

UNIVERSIDAD "DR. JOSE MATIAS DELGADO"

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR ISIDRO MENENDEZ

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL MANDATO Y LA PROCURACION JUDICIAL EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA

PRESENTADA POR:

SANDRA ELIZABETH OSEGUEDA HERNANDEZ

PARA OPTAR AL TITULO DE:

LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

1995

SAN SALVADOR EL SALVADOR CENTRO AMERICA

INTRODUCCION

El tema que hemos escogido como título de nuestra tesis, previa a la obtención de nuestra Licenciatura en Ciencias Jurídicas o en Derecho, contiene una modesta interpretación o exégesis sobre el mandato, tanto desde el punto de vista sustantivo, como desde el punto de vista procesal, con énfasis en este último, y copiando al insigne tratadista Eduardo J. Couture, "pido perdón por hablar o expresarme en plural, pues no deseo dar un acento excesivamente personal a esfuerzos que son más que todo, el fruto de experiencias colectivas pertenecientes a muchos pensadores del campo del derecho procesal", y yo diría, respetuosamente, de mis maestros, compañeros y demás personas con quienes he compartido la vivencia del Derecho, porque ahí es donde encuentra su campo fecundo, la función del abogado activo o procurador, como lo llamaba Carnelutti, a diferencia del abogado consultor o patrono, y además, porque nuestro trabajo habrá de referirse más concreta y específicamente, al mandatario judicial, a aquel que debidamente autorizado por la Corte Suprema de Justicia, se "dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los intereses o causas de los litigantes", supuesto que la palabra abogado deviene de la latina "advocatus", que significa llamado, porque los romanos acostumbraban a llamar en los asuntos difíciles, a las personas que tenían un conocimiento civil se encuentran las reglas generales y demás regulaciones del mandato, tendremos que hacer referencia obligada a ellas, aunque lo adelantamos, en una forma más resumida, siempre haciendo hincapié en la letra o espíritu de la ley, con las indispensables citas doctrinarias, para la mejor explicación o justificación de los puntos de vista que sostengamos.

Desde ya dejamos en claro, con toda honradez y honestidad, que no dominamos el tema que contiene las páginas que siguen; no obstante lo

anterior, nos animamos a escribir sobre el, por la idea de que, para algunos podrá encerrar algo útil: si lo conseguimos, nos sentiremos más que satisfechos y suficientemente compensados, pues escapa a nuestras pretensiones retenciones obtener elogios: por el contrario, esperamos comprensión y benevolencia con nuestro trabajo, apenas el de una estudiante, con súplicas de que se disculpen los errores que cometamos, en la esperanza de que la vida profesional nos irá dando poco a poco, la experiencia que por ahora nos falta, para llegar a ser algún día, lo que de corazón ansiamos: profesionales íntegros, capaces y honestos, para servir con eficiencia a quienes bondadosamente nos favorezcan con la demanda de nuestros servicios, respetando siempre la moral y la ley, pilares en que debe descansar la abogacía.

INDICE

CAPITULO I: DEL MANDATO

PRIMERA PARTE:

1- EL MANDATO EN LA LEGISLACION CIVIL

1.1- DEFINICIONES Y REGLAS GENERALES

1.2- CARACTERISTICAS DEL MANDATO

1.3- DE LA ADMINISTRACION DEL MANDATO

1.4- DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDANTE

1.5- OBJETO DEL MANDATO

SEGUNDA PARTE:

1- CLASIFICACION DEL MANDATO

TERCERA PARTE

1- EL MANDATO JUDICIAL Y SU REGULACION ESPECIAL

1.1- GENERALIDADES

1.2- DIVISION DEL MANDATO

CUARTA PARTE

1- FORMAS DE CONSTITUCION DEL MANDATO JUDICIAL

CAPITULO II: DE LA PROCURADURIA JUDICIAL

1- LA PROCURACION JUDICIAL EN MATERIA CIVIL Y SU CARACTER POTESTATIVO

2- LA PROCURACION EN MATERIA PENAL Y SU CARACTER OBLIGATORIO

3- LA PROCURACION EN MATERIA LABORAL

3.1- ANTECEDENTES HISTORICOS

3.2- OBJETO O FINALIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO

3.3- CONFLICTOS QUE PUEDEN PRESENTARSE

3.4- JURISDICCION CONTENCIOSA

3.5- JURISDICCION VOLUNTARIA

CAPITULO V: FORMAS DE TERMINACION DEL MANDATO JUDICIAL

1.1- LA SUSTITUCION

1.2- LA REVOCACION

2- EXPIRACION DEL PLAZO Y OTRAS CAUSAS DE TERMINACION DEL MANDATO JUDICIAL

CONCLUSIONES

BIBLIOGRARIA

ANEXOS

CAPITULO I

DEL MANDATO

PRIMERA PARTE

1. EL MANDATO EN LA LEGISLACION CIVIL

1.1 DEFINICIONES Y REGLAS GENERALES.

El mandato, al igual que los demás contratos contemplados en nuestro Código Civil – todos los artículos que citaré serán de este Código, a menos que exprese otra cosa- obedecer a todas las disposiciones generales sobre esa fuente de obligaciones, o sea que es una especie de convención, en virtud de la cual, una o más personas se obligan para con otra u otras o recíprocamente a dar, hacer o hacer alguna cosa: Art. 1875 y 1309 y, específicamente, se define, como un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos, por cuenta y riesgo de la primera: Art. 1875, es decir, que deja entrever la representación, como una de sus características, aclarando que dicho elemento NO ES DE SU ESENCIA SINO DE SU NATURALEZA, es decir que no siendo esencial en el, se entiende pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, art. 1315, y esto por lo que dispone el art. 1911, ya que el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante: si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante, situación que se presenta, en el caso del mandato sin representación.

Los actos que ha de efectuar el mandatario en el ejercicio o cumplimiento del mandato que se le confiere, pueden ser de naturaleza jurídica, o bien pueden consistir en el cuidado, administración y ejecución de un negocio de interés económico, abonando o afectando el patrimonio del comitente, ya que el vocablo negocio, es comprensivo no solo de actos jurídicos –según el Dr. Guillermo Cabanellas- sino de todo acto o actividad que presenta algún interés, utilidad o importancia para el Derecho y es regulado por sus normas”; de las resultas del mandato, por más que ese se haya realizado con toda diligencia y se entiende que los actos realizados por el mandatario, es como si el comitente los hubiera realizado, cuestión que deviene en el elemental, por lo antes dicho de la representación, art. 1319.

Su importancia se evidencia cuando comprendemos que hay actos que no podemos o no queremos realizar directa o personalmente, y quien mejor que una persona de nuestra confianza, para que los lleve a cabo en nuestro nombre –caso del mandato con representación-, a través de un mandato: arts. 1219 y 1875 y siguientes.

El mandato obedece decíamos, a todas las reglas generales de los contratos. Así, no escapa de lo preceptuado en el art. 1416, que ordena que todo contrato celebrado es obligatorio para los contratantes y que solo cesan sus efectos entre las partes, por el consentimiento mutuo de estas o por causas legales, así como a lo prescrito en el art. 1423, que estatuye que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple o no se allana a cumplirlo en la forma o tiempo debidos. Los Capítulos II y III del Título XXIX del Código Civil, regulan respectivamente, las obligaciones del mandatario y del mandante.

1.2. CARACTERÍSTICAS DEL MANDATO.

Por las reglas apuntadas, el mandato puede asumir la forma de gratuito que es la excepción, y de oneroso que es la regla general. En ambas hipótesis, ambas partes contratantes resultan obligadas, de donde nuestro contrato en comento, resulta ser bilateral, ya que “las partes contratantes se obligan recíprocamente, art. 1310.

David Stitckin Branover, en su obra “El Mandato Civil”, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, página 137, nos dice que “Es interesante observar que la mayoría de los comentadores de nuestro derecho estiman que, el mandato es un contrato generalmente bilateral, por que se presume remunerado. O sea, atienden solamente a la remuneración para darle el carácter de bilateral. Tal cosa no es cierto, porque también se generan otras obligaciones para el mandante, antes de ejecutarse el mandato, como es, precisamente, la de proveer el mandatario de lo que necesita para el desempeño de su cometido. Por tanto, sea gratuito o remunerado, el mandato es por su naturaleza bilateral, pues impone obligaciones recíprocas ambos contratantes y concluye que el mandato no cabe duda que es generalmente bilateral, pues se presume remunerado y mantiene ese carácter, aún cuando se estipule que sea gratuito, desde que existen otras obligaciones para el mandante como se ha dicho”. Más adelante señala, no obstante que “el mandato solo se transforma en unilateral cuando por estipulación de las partes o por la naturaleza del contrato, el mandante no es obligado a pagar remuneración, ni a proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato, lo que solo ocurre excepcionalmente, ya que el mandante, por regla general es obligado a ambas cosas”.

La persona que confiere el mandato o encargo, se llama comitente o mandante –también puede decirse cliente o poderdante- y la que lo acepta, apoderado, procurador y en general, mandatario. El mandato según hemos anotado, puede ser gratuito o remunerado. La remuneración llamada honorario, es determinada por la convención de las partes, antes o después del contrato, o por la ley, la costumbre o el Juez: arts. 1876 y 1877. Lo normal y lógico es que sea la voluntad de los interesados o contratantes la que fije el honorario o remuneración, por lo convencional del asunto; pero si no hubiere acuerdo sobre el particular, antes o al finalizar el mandato, la que entra en juego resolviendo el caso, es la ley, por medio de nuestro viejo Arancel Judicial, único cuerpo legal que reglamenta este tipo de cuestiones y fija los honorarios de abogados, procuradores, notarios, peritos, jueces ejecutores, etc...., siempre en el entendido de que haya disputa o controversia judicial sobre el punto.

La costumbre en el tema que nos ocupa, tiene muy poca, por no decir ninguna aplicación: tendríamos que buscar por ejemplo, casos de comisión en el campo civil que tratamos, para que, si surge el pleito sobre la cuestión del honorario, buscar el que costumbre determinar en el lugar para los comisionistas, en el caso particular que sea objeto de discusión. Por último, en realidad el Juez no tiene más facultades que las determinadas por el contrato de mandato y que el tenga que aplicar a petición del mandatario o de la ley: Arancel Judicial, ya que según el art. 1416 todo contrato legalmente celebrado es obligatorio para los contratantes..., si los convenios son obligatorios para las partes, lo son para el Juez, este está llamado a hacer ejecutar los contratos, no a modificarlos.

Volvemos a comprender la importancia de la figura jurídica en comento, cuando nos damos cuenta que existen actos que no podemos desempeñarlos nosotros mismos, por enfermedad, por ausencia, o por que no estamos capacitados directamente para ello, como es el caso de dirigir o procurar en un proceso judicial o administrativo, en que hace falta la intervención de un abogado o experto en leyes, o por lo menos de un estudiante, admitido en nuestro proceso penal y en nuestro proceso laboral, con cuya asistencia evidentemente, las cosas se plantean, se discuten y se ayuda a que se decidan mejor, lo que nuestra misma ley se ha encargado de resaltar en el art. 1878, al expresar que los servicios de las profesiones o carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otras

personas respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato y esta última profesión no cabe la menor duda que es la abogacía.

Por la naturaleza de nuestro trabajo y por la manera en que están distribuidos los capítulos, conforme a su índice, únicamente diremos en esta parte, que respecto de las definiciones y reglas generales, es necesario tener presente todos los artículos del 1875 al 1890, entre los que tiene especial importancia el art. 1894, respecto de que el contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario, que puede ser expresa o tácita; el art. 1885 en cuanto a la obligación e que están los mandatarios de declarar lo más pronto posible, si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace, pues transcurrido un término razonable, su silencio se mirará como aceptación; que los incapaces relativos pueden ser mandatarios: art. 1888 y que el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo, responsabilidad que es más estricta en cuanto al mandatario remunerado.

1.3 DE LA ADMINISTRACION DEL MANDATO.

El mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del mandato, conforme al art. 1891, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo arts. 1417, 1894 y 1910, a título de ejemplos.

Habrá que tener presente lo dispuesto en los arts. Del 1892 al 1917, para estar seguros, caso de recibir un mandato, de la forma en que debemos ejecutarlo, de lo que nos está permitido, de lo que nos está prohibido, de cuando se necesita de poder general o de poder general con cláusula especial o simplemente de poder especial, pues por lo que dijimos en nuestra introducción, no queremos alargar demasiado este capítulo, porque creemos que en el resto de nuestro trabajo, tendremos espacio para cumplir hasta donde podamos, la parte más importante del mismo, recalando que el art. 1915 ordena que el mandatario es obligado a dar cuenta de su administración; que las partidas importantes de su cuenta deberán estar documentadas, si el mandante no le hubiere relevado de esta obligación y que la relevación de rendir cuentas no exonera al mandatario de los cargos que contra el justifique el mandante, sobre todo por lo preceptuado en el art. 1336, que establece que el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se hubiere condonado expresamente y que la condonación del dolo futuro no vale.

1.4 DE LAS OBLIGACIONES DEL MANDANTE.

Conforme al art. 1918 el mandante es obligado:

- 1º A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato;
- 2º A reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato;
- 3º A pagarle la remuneración estipulada o usual;
- 4º A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses legales, y
- 5º A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa y por causa del mandato.

Las anteriores obligaciones, por lo sencillo de su redacción, creemos que no necesitan de ninguna explicación y que tal como reza el último inciso de este artículo, no podrá el mandante dispensarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse por el mandatario a menos costo, salvo que le pruebe culpa, que solo puede ser la culpa leve, según el art. 1889, pues según la ley, en la regulación del mandato no se responsabiliza al mandatario de la culpa lata, ni de la culpa levísima, que ordinariamente puede reclamársele a otros deudores: art. 1418.

Los demás artículos del 1919 al 1922, tienen su lógica explicación: fuera de los casos previstos en el art. 9 de la Constitución Política, nadie puede ser obligado a prestar servicios personales, sin justa retribución y sin su pleno consentimiento; las obligaciones emanadas de los contratos en este caso el mandato, habrán de cumplirse conforme se hayan pactado y a falta de estipulación, especialmente sobre la remuneración, conforme lo determina el art. 1877; el mandatario deberá ceñirse rigurosamente a los términos u órdenes del mandato: art. 1891, razón por la cual la ejecución parcial no obliga al mandante, sino en cuanto le aprovechare, respondiendo el mandatario de la ejecución del resto, de conformidad al art. 1927, y por último al derecho indiscutible del mandatario de retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante, para seguridad de las prestaciones a que este fuere obligado por su parte, según señala el art. 1918.

Las demás disposiciones del mandato en la parte puramente civil, por tener estrecha relación con el resto del tema de nuestro modesto estudio, las comentaremos por separado y en el lugar correspondiente.

“Nada ha establecido el legislador en lo relativo a la capacidad del mandante, por lo que cabe aplicar las reglas generales.

