

La representación técnica o judicial del abogado y el recurso de apelación

Juan Monroy Gálvez
Abogado. Profesor de Derecho
Procesal Civil de la Pontificia
Universidad Católica del Perú.

I. RESOLUCIÓN DE LA TERCERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA.

«Lima, dieciocho de Enero de mil novecientos noventicinco.-

VISTOS; Interviniendo como Vocal ponente el Señor Carrión Lugo; y CONSIDERANDO: que si bien conforme al artículo doscientos noventa de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los procesos, sin la necesidad de intervención de su cliente, el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley, también es cierto que, conforme al numeral décimo primero del mismo cuerpo legal, la interposición de un medio impugnatorio constituye un acto voluntario del justiciable, lo que importa un medio impugnatorio como es el recurso de apelación, sólo puede ser presentado por el agraviado con la resolución; que, por consiguiente, el abogado, sin poder especial, no está facultado para impugnar una resolución; que el citado artículo décimo tercero (sic) forma parte de los principios generales de la Ley Orgánica del Poder Judicial; que, en el presente caso, el doctor Domingo García Belaunde, sin tener poder, en su calidad de abogado de Compañía Sudamericana de Vapores, interpone el recurso de apelación de fojas ciento tres contra la sentencia de fojas noventiséis; que en el sentido anotado ha resuelto la Sala Civil de la Corte Suprema en la causa seguida con el número cuatrocientos cincuentitrés guión noventa y cuatro, procedente de Arequipa: Declararon NULO el concesorio del recurso de apelación de fojas ciento tres vuelta, su fecha trece de julio de mil novecientos noventa y cuatro, e INADMISIBLE el recurso de su propósito; y los devolvieron.-

Rúbrica de los ss. vocales y secretario, lo que notifico a usted conforme a ley.- Lima, 7 de febrero de 1995.»

II. CATEGORÍAS BÁSICAS PARA EL DESARROLLO DEL TEMA.

A continuación, y sólo a efectos que la información a ser transmitida no se vea perturbada por el uso de acepciones diferentes -entre el autor y el lector- respecto de una misma categoría, se precisará el sentido jurídico en que son utilizados algunos conceptos básicos, imprescindibles para conducir la comunicación con el lector, que no otra cosa debe importar cuando se escribe.

Teóricamente, por lo menos, antes del inicio de un proceso, es decir, antes de que un sujeto de derechos ejerza su derecho de acción interponiendo una demanda, existe un conflicto de intereses con relevancia jurídica entre éste y otro sujeto de derechos. Esta relación conflictiva previa al proceso -una relación acreedor-deudor, por ejemplo- se denomina **relación jurídica material**. Por esa razón, a los sujetos que forman parte de esa relación se les denomina **partes materiales**.

Cuando se interpone una demanda, esto es, cuando se inicia un proceso, la relación jurídica material

antes citada, se reproduce en una relación más compleja -en tanto intervienen más sujetos, entre ellos el Estado, representado por el juez-, destinada primariamente a resolver el conflicto de intereses. Esta nueva relación se llama **relación jurídica procesal**, y en ella deben participar las partes materiales. En tanto realicen actividad al interior de esta nueva relación, además de ser partes materiales se les denomina **partes procesales**. Con denominaciones distintas, Carnelutti⁽¹⁾ también consiente en esta diferencia entre partes materiales y procesales. Aun cuando parece en un momento abandonarla⁽²⁾, luego la retoma pacíficamente⁽³⁾.

Para ser parte procesal es necesario tener **capacidad procesal**, es decir, contar con una aptitud para realizar actos procesales válidos. En opinión de Carnelutti: «La capacidad es la expresión de la idoneidad de la persona para actuar en juicio, inferida de sus cualidades personales»⁽⁴⁾. Adviértase que esta calidad no es exigible para ser parte material, en tanto para ser tal sólo es suficiente ser sujeto de derechos⁽⁵⁾. La capacidad procesal, por ello, constituye un presupuesto procesal, y sólo la tienen aquellos a quienes el sistema jurídico los provee de tal facultad.

Es bueno advertir la diferencia que existe entre la **capacidad procesal** y la **legitimidad para obrar**, esta última está referida a la titularidad del derecho que se discute en el proceso⁽⁶⁾.

Adviértase que aun cuando tienen muchos elementos comunes, los conceptos civiles de **capacidad de goce y capacidad de ejercicio**, no son necesariamente identificables con la **capacidad para ser parte material y la capacidad procesal**, respectivamente⁽⁷⁾. Hay sujetos de derechos como los órganos constitucionales autónomos o los órganos públicos colectivos, de quienes no sería posible decir que tienen capacidad de goce, aun cuando sin duda pueden ser partes materiales, es decir, ser parte de una relación jurídica material. La diferencia es más saltante en el caso de la otra capacidad. Un ejemplo: una mujer de quince años sin duda no tiene capacidad de ejercicio, sin embargo, el ordenamiento jurídico le concede plena capacidad procesal para actuar en nombre de su hijo, demandando alimentos por éste.

Por otro lado, y ya empezamos a llegar al tema de marras, no es imprescindible que las partes materiales deban actuar directamente en un proceso. Incluso es posible que la parte material se encuentre permanentemente impedida de hacerlo, sea por razones físicas o legales. Cuando el sujeto de derechos que es la parte material no es la parte procesal, es porque en la relación procesal se ha presentado la figura de la **representación procesal**, de lo contrario, la relación procesal estará totalmente viciada.

Esta institución -la representación procesal-

-
- (1) «a) De este modo, se ha delineado la noción de **sujeto de la acción**, junto a la de **sujeto del litigio**. Son dos nociones más aun que diversas, inversas: sujeto del litigio es aquél respecto del cual se hace el proceso y que, por tanto, sufre sus consecuencias; sujeto de la acción es quien lo hace o, por lo menos, quien concurre a hacerlo y, de ese modo, a determinar aquellos efectos. El contraste se perfila claramente entre una función activa y una función pasiva». (CARNELUTTI, Francesco. *Sistemas de Derecho Procesal Civil*, Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, Tomo II, pág. 58).
- (2) «Rectifico así una opinión que expuse antaño, y según la cual, sujeto de la acción debiera ser considerado únicamente el representante o el sustituto, pero no también el representado o el sustituido.» (CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., pág. 58).
- (3) «A fin de evitar el desorden en los conceptos, tan nocivo a la ciencia, es necesario, si no suprimir en algunos de estos casos la palabra «parte», sí, al menos, añadirle un atributo idóneo para significar el diverso valor de la misma. A esa necesidad responde, hasta cierto punto, la distinción entre la parte en sentido material y la parte en sentido formal.» (CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., pág. 60).
- (4) CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., pág. 25.
- (5) «...ao lado das pessoas naturais o jurídicas, o direito processual civil reconhece capacidade de ser parte a certas massas patrimoniais -a massa fallida, a herança, a herança vacante ou jacente (CPC, art. 12, III, IV e V), dando-lhes o caráter e a denominação de pessoas formais». (...al lado de las personas naturales o jurídicas, el derecho procesal civil reconoce la capacidad de ser parte a ciertas masas patrimoniales -la masa fallida, la herencia, la herencia vacante o yacente (...), dándoles el carácter y la denominación de personas formales) (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Editora Saraiva, Sao Paulo, 1977, Volumen I, pág. 352).
- (6) «...nao se deve confundir a legitimação processual, ou capacidade de estar em juízo, com a qualidade de parte legítima, ou legitimação ad causam. Alguém pode ser parte, estar em juízo, e, todavia, nao possuir a qualidade de parte legítima ad causam» (...no se debe confundir la legitimación procesal, o capacidad de estar en juicio, con la calidad de parte legítima, o legitimación ad causam. Alguien puede ser parte, estar en juicio, y, todavia, no poseer la calidad de parte legítima ad causam) (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Editora Saraiva, Sao Paulo, 1977, Volumen I, pág. 250).
- (7) «...pero ello no significa que contratar y actuar en juicio sean la misma cosa, ni que la capacidad material se confunda con la capacidad procesal, sino sólo que una y otra están normalmente reguladas del mismo modo. Decimos normalmente, porque existen hipótesis en que quien sea incapaz de ejercitar el derecho tiene, sin embargo, el poder de hacerlo valer en juicio, precisamente porque dicho poder es cosa bien distinta de aquel derecho.» (CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., pág. 26).

posibilita que la parte material actúe en un proceso a través de la actividad procesal realizada por otra persona en su nombre, es decir, lo que el representante legal haga no lo afecta a él, sino a su representado. Adviértase asimismo, que el representante no sólo lo es de la voluntad del representado, sino a veces de la declaración de voluntad de éste. En cualquier caso, sea a su voluntad o sólo a su declaración, lo importante es que los actos del representante afectan la esfera jurídica del representado, por lo que no es incorrecto sintetizar tal relación diciendo que, en definitiva, el representante actúa por el representado. Lo expresado, sin embargo, no pone en duda que se trata de actos voluntarios del representante, sin embargo, lo que destacamos es que tales actos se producen dentro de límites e instrucciones impartidas por el representado.

Al respecto Wach afirma: «El acto del representante no surte efectos sobre él, sino sobre el representado, que es la única persona para quien ese acto crea derechos y obligaciones. El representante es el sujeto actuante, pero no el sujeto del efecto jurídico de su acto. El representante es, o representante en la voluntad o solamente en la declaración de voluntad. En su carácter de «procurador» quiere para la parte. Su acto no es un servicio fáctico, una actividad auxiliar o un patrocinio, tal como lo presta el abogado, pues éste aboga para la parte, pero no actúa por ella. Como declarante de la voluntad ajena, el representante no es órgano de la parte actuante en el querer, sino representante en el acto sustancial de la declaración. Su actividad es en parte la de un mensajero, cuando cumple por representación la esencial comunicación de escritos (notificación), o la de un patrocinante, cuando declara la voluntad de la parte presente (portavoz, abogado). La actividad del representante es un actuar propio, pero sus actos son realizados haciendo las veces de la parte,

actos de representación, destinados a producir efectos sólo a favor o en contra del representado. La representación en la voluntad es por lo tanto un querer y un actuar, un disponer dentro de la esfera jurídica ajena en interés también ajeno»⁽⁸⁾.

Al igual que la capacidad procesal, adviértase que la representación procesal al ejercerse al interior de una actividad pública, pero respecto de un derecho público subjetivo, tiene una identidad que la diferencia de la representación común o privada⁽⁹⁾.

