representante, al actuar poniéndose la máscara del representado, hará que la actuación repercuta en la esfera jurídica del representado, en los actos que han sido predeterminados por éste. El *ritual* (diferente) con el que se otorgó la máscara no puede ser motivo justificante para invalidar dicha actuación,

máxime cuando el *libyeto* lo permitía. La última parte del art. 14 de la Ley General de Sociedades establece que el solo mérito del nombramiento del gerente general o de los administradores de la sociedad, para "gozar de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la Materia". Ello evidencia que no hay un compartimento estanco que separe la representación voluntaria societaria de la representación voluntaria procesal y que se debe ser flexible en lo referente a la calificación legal de la formalidad del otorgamiento del poder en el caso de la representación procesal de una persona jurídica (que además está regulada en la ley general de sociedades).

c) El nuevo "ius corrigendi" de los vocales superiores (o su derecho a interpretar sus propias resoluciones)

Una vez que la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad emitió la Resolución N° 3 (del 06.05.98), materia de este comentario, el expediente N° 3009-97 volvió a bajar al Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Trujillo, el cual, con Resolución N° 18, del 18.05.98, actuando lo decidido por la Corte Superior, declaró inadmisibles las demandas interpuestas, concediendo al banco demandante un plazo de tres días a efectos de subsanar la "deficiencia hecha notar, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y archivarse el expediente como corresponde". El banco demandante volvió a presentar la misma documentación (copia legalizada del acta de directorio de nombramiento de representante procesal), esta vez acreditando su inscripción registral. Ello generó que el Juez, mediante Resolución N° 20, del 25.05.98, ordenase el archivamiento del expediente, en base a la siguiente fundamentación:

"Que, el acta de directorio que se adjunta, por el cual se acuerda el nombramiento de apoderados, es similar a la obrante de fojas tres a siete, en atención a que no se trata de escritura pública ni de acta ante el Juez, conforme lo exige la Segunda Sala Civil, en aplicación del artículo 72 del

capacidad de ejercicio, sino que poseen capacidad de imputación jurídica de supuestos de hecho" (en voz *Capacità teorica (generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 34).

⁵² M.S.GIANNINI, *op. cit.*, p. 47.

⁵³ LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 167, quien afirma, no obstante, que "así presentado el problema, bien podría ser admitida la falta de propiedad terminológica cuando se denomina representantes a las personas físicas que actúan en nombre y por cuenta de una persona jurídica. Visto, sin embargo, desde el lado práctico, las tan acusadas diferencias comienzan a desvanecerse y nos hacen pensar que, efectivamente, la actuación de las personas morales en el ámbito jurídico requiere de una especial forma de representación" (cit.).

⁵⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*, p. 168.

⁵⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.*

⁵⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, *op. cit.* Sobre el problema que plantea, a propósito de la representación de las personas jurídicas, la denominada prórroga del mandato en el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro, ver ESPINOZA ESPINOZA, "Aspectos registrales de las asociaciones". En: *Gaceta jurídica*, tomo 51, febrero, 1998, p. 56-A.



Código Procesal Civil, por lo que no se ha efectuado la subsanación requerida, por lo que en efectividad del apercibimiento decretado y a tenor de lo previsto por el artículo 426, parte *in fine*, del acotado Código cabe rechazar la demanda”.

El banco demandante apeló la resolución y, para sorpresa de todos nosotros, la misma Segunda Sala Civil, mediante Resolución N° 28, del 18.08.98, anula el auto apelado del Primer Juzgado Especializado de lo Civil, razonando lo siguiente:

“Que esta Sala, al declarar, mediante resolución copiada a fojas doscientos sesenta y nueve, la nulidad de todo lo actuado, lo ha hecho con el propósito de lograr que la entidad demandante, subsane el defecto originario del acta de fojas tres, en la que no figuraba constancia alguna de inscripción registral (la presente cursiva y las próximas son mías) (...) Que, lo que deja establecido esta Sala, en esta causa y en otras similares y que se aclara conceptualmente en los términos de la presente resolución, es que *las actas de Directorio que contengan otorgamiento de poderes caen dentro de la excepción prevista en el artículo setenta y dos, primer párrafo, in fine, del Código Procesal Civil, es decir, es una forma más de otorgamiento de poder, adicional al de la escritura pública y acta ante el juez y para tener eficacia procesal deben estar registralmente inscritas*, conforme al artículo diecisiete de la anterior Ley General de Sociedades (artículo catorce de la nueva Ley número veintiséis mil ochocientos ochenta y siete), que para estos efectos se aplica sistemáticamente con la anterior norma glosada”.