En consecuencia, el mandante debe ser plenamente capaz para contratar, esto es, de obligarse por si mismo y sin el ministerio o autorización de otra persona: art. 1316, inciso último. Por lo tanto, pueden conferir mandato los mayores de veintiún años no declarados en interdicción, los hijos de familia en los bienes relativos a su peculio profesional o industrial: art. 258. Se requiere, además, que sea lícito al mandante ejecutar por si mismo, el negocio que confía al mandatario. Tampoco lo ha dicho el legislador expresamente, pero se llega a esta conclusión aplicando la regla de la sana lógica. El negocio que ejecuta el mandatario produce todos sus efectos jurídicos en el patrimonio del mandante, de ahí que este no puede encomendar al mandatario la ejecución de un acto que le perjudique o que le está prohibido y si lo hace, el mandato es nulo, por ilicitud del objeto: art. 1334 y esta nulidad es absoluta o relativa, según sea absoluta o relativa la incapacidad que le afecta, pudiendo sanearse esta última nulidad, agregando por último, que la capacidad del mandante debe existir al tiempo de celebrarse el contrato”.

“La regla de la capacidad legal de una persona también rige para el mandatario, que debe ser una persona capaz de contratar o debe aceptar el encargo con autorización de su representante legal, pues si acepta el mandato sin tal autorización, el contrato es nulo relativamente y puede exonerarse del cumplimiento de las obligaciones que contrajo oponiendo la excepción de nulidad, sin perjuicio de que el mandato pueda validarse por la ratificación del incapaz. Los absolutamente incapaces no pueden ser mandatarios: sus actos no producen ni aún obligaciones naturales”. 1

El art. 1888 se refiere al caso en que se constituye mandatario a un menor no habilitado de edad y especifica que los actos ejecutados por el mandatario serán válidos respecto de terceros, en cuanto obliguen a estos y al mandante; pero las obligaciones del mandatario para con el mandante y terceros, no podrán tener efecto sino según las reglas relativas a los menores: arts. 1316 y 1318.

1.5 OBJETO DEL MANDATO.

Para concluir esta parte de nuestra exposición, diremos que en términos generales, cualquier acto jurídico es susceptible de admitir representación, excepto aquellos actos lógicamente indelegables, así hubo un tiempo en que para contraer matrimonio no podía otorgarse poder: ahora el art. 118 lo permite. No puede conferirse poder, por razones obvias, para prestar una confesión en un juicio penal, ya que en el proceso civil o laboral puede

otorgarse poder especial o poder general con cláusula especial para la absolución de posiciones, que es una forma de provocar confesión.

1/ Stikchin, Branover David: "El mandato civil", pág. 183 y siguientes.

El apoderado no puede prestar confesión directa en un proceso, porque la confesión implica el reconocimiento sobre hechos personales del confesante y, el conocimiento que el mandatario podría tener sobre los mismos es ajeno a su persona y particular a su representado, por lo tanto su aceptación significaría desconocer el deber que en el numeral sexto le impone el art. 115 Pr., que expresa; 6º Guardar fidelidad a su parte, y no descubrir los secretos de la defensa a su contraria, bajo la pena señalada para los casos de prevaricato.

Pero bien puede el Apoderado, si está expresamente autorizado por su cliente, absolver el interrogatorio de posiciones que le defiera la parte contraria, que es una forma de provocar confesión, razón por la cual creemos que para llevar a efecto tal situación procesal, además de la autorización expresa del Poderdante, debería individualizarse el proceso para el cual se concede tal facultad, citando el nombre de la contraparte, sus generales, etc., con el objeto de restringir esta facultad y evitar así, posibles abusos de parte del Apoderado, pues en la práctica se ve la necesidad de que el Apoderado esté debidamente instruido.

Tampoco habrá de admitirse el mandante para ejercer los derechos y deberes políticos, ni para ejercer cargos o empleos públicos, aunque eso no aparezca en la letra de nuestra Constitución ni de ninguna ley secundaria, pues de permitirlo, sería convertir el mandato en un arma peligrosa en poder de malhechores, que perfectamente podrían obtener la firma de ese contrato valiéndose de medios ilícitos. Además no cabe duda de que existen otros actos que no pueden delegarse, pero habría que analizarlos caso por caso, para decidir cuales son de aquellos que tienen que ejercerse o ejecutarse directamente y que por lo tanto no opera en ellos el mandato con representación.

En el desarrollo de nuestro tema haré ligeras consideraciones sobre las semejanzas y diferencias que existen entre la figura que comentamos, la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, la representación legal propiamente dicha y el contrato de prestación de servicios para la confesión de una obra material.

SEGUNDA PARTE

1. CLASIFICACION DEL MANDATO

El mandato puede ser, conforme el art. 1890 especial o general: si el mandato comprende uno o más negocios especialmente determinados se llama especial; si se da para todos los negocios del mandante se le denomina general, y lo será igualmente, si se da para todos, con una o más excepciones determinadas. La administración está sujeta en todos los casos a las reglas generales del mandato.

Lo normal en nuestro medio es conferir mandatos generales y en ellos incluir cláusulas o facultades especiales; pero lo que interesa tener presente, es cuando el mandatario necesita de poder especial para llevar a cabo su gestión o encargo.

El mandatario general, conforme a la doctrina, "puede celebrar dos clases de actos:

a) Conservativos, que son aquellos que tienen por objeto que no se destruyan o no desaparezcan las cosas del patrimonio, y

b) De administración, que son los que tienen por objeto, no solo conservar el patrimonio sino hacerlo producir”, art. 1892 que no contiene una enumeración taxativa”, y por último, es necesario dejar establecido que el mandatario con poder general, no puede celebrar los actos de disposición, nuestro legislador en el mismo artículo 1892, para los actos que se salgan de los límites que ejemplifica, el mandatario necesitará de poder especial, recalcando, para evitar dudas o malas interpretaciones, de acuerdo con el art. 1893, que cuando se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca o se le concede la libre administración, no por eso se entenderá autorizado para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales, explicando en los artículos 1895 a 1901, que el mandatario puede delegar el encargo si no se le ha prohibido, con las responsabilidades que esta disposición indica y la que agrega el art. 1896, que cuando, según el art. 1897, la delegación a determinada persona ha sido autorizada expresamente por el mandante, se constituye entre el mandante y el delegado un nuevo mandato, que solo puede revocarse por el mandante y no se extingue por la muerte u otro accidente que sobrevenga al anterior mandatario, concluyendo los cuatro últimos artículos citados con explicaciones propias respecto de las acciones a ejercerse contra el mandatario, inhabilidades y sobre la aceptación misma del encargo; el art. 1901 finaliza expresando que la facultad de transigir no comprende la de comprometer, ni viceversa, artículo relacionado con los arts. 2192 y siguientes, en que nuestro Código estatuye que la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, y el art. 2194 que prescribe que todo mandatario necesita de poder o cláusula especial para transigir, señalándonos el resto de estos artículos, las cuestiones propias de la transacción.

El art. 1902 nos da ejemplo de cuando el mandato debe constituirse por medio de poder especial o por medio de uno general con cláusula especial como son los casos para vender, hipotecar o constituir cualquier derecho real sobre inmuebles: art. 567 inciso segundo y tercero, o cualquier derecho personal también sobre inmuebles, como el arrendamiento: art. 567 inciso último, que es preciso tener presente, para evitar errores.

En nuestro derecho, cuando se trata de poderes para vender, hipotecar, etc., que señala el art. 1902, en la escritura pública que contiene el mandato, se consigna la descripción completa del inmueble, conforme a su antecedente y su número de inscripción registral; pero según nuestra humilde opinión, bastaría con que se citara en el poder la situación, capacidad y número de inscripción del inmueble, pues con eso a nuestro juicio, queda determinado, esto es que no puede confundirse con otro. Además del anterior requisito, deberá autorizarse expresamente al mandatario para recibir el precio o cantidades de dinero provenientes de estos actos u operaciones.

Fuera de los casos que la ley cita en forma taxativa –aquellos en que es indispensable el mandato especial o el mandato general con cláusula especial– es preciso tomar en consideración, por la libertad contractual, que aún no siendo realmente necesario un poder especial para ejecutar o llevar a cabo determinado acto, el mandante puede, sin que lo exija la ley otorgar poder especial al mandatario, pues no existe ninguna prohibición ni limitación al respecto y esto refiriéndose siempre al mandato puramente civil, supuesto que no entramos al campo del mandato mercantil, ajeno del tema de nuestro estudio, aparte de que nos alejaría de los lineamientos que nos hemos propuesto en el desarrollo de nuestro trabajo.

El art. 1903 prescribe que la facultad de hipotecar no comprende la de vender, ni viceversa, principio que tal vez pudo haberse omitido, por lo que establece el art. 1417 y en el art. 1891 de carácter limitativo.

Esa es la única clasificación que contiene nuestro Código y lo más que podríamos agregar, es que el mandato podría subdividirse en: mandato para

vender, para hipotecar, para constituir servidumbre o cualquier otro derecho real, para dar una cosa en arrendamiento, etc., pero esto como decimos no es técnicamente una clasificación, como la que formula el artículo 1890, que ya en la parte puramente procesal, repite el art. 111.

Solo nos resta expresar, para concluir esta Segunda Parte del Capítulo I de nuestro trabajo, que existen marcadas diferencias entre las formas de constituir el mandato civil propiamente dicho y el mandato judicial, al que nos referiremos en la tercera parte de este capítulo, el que, como manifestamos en nuestra introducción, lo mismo que la procuración y el ejercicio de la abogacía en general, tendrán destacada mención en estas páginas. En efecto, según lo manda el art. 1883 el encargo que es objeto del mandato, puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada, cuando las leyes requieran instrumento auténtico.

En cuanto a la constitución del mandato por medio de escritura pública, nada tenemos que objetar, pues nos parece el medio más idóneo para comprobar el mandato en si y para determinar a cabalidad, la finalidad u objeto del encargo que se confiere al mandatario, y porque frente a disputas entre ambas partes contratantes, mandante y mandatario, la solución devendría fácil y el Juez, caso de llegar el asunto a sus manos, no tendría más que aplicar lo escrito en el contrato, como ya hemos apuntado antes, o bien, las reglas de interpretación de los mismos; a que hacen relación los arts. 1431 y siguientes; pero nos desagrada y nos parece poco afortunada en la época en que vivimos, que se permita la constitución del mandato por los otros medios que el artículo citado menciona, precisamente por la dificultad probatoria del contrato y sus consecuentes obligaciones entre los contratantes. La escritura privada es aquella hecha por personas particulares o por funcionarios públicos, en actos que no son de su oficio, a tenor del art. 262 Pr., a contrario de la escritura pública, que entre nosotros únicamente puede autorizarla un notario: art. 255 Pr. y por excepción los funcionarios consulares, según la prescriben los arts. 68 y siguientes de la Ley de Notariado. Creemos que la escritura privada, así como las cartas, las indicaciones u órdenes verbales del mandante, etc., que enumera el art. 1883 deben dejarse para cuestiones muy simples, para el caso, mandar a cobrar una pequeña deuda a un amigo, que naturalmente debe tener confianza en el mandatario, alquilar muebles o vender estos, cuando no sean de gran valor, etc., pues ante una persona exigente, tal mandato no operaría y podría ser justamente rechazado, pidiendo que la escritura privada se eleve a la categoría de pública, que la carta se autentique y que aquel que dice tener encargo verbal lo compruebe fehacientemente, todo, recalcamos, dependiendo siempre de las exigencias de las personas con quienes ha de tratar el mandatario, casos que habría que verlos uno a uno. Tendría que admitirse de acuerdo con la letra del artículo en comento, el telegrama las llamadas telefónicas, siempre considerando la clase de mandato conferido de esas maneras. La aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, por encerrar un evidente acuerdo de voluntades o convención, desde luego que lleva imbíbido el consentimiento del mandante, tampoco ofrece dificultad en comprenderse como forma constitutiva del mandato, lo único que habría que reservarla, al igual que las otras formas para casos especiales, que no ofrezcan problemática en el campo económico y jurídico, sin llegar a confundirla con la gestión de negocios ajenos o agencia oficiosa: arts. 2037 y siguientes, porque en esta no hay consentimiento previo del mandante y lo que puede existir es una ratificación de lo hecho por el gestor, dependiendo de las circunstancias, es decir, del éxito o del fracaso de sus gestiones, vale decir, del provecho o no, logrado para la persona en nombre de la cual se administra, sin mandato de ella.

Por último y esto es parte de la lógica jurídica o de la interpretación sistemática de la ley, no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a

las reglas generales, ni la escritura privada, cuando las leyes requieran un instrumento auténtico. Así, al otorgar mandato para un encargo cuyo objeto sea mayor de doscientos colones, no podrá probarse por testigos: arts. 1579 y 1580, que rechazan la prueba de testigos en este tipo de operaciones; “pero hay que hacer presente que lo que no puede probarse por testigos, según la ley, es el contrato de mandato en si mismo; pero las gestiones que se encargaron al mandatario pueden probarse por testigos, o sea que el mandatario puede acreditar por testigos que el hizo la operación que se le encomendó, lo que es lógico, porque entonces se prueba un hecho material, la circunstancia de haberse efectuado un hecho y para este caso no rige la limitación de la prueba testimonial”. 2

Careciendo de prueba del mandato, creemos que en este caso quedaría como la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, establecidos como se apunta en nuestra cita de autor, el hecho o hechos materiales o la circunstancia de haberse efectuado este o estos, que obligarían al mandante.

Además es evidente que para vender o hipotecar inmuebles o para constituir cualquier derecho real sobre ellos, debe exigirse obligatoriamente la escritura pública y jamás admitirse la escritura privada: huelgan las razones.

2/

No queremos dar por terminada esta parte de nuestro tema, sin apuntar alguna diferencia entre el mandato y otras figuras jurídicas, como son la representación legal, la gestión de negocios ajenos y la prestación de servicios materiales o de confección de una obra.

A) El art. 41 C. estatuye que son representantes legales de una persona, el padre o madre bajo cuya potestad vive, su tutor o curador general o lo son de las personas jurídicas, las designadas en el art. 546.

Cuando el cuidado personal de un menor corresponda a uno de los padres, este tendrá también su representación legal. Si la patria potestad corresponde de consumo a los padres legítimos, la representación legal del hijo, corresponderá a ambos, salvo que de común acuerdo, y por medio de instrumento público designen quien de los dos deba ejercerla. Termina el artículo explicando cuando toca al juez resolver a quien corresponde la representación, en caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la misma.

Los artículos 540 y 546 de ese mismo Código, prescriben que las personas jurídicas son de dos especies:

1º) Corporaciones y Fundaciones de Utilidad Pública como el Estado, u otras semejantes, que se han establecido en virtud de una ley o de un decreto del Organo Ejecutivo: art. 541 C., y

2º) Asociaciones de Interés Particular, como son las Sociedades, y, que las Corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, han conferido este carácter, o, por aquellas a quienes la Corporación confiera poder legal por falta o impedimento de dichas personas, o porque juzgare conveniente, según los casos o circunstancias.

Deducimos de las anteriores disposiciones legales, que la representación legal, en lo que se refiere a los hijos, es consecuencia de la patria potestad contemplada en los arts. 252 y siguientes y que, por lo tanto, su nacimiento deriva de la ley y que cuando se habla de los tutores o curadores en general, también quedan sujetos al mismo principio en cuanto su origen.