La realización de actividad por persona distinta de quien es parte material, puede ocurrir debido a que ésta carece de **capacidad procesal** o porque teniéndola, decide voluntariamente que otra persona actúe en su lugar. En el primer caso, estamos ante la **representación procesal obligada**, y en el segundo, se trata de la **representación procesal voluntaria**. Incluso la primera puede a su vez dividirse en **representación legal y judicial**, dependiendo de si el representante es impuesto por la norma o por el juez.

Adviértase que la clasificación antes descrita, tiene también su origen en el derecho privado, en donde se distingue la representación legal de la voluntaria, fundamentalmente porque en el primer caso la actividad del representante legal es absolutamente independiente -incluso hasta podría ser contraria- al interés del representado. En cambio, en la segunda estamos ante una manifestación de voluntad del representado por la que legitima al representante a estipular actos en su nombre⁽¹⁰⁾.

La representación procesal obligada no requiere regularmente de la realización de ningún acto formal para su vigencia. Se entiende que es un auxilio que la norma positiva concede a aquellos sujetos de derecho que tienen alguna limitación o impedimento para actuar directamente en un proceso⁽¹¹⁾. Así, si un interdicto

(8) WACH, Adolfo. Manual de Derecho Procesal Civil, Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1977, Volumen II, págs. 339-341.

(9) «Sin embargo, por lo mismo que afecta a un derecho público subjetivo, la representación del procurador, como cualquier forma de representación en el proceso, es distinta de la representación de Derecho privado, con la que no debe ser confundida». (CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., pág. 149).

(10) «Ya de estas breves anotaciones descriptivas resulta evidente la distinción entre representación voluntaria y representación legal, a partir del momento en que la base de la actividad del representante, en la primera hipótesis, presupone siempre una decisión del sujeto directamente interesado en la producción de los efectos, mientras que, en la segunda hipótesis, la actividad del representante, no sólo es el único instrumento que permite la producción de efectos en el patrimonio del representado sino que, además, se configura como un mecanismo que opera de modo independiente de la voluntad de éste (eventualmente, aun contra dicha voluntad). (BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. DERECHO CIVIL. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992. Tomo I, Volumen 2, pág. 713).

(11) «Dicha función es generalmente la de proveer a una situación que excluye o hace precaria para algunos sujetos la posibilidad de participar directamente en la atención de sus negocios. La situación a que se hace referencia puede consistir en especial en una incapacidad legal o en una imposibilidad o dificultad más específica de atender al cuidado de los propios intereses.» (BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. cit., pág. 713).

es representado procesalmente por su curador, todo lo que éste tendrá que hacer es apersonarse al proceso acreditando su calidad de tal, con lo que podrá actuar en nombre de su representado⁽¹²⁾. Si una de las partes está formada por más de un sujeto de derecho, respecto de una relación jurídica material que alcanza por igual a todos los que la conforman, la otra parte -en atención al principio de economía procesal- puede solicitar al juez requiera a la parte con sujetos múltiples para que nombre **apoderado común**. Sin embargo, si tal acto no ocurriera, el juez procederá a nombrarlo. En este caso, sólo será suficiente la resolución judicial que nombra al **apoderado común** para que éste se encuentre investido de representación procesal.

Sin embargo, en el caso de la representación procesal voluntaria, la situación es distinta. En este caso, es imprescindible que la parte material manifieste de manera inequívoca su voluntad de ser representado por una persona determinada. Esta declaración -que puede ocurrir fuera del proceso o dentro de él- se denomina **apoderamiento judicial** y se perfecciona con la sólo declaración de voluntad del poderdante⁽¹³⁾. Tal declaración puede realizarse siguiendo distintas formalidades, sin embargo, no es precisamente la complejidad de la forma la que determina los alcances del **apoderamiento**. Su extensión, vale decir, el número de facultades que un representante puede ejercer respecto de su representado, depende de lo que exprese el documento -acta, testimonio o lo que fuese- que contiene el **apoderamiento**. Este es el llamado **Principio de Literalidad**. Refiriéndose a él Wach enseña: «El contenido del poder es determinado por la voluntad que en ese poder declara el poderdante»⁽¹⁴⁾.

Apoderamiento general y especial.

Sin embargo, dentro de la relación procesal se presenta una exigencia. Esta consiste en el hecho que, de haber representantes, éstos -obligados o voluntarios- deben estar en aptitud de impulsar el desarrollo del proceso, es decir, la representación procesal debe tener un **contenido mínimo**. La doctrina -atenta a esta exigencia- suele agrupar las facultades procesales otorgadas en sede de representación, una vez más haciendo uso de una clasificación utilizada en el derecho privado⁽¹⁵⁾.

Así, se enseña que hay un conjunto de facultades básicas, elementales, y son aquellas que permiten al representante participar regularmente en el desarrollo de la relación procesal, actividad que no se verá interrumpida en tanto éste se encuentre apto para realizar los actos procesales indispensables para mantener el *iter* procesal. Estas facultades procesales forman el llamado **apoderamiento general o poder general**⁽¹⁶⁾, y serían equivalentes a aquello que el derecho privado da en llamar **actos de administración ordinaria**, es decir, normales, regulares, de curso natural.

En cambio, si el representado (parte material) quisiera que su representante no sólo estuviera facultado para impulsar el curso regular del proceso, sino que, además, pudiera decidir (renunciar, negociar, etc.,) sobre sus derechos procesales y materiales al interior de éste, puede darle específicamente facultades para realizar, por ejemplo, actos de disposición respecto de los cuales quisiera estar representado. Estas facultades conforman el llamado **apoderamiento especial o poder especial**, gama de facultades caracterizadas por conte-

(12) Una figura parecida a la **representación procesal obligada** es la **asistencia procesal**. Esta consiste en la exigencia a una parte -que padece de lo que se da en llamar **semicapacidad**- para que actúe en un proceso pero con el auxilio de otra persona, es decir, se necesita su voluntad y la de otra para perfeccionar su declaración. Un caso típico es el de los emancipados. Algunas legislaciones ya no regulan esta institución. Es el caso del Código Civil peruano de 1984.

(13) «El **apoderamiento** es la declaración de voluntad por la cual una persona confiere a otra (apoderado, procurador, poderhabiente) la facultad de actuar en su nombre. No le crea al **apoderado** ningún deber, sino únicamente un derecho: el **poder jurídico** para la representación... Es que el **apoderamiento** no es una declaración de voluntad hecha al **apoderado** con el fin de llegar a un acuerdo de voluntades, no es una oferta, sino una declaración unilateral que perfecciona la relación para él y para todos aquellos con los cuales está facultado para contratar, litigar, etc., en nombre del poderdante». (WACH, Adolfo. Op. cit., págs. 348 y 349).

(14) WACH, Adolfo. Op. cit., pág. 355.

(15) «En lo que hace al contenido de la procura, ésta puede ser general o especial. Es **general**, cuando concierne a todos los negocios del representado; pero, si no hay indicación expresa adicional, comprende sólo los **actos de la administración ordinaria**; y es **especial**, cuando concierne a uno o varios negocios determinados, y debe serlo cuando se trata de actos que exceden la administración ordinaria.» (BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. cit., pág. 718).

(16) «El poder confiere al defensor la posibilidad de representar a la parte en el proceso, esto es, de cumplir y recibir en su interés todos los actos del proceso mismo que no estén expresamente reservados por la ley a la parte personalmente. (...) En todo caso, el poder para lites no atribuye al defensor el poder de cumplir actos que importen disposición del derecho en discusión (transacción, renuncia, etc.), si tal poder no se le ha conferido expresamente». (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil, Ediciones E.J.E.A., Buenos Aires, 1980, págs. 73 y 74).

ner regularmente actos de disposición que la doctrina exige se concedan expresa y detalladamente, sin que sea posible utilizar criterios de interpretación que extiendan su espectro⁽¹⁷⁾.

Sin embargo, adviértase que no es exacto diferenciar el apoderamiento general del especial, a partir del criterio que el segundo está conformado sólo por las facultades de disposición. En efecto, dentro del apoderamiento especial suelen haber facultades no ligadas a los actos de disposición pero que, sin embargo, por la responsabilidad que su ejecución impone, exigen que el representado decida expresamente su concesión. Así, demandar, reconvenir o contestar cualquiera de ellas no constituyen actos de disposición, sin embargo, por la responsabilidad que su actuación produce, requieren que -de no ser ejecutado por la parte material- la realice un representante en su nombre, pero con facultad especial.

Aun cuando pueda resultar obvio luego de lo descrito, insistimos se advierta la autonomía de la representación procesal respecto de la representación común⁽¹⁸⁾. Así por ejemplo, la representación privada, aun cuando sea especial y completa, excluye siempre los actos *intuitu personae*. En cambio, en el caso de la representación procesal, aun cuando se concedieran facultades especiales y claramente detalladas -para actuar una declaración de parte, por ejemplo-, tal apoderamiento no permitirá al representante actuar en nombre de su representado. Sin embargo, tal impedimento no se deberá a que se trata de un acto *intuitu personae*, desde que la declaración de parte -siendo *intuitu personae*-, puede ser actuada por un represen-

tante facultado para realizar tal declaración, sino en atención a la naturaleza pública, dinámica y compleja de la relación procesal, cauce en donde se desarrolla la representación procesal.

Los requisitos formales, así como los criterios de validez de la primera, la hacen absolutamente diferente, no siendo pasible, para conocer su naturaleza, la aplicación de los criterios clásicos que informan a la representación común, específicamente a la civil. A tal hecho se refiere Wach cuando afirma: «El acto en representación como tal tiene sus condiciones de existencia propias con arreglo a las normas que rigen la capacidad de ser representado, de representar y la capacidad representativa del acto»⁽¹⁹⁾. En igual sentido se pronuncia Carnelutti (Ver Cita 9) y lo ratifica⁽²⁰⁾, refiriéndose al Código Civil de su patria.

III. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL EN EL DERECHO ROMANO.

No se crea que la representación procesal es una institución de viejo cuño, de hecho es posible que ésta no se hubiera utilizado, por lo menos en los términos que la conocemos y practicamos hoy, en el derecho romano (*Nemo alieno nomine lege agere potest / Nadie puede actuar por ley en nombre ajeno*)⁽²¹⁾.