El nuevo (y esotérico) razonamiento de los vocales superiores puede ser decodificado de la siguiente manera:

1. Primero, en la Resolución N° 3 (del 06.05.98), establecieron que, tanto el art. 17 de la anterior l.g.s. y el 14 de la actual l.g.s.. “no están comprendidos dentro de la salvedad o excepción” que regula el art. 72 del c.p.c. y ahora, en la Resolución N° 28 (del 18.08.98) dicen (que no dijeron esto —que sí dijeron—, sino) que las actas (a las cuales se refieren los citados artículos de la l.g.s) “caen dentro de la excepción prevista en el artículo setenta y dos”.
2. La novedad interpretativa que proponen los vocales superiores es que, para que sean admitidos los poderes procesales, otorgados por acta de sesión de directorio, tienen que estar inscritos registralmente. Dicho en otras palabras: lejos de solucionar los

problemas, están exigiendo una formalidad (adicional) que no está contemplada en el art. 72 del CPC.

No creo necesario repetir lo ya explicado en el punto anterior: sólo me limito a precisar que la *ratio* del art. 72 del CPC es que para que surtan efectos los poderes procesales no es necesario que estén inscritos. Si un operador jurídico razona (como en este caso) en sentido contrario, está dilatando (absurda e innecesariamente) un proceso, con lo cual eleva de una manera tremenda (y antieconómica) los costos de la administración de justicia.

4. Postdata: lo saludable que puede resultar asumir una posición exegética frente a un inconsciente revirement de la escuela del derecho libre

La cultura jurídica nacional es heredera del mito, creado en la Europa continental bajo el influjo de las ideas de Montesquieu, de desconfianza del juez, teniendo como contrapartida la absoluta confianza rousseauiana en el legislador. Así, “mientras el sajón vivió con el mito del juez, el europeo continental vivió con el mito del legislador”⁵⁷. Francesco Carnelutti se encargó de advertir que el gran error de la Europa continental (y nuestro) es haber caído en el mito del legislador y haberse olvidado del juez, que es la figura central del proceso⁵⁸.

El juez, en tanto artífice del derecho viviente, puede ser un protagonista decisivo en la creación de un sólido derecho jurisprudencial, o como en el caso que hemos visto, el gris burócrata que encuentra problemas a las soluciones. Sin embargo, el fundamento que se está usando nos recuerda a los jueces soñados por Kantorowicz, padre de la escuela del derecho libre, en la cual se quería a un juez que, despreciando el derecho estatal, pueda *administrar justicia* aun en contra de las leyes imperantes. Esta escuela sólo ha sido justificada en contextos históricos determinados, como la Rusia bolchevique (que defendía los principios de lucha de clases y de dictadura del proletariado) o la Alemania nazi (que defendía los principios del nacional socialismo). Lo trágico es que algunos jueces peruanos administran justicia (aun en contra de la normatividad imperante), no porque obedecen a alguna corriente ideológica, sino (presumiendo *iuris tantum* su buena fe) por desconocimiento de los modelos jurídicos a aplicarse, así como de la carencia de una manera justa y razonable interpretación de los mismos.

Dentro de este contexto (y ésta es la gran paradoja), se prefiere, en línea de principio, a un juez que interpreta de manera exegética las normas (sin

⁵⁷ GARCÍA BELAUNDE, “Sobre el hábeas data y su tutela”. En *Derecho*, N° 51, PUCP, Lima, diciembre de 1997, p. 56.

⁵⁸ GARCÍA BELAUNDE, *op. cit.*



alejarse de su *literalidad*), que uno que no las interpreta adecuadamente y, volviendo a Carnelutti, sólo

podremos admitir que el juez sea el protagonista del proceso, cuando haya aprendido bien su papel.