Los tutores según el art. 359 se nombran “a favor de aquellas que no pueden dirigirse a si mismos, o administrar competentemente sus negocios y que no se

hallan bajo la potestad de padre o madre que puede darle la protección debida, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 365.

De acuerdo al art. 363 “están sujetos a curaduría los que por demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito”.

De la lectura de los artículos anteriores, inferimos que la representación legal no tiene nada de convencional o contractual, su origen –como apuntamos antes- lo encontramos en el mandato del legislador.

En el art. 246 se habla de representantes legales de las personas jurídicas, estableciéndose que las corporaciones son representadas por las personas a quienes la ley o las ordenanzas respectivas, han conferido ese carácter.

“Las personas naturales que representan a las personas jurídicas ejercen una representación legal semejante a la de los tutores o curadores. El Código lo ha resuelto positivamente: “son representantes legales de una persona dice el artículo 41, el padre o madre bajo cuya potestad vive, su tutor, o curador, y lo son de las personas jurídicas las designadas en el art. 546”.

No son pues representantes de la corporación los miembros de ella, sino las personas que deben ser designadas en conformidad a la constitución de la corporación. Si la corporación ha sido establecida en virtud de una ley, habrá cuidado esta de indicar como deberá ser administrada y representada la corporación.

Resuelto expresamente, como se halla, este punto por la ley, no cabe discusión, con respecto a las corporaciones de derecho privado a que nos hemos venido refiriendo, sobre el verdadero carácter que debe atribuirse a la representación de la persona jurídica: ella es una representación legal análoga a la del padre de familia, a la del guardador: se da un representante legal a la persona jurídica como se da al impúber o al demente y por una razón semejante, para suplir su falta de capacidad para ejecutar los actos de la vida civil. 3

Se explica por los tratadistas que el mandato supone la intervención de mandante y mandatario, o sea que debe haber un acuerdo de voluntades entre ambos, precisamente por tratarse de un contrato. El otorgamiento de poder, en cambio, es un acto jurídico unilateral, puesto que por medio de el una persona confiere a otra la facultad de representarla, en tal sentido podemos precisar las diferencias entre el mandato y el poder de representación, de la manera siguiente:

a) El mandato emana siempre de un contrato, por lo tanto requiere para su formación, del concurso de voluntades del mandante y mandatario: el poder de representación puede ser legal o bien, voluntario, ya sea que se origine del mandato del legislador, o que por el contrario derive de la voluntad del poderdante.

3/ Claro Solar Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno, Tomo II, párrafo 2807

b) El mandato de acuerdo a la definición legal es un contrato –art. 1875-, es un acto jurídico bilateral; el poder de representación en cambio, es un acto jurídico unilateral que no necesita de la aceptación, ni del conocimiento del apoderado.

c) Como resultado del carácter bilateral del mandato, surgen obligaciones mutuas a cargo de las partes contratantes; el otorgamiento de poder no origina obligaciones de ninguna clase, ya que su finalidad estriba en autorizar o facultar al apoderado para que acuerde o realice actos o, contratos, que en determinado momento dependiendo del resultado de los mismos, pueden afectar la esfera patrimonial del apoderado.

d) “El mandato determina las relaciones jurídicas que se producen entre mandante y mandatario; el poder de representación de origen a la representación, que determina las relaciones jurídicas entre el poderdante y los terceros. 4

4/ Stitchkin Branover David: “El Mandato Civil”: Pág. 39

e) El mandato es un contrato principal, existe independientemente de otro contrato o, convención; el otorgamiento de poder es, un acto jurídico unilateral que no accede a ningún otro acto jurídico; comúnmente el otorgamiento de poder es conexo a otro acto o contrato, por ejemplo compraventa, mandato, etc.

f) Para concluir, podemos apuntar la siguiente diferencia entre las figuras jurídicas en comento: el mandato puede estar unido a la facultad de representar, o bien carecer el mandatario del poder de representación, en tal caso debe este actuar a nombre propio, sus actos no obligan respecto de terceros a nombre propio, sus actos no obligan respecto de terceros al mandante, pues carece de poder para representarlo; para que los actos realizados por el poderdante se radiquen directamente en la persona del Poderdante o representado, se requiere que este obre a nombre ajeno, de esta manera se hace efectiva la representación.

Tenemos que mencionar, por otra parte, los casos de representantes legales que designa el juez, o más bien aclarar este punto, porque el juez hace el nombramiento apoyándose siempre en la ley y so aquellos como los curadores que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente y a los derechos eventuales del que está por nacer; los curadores adjuntos que se dan en ciertos casos a las personas que están bajo la patria potestad de padre o madre o de ambos, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada y los curadores especiales que se nombran para un negocio particular: Arts. 362 a 364 C.

De manera que la representación legal es forzada, porque la establece la ley, es el mandato del legislador, para que los representantes actúen a favor de aquellos que no pueden dirigirse a si mismos o no pueden administrar competentemente sus negocios: Art. 359. Tenemos que decir, además que la mujer casada menor de dieciocho años es representada legalmente por su marido, con las mismas obligaciones y derechos de los mandatarios; pero no es un mandato, sino una cuestión que deriva de la ley: Arts. 69 y 370 C.; también debemos expresar que hay otro tipo de representantes legales que no cita el artículo 41, como son los de las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, en que el juez es el representante legal de la persona cuyo dominio se transfiere.

La confección de una obra material, es aquella en que “una persona llamada artífice, se obliga, mediante cierto precio, a ejecutar una obra material. Fuera del consentimiento indispensable en toda convención, los elementos de este contrato son la ejecución de la obra y el precio”. 5

La diferencia que tiene este contrato, con el mandato, objeto de nuestro estudio, es que este se da exclusivamente para actos jurídicos, no para cuestiones o asuntos de tipo material y son diferentes las obligaciones del encargado de la obra con el propietario de la misma, que entre el mandatario y el mandante.

Con esas breves reseñas sobre las figuras que tienen parecido con el mandato, ponemos punto final a esta Segunda Parte de nuestro estudio.

5/ Stitchkin Branover, Ob. Cit. Pág. 80

TERCERA PARTE

1. EL MANDATO JUDICIAL Y SU REGULACION ESPECIAL.

1.1 GENERALIDADES.

El mandato judicial es el modo más generalizado de darle vida a la representación procesal, es decir a que alguien comparezca por otro en un proceso judicial. En cuanto a su definición se le aplica el Art. 1875 C., 6, que expresa que el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos, por cuenta y riesgo de la primera, según lo prescribe el Art. 1875 del mismo Código, que ya hemos reseñado en otra parte de este capítulo. La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante y la que lo acepta, procurador y en general mandatario, art. 1876.

6/ Todos los artículos citados serán del Código de Procedimientos Civiles, a menos que indiquemos otra cosa.

El mandato entre personas físicas no ofrece mayores problemas, pues basta que las dos tengan capacidad de ejercicio, para que el mandato se pueda conferir y aceptar. En cambio, cuando el mandato proviene de una persona jurídica, es preciso tener muy en cuenta la relación exacta de la personería, para ver si está correctamente otorgada: acta de constitución de la persona jurídica, finalidad y objeto de la misma, plazo de duración, etc., sin perjuicio de certificación de alguna credencial si el caso lo requiere, con mención de la inscripción en el Registro de Comercio, lo que en principio corresponde hacer al Notario conforme lo prescribe el Art. 35 de la Ley de Notariado, que a la letra dice:

“Cuando algún otorgante comparezca en representación de otra persona, el notario dará fe de ser legítima la personería con vista del documento en que conste, el que citará con expresión de su fecha y del funcionario o persona que lo autorice”.

“Si el notario no encontrare legitimada la personería con el documento que se le exhibe, cumplirá con advertirlo así a los interesados”.

Y por último al juez ante quien se exhibe el contrato o escritura en que conste el mandato, según expresa el artículo.

Circunstancia que también debe anotar el juez cuando el poder se otorgue ante el, en su tribunal, apud acta.

En las Sociedades Anónimas, la Escritura de Constitución prueba la personalidad del ente social, es decir, la aptitud que le reconoce la ley para actuar en la vida jurídica como sujeto de derechos y obligaciones; dicho instrumento la escritura social – prueba la personalidad, y el contenido de sus estatutos, indica que Organo ostenta la representación de la persona jurídica, su duración en el cargo, atribuciones, etc. Por otra parte, la credencial de elección del representante inscrita en el Registro correspondiente, completa la personería.

La aptitud de la persona jurídica “para ser representada como sujeto de derecho activo o pasivo, es la manifestación mayor que puede darse de su personalidad, porque si no la tuviera no habría sido un caso ordinario de mandato, en el que el representante obraría a nombre de los individuos interesados, como propietarios indivisos de los bienes o derechos a que se refieren los actos en que dicho representante interviniera. Siendo la persona jurídica un ser distinto de las personas físicas, miembros de la corporación, la representación de todas estas no importa la representación de aquella así como el acto personal de todos los miembros de la corporación no sería acto de la corporación. Desde que existe la persona jurídica, tiene que existir la representación de ella como una condición ineludible e inseparable”.

1.2 DIVISION DEL MANDATO.

El artículo 111 establece que el poder o mandato judicial, puede ser general o especial: es general si se da para todos los negocios del poderdante o para todos, con una o más excepciones determinadas, y es especial si se confiere para uno o más negocios especialmente determinados; principio legal que prácticamente es una repetición del Art. 1890 C. Los poderes generales que tengan clausura especial para celebrar juicios conciliatorios, bastarán para que el procurador pueda conciliar el derecho de su poderdante, sin que en este caso sea necesaria la concurrencia de este último. Creemos, a propósito de lo que ya hemos señalado respecto de la representatividad en el mandato, que lo dicho en la última parte de este artículo resulta innecesaria, sobre todo que se refiere a un poder general con cláusula especial para celebrar juicios conciliatorios, que en realidad no son propiamente juicios, a pesar de que en los artículos que hablan de la conciliación, se menciona el emplazamiento, desde luego que ahí no se entabla la controversia o disputa legal a que se refieren los Arts. 4 y 5, como se desprende de la simple lectura de los Arts. 164 a 189, la conciliación es un acto previo a la demanda.

7/ Claro Solar Luis: Ob. Cit. Tomo II, Párrafo 2807

Continúa estatuyendo el Código de Procedimientos Civiles en su Art. 112, que todos los derechos concedidos en este Código a las partes, los tienen sus apoderados o procuradores, en todos los casos en que la ley no requiere autorización o poder especial, entre los que tenemos que anotar el emplazamiento, contemplado en el Art. 205, que es el llamamiento que el juez hace al demandado, para que comparezca a manifestar su defensa.

El artículo 113 determina y exige que los procuradores necesitan de poder o cláusula especial:

1º) PARA SOMETER CUALQUIER NEGOCIO A UN ARBITRAMENTO

El arbitramento es una manera de terminar las controversias legales, de acuerdo a los Arts. 546 y siguientes, cumpliéndose con todas las formalidades ahí especificadas, con la salvedad anotada en el Art. 76, vale decir que la sentencia o laudo arbitral puede ser impugnada, admitiendo además solicitudes sobre aclaración y reforma.

2º) PARA RENUNCIAR LA APELACION O CASACION

Nuestro Código menciona el recurso de súplica, que regulaban los Arts. 1049 a 1059 ya derogados, figurando la apelación o alzada en los Arts. 980 y siguientes hasta el Art. 1048, con el agregado de los Arts. 1060 y 1061 y los demás pertinentes del 1068 al 1075 y del 1080 al 1103, más los que pudieran tener relación encerrados en las disposiciones generales, como son por ejemplo los Arts. 1238 a 1240, 1250, 129 y 1301. El recurso de casación está reglado por la Ley de Casación.

3º) PARA INTERPONER EL RECURSO DE NULIDAD.

Que también ha desaparecido de nuestra legislación y en su lugar o mejor dicho, en lugar del recurso de súplica y del recurso extraordinario de nulidad, que contemplaban el Art. 1133 a 1151 ya derogados, se ha introducido el recurso de casación, reglado por una ley especial como dijimos, aunque no tengan los mismos trámites o procedimientos, pues este es un recurso de estricto derecho, que no causa instancia, como la causada el recurso de súplica, pues el extraordinario de nulidad se reservaba para casos especiales que determinaban los Arts. 1133 a 1135 del Código que ahora comentamos y que, repetimos, fueron derogados o suprimidos. Actualmente no existe disposición expresa en la Ley de Casación, que estatuye que el poder para interponer ese recurso, debe contener una cláusula especial. Sin embargo,

existe reiterada jurisprudencia en nuestras Salas de lo Civil y lo Laboral, de nuestra Corte Suprema de Justicia, que rechazan a un mandatario que no está facultado expresamente para recurrir en casación, fundamentándose sólidamente en la naturaleza de ese recurso, criterio que compartimos.

4º) PARA RECUSAR MAGISTRADOS Y JUECES

La recusación es un derecho concedido al litigante, su definición legal está contenida en el Art. 1153 que expresa:

“Recusación es el recurso que franquea la ley a los litigantes para que sean removidos del conocimiento o intervención en sus negocios aquellos funcionarios judiciales contra quienes conciben sospechas de que no procederán justa o legalmente”.

La recusación deberá hacerse tomando en cuenta lo prescrito en los Arts. 1154 y siguientes y probada la causal de recusación del funcionario, es separado este del conocimiento de la causa principal y se designa la autoridad que debe subrogarle en el cargo, según la ley, generalmente el funcionario judicial suplente, nombrado con anterioridad, en previsión de una recusación, y, agregamos, un impedimento o una excusa, a falta de estos suplentes, un conjuer, que nombra la Corte Suprema de Justicia, con base en el Art. 182 numeral 10ª. de la Constitución Política y 32 de la Ley Orgánica Judicial, siendo este uno de los casos en que el abogado se convierte en un auxiliar de la justicia, pues su nombramiento no puede ser rechazado por el nombrado, a menos que tenga justa causa o impedimento, según el Art. 33 de la misma ley.

5º) PARA DESISTIR DE LOS RECURSOS ORDINARIOS O EXTRAORDINARIOS QUE HUBIEREN INTERPUESTO O DE LAS ACCIONES O EXCEPCIONES QUE HUBIEREN INTENTADO U OPUESTO Y PARA ACEPTAR TALES DESISTIMIENTOS.

Esto se explica porque quien desiste de alguna acción o recurso: Art. 464 y siguientes ya no puede volver a intentarla o proponerla contra la misma persona, ni contra las que legalmente la representan, ratificando el Art. 465 la necesidad de que el procurador disponga de poder especial para el desistimiento. En lo relativo a las excepciones, desistidas que sean, ya no pueden volver a oponerse y nuestro Código en el numeral en comento y en el Art. 465 recién citado, exige que el desistimiento tiene que ser, para que tenga validez, aceptado por las contrapartes o por su procurador con poder especial, por las consecuencias que tal acto trae aparejadas, en beneficio o en contra del demandante o del demandado, con la única excepción que el desistimiento de un recurso de casación no necesita de la aceptación de la contraparte, bastando con la simple presentación del escrito para que la Sala tenga por desistido el recurso: Art. 17 de la Ley de Casación.