Sin embargo, éste no es exactamente el parecer de Scialoja⁽²²⁾, quien considera que en el periodo de la *legis actiones* -como sabemos, el más antiguo del derecho romano- sí fue posible la actuación por representante, aun cuando admite que esta sólo fue aceptada para determinados procesos, complementando infor-

(17) «A quien piense que el segundo grupo de normas (o sea las que admiten la representación procesal voluntaria *ad processum*) constituye excepción, para determinados tipos de proceso, al principio de la defensa activa necesaria, (...), no debiera ofrecerle duda que de ellas no cabe extraer ningún argumento por analogía.» (CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., pág. 39).

(18) «Todo esto se traduce en una mayor autonomía del defensor frente a la parte, en comparación con la situación del representante común de derecho privado; puesto que una vez recibido el mandato, el defensor ejercita su ministerio válidamente con los poderes y con los efectos establecidos por la ley; y debe ejercitarlo con lealtad y probidad y en el modo que el considere más conforme a los intereses de su representado, el cual no podría en ningún caso invalidar los actos cumplidos por el defensor alegando haberle dado instrucciones diferentes.» (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual....., Op. cit., pág. 72).

(19) WACH, Adolfo. Op. cit., pág. 341.

(20) «La fórmula del art. 36 es suficiente con fines legislativos, pero no es exacta en el terreno científico. Las que él llama «leyes que regulan el estado y la capacidad» de las personas, y que se hallan contenidas en el Código Civil, se refieren, en realidad, a la capacidad material, que no ha de confundirse con la capacidad procesal, del mismo modo que el derecho subjetivo material no ha de confundirse con el derecho subjetivo procesal.» (CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., pág. 32).

(21) «El derecho romano que en un comienzo excluyó la representación, arribó luego a la idea de la representación mediata en las dos formas mencionadas.» (WACH, Adolfo. Op. cit., pág. 334).

* Wach hace referencia a la clasificación de la representación en mediata e inmediata. En el caso de la primera, el representante debe realizar un acto jurídico adicional para hacer recaer en su representado los efectos jurídicos de su acto; en cambio, la representación inmediata determina que los efectos jurídicos de la actuación del representante recaen en el representado instantáneamente. (Nota del autor).

(22) SCIALOJA, Vittorio, PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO, Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, 1954, págs. 189-193.

mación de Gayo⁽²³⁾ y de Justiniano⁽²⁴⁾. Estos fueron para la acción *pro populo*, que significaba demandar en nombre del Estado. También se permitía la representación en la acción *pro libertate*, es decir, en aquellos casos en que un hombre libre pero que todavía recibía el tratamiento de un esclavo, se valía de un tercero, el *adsertor in libertatem*, para que pida su declaración de hombre libre (*vindicatio in libertatem*). Está también el caso de la *agere pro tutela*, es decir, de aquellos casos en los que el tutor intervenía en nombre de su pupilo. Finalmente, otro uso excepcional de la representación procesal en las *legis actiones*, estuvo dada por la *Ex lege Hostilia*. Esta permitía que una persona demandara en nombre de otra que estuviera prisionera del enemigo. También se extendía el uso de esta acción a aquellos casos en los que el tutor era el ausente o prisionero, pudiéndose demandar en nombre del pupilo.

En el procedimiento formulario se empezaron a admitir otras categorías de representantes, como los que actuaban en nombre de las personas jurídicas, a quienes se les llamaba *actores* o de *syndici*. Sin embargo, lo trascendente es que se reconocían dos formas de representación procesal voluntaria: *el cognitor y el procurator*. El primero era un representante que podía

serlo del demandante o del demandado, se caracterizaba porque su constitución era un acto solemne, en la que debía estar presente el adversario. El segundo, *el procurator*, era un simple mandatario para uno o más procesos judiciales, su constitución no exigía formalidad alguna. Incluso posteriormente se le llama también así a quien no tiene mandato, pero que sin embargo otorga caución y obra de buena fe.

Sin embargo en esta etapa del derecho romano, era tan clara la diferencia entre lo que allí se entendía por representación procesal con la que ahora conocemos, que en aquel derecho tal instituto más bien sirvió para transmitir -de manera definitiva- el derecho discutido en el proceso, en tanto quien ingresaba a éste recibía sobre sí los efectos de la decisión final que en él recayera⁽²⁵⁾. Wach recuerda este efecto. Sin embargo precisa que la representación inmediata tuvo un progresivo reconocimiento y admisión, por lo que se extendió tanto en el derecho germánico como en el derecho medioeval⁽²⁶⁾.

Incluso el mismo autor concluye que la tendencia histórica descrita se ha acentuado, por eso ahora la representación procesal es potestad⁽²⁷⁾ absoluta de la parte material. Sin embargo, no debe olvidarse que tal

(23) «*Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum plim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis*» («Advirtamos ahora que podemos accionar en nuestro nombre o en nombre ajeno, como cognitores, procuradores, tutores, curadores, mientras que antiguamente, cuando estaban en uso las acciones de la ley, no era lícito accionar en nombre ajeno sino en determinadas causas»). Gayo, Instituciones, IV, & 82.

(24) «*Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. Alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permisisum est furti agere eorum nomine qui apud hostes essent, aut reipublicae causa abessent, quive in eorum cuius tutela essent*». (Hemos de tener en cuenta que cada cual pueda accionar o en su propio nombre o a nombre de otro sino por el pueblo, por la libertad y por la tutela. Además, se permitió por la ley Hostilia accionar por hurto a nombre de aquellos que estuviesen (en poder de) los enemigos o ausentes por razones del bien público, o de los que se hallasen en la tutela de cada uno de ellos). Justiniano, Instituciones, IV, 10.

(25) «...la representación judicial no tenía el simple efecto de procedimiento civil que tiene para nosotros la representación por medio del procurador en las *litis*, sino que iba más lejos y producía efectos de derecho civil; puesto que la *condemnatio* se producía en favor o en contra del representante, según fuera representante del actor o del demandado; o sea, que el representante no sustituía al representado en el simple ejercicio de los actos judiciales del proceso, sino directamente en la relación jurídica en orden a las consecuencias de derecho civil del proceso mismo; la *actio iudicati*, que era el efecto de la sentencia, debía darse, en virtud de esta manera de condenar o de absolver, no al representado, sino al representante, contra el representante y no contra el representado. Debemos recordar a este respecto que la cesión de los derechos, en el derecho romano clásico, se hacía precisamente por la vía indirecta de constituir un mandato judicial relativo a las acciones derivadas de los derechos que se querían ceder; el cesionario debía ser nombrado por el cedente *cognitor* o *procurator* para el ejercicio de la *litis*; de esta manera, al adquirir la *actio iudicati*, adquiría naturalmente la disposición efectiva del derecho. El *cognitor* o el *procurator*, que, en lugar de ser verdadero y simple representante del *dominus negotii*, se había hecho nombrar *cognitor* o *procurator*, en calidad de cesionario del derecho, para obtener verdaderamente la sustancia de la relación jurídica, se llamaba *cognitor* o *procurator in rem suam*; esto es, que formalmente representaba a otro, pero sustancialmente representaba su propio interés.» (SCIALOJA, Vittorio. Op. cit., pág. 199).

(26) «El derecho germánico y el derecho alemán medioeval, que tomaron el mismo punto de partida, si lo alcanzaron a través de paulatinas concesiones. Para los romanos, la representación tenía por efecto el *dominium litis*, el cambio de papeles de las partes a consecuencia de la *litiscontestatio*.» (WACH, Adolfo. Op. cit., págs. 335 y 336).

(27) «II. El derecho actual admite en principio que en el proceso funcione la representación sin restricciones y, donde se produce, es perfectamente inmediata.

1) Es admisible sin restricciones. Los actos procesales no son personalísimos. La naturaleza jusprivadística del objeto litigioso y la pura posición de parte permiten al litigante eludir su presentación ante el tribunal y colocar en su lugar a un representante.» (WACH, Adolfo. Op. cit., pág. 337).

afirmación está referida a la vigencia de un sistema procesal privatístico, incompatible con las tendencias procesales contemporáneas. Inclusive el mismo Wach reconoce que en atención al interés público del proceso penal, en él no cabe la representación, teniéndose en consideración además la necesidad de hacer efectiva la actividad probatoria. *Mutatis mutando*, dentro de una concepción publicística del proceso civil, bien puede entenderse y justificarse que en muchos casos se exija la presencia de la parte material, sin perjuicio de los alcances de la representación procesal. Respecto de este tema Wach afirma: «Por esa razón, también el proceso medioeval, cuya forma no presentaba obstáculo alguno y que no tenía reparo en admitir que junto a la parte hubiera un tercero que hablara por ella (portavoz, *advocatus*), excluía la representación; destaquemos solamente que su derecho probatorio exigía un actuar personalísimo: piénsese en el juicio de Dios y en el juramento. Cabe señalar sin embargo que en el duelo ordalístico hallamos la representación»⁽²⁸⁾.

fesiones respetables, lamentablemente con el tiempo ambas se redujeron a actos discutibles que las llevaron a su crisis.

Además del *cognitor* y del *procurator* ya citados, otras personas que comparecían en el proceso en nombre de otra eran los *oratores* o *patroni* y los *advocati*. El primero, llamado también *causidicus*, es aquel que habla en las audiencias en nombre de la persona a quien asiste. El *advocatus*, en cambio, es la persona que por sus elevados conocimientos jurídicos o su calidad personal, aconseja y orienta al magistrado o al juez -dependiendo de si su presencia era *in iure* o *in iudicio*- en función de la posición de las partes. Con el tiempo estas dos actividades se fundieron en una. Por cierto a ambas profesiones les ocurrió lo mismo que al *cognitor* y al *procurator*, primero fueron tomadas en alta estima, luego, debido al afán de lucro, se prohibió su remuneración, aunque al final -que ahora lo vivenciamos- se reguló su pago, al punto de convertirse en una obligación de las partes, a través de un decreto imperial de Nerón.

IV. PATROCINIO Y REPRESENTACIÓN PROCESAL.

Es indispensable precisar algunos conceptos que de tanto usarlos indistintamente en el quehacer jurídico nacional, parecería que significan lo mismo. Un abogado en un proceso es, fundamentalmente, un *patrocinante*, esto es, un profesional que pone sus conocimientos jurídicos a disposición de su patrocinado, sea en forma verbal o escrita. Incluso adviértase que su apoyo técnico es preferentemente en el ámbito del Derecho, aun cuando no puede desconocerse que también es importante su labor de sistematización y ordenamiento de la información fáctica. En todo caso, el patrocinio es un contrato de trabajo, teniendo el carácter de *locatio operis*, en tanto el patrocinado no tiene injerencia en la función del patrocinante. Sin embargo, es posición pacífica que nada obsta para que el patrocinio pueda convertirse en un empleo.