6º PARA RECIBIR CANTIDADES, APROBAR LIQUIDACIONES Y CUENTAS Y OTORGAR ESCRITURAS DE CUALQUIER CLASE.

El Art. 1452 C., establece que el poder conferido por el acreedor a una persona para demandar en juicio al deudor, no le faculta por si solo para recibir el pago de la deuda y aquí entra en juego el numeral en comento, es decir, que para pretender recibir las cantidades, tendría que exhibir poder especial, o general con cláusula especial.

El mandatario que ejerce actos de administración, según el Art. 1892 y siguientes, debe rendir cuentas de su mandato. Si no las presenta al mandante, este puede demandarlo judicialmente por si, o por medio de otro abogado o mandatario, a efecto de que le reclame y apruebe esas liquidaciones y cuentas pendientes de rendirse y aquí es donde nuestra ley exige el poder especial, cuentas que, por otra parte pueden exigírseles a los tutores y curadores, de acuerdo con los Arts. 433 y siguientes C., todo esto a título de ejemplos. Por último, es lógico que el mandatario no puede arrogarse las facultades que

indica el Art. 1902 C, si no se le han concedido de manera especial, ni celebrar contratos de arrendamiento, aunque sea de cosas muebles, otorgar escrituras de sociedad, etc., o cualquier otro contrato en que diga actuar en nombre del mandatario, si no muestra poder suficiente al efecto, por lo que infringiendo el encargo que este le ha conferido, incurre en responsabilidad, al salirse de sus términos.

7º) PARA ABSOLVER POSICIONES Y ACEPTAR O RECHAZAR LA CONFESION DE LA PARTE CONTRARIA.

La absolución de posiciones, reglada en la sección de la prueba por confesión, no es más que una manera de provocar confesión, ya del demandante, ya del demandado. Arts. 376 y siguientes. El art. 377 permite pedir posiciones al abogado y al procurador de la parte contraria sobre hechos personales y que tengan relación con el asunto posiciones al abogado y al procurador de la parte contraria sobre hechos personales y que tengan relación con el asunto, posiciones que se presentan en pliego cerrado, que se abre hasta el momento de absolverlas.

“El testimonio humano, en general, esto es, tanto el que proviene de terceros como de las partes en el proceso, pertenece a la clase de pruebas personales e históricas. La confesión es una declaración de parte; debe ser declaración personal, a menos que exista autorización legal o convencional para hacerla a nombre de otro; debe tener por objeto hechos, no reconocimientos jurídicos favorables a la parte contraria o desfavorables a quien los hace; los hechos sobre que versa deben ser favorables a la parte contraria o perjudiciales al confesante; debe versar sobre hechos personales del confesante o sobre su conocimiento de hechos ajenos, aunque algunos autores limitan la confesión a los hechos personales, pues en realidad en el segundo caso, lo confesado es el conocimiento personal que se tiene del hecho ajeno o simplemente natural, cuando no s obra del nombre, pero la aceptación que se esté hace la parte, tiene el valor de confesión, siempre que sea desfavorable a dicha parte o favorable a la contraria; la declaración debe tener siempre una significación probatoria, debe ser consciente; debe ser expresa y terminante; el confesante debe tener capacidad jurídica; la declaración no debe ser el resultado de métodos violentos o artificiales que destruyan la voluntariedad del acto y debe ser seria”.⁸

8/ Gómez Lara Cipriano: Teoría General del Proceso, pág.

En caso de negativa, opera el Art. 385 que declara confeso al que debe absolver las posiciones, cuando sin justa causa no comparece a la segunda citación; cuando se niega a declarar o a prestar juramento y cuando sus respuestas fueren evasivas y no categóricas y terminantes, confesión que, caso de obtenerse, necesita de la aceptación de la parte contraria: Art. 391. Las posiciones muchas veces deciden un juicio, cuando no ha sido posible aportar ninguna otra prueba válida sobre el mismo, y por eso con frecuencia, se recurre a ellas y es necesario agregar que cuando se exige que cualquiera de las partes absuelva personalmente las posiciones así debe hacerse, aunque tengan apoderado con poder especial: Art. 378, con la limitación que adelante señala el Art. 381, que no permite que el abogado esté presente, cuando la parte ha de absolver un interrogatorio de posiciones, ni se le da traslado, ni copia de las mismas, ni término para que le aconseje, posiciones que se presentan, como ya dijimos, en pliegos cerrados, que los litigantes cuidadosos, acostumbran lacrar, que se guardan naturalmente bajo la responsabilidad del juzgador, para abrirlos oportunamente o en el momento preciso en que se lleva a cabo la diligencia, cuestión que también ya hicimos notar antes.

8º) PARA DEFERIR JURAMENTOS Y PRESTARLOS

Encontramos el juramento, en la sección de la prueba por juramento: Art. 392 y siguientes. El primer artículo de esta parte del Código nos expresa que el

juramento es de dos especies: 1º: el que la parte defiere a la otra, haciendo depender de el la decisión de la causa y se llama decisorio y, 2º: el que el juez exige de la parte sobre el valor o estimación de la cosa que demanda, para determinar la cantidad en que ha de condenar el reo, y se llama estimatorio. Los siguientes artículos de esta sección indican que el juramento decisorio puede deferirse sobre cualquier contestación o punto que se suscite, excepto sobre un hecho personal a la parte a quien se defiere y que tal deferimento puede hacerse desde que la causa se abre a prueba y en cualquier instancia, aunque no haya un principio de prueba sobre la demanda o excepción sobre la que recae, salvo en el caso del Art. 281 C., en que puede deferirse antes de la recepción a pruebas, lo que se justifica por la materia en disputa y porque hay que aprovechar a quien va a jurar, tan pronto como sea posible.

El fundamento del juramento reside en el concepto de honor personal y tiene su fuerza en la sanción penal aplicable al perjurio. Propiamente no es un medio de prueba, sino una manera de eximirse de demostrar un hecho, porque dejan al juramento la potestad de resolver la disputa o pleito, esto en cuanto al juramento decisorio se refiere, e incluso, de acuerdo con el Art. 405, es inadmisibile toda prueba de falsedad una vez que ha sido prestado.

No anotamos más sobre esta materia, para no alargar demasiado nuestra exposición y no excedernos en el tema propio de nuestro trabajo, limitándonos a señalar las disposiciones legales a consultarse.

9º) PARA CELEBRAR JUICIOS CONCILIATORIOS

Ya indicamos en otra parte de nuestro estudio, que según lo prescriben los Arts. 164 y siguientes, la conciliación es un acto preparatorio para el juicio contenido en el Capítulo III, título III: De los actos previos a la demanda que tiene por objeto evitar pleitos que alguno quiere entablar, procurando que las partes se avengan o que transijan o comprometan en árbitros o arbitradores, el asunto que da motivo a el y por lo tanto, aunque en los siguientes artículos se hable de emplazamiento, realmente se trata de una citación, conforme lo señala el Art. 204, lo que se desprende de la segunda parte del Art. 168, en que no se exige que la diligencia se haga exclusivamente tonel demandado, celebrándose la conciliación, caso de tener lugar, con base en las demás disposiciones del Capítulo que se refiere a esta materia, debiendo tener presente y no olvidar, que tal acto no cabe en los casos que exceptúa el Art. 165, contentándonos con lo que dejamos expuesto aquí y con lo que expusimos al comentar el Art. 111

10º) PARA TRANSIGIR

La transacción, conforme el Art. 2192 C. y siguientes, es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, agregando nosotros: haciéndose las partes concesiones o sacrificios recíprocos, continuando la disposición legal, señalando que no es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa, lo que resulta obvio.

Supone un derecho dudoso entre las partes y exige reciprocidad de concesiones, convirtiéndose en la práctica, en un equivalente contractual de la sentencia. Debe recordar el mandatario, entonces, todo lo relativo a esta especie de contrato, para el mejor cumplimiento de su encargo, limitándonos con indicarlo, por ser el tema ajeno a nuestros propósitos.

11º) PARA CEDER LA ACCION LITIGIOSA

El Art. 1701 C., prescribe que se cede un derecho litigioso, cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que se hace responsable el cedente y que se entiende litigioso un derecho desde que se notifica

judicialmente la demanda, es decir desde que se verifica el emplazamiento, y el Art. 1702 del mismo Código agrega que es indiferente que la cesión haya sido a título de venta o de permutación y que el cedente o el cesionario, sea el que persigue el derecho.

La cesión de un derecho litigioso, implica lógicamente, una transferencia del mismo y quien prácticamente tiene tal derecho es el demandante, pues el es el dueño de las pretensiones encerradas en su acción. Salvo que el demandado haga uso de la reconvencción o mutua petición, apoyándose en el Art. 232, pues entonces por asumir a su vez la calidad de demandante, también se convierte en propietario de un derecho litigioso, que a su vez puede ceder.

Hay que agregar al Artículo 113 que comentamos, que también se necesita de poder o cláusula especial, para intervenir en conciliaciones de tránsito, conforme lo indica el Art. 40 inciso 2º de la Ley de Procedimientos Especiales sobre Accidentes de Tránsito. Termina el artículo objeto de nuestro comentario expresando que todas las facultades anteriormente enumeradas, con excepción de la 10ª., podrán expresarse en globo en el poder, refiriéndose a este artículo; pero el notario tendrá cuidado de explicarlas para cerciorarse de que el otorgante las conoce, comprende y las concede, haciéndolo constar así en el instrumento. Sin embargo, los poderes que se han de obrar en el extranjero, deberán expresar directa y separadamente las facultades especiales que se conceden y no serán autenticados si estuvieren en otra forma. Sobre este punto haremos mención en la cuarta parte de este primer Capítulo de nuestro trabajo, y hablaremos en los demás Capítulos conforme a nuestro índice o temario, de quienes pueden ser o no procuradores, de sus obligaciones, derechos, de las inhabilidades e incompatibilidades, etc.

CUARTA PARTE.

1. FORMAS DE CONSTITUCION DEL MANDATO JUDICIAL.

El artículo 109 ordena que el poder para constituir procurador debe hacerse en forma ante funcionario que cartule, como toda escritura pública – funcionario entre los que se debe incluir, según anotamos en otra parte de nuestro trabajo, a los funcionarios consulares -; pero si el poder se diere para ventilar una cantidad o valor que no excede de dos mil colones * en juicio verbal, podrán extenderse en instrumento simple en papel de sello de treinta centavos foja y firmado por el otorgante u otro a su nombre, y dos testigos que presencien su otorgamiento, más en el acto de juicio podrá hablar por la parte otro a quien ella autorice, o dar su poder a pud acta, con las cláusulas necesarias, para que siga y fenezca el negocio, cuyo poder será firmado por la parte u otro en su nombre, por el juez y por el Secretario. Basta que conste en instrumento público, de conformidad con el artículo 17 C.

Ya expusimos en otras páginas que la escritura pública es para nosotros, el medio más perfecto e idóneo para constituir procurador o mandatario judicial y que lo ideal sería que únicamente en esa forma se otorgara, a menos que fuese a pud acta, para dar facilidad a las partes, por cuanto que el poder que se da para los juicios verbales que señala el Art. 109, aún cuando se presentan ante Jueces de Paz, generalmente legos, no ofrecen garantía de autenticidad y consiguientemente, pueden ser justamente rechazados por el supuesto mandante y probada su invalidez, naturalmente que los actos realizados no le perjudicarían, porque se podrían tratar del caso de una violación al derecho de audiencia o de una falta de notificación o citación al demandante o demandado, según el caso, que producen nulidad, al demandante o demandado, según el caso, que producen nulidad, sin perjuicio de la que produce la incapacidad absoluta o incapacidad que las partes que han intervenido en el juicio: Arts. 1117 y 1131, que a toda costa el buen juez debe tratar de evitar, para que la justicia no se vuelva nugatoria.

La persona que ocurra ante el funcionario que cartula, ha de expresarle si el poder lo concede directamente, o en nombre de una persona natural a quien el represente legalmente o de una Sociedad, Corporación, o Fundación de Utilidad Pública, relacionándose en el primer caso, las certificaciones de las partidas de nacimiento de los representados, en donde conste que son hijos legítimos o ilegítimos del que otorga el mandato y en el caso de los hijos legítimos, para más seguridad, relacionar también la certificación de la partida de matrimonio de los padres, poder que debe firmar los dos, excepto en el caso que señala el inciso 3º del artículo 41 C. Asimismo, los tutores, o curadores, deberán exhibir el decreto judicial que los autorice para el ejercicio de su cargo y su publicación en el Diario Oficial, para que el Notario de fe de los mismos.

En cuanto a las Sociedades, ha de anotarse la fecha de constitución de las mismas, su naturaleza, finalidad social el plazo de su duración y la cláusula en que aparezca la persona designada para representarla, es decir la que tenga el uso de la firma o razón social y si se tratare de casos muy especiales, el acuerdo de autorización de la Junta Directiva para llevar a cabo la operación objeto del mandato, aparte de anotar la fecha y el número de inscripción en el Registro de Comercio, mandatos que, amparándonos un poco del tema, para cuestiones estrictamente mercantiles, debe inscribirse en el Registro de Comercio, ya que sin este requisito son rechazados, todo lo anterior según lo consignamos en otra parte de este Capítulo, y que recalamos porque estimamos útil.

El Notario, deberá cumplir además, con todos los requisitos que exige la Ley de Notariado, para que la escritura sea válida, pues cualquier omisión de su parte, lo hace incurrir en responsabilidad. También como ya dejamos consignado en otra parte de nuestro estudio, no se contendrá el juez con que simplemente le adjunte el poder, para tener por tal al mandatario, sino que debe estudiarlo y analizarlo detenidamente y si alguna duda tuviere, proveer la resolución que indica el Art. 1273: "legitimándose la persona se proveerá", siempre para salvaguardar sus deberes y la sana administración de justicia.

Cuando en el acto del juicio puede hablar por la parte otro a quien ella autorice, debe entenderse que ha de ser abogado y en nuestra legislación, el único caso que encontramos, prácticamente en desuso, es el contemplado en el Art. 1009 que habla del informe verbal de las partes, que es lo que conocemos como alegar en estrados, que vuelve a mencionar el Art. 1747, al cual habría que relacionarle el Art. 90 número 2º y el Art. 1244, puesto que en primera instancia tal situación, hasta donde nosotros sabemos, no se admite, ya que la parte litiga por medio de abogado o de director, tiene derecho a hablar con el Juez, o magistrado, suplicarle que agilice el proceso o señalamiento de la práctica de alguna diligencia, etc., pero eso no es el caso que menciona el Art. 109 y hasta hoy, en el único lugar en que se ha permitido que el interesado lleve su abogado sin que este tenga que mostrarse parte, ha sido en la Procuraduría General de la República y en la Fiscalía General de la República, en donde, apenas, la función del abogado se convierte en la de un simple interlocutorio, con funciones ilustrativas, que aún cuando se consignen en acta, pueden influir o no en las decisiones que tomen esas dependencias, siendo relevantes únicamente el hecho de permitir que el citado pueda hacerse acompañar de abogado, lo que ya es cierta garantía.

Cuando se da el poder a *pud acta*, con las cláusulas necesarias para seguir y fenecer el negocio, habrá que tomar en cuenta si quien lo otorga, como hemos expuesto antes, lo hace por si o en nombre y representación de otro, pues en este caso el magistrado o el juez deberá exigir todos los atestados que estime necesarios para dejar bien establecida la personería del mandatario, lo que se realiza levantando un acta, consignando la comparecencia del que confiere el mandato y demás cláusulas y datos indispensables, que firma la parte u otro en su nombre, si no supiere o no pudiere, el juez y el secretario, siendo todo lo exigido en este artículo, una solemnidad necesaria.

CAPITULO II

DE LA PROCURACION JUDICIAL

1. LA PROCURACION JUDICIAL EN MATERIA CIVIL Y SU CARÁCTER POTESTATIVO.

Como otra especie de mandato, examinaremos el que se confiere para la comparecencia en juicio. el mandato judicial, aunque este tipo de mandato sirve también para comparecer en nombre de otro ante cualquier autoridad no judicial, vale decir que sirve para comparecer en cuestiones de tipo administrativo, contrato que se encuentra regulado en el Código de Procedimientos Civiles; pero se le aplican todas las reglas del mandato Civil, en lo pertinente, en cuanto a obligaciones y derechos entre el mandante y el mandatario, terminación o extinción y otras y específicamente lo encontramos en el Art. 98 que determina que cualquiera que pueda comparecer en juicio por derechos propios o como representante legal, lo puede hacer por medio de otro, el cual se llama procurador, que como ya dijimos en otra parte de nuestro trabajo, se refiere propiamente al abogado, que lleva invívita en su profesión la procuración.

Podemos decir entonces, “que el mandato puede ser civil, comercial o judicial, según la naturaleza del negocio que se encomienda. Así será comercial cuando el negocio cometido sea un acto de comercio; judicial, cuando consista en la comparecencia en juicio a nombre de otro en asuntos administrativos y civil, cuando el negocio cometido sea un acto civil” 1

El mandato comercial está regido por el Código de Comercio y no haremos mención de el, por no ser parte de nuestro tema y porque alegaríamos demasiado nuestra exposición; pero señalaremos al final de este capítulo, sin comentarios, las disposiciones que tienen relación tanto con el mandato comercial, como con el mandato judicial, que no citamos en estas líneas, para que sirvan de referencia y orientación a nuestros lectores.

Expresábamos que el mandato judicial se refiere a aquel que se otorga para la comparecencia en juicio o en asuntos administrativos, haya o no disputa en estos, ya que pueden suscitarse, como ocurre en las cuestiones reguladas por las Leyes del Impuesto sobre la Renta, sobre el Patrimonio, sobre Transferencia de Bienes Raíces, de Gravamen de las Sucesiones, del Impuesto sobre Donaciones.

1/ El Mandato Civil: Stichkin Branever David, pág. 152

“El mandato judicial, por ser un contrato, no puede confundirse con la representación leal en juicio, de otra persona. La representación legal se rige por los preceptos especiales de la ley que la establece. Prueba de ello es que el Art. 98 se refiere a las personas que comparecen en juicio por derecho propio o como representantes legales. En cualquiera de estos casos el compareciente debe hacerlo por medio de mandatario judicial que reúna las calidades exigidas por la ley” 2/ o directamente, con firma de asesor. “Es esencialmente solemne, puesto que la comparecencia en juicio a nombre de otra persona debe justificarse siempre con el título de la representación” 3/, aún cuando puede otorgarse de otra manera.

Quien interviene entonces, como mandatario judicial, tendrá todas las facultades que enumera el Art. 113 y nos estamos refiriendo siempre al Código de Procedimientos Civiles, excepto que el mandante las restrinja o limite y habrá de servir, si no es especial, para intervenir en cualquier clase de juicio y en todas las instancias, exigiéndose por nuestros juzgadores que para intervenir en casación, el mandatario esté especialmente autorizado o facultado para ello, por la naturaleza de ese recurso, criterio que compartimos y respetamos.

2/ Stichkin Branover David: Ob. Cit. pág. 161

3/ Supra: pág. 161

El mandato judicial se entiende remunerado y en presencia de disputa sobre este punto, habrá de recurrirse al Arancel Judicial. El Art. 1º expresa que los trámites que se siguen para dar a cada uno lo que es suyo o se le debe, son los que se llaman precisamente procedimientos civiles. Las leyes que reglan en su totalidad tales procedimientos, forman el Código de Procedimientos Civiles. El Art. 4º establece que el juicio es una controversia legal entre dos o más personas, ante un juez autorizado para conocer de ella; que el juicio se divide en civil y penal y que de este se trata en el actual Código Procesal Penal, disposición diminuta que encuentra debida ampliación en el Art. 172 de nuestra Constitución Política, que determina que corresponde exclusivamente al Organismo Judicial, la potestad del juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso-administrativo, así como en las otras que determine la ley, entre las que podemos citar, la materia de inquilinato.

El art. 4 se encuentra en concordancia, además con el art. 5 que expresa: "juicio civil es la disputa legal, sobre algún negocio o acción, sostienen el actor o demandante y el reo o demandado, ante el juez, sobre derechos reales o personales", siendo estos derechos los que indica el Art. 567 C.

Como una protección para las personas entre las cuales puede suscitarse un juicio o controversia de intereses, nuestra Carta Magna preceptúa en el art. 11 que "ninguna persona puede ser privada al derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión ni de cualquier otro de sus derechos, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa".

"Toda persona tiene derecho al hábeas corpus cuando cualquier autoridad o individuo restrinja ilegalmente su libertad".

Ley Fundamental en la que además, "se introduce otra garantía procesal en el caso de las personas acusadas de algún delito. Se establece en primer lugar, la presunción de INOCENCIA. Este es un principio universalmente reconocido y su texto en su inciso primero está tomado del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas". 4

Congruente con la norma antes citadas, el Art. 2 establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos; que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y que se establece la indemnización conforme a la ley, por daños de carácter moral.

"Este concepto de seguridad aquí incluido es, en opinión de la Comisión algo más que un concepto de seguridad material. No se trata únicamente del derecho que puede tener una persona a que se le garantice estar libre o exenta de todo peligro, daño o riesgo que ilegítimamente amanece sus derechos, sino también se trata de la seguridad jurídica como concepto inmaterial. Es la certeza del imperio de la ley, en el sentido de que el Estado protegerá los derechos de la persona tal y como la ley los declara".5

4/ Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución "Informe Unico, Julio 22, 1983, pág. 4

5/ Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución: Texto citado, pág. 2

Siguiendo el desarrollo del artículo en comento, Art. 2- el art. 3 preceptúa que todas las personas son iguales ante la ley y que para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión, principio este que ya se encuentra en el Art. 55C.; en el 8, que estatuye que nadie está obligado a hacer lo que la ley no

manda, ni a privarse de lo que ella no prohíbe; en el 11, que claramente estipula que ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa y que toda persona tiene derecho al hábeas corpus cuando cualquier autoridad o individuo restrinja ilegalmente su libertad y también en los Arts. 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, con el complemento de los Arts. 172 y siguientes, que reglan todo lo concerniente al Organo Judicial y a la administración de justicia.

Los sujetos que dan vida a la relación procesal son el actor y el reo, el juez y su secretario, que en el Art. 11 se mencionan como las personas que intervienen esencialmente en el juicio, puesto que según el mismo artículo, los que intervienen secundariamente son: el abogado, el asesor y el procurador.

El doctor Isidro Menéndez, autor de nuestro primer Código de Procedimientos Civiles, decía que el procedimiento judicial es el método preconstituido por la Ley con formas determinadas, dirigidas a averiguar en los juicios, la verdad jurídica, establecerla y asegurarla.

Por más que la rama procesal civil sea una parte del Derecho Público, ya que regula la actividad del Estado y de las partes, así como sus obligaciones y derechos, el derecho que invoca o reclama la parte en juicio, es de naturaleza privada y siendo así, como únicamente mira a su interés individual, puede renunciarse, toda vez que no haya ninguna prohibición al respecto: Art. 12 C., teniendo por finalidad el proceso, la realización del derecho sustantivo contenido en el Código Civil, a través del ejercicio de la función jurisdiccional, finalidad procesal eminentemente pública, pese al interés privado de las partes, tesis por la que humildemente nos inclinamos, apartándonos de las viejas teorías que consideraban al Derecho Procesal como un capítulo destacado del Derecho Civil.

De acuerdo con el Art. 124, acción es el medio legal de pedir en juicio lo que se nos debe, la que encuentra contrapartida en la excepción, que es la contradicción por medio de la cual el reo procura diferir o, extinguir en todo o en parte, la acción intentada en su contra, y como el derecho que habrá que invocarse al ejercitar la acción, es de carácter privado, la parte puede, por si misma, iniciar el proceso hacer la reclamación de lo que crea que es suyo o que se le debe, lo que antes, de conformidad al Art. 104, podía hacerlo personalmente, sin que se le exigiera la firma de ningún abogado, director o asesor, disposición que para fortuna del gremio de abogados, se cambió en el año de mil novecientos sesenta y tres, estatuyéndose que en los juicios y diligencias escritos, toda petición deberá llevar la firma del abogado director y que en todo caso, el cesionario de derechos deberá comparecer por medio de procurador, si el mismo no lo fuere, disposición legal que garantiza casi a plenitud, que las peticiones o planteamientos se hagan con más técnicas, más conforme a derecho; pero la intervención del procurador a que se refiere el Art. 98, esto, es cuando la parte confiere poder judicial, ya sea general o especial, sigue siendo estrictamente potestativa o voluntaria para el actor y para el reo, o sea que el juez no puede exigirla: Art. 2 y aquí cabe la cita que atrás hicimos del art. 8 de nuestra Constitución Política, que expresa:

“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”. Procurador que, caso de constituirse, habrá de acreditar su mandato, conforme Escritura Pública, si es que no se le otorga apud acta.

Según nuestras leyes, la función de la abogacía, como ya reseñamos, lleva encerrada o invívita la de a procuración, es decir que los profesionales del derecho, debidamente autorizados por la Corte Suprema de Justicia, ya no se pueden dar el lujo que cita el doctor Zeledón Castrillo en su artículo, de tener un procurador para atender los litigios y de esa forma guardarse ellos en su bufete o estudio, atendiendo otras cuestiones, procuradores que otras partes

todavía existen, para mantener, según afirman, la dignidad del abogado; pero entre nosotros esa es una especie ya extinguida, pues que sepamos, no hay con vida ninguno de esos históricos personajes y hemos tratado de ubicar en el Índice de la Legislación Salvadoreña, la ley que reglaba la forma de obtener licencias para la procuración; pero no hemos podido encontrarla; sin embargo, si nuestras investigaciones prosperan, haremos cita de ella al final de este capítulo.

“En el caso de la llamada representación procesal, esta implica solamente la posibilidad, por parte de los procuradores legales, de realizar en lugar de las partes todo aquel conjunto de actos procesales de que consta el proceso civil. Pero, nótese bien, parte en juicio no es, por efecto de la representación procesal, el procurador o el apoderado, sino el que confiere dicha representación”. 6

Conviene insistir, por lo tanto, en virtud de todo lo anteriormente expuesto, en que siendo interés privado el derecho en que se fundamenta la acción y la excepción o contradicción, la facultad de hacerlas valer en un proceso o juicio, es estrictamente potestativa o voluntaria y consiguientemente lo es a su vez, el derecho de hacerse representar por medio de mandatario judicial o procurador, para la atención del asunto particular a disputarse o en disputa. Lo que ya no es potestativo lógicamente, según nuestra ley, es la obligación de contar por lo menos con la firma de un abogado director para el pleito, pese a los inconvenientes prácticos que se originan de ello, por descuido de algunos profesionales que, contentos momentáneamente con encontrar un modus vivendi al dar su firma para un juicio, sin llevar detalle o anotación del mismo, en cuanto a que cuestión se litiga, contra quien y en que tribunal, resultan dando su firma a las dos partes en contienda, incurriendo en el patrocinio infiel, lo que por fortuna para ellos y por lo que podemos estimar una consideración de caridad o de humanitarismo de nuestros jueces, no repercute públicamente, pues se tiene por norma llamar al abogado, devolverle su escrito, sin el “presentado”, haciéndole una reconvencción verbal, para que el caso no se repita, lo que evidencia el deterioro de la abogacía en El Salvador y la existencia de lo que se ha dado en llamar el proletariado profesional, situación penosa que debe hacernos pensar en como encontrarle una solución o un paliativo.

6/ Rocco Ugo: “Tratado de Derecho Procesal Civil, Volumen II, pág. 142

Es evidente que los abogados, al procurar, es decir, al intervenir por otro en un juicio, deben tener presente todos sus derechos y obligaciones, y específicamente el art. 112 que a la letra dice:

“Todos los derechos concedidos en este Código a las partes los tienen sus apoderados o procuradores, en todos aquellos casos para los que la ley no requiere autorización o poder especial”.

De este punto nos ocuparemos con más detalle al desarrollo el Capítulo III de nuestro trabajo, sin perjuicio de que también deben considerar o toman en cuenta, a vía de ejemplo; que no es lo mismo la amplitud de un juicio ordinario, que lo corto de los términos de un juicio sumario; lo relativo a los emplazamientos, notificaciones y citaciones, para llevar cuenta de los términos y saber cuando entra en juego la preclusión; lo estipulado respecto a las nulidades procesales: Art. 1115 y siguientes y demás que se refieren a esta cuestión importantísima en nuestro proceso civil y que muchos abogados ven con indiferencia; como debe plantearse y ante que tribunal, una demanda y como contestarse, y en este caso, como oponer y cuando, que excepciones, etc., ello para el mejor cumplimiento del mandato que se les confiera, que habrá de redundar, más temprano que tarde en el buen nombre y prestigio del profesional, que constituye la mejor carta de recomendación para la demanda o no de su servicio, dependiendo de la fama que tenga de honesto y capaz o deshonesto e incompetente.

Por último convendría analizar si en nuestro proceso civil se establece la procuración como obligatoria, tal como lo ha venido sosteniendo el ilustre procesalista salvadoreño doctor Francisco Arrieta Gallegos, en las últimas convenciones nacionales de abogados y en un trabajo inédito de él, del cual tuvo la bondad de prestarnos algunas páginas, cuestión delicada por lo difícil que resulta en la práctica regular la cuantía de los honorarios del abogado, porque no puede olvidarse que vivimos en un país con clases sociales que van desde las más desamparadas hasta las más opulentas, lo que volvería forzosa la reforma de nuestro Arancel Judicial, con mucha cautela, sobre todo si el afectado es un menesteroso, ya que, no podríamos ubicar al abogado independiente, como un competidor de la Procuraduría General de la República, pretendiendo que en esos casos, el Estado tasara y liquidara sus honorarios, por lo que, mientras no superemos el estado de atraso en que nos encontramos sumergidos y obtengamos una positiva y real mejora para la vida de nuestro pueblo, que nos permita contar, incluso, con seguro para atender este tipo de contingencias, debemos contentarnos y conformarnos con que se mantenga como obligatoria, la asistencia letrada o dirección para intervenir en juicio.