El *patrocinio* es perfectamente distinto de la *representación procesal*. Esta diferencia -como lo anota Carnelutti- tiene que ver con una función *activa* y otra *consultiva*. La primera consiste en realizar los actos procesales confiados a las partes; en cambio en la segunda, se trata de apreciar la pertinencia y sustento de tales

“El patrocinio es perfectamente distinto de la representación procesal. Esta diferencia -como lo anota Carnelutti- tiene que ver con una función activa y otra consultiva”

Volviendo al procedimiento formulario, nótese que apareció en él otra figura, la del *defensor*. Este representa al demandado, especialmente en su ausencia. Por tanto, es un *procurator* sin mandato, que al defender al demandado pasa a ser tal, asumiendo las consecuencias del proceso y de la decisión que en éste recaiga.

Scialoja⁽²⁹⁾ afirma que tanto la actuación como *cognitor* como la de *procurator*, se convirtieron en pro-

(28) WACH, Adolfo. Op. cit., pág. 338.

(29) «Recordaremos, por último, que la actuación del *cognitor* y del *procurator* vino a ser muy pronto, desde los tiempos de Cicerón, una profesión que exigía cierta competencia jurídica y daba lugar a compensaciones pecuniarias, y al principio nada de inoble hubo en estas profesiones; pero, convertidas muy pronto en fuente exclusiva de especulación y lucro, cayeron en descrédito.» (SCIALOJA, Vittorio. Op. cit., pág. 203).

actos. En el antiguo procedimiento escrito es clara la diferencia, aunque parece no serlo tanto en los procesos orientados por un sistema publicístico, en donde los principios de intermediación y concentración, determinan un predominio de la oralidad. En estos casos, no es sencillo establecer cuando la actuación del abogado en una audiencia, por ejemplo, ocurre como patrocinante o como representante⁽³⁰⁾.

Esta tal vez sea la razón por la que la mayoría de legislaciones del proceso civil contemporáneo -regularmente adscritas a un sistema publicístico- a pesar de la diferencia entre la representación y el patrocinio, es decir, entre el procurador y el abogado⁽³¹⁾, presentan una tendencia cada vez en ascenso: preferir que sea el abogado (patrocinante) quien haga las veces de procurador (representante)⁽³²⁾.

Acabamos de describir una diferencia que, siendo pacífica en la doctrina, merece ser destacada atendiendo a que en el panorama nacional el uso de estas categorías es absolutamente caótico. Así, la procura, que es el nombre que la doctrina italiana le reserva a la representación, es utilizado en nuestro medio para identificar al representante procesal del Estado o, en algunos casos, para identificar a la persona que realiza actos de trámite judicial regular sin ser abogado, digamos un dependiente de éste. Por otro lado, con mucha facilidad se le imputa al abogado la calidad de representante, cuando, como se advierte de lo antes descrito, en estricto sólo es un asesor técnico especializado encargado de cuidar que la disciplina jurídica proteja a su cliente, salvo, claro está, que expresamente se involucre además como representante.

Lo expresado no descarta que en algunos países como España -aun cuando no sabemos si ocurre

hasta la fecha- existe prohibición expresa de que una persona realice a la vez ambas funciones. Incluso para marcar la diferencia, a los abogados se les permite fijar libremente sus honorarios, en cambio a los procuradores se les sujeta a arancel.

Precisamente la institución materia de estudio, se caracteriza porque es la manifestación concreta de la mixtura que significa el ejercicio de la profesión de abogado con la representación del patrocinado dentro del proceso, sin necesidad del cumplimiento de la formalidad necesaria para investir a un representante.

Suele confundirse, por otro lado, la capacidad procesal con el patrocinio, llamado este último también facultad de postulación. La primera tiene que ver con la aptitud para realizar actos procesales válidos; en cambio la segunda, se refiere a la capacidad para cuidar la forma de los actos, redactar los escritos, hacer efectiva la defensa dentro del proceso, entre otros encargos. Adviértase como la segunda es puramente técnica, encontrándose ligada al origen histórico del ejercicio de la profesión de abogado⁽³³⁾.

V. FORMAS ATÍPICAS DE REPRESENTACIÓN PROCESAL.

Como se advierte, la representación procesal -especie con rasgos propios de la representación comunes genéricamente el medio a través del cual la parte material participa del proceso, intermediada por la actuación de otra persona. Ahora bien, tratándose de una situación excepcional, en tanto lo regular sería la participación procesal directa de la parte material, la representación procesal exige la prueba de su existencia, es decir, la incorporación al expediente del docu-

(30) «Es obvio, sin embargo, que esta distinción tajante entre patrocinio y representación no es practicable en el procedimiento oral. La parte que ha de menester de asistencia en el juicio sólo estará servida cuando su patrocinante sea para ella no un simple «monitor» que dirija su actuación entre bastidores, sino cuando puede hablar por ella sin que se distinga severamente entre afirmación e ilustración jurídica. Claro está que de este modo el patrocinante deviene representante, pero solamente en lo que toca a la declaración, porque la parte debe estar siempre presente para tomar posición respecto de lo declarado, hacerlo suyo tácitamente o rechazarlo de inmediato en forma expresa.» (WACH, Adolfo. Op. cit., pág. 398).

(31) «El abogado es el defensor investido de la función consultiva, que se desenvuelve tanto en el proceso como fuera de él: cuando pone su firma al pie del escrito («comparsa») conclusivo, o cuando expone oralmente las razones de la demanda propuesta por el procurador, el abogado se limita a confirmar al juez, por escrito o de palabra, el parecer dado a la parte. Por ello, a diferencia del procurador, no habla en nombre de la parte, sino en nombre propio, puesto que no refiere lo que la parte pide, sino lo que él opina acerca del fundamento de su demanda.» (CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., pág. 149).

(32) «Las profesiones legales son dos: la de los procuradores, que representan a la parte y llevan a cabo los actos en su nombre, y la de los abogados que la asisten en la preparación y exposición de las razones en que se apoyan sus demandas. Pero es muy común la acumulación de las dos profesiones y su ejercicio acumulativo en causa por parte de una sola persona.» (LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., pág. 71).

(33) «De ahí se explica que se haya formado la clase profesional de los abogados, que han hecho del patrocinio la misión de su vida, acreditan su capacidad mediante el control estatal y ejercen ese patrocinio por concesión o licencia del Estado, más aun, como cargo oficial. De ahí evolucionó la idea de contratar abogado, o sea la obligación de los litigantes de valerse de un abogado profesional para que sus actos tuvieran la forma correcta.» (WACH, Adolfo. Op. cit., pág. 398).

mento que la contiene y de las formalidades previstas para su otorgamiento. A continuación, vamos a describir algunos casos atípicos en materia de representación procesal, es decir, aquellas situaciones en las cuales se presenta el instituto dentro de un proceso, pero de una manera extraordinaria, sea porque no existe el documento o porque no se han cumplido con las formalidades que lo habilitan. Aquello que Wach denomina representación no legitimada⁽³⁴⁾.

La Procuración oficiosa.

La **Procuración oficiosa** es una forma excepcional de representación procesal, sin apoderamiento judicial. Consiste en la posibilidad que una persona se irrogue la representación de otra (o de un sujeto procesal) e interponga una demanda en su nombre, advirtiendo que el derecho de ésta peligrará si es que no se solicita tutela jurisdiccional oportuna. Por supuesto, todo el proceso no podrá discurrir sólo con la intervención del procurador oficioso -quien actúa como un gestor sin mandato-, resulta necesario que dentro de un plazo razonable el «representado» se apersona al proceso y haga suyo lo actuado, o formalice la representación que ejerció el procurador oficioso, la antigua *ratihabito* del derecho romano. El Código patrio recoge esta institución regulando algunos detalles⁽³⁵⁾.

No se crea que la actividad procesal realizada antes de la ratificación por parte del «representado» no es válida o que sólo tiene eficacia para quien está actuando con representación legitimada. Es tan eficaz para la parte contraria que -de ser admitida la demanda-, ésta deberá contestarla produciendo en consecuencia una relación jurídica procesal válida con todos sus

efectos: constituir en mora, interrumpir el plazo prescriptivo y los que le correspondieran. Esta es también la opinión de Wach⁽³⁶⁾.

El Patrocinio de los intereses difusos.

Regularmente el inicio de un proceso civil, supone el pedido de tutela jurisdiccional efectiva por parte de un sujeto de derechos, quien considera que precisamente uno de éstos (derechos) ha sido afectado o desconocido por otro. Adviértase que hay una exigencia implícita -muy estricta en sede procesal civil-, que quien inicia el proceso sea el titular directo del derecho cuya declaración o protección reclama. Sin embargo, en la sociedad contemporánea se han desarrollado cierto tipo de derechos respecto de los cuales no hay posibilidad de identificar con algún nivel de precisión a los sujetos a quienes se les puede reconocer como titulares de tales derechos. Por ejemplo, los derechos del consumidor, los derechos del medio ambiente o ecológicos.

Esta vaguedad en torno al titular de tales derechos, no puede obstar su defensa, porque entonces se privilegiaría la exigencia de forma sobre la cuestión de fondo. Por esa razón, la doctrina reconoce una institución como el medio a través del cual estos derechos pueden ser ejercidos, garantizando así la defensa procesal de sectores importantes de la sociedad que bien pueden considerar que tales derechos les pertenecen. Se trata del **Patrocinio de los intereses difusos**.

Como resulta evidente, se trata de un mecanismo de representación de un grupo humano indiferenciado, razón por la cual es imposible que se puedan usar las formas tradicionales de otorgamiento de representación procesal voluntaria. Regularmente,

(34) «Externamente, la representación puede ser legitimada o no legitimada; la legitimación puede consistir en una declaración de voluntad del representado, o en su caso de la persona autorizada para representarla (poder-representante voluntario o elegido, procurador) o algún otro título (representante legal). La representación no legitimada es la representación sin poder que alguien se arroga». (WACH, Adolfo. Op. cit., pág. 346).