2. LA PROCURACION JUDICIAL EN MATERIA PENAL Y SU CARÁCTER OBLIGATORIO.

Si el...a ejercitar la acción civil, para reclamar intereses privados, se deja a la potestad, voluntad o capricho del actor y la contradicción a criterio del reo, obligándoles únicamente a proveerse de apoderado cuando no intervienen personalmente en los juicios, y a asesoría o dirección letrada al hacerlo directamente, es por la naturaleza de tal acción, puesto que como ya dijimos en la primera parte de este capítulo, su falta de ejercicio únicamente afecta al titular del derecho o interés dañado o puesto en peligro, sin que la sociedad en general sufra ningún perjuicio por ello.

Los derechos a la vida y a la libertad, en cambio, son tan sagrados, que aun cuando la persona se muestre pasiva ante un ataque a tan elevados derechos, el Estado procura salir en su auxilio, regulando la obligación de las personas capacitadas y autorizadas para tal efecto, a fin de que ejerzan la defensoría de oficio cuando se les llame; defensor, que habrá que luchar porque no se le prive o restrinja la libertad, ni mucho menos se le prive de la vida, ya que todavía se conserva en nuestra Constitución Política la pena de muerte en los casos previstos por las leyes militares, durante el estado de guerra internacional: Art. 27, defensor que representa la esperanza de que la justicia impere en nuestro proceso penal, aparte de la obligación que de hacerla efectiva tienen los juzgadores, de allí la especial importancia que tienen los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 24 y el citado 27 de nuestra Carta Magna: ninguna persona puede ser privada al derecho a la vida, a la libertad..., sin ser previamente oída y vencida en juicio, con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa. Toda persona a quien se impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa... Ningún órgano gubernamental, autoridad o funcionario, podrá dictar órdenes de detención o de prisión, sino es de conformidad con la ley y estas órdenes deberán ser siempre escritas.... Corresponde únicamente al Organo Judicial la facultad de imponer penas.... Nadie puede ser juzgado conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate y por los tribunales que previamente haya establecido la ley. Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias en una misma causa. Ningún órgano gubernamental ni autoridad puede avocarse causas pendientes ni abrir juicios fenecidos... Sólo podrá practicarse el registro o la pesquisa de la persona para prevenir o averiguar delitos o faltas. La morada es inviolable... Las leyes no pueden tener efecto retroactivo, salvo en materias de orden público y en materia penal cuando la nueva ley sea favorable al delincuente. La

correspondencia de toda clase es inviolable... Sólo podrá imponerse la pena (FALTA UNA PAGINA).

Dentro del contexto de la moderna rama del Derecho Procesal, el proceso es considerado como una garantía de defensa y con el medio legal de establecer la realidad de los hechos. La persona que está sujeta a un proceso penal, tiene el derecho irrenunciable- elevado a la categoría de derecho constitucional-, de defenderse de los cargos formulados en su contra, para ello, la ley secundaria le garantiza, entre uno de sus derechos, el nombramiento de un defensor "desde el inicio de las diligencias extrajudiciales o de proceso". Así, nuestro Código Procesal Penal, en el art. 46, estatuye lo siguiente:

"Todo imputado será considerado inocente, mientras no declare su culpabilidad por Sentencia ejecutoriada, de conformidad a la ley y mediante juicio público. Asimismo se le deberán asegurar las garantías necesarias para su defensa, haciéndole de manera inmediata y comprensible, por parte del tribunal, o del órgano auxiliar o autoridad que realice la captura, los siguientes derechos – citaremos únicamente el consignado en el ordinal tercero del art. En referencia, por ser el atinente al tema que nos ocupa:

3º A ser asistido en forma inmediata desde inicio de las diligencias extrajudiciales o del proceso, por el defensor que designe el, o sus parientes, y en defecto de este, por un defensor público o por un defensor de oficio".

Congruente con la disposición legal antes citada, el art. 62 dispone en lo pertinente:

"El imputado tendrá el derecho irrenunciable a hacerse asistir y defender por persona que nombre, desde que se encuentre detenido a la orden de un Organó Auxiliar de la Administración de Justicia, o, desde que se inicie el proceso en el tribunal correspondiente.

Si el imputado fuere persona autorizada legalmente para ejercer la defensoría, podrá defenderse personalmente, si así lo pidiere.

Desde el momento que el imputado estuviere en detención, a la orden de un Organó Auxiliar de la Administración de Justicia, si aquel no pudiere, o no quisiere defenderse por sí, no nombrare defensor, o, este por cualquier causa no se apersonare dentro del plazo establecido en el inciso 4º del artículo 64 de este código, el Organó Auxiliar, lo comunicará inmediatamente y por cualquier medio idóneo a la Procuraduría General de la República, para que le asigne un defensor público. Si esto no fuere posible, el instructor de las diligencias, solicitará inmediatamente al Juez de Turno, en nombramiento de un defensor de oficio, quien en el acto procederá a su designación, y el órgano auxiliar procederá en la forma que dispone el inciso cuarto del artículo 64 de este Código.

El defensor del imputado, expresa Claría Olmedo, "es un personaje transcendental en el proceso. No ejerce una función pública, sino una tarea profesional – ejercicio de una profesión literal – al servicio de un interés privado, pero también en beneficio del interés público del proceso".

"El órgano jurisdiccional del estado debe necesariamente proveer a todo cuanto se refiera a la defensa penal del imputado, aún en contra de su voluntad"

"Como todos los principios, garantías y derechos consagrados por la Constitución, la defensa en juicio, puede y debe ser reglamentada por las leyes de procedimiento" 7

La institución del defensor, si bien existe fundamentalmente en beneficio del procesado, también existe en beneficio del interés social de un proceso ordenado y técnico. Al imputado no se le pueden exigir conocimientos técnico jurídicos, y si se exigen, para el Organo jurisdiccional y para el Ministerio Público cuando este es el llamado a ejercer la acción penal, lógico es, que al procesado se le den los medios para proveerse de asistencia técnico-jurídica, a efecto de que pueda postular con eficiencia. De ahí que, en general, el proceso moderno no admita la autodefensa, sino en casos muy excepcionales". 8

El código procesal penal en su artículo 63 establece que puede ejercer el cargo de defensor en procesos penales.

a) Los abogados; b) El Procurador General de la República por si o por medio de defensores públicos. Son defensores públicos quienes intervienen en las diligencias ante los órganos auxiliares de la administración de justicia o en los procesos penales, mediante designación del Procurador General de la República; c) Los estudiantes de derecho y cualquier persona mayor de edad, de reconocida moralidad y conocimientos prácticos en la rama jurídica, cuando sean nombrados por el juez como defensores de oficio.

8/ Herrarte Alberto: Derecho Procesal Penal, pág. 108

Importante es comprender, naturalmente, que el imputado, aún siendo, un criminal torvo, tiene derecho a la defensa, aún en contra de su voluntad manifestada en contrario por estar elevada la defensa en juicio a la categoría de derecho constitucional siendo por lo tanto irrenunciable, por lo que el defensor por su parte, tampoco puede excusarse, so pretexto de lo dispuesto en el artículo 89 Numeral I sin perjuicio de que el artículo 65 inciso 3º Procesal Penal, le permite exonerarse del nombramiento de defensor de oficio, si tiene excusa razonable a juicio prudencial del juez, como sería estar enfermo, tener que ausentarse del lugar, ser pariente de la víctima, etc., pues en los demás casos habrá de hacerse cargo del nombramiento que en el recaiga y en esto se encierra una paradoja: El delincuente que escoge a quien va a agredir, que el mismo lo juzga, condena y ejecuta, sin permitirle ninguna objeción a su acción ilícita e impropia, además de ingrata, exceptuando el caso del legítima defensa se encuentra debidamente protegido sus derechos por el legislador y se le garantiza un juicio imparcial, vale decir, como consigna la ley, que no puede ser condenado sin ser previamente oído y vencido en juicio, con arreglo a derecho al contrario de lo que el hace con sus víctimas.

Es pues, para el imputado, un derecho contar con los servicios de un defensor, cuyo nombramiento a tenor del artículo 64 del Código al que nos estamos refiriendo, al estar detenido, puede pedirlo verbalmente al juez de la causa, lo que se hace constar en acta, o pedir o hacer tal nombramiento mediante solicitud escrita, presentada personalmente, lo que puede hacer al ser llamado al tribunal para la práctica de alguna diligencia, o solicitándoselo al juez al efecto, o con firma legalizada ante notario, por no querer asistir al tribunal o no poder hacerlo.

El mismo artículo acabado de citar faculta al imputado para nombrar su defensor por medio de escritura pública, o mediante escrito autenticado dirigido al juez de la causa. En el primer caso puede ser un poder especial judicial, o un poder general judicial, y en el segundo, un escrito en que se señale claramente a que juez va dirigido, la causa por la que se le procesa y el nombramiento defensor que hace en persona determinada, la que es obvio, habrá de reunir las cualidades necesarias para ejercer la defensoría.

Cuando se trata de un menor de edad detenido o no también podrá nombrarle defensor, el respectivo representante legal por cualquier modo de los apuntados, no privándose por la ley al menor de pedir o solicitar tal nombramiento, por la redacción de esa disposición legal. Continúa estatuyendo el citado artículo, que se tendrá como defensor al apoderado general judicial

que lo solicite, si reúne las cualidades necesarias para ejercer la defensoría, lo que es lógico pues cualquier persona precavida cuenta con los servicios de un apoderado para que atienda sus asuntos en caso de necesidad, dándose vida práctica al mandato, esto es, al encargo particular especial propio del mismo, con las responsabilidades consiguientes, apoderado que habrá de mostrarse como parte en el juicio, adjuntando el poder con que legitima su personería. Agrega este artículo, que el ejercicio de la defensoría requiere la previa aceptación del cargo ante el juez de la causa, sin que tal formalidad, al morirse, sea penado o sancionado con nulidad, pues la ley no lo expresa, y eso tiene explicación pues tal nulidad de existir, dañaría no solo los intereses del imputado que goce de los servicios de un defensor capaz o diligente, sino también los de la justicia en general, por el tiempo que se perdería y porque resultaría falta de toda ética jurídica decirle a un imputado, favorecido con un veredicto absolutorio, que como su defensor no aceptó el cargo se declara nulo todo lo actuado.

Contrario es el caso del reo al que no se le nombra defensor, en que si existe nulidad: Artículo 551 # 5º Pr. Pn.

El Artículo 65 exige que el nombramiento de defensor de oficio recaiga, preferentemente sobre un abogado y por excepción el juez puede nombrar a cualquier otra persona mayor de edad de reconocida moralidad y con conocimientos prácticos del derecho, lo que podría y muchas veces, puede, colocar al imputado en posición de franca indefensión, sobre todo si quien acusa, ya sea la Fiscalía General de la República o un acusador particular goza o tiene gran experiencia y reales conocimientos del derecho; pero ante la necesidad de dotar de defensor, a quien lo necesita, nuestro legislador escogió entre los males el menor, y el problema estriba más que todo, en que muchos procesos, más que en los escritos de las partes o en las frías páginas de la causa, son definidos, por la buena o mala intervención de quien acusa o defiende, en el momento de la vista pública, que por lo general es lo que impresiona a las personas que integran el jurado, que oyen con aburrimiento la lectura de los pasajes, personas a las que por otra parte, no puede exigírseles conocimientos legales, pues juzgan de acuerdo con su conciencia y convicción, ya que la ley no pide a los jurados cuenta de los medios por lo que han llegado a formar su convencimiento; la ley no les prescribe las reglas de las que deben deducir la suficiencia de una prueba; ella les prescribe, interrogarse así mismas en el silencio y el recogimiento y buscar en la sinceridad de su conciencia, que impresión han hecho en su razón, las pruebas producidas en contra y en defensa del acusado. La ley no les dice: Tendréis por verdad tal hecho; ella hace esta sola pregunta que encierra la extensión de sus deberes: “¿Tenéis una íntima convicción?": Art. 363, sin olvidar que en sus oídos quedan resonando las palabras del defensor, que son las últimas que se pronuncian art. 356, de donde se ha visto que delincuentes temibles o autores de graves o bochornosos delitos, son absueltos, y personas involucradas en delitos no graves o con el favor de atenuantes que casi llegan a ser eximentes, son condenadas.

El artículo en referencia en su inciso 2 preceptúa un principio justo que no necesita de comentarios: El juez no debe recargar a ninguna persona al conferirle nombramientos para defender de oficio.

Encontramos al estudiar el art. 65, como atrás hemos dicho al hacer referencia a esta disposición legal, que el cargo de defensor de oficio es de obligatoria aceptación, salvo, la excusa que también apuntamos, de tipo razonable, a juicio prudencial del juez, so pena de incurrir en la responsabilidad que señala el inciso cuarto de este artículo: multa y separación del cargo, artículo que además estatuye que la defensoría de oficio deberá desempeñarse gratuitamente, lo que consideramos que no es una excepción al art. 1877 C., en que la regla es, que el mandatario sea remunerado, pues en lo penal y el caso comentado, no media el convenio o acuerdo entre el imputado y su defensor de oficio, por lo que, únicamente cuando la fortuna del reo lo permite, la ley lo obliga al pago de honorarios, si hay acuerdo sobre este punto como

especifica la última parte de este artículo, según nuestra opinión, la defensoría deja de ser de oficio, para convertirse en una defensoría común y corriente, propia del campo del mandato judicial: cuestión de prueba será establecer el acuerdo sobre el particular, para evitar recurrir a nuestro vetusto Arancel Judicial, que todos los abogados con largos años de ejercicio profesional, siempre critican y exponen que hace tiempo debió haberse sustituido por uno más acorde con la época actual.

Continúa el Código Procesal Penal en su art. 67, en su inc. 3º prescribiendo que los defensores no distingue si son los contratados por el imputado o los que de oficio le nombra el juez, serán responsables por el retardo malicioso o negligente del cargo de la causa, lo que pertinente aclarar: en nuestro Proceso Penal es al juzgador al que corresponde la obligación primaria del imputado del juicio y la consiguiente investigación del delito: práctica de inspecciones, reconocimiento de cadáveres, de lesionados, recepción de declaraciones de imputados, ofendidos y de testigos, etc., para establecer en forma, tanto el cuerpo del delito como la delincuencia; pero el defensor a quien el mandante le proporciona o señala una prueba y no la presenta o incluso, la hace saber al juez, ofreciendo comprobarla y se desatiende de esta obligación de manera negligente, incurren en responsabilidad, así como también por ejemplo, no devolviendo oportunamente un traslado o no sacando los autos al efecto, no faltando, sin justa causa, al momento de la vista pública, etc. pues dejarlo sin ninguna responsabilidad en tales circunstancias, sería propiciar la anarquía en esa materia tan delicada, por los intereses en juego, de cuya importancia ya hemos hablado anteriormente. Cuando el reo lleva su defensa personalmente, por razones obvias, no conviene confiarle los autos para sacarlos fuera del tribunal, tal como dispone el inciso 5º, del artículo en mención, pues perfectamente podría destruirlo y hay pruebas que no pueden reponerse, ya que muchos tribunales no cumplen con la obligación que les impone el art. 710, que es el que sirve de base cuando se destruyen, deterioran o extravían los procesos penales.