(35) «**Artículo 81.- Procuración oficiosa.**- Se puede comparecer en nombre de persona de quien no se tiene representación judicial, siempre que concurren los siguientes requisitos:
1. Que la persona por quien se comparece se encuentre impedida de hacerlo por sí misma, estuviere ausente del país, tenga razones de fundado temor o amenaza, se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causa análoga y desconociera la existencia de representante con poder suficiente.
2. Que cuando la parte contraria lo pida, el procurador preste garantía suficiente a criterio del juez de que su gestión será ratificada por el procurado, dentro de los dos meses siguientes de comparecer éste.
Si no se produce la ratificación, se declarará concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos, siempre que, a criterio del Juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria.
Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí o debidamente representado y no rechaza expresamente la actuación del procurador. Es inválida la ratificación parcial o condicional. La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de comparecencia del procurador, sin perjuicio del derecho de terceros.»

(36) «Tampoco es nulo desde un comienzo un proceso con el representante sin poder que repose en la admisión de ese representante por el juez; ese proceso nace y subsiste, en la expectativa de una futura autorización, como un proceso que posiblemente devendrá plenamente eficaz y por esa razón produce, provisoriamente, sus mismos efectos. Hasta tanto la expectativa no se frustre, la acción del «falsus procurator» compelerá, y deberá incluso ser contestada, lo que quiere decir que producirá también litispendencia.» (WACH, Adolfo. Op. cit., pág. 383).

la norma procesal que acoge este instituto le concede capacidad procesal a las instituciones sin fines de lucro, afines al derecho que se pretende proteger. Así por ejemplo, en el caso nacional, sería perfectamente viable que el Patronato de Lima -asociación que tiene por objeto social la protección de los valores culturales e históricos de la ciudad- pueda interponer una demanda para evitar se afecte un balcón colonial, reconocido como monumento histórico. El Código nacional regula este instituto⁽³⁷⁾.

VI. LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL DEL ABOGADO.

Otra forma atípica de representación procesal es la **representación técnica o judicial del abogado**. Esta consiste en la concesión a un abogado de las facultades del poderamiento general, por el sólo mérito de

acreditarse como asesor legal de una de las partes materiales o de su representante dentro de un proceso. Este instituto se sustenta en el hecho que siendo la actuación procesal un asunto eminentemente técnico, resulta indispensable que los actos sean realizados por personas que procuren un desarrollo expeditivo y responsable del proceso⁽³⁸⁾.

La doctrina es variable no sólo en el nombre del instituto⁽³⁹⁾ -advértase como Liebman hace referencia a la representación técnica del abogado-, sino también en los requisitos que se exigen para su procedencia. El Código nativo regula también este instituto⁽⁴⁰⁾, que por cierto lo encontramos en la legislación comparada⁽⁴¹⁾.

VII. LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL DEL ABOGADO EN EL PERÚ.

Fue la novísima Ley Orgánica del Poder Judi-

- (37) «**Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos.**- Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos, o del consumidor.
Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del Juez, ésta última por resolución debidamente motivada, estén legitimados para ello.
En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el diario oficial «El Peruano» y en otro de mayor circulación del distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente. La sentencia, de no ser recurrida, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.»
- (38) «Las partes no poseen, de ordinario, los conocimientos del derecho y de la técnica del proceso que son necesarios para poder defender eficazmente las propias razones en juicio; y de otro lado, llevan a la controversia una personalidad que perjudica al ordenado desarrollo de la función judicial. Tanto exigencias de interés privado como exigencias de interés público hacen por eso preferible confiar el cometido de operar efectivamente en el proceso a personas particularmente expertas, las cuales por cultura, experiencia, hábito profesional, sepan conducir en la exposición de las razones de los litigantes con aquella serenidad y aquella competencia específica que les falta a las partes. Estas son, en pocas palabras, las razones que hacen, ya desde tiempo antiguo, indispensables la colaboración de los abogados en el desenvolvimiento de la administración de justicia.» (LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., pág. 71).
- (39) Devis Echandía se refiere a la actuación procesal del abogado como **Derecho de postulación**, y Nogueira le denomina **Capacidad postulatoria** (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, Tomo II, p. 434, y NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Civil. Editora Saraiva, Sao Paulo, 1991, pág. 49, respectivamente).
- (40) «**Artículo 80.- Representación judicial por Abogado.**- En el primer escrito que presenten al proceso, el interesado o su representante pueden otorgar o delegar al Abogado que lo autorice las facultades generales de representación a que se refiere el artículo 74. En estos casos no se requiere observar las formalidades del artículo 72, pero sí que se designe el domicilio personal del representado y su declaración de estar instruido de la representación o delegación que otorga y de sus alcances.»
- (41) **CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO DE URUGUAY:**
«**Artículo 44.- Representación judicial de los abogados.**-
44.1. En cualquier etapa del proceso, ante cualquier órgano con función jurisdiccional, salvo que se trate de materia penal, el abogado firmante, en su calidad de patrocinante de la parte, además de las facultades que acuerda el artículo 143 de la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales y siempre que así se conviniere mediante escrito o acta judicial, quedará investido en especial y para ese proceso, y sus incidencias, con todas las facultades procesales, excepto las que impliquen disponer de los derechos sustanciales del carácter del representante legal de aquélla.
44.2. Para que la autorización sea válida, la parte deberá establecer en el escrito su domicilio real, así como comunicar en la misma forma los cambios que el mismo experimentare.
44.3. El abogado deberá instruir especialmente al interesado de la representación de que se trata y de sus alcances, dejándose constancia escrita de ello en el escrito o acta judicial pertinente. (...)»
CÓDIGO ITALIANO DE PROCEDIMIENTO CIVIL
«**Artículo 84.- Poderes del defensor.**- Cuando la parte esté en juicio por medio de defensor, éste podrá, en interés de la propia parte, realizar y autorizar todos los actos del proceso que la ley no reserve a ella expresamente.
En todo caso, no podrá realizar actos que impliquen disposición del derecho controvertido, si no ha recibido expresamente poder para ello.»

cial⁽⁴²⁾ -vigente desde 1992- la que reguló por vez primera este instituto en el Perú. Es notorio advertir que estamos ante una norma de textura abierta, en el sentido que no plantea mayor exigencia para su ejecución⁽⁴³⁾. Así, bien podría ser que en un proceso una parte cuente -simultánea o sucesivamente- con siete abogados, sin que exista razón para considerar que alguno de éstos no tenga la representación judicial. Esta es la primera alerta respecto de la redacción de la norma, dado que, como se ha advertido del cotejo normativo descrito anteriormente, se suelen plantear ciertas exigencias básicas que aseguren niveles elementales de responsabilidad en el ejercicio de esta representación no formalizada.

Posteriormente el nuevo Código Procesal Civil -vigente desde julio de 1993- como ya se describió, reguló también el instituto. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, es importante detenerse a efectos de precisar las diferencias sustanciales entre una y otra norma.

Para empezar, el Código exige de la parte material o de su representante -siempre que éste tenga facultad de delegación- que expresen su voluntad de otorgar tal representación. Cotéjese tal exigencia con la norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde el único requisito es que un abogado actúe en un proceso para que ya cuente con representación técnica. Otra diferencia es la oportunidad de su formalización. En el caso de la Ley Orgánica, no se prevé un plazo o alguna otra formalidad para su perfeccionamiento -como ya se expresó, la norma no exige el cumplimiento de requisito alguno-, por lo que de hecho se puede hacer en cualquier momento. En el caso del Código Procesal la situación es perentoria y determinante, debe ocurrir la formalización del encargo en el primer

escrito que presente la parte material o su representante.

Otra diferencia -que puede ser imputable a un error de técnica legislativa-, consiste en que el artículo de la Ley Orgánica reduce la representación judicial del abogado a la simple presentación y suscripción de los escritos (se refiere también al ofrecimiento de escritos, sin embargo no sabemos a qué supuesto concreto se refiere), cuando bien sabemos que sin salirse del apoderamiento general, un abogado puede realizar otros actos procesales con formato distinto al escrito en representación de su patrocinado, como participar en audiencias precisando los hechos controvertidos, por ejemplo. Por ello, contrariando a la norma, no encontramos razón para impedir que actúe el abogado con representación judicial, sólo porque no usa la forma escrita.

En realidad la diferencia sustancial entre lo normado por la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el Código Procesal Civil, está en el **nivel de responsabilidad que cada ordenamiento le impone al ejercicio profesional**. Curiosamente, siendo una norma de contexto, ligada a la organización nacional de la judicatura, la Ley Orgánica es absolutamente concesiva en la materia. Como resulta evidente, la presencia de varios abogados ejerciendo indistintamente esta forma de representación extraordinaria dentro de un proceso, atenúa o, en el mejor de los casos, torna complicada la posibilidad de identificar la responsabilidad de los partícipes dentro de un proceso. En el caso del Código Procesal Civil, el tema de la responsabilidad procesal es de considerable trascendencia, tanto que incluso se regula expresamente la responsabilidad del abogado⁽⁴⁴⁾. Aun más, nótese que cuando no sea posible identificar al infractor, el Código extiende la responsabilidad de

CÓDIGO PROCESAL CIVIL ALEMÁN (ZPO) DE 1877

«Artículo 78. Las partes comparecerán ante los Tribunales de primera y superior instancia representadas por un abogado habilitado para actuar en el Tribunal que conozca de la causa, en calidad de apoderado. (...)»

* La habilitación es el otorgamiento de capacidad para actuar en un determinado tribunal, al haber cumplido con los requisitos exigidos por éste para su actuación. Como una muestra de lo que se puede hacer con el derecho como instrumento de agresión, recuérdese que la ley de 7 de abril de 1933, prohibió («no habilitó») en Alemania el ejercicio de la profesión de abogado a quien no sea de raza aria. (Nota del autor).

- (42) «Artículo 290.- En los procesos, sin necesidad de la intervención de su cliente, el abogado puede presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley.»
- (43) El doctor Aníbal Quiroga, miembro de la Comisión Revisora que elaboró la Ley Orgánica del Poder Judicial, refiriéndose a este tema afirma: «Lo que la Comisión hizo fue introducir algo que la moderna doctrina procesal reconoce: cuando una persona enfrenta un proceso judicial, dentro de nuestro sistema de justicia profesionalizada, y contrata a un Letrado que lo defienda, le extiende a éste de modo implícito una "representación técnica" ...». (QUIROGA LEÓN, Aníbal. «La apelación del abogado». En: *El Comercio*, 16 de junio de 1993, pág. 2).
- (44) «Artículo 111.- Responsabilidad de los Abogados.- Además de lo dispuesto en el artículo 110, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a las que pudiera haber lugar.»

manera solidaria⁽⁴⁵⁾ a todos los intervinientes (parte, apoderado o abogado).

A pesar de la puntualidad con que se advierten las diferencias en la regulación del instituto entre uno y otro ordenamiento, ambas tienen un elemento común de singular trascendencia: **la extensión de las facultades otorgadas al abogado-representante sólo alcanzan al apoderamiento general**. En efecto, cuando el artículo 290 prescribe que el abogado puede presentar escritos, «...con excepción de aquellos para los que se requiere **poder especial** con arreglo a ley.», está expresando que le otorga el **poder general**. El artículo 80 del Código es más explícito, al referirse a «...las facultades generales de representación...», precisa los alcances de la representación.

A manera de conclusión provisional: un abogado que tiene la representación judicial de su patrocinado, puede realizar en nombre de éste todo lo que no esté previsto como facultades propias del apoderamiento especial. Es decir, puede hacer por su cliente todo lo que signifique impulso del proceso, salvo aquello que importe actos de disposición del derecho material o del procesal.

La norma aplicable en la justicia nacional.

A pesar de que se trata de la misma institución, es evidente que el tratamiento es absolutamente distinto en uno y otro ordenamiento, tanto que resulta imprescindible identificar cuál es el ámbito de aplicación de cada uno, a fin de evitar eventuales conflictos normativos.

Para ello resulta necesario precisar que se trata de un instituto eminentemente procesal, en tal virtud, las normas que lo regulan mantienen la misma naturaleza. Siendo así, es pertinente advertir que en la Ley Orgánica del Poder Judicial hay una Disposición Final⁽⁴⁶⁾ que prescribe que lo que ella tenga normado en materia procesal, es supletorio respecto de la ley procesal específica. Por tanto, desde la fecha de su vigencia

-28 de julio de 1993- es de aplicación al ordenamiento jurídico peruano el artículo 80 del Código Procesal Civil y no el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aplicación que por lo demás, debe ser extendida a todo tipo de procesos dentro del ordenamiento jurídico nacional, siempre que su uso sea compatible con el conflicto que se discute⁽⁴⁷⁾.

Sin embargo, siguiendo lo prescrito por la Quinta Disposición Transitoria del Código Procesal Civil, la aplicación del artículo 80 sólo puede darse para los procesos que se inicien a partir de la fecha de su vigencia. Lo que para el caso concreto -se inició antes del 28 de julio de 1993- elimina la discusión, atendiendo a que sólo puede ser usado tal instituto en el primer escrito que presente alguno de los interesados.

VIII. LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS.

Este es el nombre genérico que reciben los instrumentos procesales de los que se valen los interesados para solicitar -dentro de un proceso (aun cuando excepcionalmente puede ocurrir iniciando otro)- un nuevo examen de un acto procesal. El objetivo del medio impugnatorio es conseguir, como consecuencia del nuevo examen, que el acto procesal revisado sea anulado o revocado, es decir, se declare inválido o simplemente ineficaz, pasando a ser sustituido por otro⁽⁴⁸⁾.

Pacíficamente suele aceptarse que dentro de una relación jurídica procesal (proceso), los elementos activos de ésta tienen **deberes y facultades**, los que van variando -originándose, modificándose o agotándose- conforme la dinámica de la relación se va produciendo. Sin embargo, la separación entre una y otra es ostensible, mientras el primero importa una imposición, cuyo incumplimiento puede producir un disvalor al interior del proceso, en el caso de la segunda, **la facultad**, su actuación coloca al protagonista en una situación jurídica mejor que la que estaba antes de haberla ejercido.

El tema es importante para el análisis de la

(45) «Artículo 110.- Responsabilidad patrimonial de las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados.- (...) Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.»

(46) «VIGÉSIMA QUINTA.- Aplicación supletoria de disposiciones procesales.- Las disposiciones de carácter procesal contenidas en esta Ley, son de aplicación supletoria a las normas procesales específicas.»

(47) DISPOSICIONES FINALES DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL «PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.»

(48) «Esta es la verdadera dimensión del objeto: la impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador, y con ello, a lograr la eficacia del acto jurisdiccional». (GOZAINI, Osvaldo Alfredo y otros. Recursos judiciales. EDIAR Sociedad Anónima Editores, Buenos Aires, 1993, pág. 16).

resolución comentada, en tanto resulta necesario ubicar a los medios impugnatorios en uno de estos dos ámbitos. Según hemos advertido de la definición de medios impugnatorios, estos son instrumentos que tiene el perjudicado con un acto procesal, a fin de pedir que éste quede sin efecto o sea reemplazado por otro que sea favorable a su interés. En tal sentido, un medio impugnatorio, como la apelación por ejemplo, es el típico ejercicio de una **facultad**, regular y normal dentro de un proceso. Es un acto pacífico de impulso procesal, propuesto -para el caso en análisis- por un técnico o especialista.

Cuando el acto procesal respecto del cual se pide un nuevo examen, ha sido expedido por el juez a través de una resolución, el medio impugnatorio pertinente para pedir el nuevo examen, es el **recurso**. La interposición de recursos exige el cumplimiento de ciertos requisitos. Así, entre otros, podemos afirmar que quien lo hace debe afirmar que la resolución que impugna contiene un **vicio o error** y que le produce **agravio**, es decir, perjuicio. En consecuencia, es imposible que una parte pueda presentar un **recurso** contra una resolución que lo favorezca. Incluso, aun en la hipótesis que la resolución impugnada sólo lo favoreciera parcialmente, podrá interponer un recurso contra ella, pero únicamente respecto de aquella parte que lo perjudica⁽⁴⁹⁾.

Por otro lado, el recurso de **apelación** es el más común y mayoritariamente utilizado en un proceso, siendo también el más importante⁽⁵⁰⁾. Se caracteriza porque puede indistintamente ser utilizado para pedir la nulidad o la revocatoria, e incluso el juez de la apelación -quien revisa la resolución- puede anularla aun cuando sólo se haya pedido su revocatoria. Es decir, el recurso de apelación concede al juez superior facultad nulificante, así lo regula el Código Procesal nacional⁽⁵¹⁾.

Por otro lado, al ser el recurso de apelación una **facultad** y no un **deber** de quien lo utiliza -tal como ya se advirtió-, tal calidad le impide al juez superior

resolver en contra de quien apela, aun cuando pensara que esa debe ser la decisión. Es decir, está prohibido al juez superior resolver en contra de quien interpone el recurso. Este instituto se denomina la "**Prohibición de la reformatio in pejus**", regulado en el Código nacional⁽⁵²⁾.

“...no vemos cómo la libertad de impugnar esté en peligro cuando un especialista -un técnico en derecho-, decide que una resolución que agravia a su patrocinado (...) debe ser examinada por un juez superior del que la expidió”

Análisis de un comentario.

Refiriéndose al tema concreto de si el representante judicial puede apelar, el doctor Aníbal Quiroga afirma: «La cuestión es más compleja cuando ingresamos al análisis de las posibilidades de que el fallo sea en parte adverso y en parte beneficioso al justiciable. ¿Qué debe hacer el Letrado? ¿Apela o no apela? ¿Puede el abogado introducir o continuar con una nueva fase del proceso que su cliente de pronto no desea, dándose por satisfecho con la respuesta judicial?». Más adelante se contesta: «Se trata de una decisión que genera una responsabilidad para la que se requiere del necesario concurso del interesado, decisión a la que la mera "**representación técnica**" no alcanza. Desde este punto de vista, el acto procesal de impugnar una decisión es un acto personal. Hay, en sustento de ello, el reconoci-

(49) «La impugnación, como acto, demuestra la relación constante y sucesiva de tres componentes; en primer orden, aparece el **vicio** (error o defecto) en la providencia jurisdiccional; esta motiva el **agravio**, o perjuicio que la decisión causa al interesado. Luego, ambos conceptos se ligan con el **recurso**, que es el acto procesal destinado a reformar en provecho propio la resolución impugnada.» (GOZAINI, Osvaldo Alfredo y otros. Op. cit., pág. 19).

(50) «Es el más empleado de los recursos ordinarios, o al menos el más importante, desde que es admisible contra toda clase de resoluciones judiciales, con causa en cualquier error de juicio o juzgamiento...» (KIELMANOVICH, Jorge L. y otros. Recursos judiciales. Op. cit., pág. 85).

(51) «**Artículo 382.- Apelación y nulidad.**- El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos en que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada.»

(52) «**Artículo 370.- Competencia del Juez superior.**- El Juez superior no puede modificar la resolución impugnada en perjuicio del apelante, salvo que la otra parte también haya apelado o se haya adherido. Sin embargo, puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa...».

miento explícito a las tres grandes libertades del Derecho Procesal occidental: la libertad de la demanda, la libertad de la prueba, y la libertad de impugnación»⁽⁵³⁾.

a) La tesis es que como la apelación de una resolución parcialmente perjudicial es un asunto que «genera responsabilidad», debe ser realizado personalmente por el interesado.

Tal vez lo primero que haya que anotar es que, siendo el proceso una función pública, en realidad no hay acto que ocurra dentro de él que no genere responsabilidad. Es decir, no se trata de un rasgo que distingue a los medios impugnatorios. Si se afirma un hecho que después se acredita que es falso, hay una responsabilidad tan trascendente, que produce efectos procesales y económicos severos en quien así actuó. Y esto lo puede hacer todo representante judicial o cualquier abogado -no olvidemos que la Ley Orgánica no exige requisitos-, que firma un escrito en nombre de su «patrocinado».

Por otro lado, es obvio que si un abogado apela respecto de una resolución que agravia (lo afecta) parcialmente a su patrocinado, sólo lo puede hacer **respecto de la parte que lo agravia**, ergo, todo lo que lo favorece **no se verá afectado por el recurso de apelación**.

Ahora bien, si un abogado que es representante judicial recibe una sentencia parcialmente favorable (o parcialmente perjudicial, que es lo mismo), lo primero que debe hacer es hacérselo saber a su patrocinado, y ayudarlo a decidir. Con ello el tema está agotado. Sin embargo, si no estuviera el patrocinado o el vencimiento del plazo para recurrir fuera inminente, pues lo que debe hacer es **apelar**. Con ello le asegura a su patrocinado un nuevo examen por el superior, de la parte de la resolución que le fue desfavorable.