Por último y por razones prácticas de economía procesal, cuando concurren varios defensores a favor de un mismo reo, el Art. 68 previene que estos designen de entre ellos un representante común, con el que se entenderán las notificaciones, traslados, etc., que ocurran dentro del proceso, sin que ello prive al resto, de sus derechos como tales, ya que la limitación es expresa para los actos que la ley señala. Si no hay acuerdo o designación de tal representante común, conforme tal artículo, el juez hace la designación en la siguiente audiencia de haber notificado la prevención.

Convenimos, por todo lo expuesto, en que, en principio, al imputado la ley lo deja en libertad de contratar o no los servicios de un defensor; pero hacemos hincapié en que en la fase del plenario, o contradictoria del proceso, tal libertad se encuentra restringida y ante la situación de indiferencia del reo, la ley sale en su auxilio, proporcionándole la persona que debe velar por sus intereses y para que el juicio sea guiado conforme a derecho, si perjuicio de que tal como lo estatuye los artículos 46 y 121 el imputado puede nombrar defensor desde el inicio del proceso, o de que se encuentre a la orden de los órganos auxiliares de la administración de justicia.

Cuando, por el contrario, la persona es la agraviada o dañada por la conducta ilícita de un semejante, la cosa cambia: se conserva por el ofendido el derecho de denunciar, dar aviso o acusar a quien atentó contra su integridad física o moral, sin que se le obligue a intervenir directamente en el proceso, ni mucho menos a declarar en el mismo indicando los Art. 125 y siguientes, como denunciar un delito o dar aviso de el, para que el juez de inicio al proceso e instruya de oficio las diligencias: art. 130; pero advertimos que para acusar, debe hacerse por escrito y salvo los casos expresamente exceptuados en el Art. 50: delitos oficiales que comentan funcionarios o empleados públicos y los que se comentan contra la libertad del sufragio, mediante apoderado que naturalmente debe ser un mandatario legalmente hábil, acusación que debe

revestir las formalidades consiguientes: arts. 55 y 56, con el agregado de los arts. 57 a 60, teniendo presente que el juez no debe admitir ninguna acusación que no llene los requisitos legales, así como tampoco los hechos en que se fundare no constituyan delitos o cuando se considere incompetente, acusación que si el ofendido es abogado puede presentarla al mismo, lo que resulta elemental y estimamos que no hacía falta consignarlo. También hay que dejar claro que para presentar una denuncia o aviso, no se necesita abogado; pero puede hacerse por medio de este, desde luego que la ley no lo prohíbe. Creemos que otra parte, que es necesario indicar que hay ciertos delitos en los cuales el juez no puede dar inicio al proceso, sin que medie acusación o denuncia de la parte ofendida, tales por ejemplo, la difamación o injuria, el estupro, la violación, el rapto y el adulterio: Arts. 188, 213 y 266 pn., sin dejar de especificar o de apuntar que en el caso de la acusación que menciona el art. 50 inc. 2º, el criterio que se presente, debe llevar la firma de abogado, si no la presenta este, lo que tiene importancia, por lo preceptuado en los Arts. 460 y siguientes, respecto de la acusación o denuncia calumniosa y en el Art. 478, los dos del Pn., este último respecto del patrocinio infiel, aplicable no solo en el campo penal, sino en cualquier otro tipo de proceso, esto es, que el abogado, procurador, defensor y mandatario judicial en general, que defendiere o representare partes contrarias en el mismo asunto, simultánea o sucesivamente, lo que desgraciadamente aún se da en estos tiempos, como hemos dicho en otra parte de nuestro trabajo, en los casos de dirección y no de intervención directa del abogado, pues en este último caso implicaría demasiado descuido o ignorancia inexcusable que es lógico que hay que castigar.

Así pues, por lo que dejamos reseñado y recalcamos para que se tenga bien presente, en nuestro proceso penal, para denunciar o dar aviso de un delito, que sea perseguible de oficio, no hace falta de mandatario judicial y de firma de abogado. Para acusar, en cambio, es indispensable la intervención del abogado, excepto, repetimos, en los delitos que ya mencionamos y que consigna el art. 50 Pr., en que hasta la firma de este en el escrito, porque el acusador tiene obligación de comprobar el delito, de mostrarse parte en el proceso y aunque desista, este se continúa de oficio.

Así pues, por lo que dejamos reseñado y recalcamos para que se tenga bien presente, en nuestro proceso penal, para denunciar o dar aviso de un delito, que sea perseguible de oficio, no hace falta de mandatario judicial y de firma de abogado. Para acusar, en cambio, es indispensable la intervención del abogado, excepto, repetimos, en los delitos que ya mencionamos y que consigna el Art. 50 Pr. Pn., en que basta la firma de este en el escrito, porque el acusador tiene obligación de comprobar el delito, de mostrarse parte en el proceso y aunque desista, este se continúa de oficio.

3. LA PROCURACION JUDICIAL EN MATERIA LABORAL:

3.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.

En la Constitución Política de 1950 de los artículos 182 a 196, se reguló lo relativo al trabajo y a la seguridad social. Se estipuló en el Art. 182 que el trabajo es una función social, que goza de la protección del Estado y que no se considera artículo de comercio. El Estado empleará todos los recursos que estén a su alcance para proporcionar ocupación al trabajador, manual o intelectual, para asegurar a el y a su familia, las condiciones económicas de una existencia digna. Se dictarán las disposiciones convenientes para evitar y reprimir la vagancia. El Art. 183 estableció que el trabajo estará regulado por un Código de Trabajo, que tendrá por objeto principal armonizar las relaciones entre el Capital y el Trabajo y estará fundado en principios generales que tiendan al mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, dictando o enumerando esos principios respecto a las remuneraciones o salarios, la forma de pago de estos, la inembargabilidad de los instrumentos de labor de los trabajadores, la duración de la jornada de trabajo diaria y semanal,

el descanso remunerado a que tiene derecho todo trabajador semanalmente y en los días de asueto, vacaciones, otras prestaciones, las condiciones que deban reunir los talleres, fábricas y locales de trabajo, etc.

A partir de allí, sin embargo, la legislación laboral se mantuvo desordenada y dispersa en varias leyes, que dificultaban su estudio, análisis, correcta y uniforme aplicación y no obstante que en el Art. 81 de esa Constitución quedó establecido que el Poder Judicial correspondía la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia laboral, fue hasta fines de mil novecientos sesenta, que se crearon los primeros Juzgados de lo Laboral en el país, específicos en San Salvador, Santa Ana y San Miguel, y como de Primera Instancia, es decir, anexos en su competencia, a los demás juzgados de la república, decretándose el primer Código de Trabajo, a principios del año de mil novecientos sesenta y tres, pese a que se había promulgado la Constitución de mil novecientos sesenta y dos, que en sus Arts. 81 y 185 a 195, repetía casi exactamente los mismos principios consagrados en la Constitución de mil novecientos cincuenta.

Los principios de los Arts. 81 de las Constituciones Políticas que hemos mencionado, figuran en la actual Constitución de 1983, en el Art. 172, con la única diferencia de que en vez de Poder, ahora se denomina Organo Judicial y la relacionada con el trabajo y la seguridad social, aparece en los Arts. 37 al 52, casi en forma idéntica a la que tenía en las dos Constituciones expresadas, por lo que podemos decir o afirmar que la jurisdicción del trabajo dependiente del poder u Organo Judicial, no es de raigambre antigua entre nosotros, puesto que antes de la creación de los primeros Juzgados de lo Laboral que relatamos, los asuntos se discutían y resolvían en las Delegaciones del Ministerio del Trabajo, o sea que allí se litigaba esta materia tan importante y delicada, estimando nosotros que al pasar a conocimiento exclusivo de los Juzgados de lo Laboral esa cuestión, se dio un gran paso para resolver en forma más eficiente las diferencias o conflictos entre el capital y el trabajo o sea entre patronos y trabajadores, ya que en otros países “la jurisdicción laboral se había establecido con anterioridad a impulsos de la necesidad de sustraer el conocimiento de los tribunales comunes, las cuestiones planteadas en el orden jurídico como consecuencia de las relaciones de trabajo, que no podían ser adecuadamente resueltas, ni con la urgencia que requieren, en el procedimiento de la jurisdicción ordinaria”, no digamos entre nosotros que, como repetimos, esas cuestiones se decidían por el Organo Ejecutivo.

3.2 OBJETO O FINALIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Nuestro actual Código de Trabajo, que data del 31 de julio de 1972, en su Art. 1º, dispone que dicho Código tiene por objeto principal armonizar las relaciones entre el Capital y el Trabajo y se funda en principios que tienen al mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, especialmente en los establecidos en el Capítulo II del Título XI de la Constitución Política, estipulando en el Art. 2 que las disposiciones de ese Código regulan: a) las relaciones, y b) las relaciones de trabajo entre el Estado, los Municipales, las Instituciones Autónomas y Semiautónomas y sus trabajadores, explicándose en que casos no se aplica dicho Código, para asegurar la correcta aplicación del mismo, aclarando que el vocablo genérico “trabajador” comprende los de “empleado” y “obrero”.

3.3 CONFLICTOS QUE PUEDEN PRESENTARSE.

Conforme nuestro Código de Trabajo pueden suscitarse conflictos de carácter individual y de carácter colectivo, encontrándose los procedimientos para los conflictos individuales, de los Arts. 378 en adelante y el procedimiento para los conflictos económicos o de intereses, de los Arts. 480 y siguientes y 488 y siguientes. “En realidad no se puede hablar de un proceso laboral, sin de procesos laborales. En abstracto, el proceso es la institución procesal mediante la cual se leva a efecto de aplicación jurisdiccional del derecho de trabajo, que

en la práctica se descompone de varios procesos, determinados por las exigencias propias de su objeto específicos". (); así, nos encontramos en nuestra justicia laboral con los litigios que resuelven los despidos injustificados, los reclamos por riesgos profesionales y otras prestaciones laborales; los conflictos colectivos, como la huelga y el paro, que, recalamos, son de la competencia del Organismo Judicial, variando los procedimientos en los trámites de unos y otros.

3.4 JURISDICCION CONTENCIOSA.

De acuerdo con el Código en comento, hay que entender que siempre que exista disputa entre el trabajador y el patrono, no resuelta de manera amistosa, que de lugar al planteamiento de una demanda judicial, nos encontramos en presencia de este tipo de jurisdicción, en la que se presentan dos fases o etapas: la conciliatoria y la contenciosa propiamente dicha y ambas dependen en cuanto a su conocimiento, reiteramos, a los tribunales laborales y el Código de Trabajo es prolijo en la regulación del derecho individual de trabajo y del derecho colectivo y consecuentemente de los procedimientos para la sustanciación y definición de uno y otro, que no detallamos, pues más que todo nos interesa lo que dice o tiene relación concreta con el tema de nuestro estudio, es decir con la procuración judicial en la materia laboral, de la que hablaremos más adelante.

3.5 JURISDICCION VOLUNTARIA.

Hay asuntos laborales en que no surge ninguna disputa entre patronos y trabajadores y que, sin embargo, hay que cumplirlos y resolverlos tal como lo ordena el Código de Trabajo, como lo concerniente al Registro de Sindicatos y otras cuestiones similares: el depósito de los contratos colectivos de trabajo: Art. 278, en los que, naturalmente, no existe ninguna contención, al igual, también, por ejemplo en la elaboración de los reglamentos internos de trabajo, cuando sea obligatorio el mismo para los patronos: Art. 202 y siguientes; los estatutos que deben tener obligatoriamente las asociaciones de patronos y trabajadores privados y otras instituciones: Art. 204 y siguientes y 217 y siguientes la personalidad que deben obtener los sindicatos constituidos: Art. 219 y siguientes.

3.6 QUIENES PUEDEN INTERVENIR POR SI EN MATERIA LABORAL.

El Código de Trabajo después de establecer en el Art. 369 que corresponde a los jueces de lo Laboral y a los demás jueces con jurisdicción en materia de trabajo, conocer en Primera Instancia de las acciones, excepciones y recursos que se ejerciten en juicios o conflictos individuales y en los conflictos colectivos de trabajo de carácter jurídico, que se susciten con base en leyes, decretos, contratos y reglamentos de trabajo y demás normas de carácter laboral y de estipular que en Segunda Instancia, conocerán las Cámaras de lo Laboral y en los Arts. 586 y siguientes, que el recurso de Casación es del conocimiento de la Sala de lo Civil y de lo Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estatuye en el Art. 374, que toda persona mayor de dieciocho años puede comparecer en juicios laborales, por si o por medio de otra que lo represente, agregando el Art. 375, que pueden comparecer por otro: a) los representantes legales y los curadores especiales, en los casos permitidos por la ley; b) los representantes judiciales y extrajudiciales de las sociedades y asociaciones; c) los representantes judiciales y extrajudiciales de un sindicato, cuando este deba representar a sus miembros en el ejercicio de los derechos que emanan de los contratos individuales de trabajo; d) los abogados en ejercicio y los procuradores judiciales; e) los estudiantes de Jurisprudencia y Ciencias Sociales que hayan aprobado totalmente las asignaturas de legislación laboral --- ha de entenderse Código de Trabajo ---. Esta facultad durará tres años contados a partir de la fecha en que se aprobaron las asignaturas dichas. Tal circunstancia se establecerá con la certificación respectiva, y f) el Procurador General de

Pobres --- ha de entenderse el Procurador General de la República ---, o sus Delegados, en representación de los trabajadores, en los casos permitidos por la Ley Orgánica del Ministerio Público. Este artículo solo merece especial del Ministerio Público. Este artículo solo merece especial comentario en cuanto se refiere a los Procuradores judiciales, que como ya expresábamos en otra parte de nuestro estudio, han desaparecido de nuestro medio, desprendiéndose del mismo que en el proceso laboral, a diferencia del civil, el trabajador, siempre que tenga más de dieciocho años, puede comparecer por sí, directamente, o por medio de otro que el designe voluntariamente, el que habrá de reunir las facultades para procurar.