Si enterado del recurso de apelación interpuesto, al patrocinado le parece satisfactorio lo obtenido, tiene una solución simplísima: se desiste del recurso interpuesto, con lo cual deja sin efecto la apelación deducida por su abogado como representante judicial.

Lo trascendente es que no encontramos afectación a institución procesal o constitucional alguna en la conducta del abogado. Más bien sería discutible su actuación si estando ausente su patrocinado no apela. Sobre todo si al regresar éste, le pide se discuta su derecho agraviado por la resolución en una instancia superior. Para esta situación lamentable el abogado-representante judicial no tendrá solución: **el plazo se ha vencido y la resolución ha quedado consentida**.

En otras palabras, para sintetizar la opción del abogado, éste debe escoger entre interponer la apelación -acto que **puede dar lugar a un disentimiento con su patrocinado, perfectamente subsanable-**, o no interponerla -acto que **puede dar lugar a un disentimiento con su patrocinado, absolutamente irremediable-**.

b) No entendemos la frase según la cual, el sustento por el que el abogado-representante judicial no puede apelar, es el «...reconocimiento explícito a las tres grandes libertades del Derecho Procesal occidental: la libertad de la demanda, la libertad de la prueba, y la libertad de la impugnación». Analicemos cada categoría separadamente.

La **demanda** y la representación judicial no tienen ninguna relación, en tanto aquella implica el ejercicio de una facultad que requiere poder especial y la otra, como sabemos, sólo está referida al apoderamiento general. Así que se trata de dos categorías que no se interafectan: un abogado con representación judicial no puede demandar, y esto no tiene que ver con ninguna libertad concedida o afectada, es un asunto técnico.

Sobre la **prueba**, la situación es distinta, tratándose de un tema absolutamente técnico, el abogado-representante judicial está plenamente facultado a intervenir, sea cooperando a su actuación, asesorando en su valoración, cuestionando la de la otra parte, es decir, tiene una libertad plena. En consecuencia, por una razón exactamente contraria a lo afirmado respecto de la demanda, entre prueba y representación judicial hay una relación armónica que, en cualquier caso, no produce ningún sustento a la tesis del doctor Quiroga.

Finalmente, no vemos cómo la libertad de **impugnar** esté en peligro cuando un especialista -un técnico en derecho-, decide que una resolución que agravia a su patrocinado -de quien recibe un honorario- debe ser examinada por un juez superior del que la expidió. En consecuencia, la afirmación del doctor Quiroga que el acto procesal de apelar importa una decisión personal del justiciable, es una tesis respetable, pero todavía sin sustentar, o de pronto insustentable.

Por otro lado, si los medios impugnatorios son actos personales del justiciable, esto significaría que un abogado con representación judicial no podría cuestionar los medios probatorios -sea con tacha u oposición-, dado que tales actos son también medios impugnatorios. Tampoco podría reponer, es decir, atacar los efectos de un mero decreto, en tanto se trata también de la interposición de un medio impugnatorio.

(53) QUIROGA LEÓN, Anibal. Op. cit.

A manera de conclusión sobre los medios impugnatorios.

Para efectos de lo que es materia de la presente investigación, compendiamos lo dicho afirmando que el recurso de apelación, como especie de los medios impugnatorios⁽⁵⁴⁾ (por eso es tautológico decir **recurso impugnatorio**) es un acto procesal que constituye una **facultad**, en tanto favorece a quien lo utiliza. Atendiendo a que el superior no puede resolver en contra de quien apela, no hay posibilidad de concebir que el recurso de apelación afecte o ponga en discusión algún derecho del apelante.

Si bien lo expresado en estos párrafos es una apretada síntesis de los conceptos generales sobre los medios impugnatorios, lo hacemos en función del análisis de la ejecutoria superior materia del presente trabajo.

IX. LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL DEL ABOGADO Y LOS MEDIOS IMPUGNATORIOS: ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA TERCERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA.

1. Tal vez el primer dato que debe ser tenido en cuenta, como cuestión previa al análisis de la ejecutoria superior, es que se trata de un proceso iniciado antes de la vigencia del Código Procesal Civil, en consecuencia, es de aplicación al caso, tal como lo hace la resolución, **el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial** (Ver Cita 39).

2. Si bien el primer considerando de la resolución comentada es correspondiente con lo que prescribe el artículo citado -afirma que el abogado puede actuar por su cliente dentro del proceso, salvo para aquellos casos en los que se exige **poder especial**-, en el mismo considerando desvirtúa lo afirmado al hacer uso del artículo 11⁽⁵⁵⁾ de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Siendo esta norma -en nuestra opinión- la que distorsiona la decisión de la Sala, resulta necesario explicar su contenido y la importancia que la Sala le

otorgó.

3. Pasemos a analizar separadamente cada uno de los párrafos del artículo en mención a efectos de descubrir la racionalidad -y con ello la intención- del legislador.

3.1. El primer párrafo parece elemental, en él se afirma que las resoluciones son pasibles de revisión en una instancia superior. Sin embargo, adviértase que cuando el legislador se refiere a **revisión** ha querido decir **examen**. No estamos diciendo que sean conceptos idénticos. Al contrario, hubiera sido mejor referirse a examen ya que, si bien no en sede civil, en el ordenamiento jurídico peruano existe el recurso de revisión⁽⁵⁶⁾, como también lo hay en la doctrina y en la legislación comparadas. Por tanto, podría tornarse en un concepto que distorsiona el mensaje.

Por otro lado, el mismo primer párrafo dice que la revisión corre a cargo de una instancia superior. Sin embargo, tal afirmación tampoco es exacta. Siendo el tema en referencia los medios impugnatorios en general, el legislador olvidó que hay medios impugnatorios impropios, como por ejemplo el recurso de reposición, los que se caracterizan porque el examen -o revisión como lo da en llamar- es realizado por el mismo órgano jurisdiccional que expidió el acto impugnado. En consecuencia, la referencia a una instancia superior es equívoca.

3.2. Siendo el segundo párrafo el determinante en el presente comentario, dejémoslo para el final, pasando a analizar el tercero. Si bien se trata de un tema absolutamente ajeno a lo que es materia del presente trabajo, conviene precisar algunos detalles.

Dice el párrafo que lo resuelto en segunda instancia «constituye cosa juzgada». Si así fuera, ¿es cosa juzgada en sede penal, civil o constitucional? En justicia constitucional de ninguna manera, como sabemos los órganos jurisdiccionales tramitan un proceso de naturaleza constitucional en dos instancias, siendo la segunda decisión pasible -en algunos casos- de recurso extraordinario ante el Tribunal Constitucional. En sede civil tampoco, debido a que es perfectamente posible que la parte agraviada con el fallo de segunda instancia,

(54) «El recurso de apelación es el acto procesal de impugnación mediante el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial entendida como injusta, solicita de un órgano jerárquicamente superior al que la dictó, la deje sin efecto o la modifique, total o parcialmente.» (KIELMANOVICH, Jorge Luis y otros. Op. cit., págs. 84 y 85).

(55) «Artículo 11.- Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior. La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable. Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada. Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley.»

(56) Véase el Libro Cuarto (PROCEDIMIENTOS ESPECIALES), TULO X (RECURSO DE REVISIÓN), Artículos 361 al 365 del Código de Procedimientos Penales vigente. Así también el Artículo 100 del Capítulo I (RECURSOS IMPUGNATIVOS) del Título IV (RECURSO Y NULIDAD DE RESOLUCIONES) del Texto Único Ordenado (Decreto Supremo No. 02-94-JUS) del Decreto Ley No. 26111 (Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos).

interponga **recurso de casación** ante la Corte Suprema de Justicia. Bueno, en sede penal la situación va a ser idéntica que en el proceso civil, apenas entre en vigencia el nuevo Código Procesal Penal⁽⁵⁷⁾.

Lo trascendente es que el sistema jurídico -contra la afirmación tajante de la norma- enseña que la segunda instancia no recibe la autoridad de la cosa juzgada. El legislador nacional también ha sido consecuente con la información que le brinda la realidad sobre el tema. Por eso es que en el mismo párrafo hay una segunda oración en donde se dice que la **impugnación** de lo que se decida en segunda instancia, «...**procede en los casos previstos en la ley**».

Lo insólito es que en el párrafo de una misma norma se afirme que lo que se resuelva en segunda instancia **constituye cosa juzgada**, y casi de inmediato se dice que lo que se resuelva en segunda instancia es pasible de **impugnación**, dos afirmaciones absolutamente contradictorias, si nos atenemos al hecho que el concepto de cosa juzgada reposa en la definitividad de la decisión que posee tal calidad.

3.3. En el segundo párrafo del artículo 11, se afirma que el uso de un medio impugnatorio «**constituye un acto voluntario del justiciable**». Analicemos esta frase.

Fuera de toda duda está el hecho que los medios impugnatorios se usan dentro de un proceso -sólo excepcionalmente son el inicio de otro, como el proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta del Código patrio⁽⁵⁸⁾-, por tanto, se trata de **actos procesales en trámite**. Al afirmar el legislador que impugnar es un acto procesal voluntario del justiciable, está -probablemente sin querer- abriendo una nueva clasificación de los actos procesales.

Parecería que los actos procesales pueden ser **voluntarios e involuntarios**. De los primeros el legisla-

dor da en el mismo artículo un ejemplo -los medios impugnatorios-, por nuestra parte nosotros podemos dar más, muchos más.

En realidad, confesamos que todos los actos procesales que conocemos son voluntarios, tal calidad es intrínseca al acto procesal, en tanto éste es la especie del género que es el acto jurídico. Entonces la pregunta clave para entender el mensaje es: **¿Cuáles son los actos procesales involuntarios?** Nosotros no tenemos la respuesta.

Cualquier acto procesal que se le impute a un sujeto deberá tener involucrada la voluntad en su actuación o por lo menos en su conocimiento. Un ejemplo es la notificación. Esta, como sabemos, es un acto de comunicación procesal que requiere de la participación volitiva del notificado, es decir, es necesario que haya conciencia de la información que se recibe. Incluso en aquellos casos en los que, sea por negativa del notificado u otra razón, no es posible obtener la aceptación de éste de haber sido informado -la llamada notificación tácita-, el derecho presume que el interesado ha prestado su consentimiento para que tal acto ocurra.

Lo que afirmamos, como principio, es que **todos los actos procesales son voluntarios del que lo realiza, por naturaleza**. Los medios impugnatorios no son la excepción. La circunstancia de que la declaración de voluntad la haga el justiciable o el representante -incluso el representante judicial- no afecta el principio.

Concluimos diciendo que el segundo párrafo es absoluta y totalmente **tautológico**, no agrega ninguna información y tampoco precisa nada que no sea consecuencia de la naturaleza de las cosas. Por tanto, la frase no sirve para apoyar ningún argumento⁽⁵⁹⁾.

Por cierto, cabría afirmar -aunque admitimos que no se ha hecho- que cuando el legislador se refirió

(57) La referencia es al Libro Cuarto (ACTIVIDAD PROCESAL), Título IV (DE LA IMPUGNACIÓN) y Sección III (RECURSO DE CASACIÓN).

(58) «Artículo 178.- Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.- Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, puede demandarse, a través de proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por éste y aquéllas. Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren directamente agraviados por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título. En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles. Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso. Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y los costos doblados y una multa no menor de treinta ni mayor de cien Unidades de Referencia Procesal.»

(59) El doctor Quiroga tiene una opinión distinta: «Pero la propia Comisión Revisora se cuidó de que ello quedara evidenciado, cuando en el artículo 11 se señala que: "La interposición de un medio impugnatorio constituye un acto voluntario del justiciable". Ubicado este postulado no queda duda que la interpretación sistemática de los artículos 295 y 11 -ejercicio que los abogados no debemos olvidar- nos da una respuesta contundente: el abogado que ejerce el patrocinio en un proceso judicial no puede, sin tener poder expreso que lo faculte, impugnar una decisión judicial adversa a su patrocinado sin la expresa manifestación de voluntad de éste.» (QUIROGA LEÓN, Aníbal. Op. cit.)

a un acto voluntario del justiciable, quiso decir un **acto personalísimo** de éste, pero, ¿desde cuándo a los actos *intuitu personae* se les llama **actos voluntarios**?

El artículo 11 de la LOPJ y la resolución comentada.

Sin embargo, la resolución materia de comentario parece haberle encontrado al artículo 11 en análisis, una dimensión e importancia considerable. Así, para la ejecutoria el concepto acto voluntario del justiciable, significa que éste lo tiene que realizar personalmente. El problema es que para que tal razonamiento sea válido, es necesario que sea válida también la afirmación de que cuando un justiciable actúa en un proceso representado por otra persona que tiene apoderamiento general, es la voluntad del representante la determinante. Esto no es exacto dado que, si bien la actuación del representante es autónoma, en tanto puede elegir la conducta más apropiada a los intereses de quien representa, siempre es la voluntad y la esfera patrimonial del representado la que define, perfila y orienta la actuación del representante.

Alegar en contrario, significaría admitir que los efectos de lo que se resuelva en el proceso no recaen en el representado sino en el representante (?).

A mayor abundamiento, si los actos del representante con apoderamiento general no constituyesen una declaración originada en la voluntad del representado y para afectar su esfera jurídica, surgirían varias preguntas que complicarían el desarrollo normal de un proceso. A saber:

- a. ¿Quién es el titular de la declaración del representante?
- b. ¿Cada actuación del representante, requeriría una confirmación de su eficacia por parte del representado?

Nuestra sorpresa y dificultad en tratar de inter-

pretar cabalmente al artículo 11, alcanza también al doctor Hugo Forno, quien afirma: «En otras palabras, el artículo 11 no señala que los medios de impugnación sean actos personalísimos del justiciable, lo que equivaldría a sostener que en ningún caso se puede interponer recursos impugnatorios mediante representante. Si, como resulta evidente, esta disposición no impide la impugnación mediante representante, tampoco tiene por finalidad establecer qué tipo de poder se requiere para hacerlo.

El sentido que tiene el artículo 11 no es otro que establecer que los medios de impugnación no proceden de oficio, es decir, que no constituyen una etapa necesaria dentro del proceso, de modo que el juzgador no puede ordenarlos sino sobre la base de una manifestación de voluntad que deba serle atribuida al justiciable. Precisamente, cuando el abogado apela **en nombre de su patrocinado** en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo 290 de la LOPJ, se considera jurídicamente como un acto del justiciable. Es, como se sabe, lo que ocurre en cualquier supuesto de representación»⁽⁶⁰⁾.

4. Por otro lado, la resolución es contradictoria porque si dice que el abogado puede actuar en nombre de su cliente dentro del proceso, salvo respecto de aquellos actos para los que requiere **poder especial** (afirmación que como hemos apreciado no es exacta), entonces no hay ninguna razón para no haberle concedido la apelación, desde que en el artículo 10⁽⁶¹⁾ del Código de Procedimientos Civiles -norma que contiene los actos para los que se requiere poder especial, además aplicable al caso en atención a la fecha de inicio del proceso- no aparece el de interponer medios impugnatorios.

Este es también el parecer del mismo doctor Hugo Forno Florez⁽⁶²⁾ y del doctor Julio César Pérez Vargas⁽⁶³⁾.

5. Asimismo, no deja de asombrar el hecho que la

(60) FORNO FLÓREZ, Hugo. «El abogado y sus facultades representativas». En: El Peruano, 26 de julio de 1993, pág. B-13.

(61) «Artículo 10.- Se requiere poder especial para desistirse de la demanda, convenir en ella, prestar confesión o juramento decisorio, deferir al del contrario, transigir el pleito, someterlo a arbitraje, pedir suspensión de pagos o presentarse en concurso o quiebra, emancipar, adoptar o prestar consentimiento para la adopción, sustituir el poder y para los demás actos que exprese la ley.»

(62) «Es evidente que los actos para los que se requiere poder especial son sólo aquellos que están enumerados en el citado artículo 10 de C. de P. C. o, como el mismo indica, en otra disposición legal.

Por lo tanto, si para un determinado acto procesal la ley no exige poder especial, dicho acto puede ser ejercido por el apoderado en virtud de un simple poder general, es decir, de aquél a que se refiere el artículo 9 del C. de P. C. .

Ahora bien, no existe ninguna disposición legal que exija poder especial para que el apoderado pueda interponer el recurso de apelación en representación de su poderdante, de modo que, de conformidad con el sistema expuesto que es el vigente hasta ahora, el poder general confiere al apoderado la facultad para apelar.» (FORNO FLÓREZ, Hugo. «Poder para apelar». En: El Peruano, 16 de julio de 1993, pág. B 14 .

(63) «En consecuencia, si el abogado puede actuar en el proceso por cuenta de su cliente, salvo en los casos en que es necesario un poder especial, entonces la norma le reconoce al abogado las facultades generales del poder.» (PÉREZ VARGAS, Julio César. «los abogados frente al recurso de apelación». En: Revista Themis, Segunda Época, Nos. 27-28, Lima, 1994, pág. 174).

Sala que expidió la resolución en comentario, no haya advertido que una de las diferencias más notorias entre las facultades que conforman el apoderamiento general y el apoderamiento especial, es que en éste se encuentran, entre otros, los llamados actos de disposición, y que los medios impugnatorios no son actos de esta naturaleza, sino muy por el contrario, **facultades** de curso natural concedidas a un elemento activo del proceso. Tal vez por ello no dudó en denegar el recurso.

6. Hemos destacado el tema de la **duda** en el párrafo anterior, debido a que si por lo menos ésta hubiera estado presente en la Sala, entonces la decisión habría sido distinta. En efecto, si la Sala hubiera considerado discutible la procedencia del recurso, lo hubiera concedido, atendiendo a un Principio del derecho procesal -el principio del *favor processum*-, según el cual, cuando haya duda en la aplicación de una institución procesal, y entre las alternativas está que el proceso concluya, hay que preferir la otra opción, aquella en la cual el proceso perdura, es decir, hay que resolver en **favor del proceso**.

X. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

1. La representación judicial o técnica del abogado es una forma atípica de la representación procesal. Es especial porque la representación no es otorgada formalmente y también porque su actuación está a cargo del asesor técnico del representado, el abogado, quien asume, en consecuencia, un doble rol: **patrocinante y representante**.

2. La representación judicial o técnica del abogado sólo inviste a éste de las facultades generales del apoderamiento.

3. La representación judicial del abogado, prevista en el artículo 80 del Código Procesal Civil, es de aplicación al ordenamiento jurídico peruano en general, para todos los procesos iniciados desde el 28 de julio de 1993.

4. La interposición de medios impugnatorios no es un acto para el que se requiera poder especial, en tanto no implica un acto de disposición de derechos procesales o materiales.

5. Los actos que realiza dentro de un proceso un representante de un justiciable, son actos voluntarios

de éste, en tanto constituyen una expresión de lo que quiso ocurriera dentro del proceso: **que el representante realice actos en su nombre**.

6. En el caso materia de comentario es de aplicación el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

7. La aplicación del antes citado dispositivo legal, hubiera determinado que se le concediera al patrocinado del abogado que interpuso el recurso de apelación, el concesorio correspondiente.

8. Una malhadada interpretación de una norma de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial -el artículo 11-, provocada por su segundo párrafo, el que contiene una expresión tautológica, ha determinado que a una parte en un proceso civil, se le niegue sin justificación jurídica alguna, el acceso a una instancia superior.

9. La denegatoria antes descrita, constituye una afectación al derecho constitucional que todo justiciable tiene a un debido proceso. Con el agregado que para el ordenamiento jurídico nacional, tanto el debido proceso como la instancia plural tienen fundamento constitucional⁽⁶⁴⁾.

10. La resolución denegatoria del recurso de apelación, padece de errores en la concepción de algunas categorías e instituciones del proceso (acto procesal, recurso, representación procesal, representación judicial del abogado, apoderamiento general y especial, entre otros), los que determinan su descalificación jurídica.

11. Finalmente, se debe precisar que la representación judicial del abogado, permite a éste actuar en nombre de su cliente respecto de todos los actos regulares del proceso, salvo aquellos en los que es necesario apoderamiento especial, dado que se tratan de actos de disposición del derecho procesal o del derecho material discutido.

12. En consecuencia, la interposición de medios impugnatorios -en atención a su naturaleza de actos favorables a quien lo realiza- puede ser realizada por el abogado, en su calidad de representante judicial o técnico, sea en aplicación del artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para los casos iniciados antes del 28 de julio de 1993, o por aplicación del artículo 80 del Código Procesal Civil, en cualquier proceso, siempre que se cumplan con los requisitos de procedibilidad que la norma impone. ☞

(64) Constitución Política del Perú.

«Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)

6. La pluralidad de la instancia...».