3.7 QUIENES NO PUEDEN INTERVENIR POR SÍ EN MATERIA LABORAL.

El trabajador mayor de doce años de edad y menor de dieciocho, debe comparecer en juicio por medio de su representante legal o por medio del Procurador General de Pobres --- ahora Procurador General de la República--- Este último estará obligado a representarlo personalmente o por medio de sus Delegados, con el solo requerimiento del menor o de cualquiera otra persona. La nulidad que consiste en haber comparecido el menor por sí, no podrá convalidarse y deberá declararse a pedimento de parte o de oficio, en cualquiera de las instancias, a menos que requerido su representante legal o el Procurador General de la República, ratifiquen lo actuado dentro de tercero día, contado a partir del día siguiente al de la notificación respectiva: Art. 376

3.8 QUIENES PUEDEN INTERVENIR POR OTRO EN MATERIA LABORAL Y FORMAS DE CONSTITUIR O NOMBRAR PROCURADOR.

El Art. 377 prescribe que las partes o sus representantes podrán designar uno o más apoderados por escritura pública o en acta que se levantará ante el Juez de la causa, firmada por el, su secretario, el poderdante y otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiere firmar y el o los mandatarios nombrar, todo pena de nulidad. También podrán nombrarse a sus mandatarios por escrito presentado personalmente al juez o secretario del tribunal o por escrito autenticado. En estos casos el nominado deberá aceptar el cargo ante el funcionario respectivo y podrá sustituir el poder siempre que no se lo hubiere prohibido el mandante, disposiciones que dejan en claro que en lo laboral, el nombramiento de abogado o procurador y entendemos por esto a los que pueden intervenir en esta clase de procesos, que la ley ha enumerado en el Art. 375, transcrito atrás, es eminentemente potestativo para el demandante o demandado, que se encuentra en presencia de una disputa judicial, puesto que aún en el caso de los menores de dieciocho años y mayores de doce, pueden comparecer por medio de su representante legal, que no necesita obligatoriamente de procurador o abogado, y puede, si lo desea solicitar el auxilio de abogado, estudiante autorizado o del Procurador General de la República, con la sanción de nulidad que establece el Art. 376, que ya mencionamos al comentar quienes no pueden procurar en materia laboral, estimando que ahora que se está revisando toda nuestra legislación para ponerla acorde con lo ordenado por nuestra Constitución Política y dado que no hay ninguna prohibición sobre el particular, bien valdría la pena pensar en establecer en el proceso civil, al igual que en lo laboral, como obligatoria, la conciliación, pues de lograrse esta, al avenirse las partes, el conflicto encuentra rápida solución, que redunda en evidente beneficio de la pronta y eficaz administración de justicia.

3.9 DISPOSICIONES GENERALES.

De conformidad al Art. 450, en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia, las partes podrán darlo por terminado mediante arreglo conciliatorio extrajudicial, llevado a cabo ante un conciliador reconocido por la ley y comunicado al Juez de la causa, conciliadores que como no sea en los conflictos colectivos, en que pueden tener efecto el arbitraje: Arts. 500 y siguientes, en los conflictos individuales prácticamente no operan y son las

partes las que tienen que ponerse de acuerdo, presentando al Juez de la causa el escrito de desistimiento, que a diferencia del proceso civil: Art. 465 Pr., en lo laboral no necesita de aceptación de la contraparte: Art. 603, que en los juicios y conflictos colectivos de trabajo, no habrá traslado, el actor no estará obligado a rendir fianza y solo habrá costas en la ejecución de las sentencias, de los arreglos conciliatorios y de la transacción, a diferencia de lo que disponen los Arts. 18, 439, 525, 1002, y siguientes del Pr., que cualquiera que sea el valor de la cosa que se litiga o demande, se admitirá siempre prueba de testigos, lo que en asuntos civiles encuentra limitación en los Arts. 1579 y 1580 C.; que en lo laboral no tiene aplicación lo dispuesto en el Art. 141 Pr. y que, entre otras cuestiones importantes, conforme el Art. 382, interpuesta la demanda, el proceso será impulsado de oficio, lo que no ocurre en el procedimiento civil: Art. 1299 Pr.; que en lo laboral existe la prescripción corta para las reclamaciones de las prestaciones; Arts. 610 y siguientes, que deben tenerse bien presente, pues es lo civil, tal prescripción goza de un amplio lapso: Arts. 2231 y 2253 y siguientes C.

Finalizamos esta parte de nuestro trabajo apuntando que siendo el trabajador salvadoreño un elemento por lo general desposeído o de escasos recursos, el contrato de mandato propiamente dicho, que se celebra con el para el reclamo de sus prestaciones laborales, casi siempre se efectúa como de cuota litis o de participación de lo que se obtenga de los resultados del proceso, si este, lógicamente, es favorable, con lo que para el mandatario, tal contrato deviene en aleatorio, por la contingencia incierta del resultado del pleito; pero lo anterior no significa que no puedan pactarse honorarios, sobre todo al representar a la parte patronal, con la que también puede estipularse como cláusula adicional, la de la cuota litis, aparte todo de lo que ya dijimos al hablar del mandato judicial civil, de que el documento de la representación o poder para litigar en lo laboral, debe firmarse o constituirse por separado, de acuerdo con el Art. 377 que ya transcribimos en otra parte de estas páginas, pues parece que el Arancel Judicial no regula lo relativo a los honorarios, cuando surge la disputa en el pago o cobro de los mismos, expresando, por último, que en los juicios y conflictos de trabajo se aplicarán, en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de éstos, las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, que no contraríen el texto y los principios procesales del Código de Trabajo: Art. 602, como peritajes, prueba de posiciones, confesión directa, examen de testigos, etc., con las salvedades que señalan los Arts. 399 y siguientes en lo relativo a los elementos probatorios en general, destacándose lo que dispone el Art. 410, de que se prohíbe interrogar a los testigos leyéndoles las preguntas formuladas en el cuestionario presentado al efecto y otras, que los procuradores no deben olvidar en este tipo de proceso, que naturalmente no detallaremos, pues ello implicaría un comentario especial del Código de Trabajo, que se sale de los límites de nuestra modesta tesis.

4. LA PROCURACION EN MATERIAS ADMINISTRATIVAS

Hemos de comprender en esta parte de nuestra exposición todo aquello que no sea competencia del Organismo Judicial, es decir que tenga que ventilarse ante dependencias del Organismo Ejecutivo o Autónomas, exceptuando, naturalmente lo que compete al Organismo Legislativo, en donde no hay cuestiones que litigar, Organismo en el cual, lo adelantamos, rige el principio del Art. 18 de nuestra Constitución Política, vale decir que todo ciudadano puede dirigirse al mismo y a que se le resuelva lo pedido y haga saberlo resuelto, pudiendo, si le es posible, sin que esto constituya ninguna obligación hacer sus peticiones por medio de abogado. Haremos también una breve relación al Ministerio Público y a lo que regula la Ley de Procedimientos Constitucionales, aunque esto se sale técnicamente del título de estas líneas, por considerarlo de importancia.

En la Ley del Impuesto sobre la Renta, que admite recursos de rectificación, queja, de hecho y de apelación de sus resoluciones, no se encuentra ninguna disposición específica que regule la intervención del procurador o mandatario judicial o que haga necesaria su comparecencia directa a dando su firma, o

dirección, por lo menos. Apenas hay una tímida relación a aplicar las reglas del derecho común, en el Art. 72, en la tramitación del recurso de hecho: cuando se deniega la admisión de una apelación y hasta ahí y, sin embargo tenemos conocimiento que desde hace muchos años, en esa materia, en la Dirección General de Contribuciones Directas, no se deja intervenir como mandatario, a quien no sea abogado, es decir, procurador autorizado en forma; pero sin que el propio contribuyente tenga obligación de buscarlo, ya que puede hacer sus peticiones en forma personal, contando con el auxilio y s lo general, de un contador que conozca la cuestión discutida, pensando que le sale más barato, sin que este pueda intervenir directamente como mandatario, como se permitió indebidamente en tiempos pasados.

Luego, en la antigua Ley de Vialidad y en la nueva Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, tampoco aparece regulada la procuración: la antigua Ley de Vialidad, en su Art. 12, se remitía, en los procedimientos, a la Ley del Impuesto sobre la Renta, y la última Ley que citamos, sobre el Patrimonio, calla el punto. Merecen estas leyes, igual comentario que la primeramente relacionada. Lo mismo sucede con las Leyes del Impuesto de Alcabala, ahora del Impuesto sobre Transferencia de Bienes Raíces, Ley de Gravamen de las Sucesiones y ley de Impuesto sobre las Donaciones, siempre de la competencia por ser impuestos directos, de la mencionada Dirección General. Significa todo lo anterior, que el Legislador se ha quedado corto en materias tan importantes como las apuntadas y que ha sido gracias al criterio imperante desde hace tiempo, como anotamos atrás, que se exige procurador en forma, cuando el contribuyente no hace el reclamo por si, personal y directamente. Creemos que hoy que es está revisando la legislación secundaria, debería incluirse en tales leyes, como obligatoria, la intervención del abogado o por lo menos su dirección, pues por sabido debería callarse, que quien tributa, es porque algo tiene.

En las Leyes de Titulación de Precios Urbanos, que reglan la obtención de títulos para predios de esa naturaleza y en la Ley Agraria, no la famosa Ley Básica de la Reforma Agraria, derogada tácitamente por el Art. 105 de la Constitución Política --- que regla entre cosas, lo relacionado con la titulación de terrenos rústicos que pertenecieron a los antiguos ejidos, tampoco encontramos disposiciones específicas sobre la intervención de abogado o procurador; sin embargo, según tenemos conocimiento, en las Alcaldías Municipales del país, que es donde se tramitan esas titulaciones, se exige la firma de abogado director, lo que ya es beneficioso para nuestro gremio, sin perjuicio de que con la intervención de un letrado, los títulos habrán de llenar en mejor forma los requisitos legales, para no tropezar con ningún obstáculo en los Registros de la Propiedad Raíz correspondientes. Tales títulos se consideran como de dominio a diferencia de los títulos supletorios, que se estiman como de posesión; pero en realidad, no hay ninguna distinción fundamental entre unos y otros, pues excepto en los títulos de predios urbanos, en los otros dos siempre se presenta prueba de posesión, de tipo testimonial.

Si acaso se pretendiera unificar las titulaciones y dejarlas como de competencia exclusiva del Organo Judicial, sería, aparte de recargar el trabajo de los tribunales, entre un factor que habría que tomar en cuenta, el procedimiento a seguir, pues tal como aparece en la titulación supletoria, lo creemos dispendioso y el hecho de exigir tres testigos que sean vecinos del lugar donde está el predio objeto de la titulación y que sean propietarios de inmuebles, lo que se les exige comprobar con instrumentos inscritos, dificulta su presentación, sin olvidar que muchos testigos, exhiben en el tribunal, documentos a nombre de ellos, pero de propiedades que ya han traspasado, o sea que solo muestran los antecedentes y tal requisito de ser propietario de bienes raíces y de ser vecinos del lugar nos parece excesivo, desde luego que, alguien que no sea dueño del inmueble cercano, pero que viva ahí como arrendatario o como colono o que visite con frecuencia el sitio, puede dar suficiente fe de los hechos posesorios, lo que creemos debe tomarse en cuenta, aparte de que en la actualidad, para todos los títulos se exige la ficha

catastral del Instituto Geográfico Nacional, que comprueba esas propiedades carecen de antecedentes inscrito.

En la ley de Extranjería, para la obtención de la naturalización por parte de ciudadanos extranjeros que opten a ella, no se encuentran disposiciones específicas sobre el punto objeto de nuestro estudio, por lo que consideramos impostergable que de una vez por todas se establezca en el Código de Procedimientos Civiles, que los que pueden representar a otros en juicios o diligencias, del tipo que fueren, tienen que ser necesariamente abogados de la república y que cuando se gestione directamente por el interesado, este debe constar con la firma de abogado director, lo que no debe extrañar ni sorprender, puesto que para constituir una casa en los organismos correspondientes, para los permisos exigen firma de ingeniero o arquitecto; para dirigir una farmacia, la firma de un farmacéutico, etc.

Las anteriores, son nuestro juicio, las principales leyes administrativas. Quedarían las leyes del Seguro Social, del Instituto Salvadoreño de Transformación Agraria, y otras que, por desgracia, tampoco regulan la procuración y suponemos que en esas dependencias, en donde existen Abogados, se respetan las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles sobre la procuración; pero no nos consta, ni tenemos noticias fidedignas sobre ello.

En la Ley Orgánica del Ministerio Público, aún con vida para la Procuraduría General de la República y en la nueva Ley que norma las atribuciones de la Fiscalía General de la República, no se permite la gestión de abogado o procurador: el único derecho que tiene la persona citada por el Ministerio Público, es de hacerse acompañar de su apoderado o abogado, sin especificar que función juega o desempeña este; se expresa que la de simple asesor o consultor; pero ante un interrogatorio: Podrán el citado pedir que le dejen platicar por aparte con su abogado o apoderado, para responder o el abogado podrá intervenir objetando la pregunta? La Ley no dice nada y nos parece penosa la intervención del profesional en semejantes circunstancias. A lo más, el cliente no se siente solo y abandonado; pero eso no basta. Debería clarificarse el punto y pensarse en una disposición parecida a la que contiene el inciso segundo del Art. 12 de la Constitución, a pesar de que el caso no es igual; pero ante una actuación de la Fiscalía General de la República, o como consecuencia de ella, podría ordenarse la detención de una persona y pasar las diligencias al tribunal judicial competente.

Por último, en nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales, en que se regulan los recursos de amparo, y de exhibición de la persona y de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en los Arts. 78 y siguientes, se silencia la cuestión objeto de nuestro estudio y aquí, por lo delicado de los asuntos a plantearse discutirse, si estamos de acuerdo en que no se exija la intervención de procurador y que se deje como una potestad o derecho del interesado, por la urgencia e importancia imperiosa que tienen muchos de esos asuntos y porque también en muchos de esos casos, quienes plantean recurso de amparo o solicitan una exhibición personal, son personas de escasos recursos. Valdría la pena, tal vez, para el recurso de inconstitucionalidad, exigir, para el mejor planteamiento del mismo, la intervención obligatoria de abogado, sin perjuicio de modificar el trámite de este por dispendioso y dejar establecido bien claro, como cuestión práctica, que la sentencia, como en todo cuerpo colegiado, para que se pronuncie válidamente, necesita únicamente de la mayoría simple de los magistrados de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pues tal como está ahora y con los votos que sean vuelto famosos para no reformar la ley en ese sentido, muchos de esos recursos se convierten en pura retórica y vuelven nugatoria la verdadera intención que se tuvo al crearlos.

CAPITULO III

DEL PROCURADOR

1. GENERALIDADES SOBRE LA ABOGACIA.

“Es evidente que toda persona tiene ciertos derechos, como el de transitar, de casarse, de trabajar, pero no todos conocen con precisión cuales son estos derechos, su verdadero alcance y limitaciones, como debe hacerse en ciertos casos para ejercerlos, cual es la manera más eficaz defenderlos cuando son violados, etc. y esta es precisamente la tarea de los abogados. Los mismos cabría decir de los deberes de las personas en sociedad, tales por ejemplo, el deber de educar y mantener a los hijos menores de edad, el deber de prestar alimentos a ciertos parientes cuando lo necesitan, etc. Es el caso, que del respeto de los derechos de las personas y del puntual cumplimiento de los deberes, depende en gran parte la paz social y la justicia, todo lo cual permite comprender la necesidad de los abogados y la gran importancia de su misión”.¹

^{1/} Introducción al Derecho. Abelardo Torr . Séptima Edición, Página 12.

Es pues, de gran trascendencia la profesión del abogado. Sus  rdenes se remontan a la antigüedad y nos parece que “La abogacía no es una consagración académica, sino una consagración profesional. Nuestro título universitario no es de abogado, sino de Licenciado o de Doctor en derecho, Ciencias Jurídicas o Jurisprudencia y Ciencias Sociales, que autoriza para ejercer la profesión de abogado. Basta pues, leerle, para saber que quien no dedique su vida a dar consejos jurídicos y a pedir justicia en los tribunales, será todo lo licenciado o doctor que quiera, pero abogado, no”. ²

En nuestras facultades de Derecho, sentimos que se insiste demasiado en la preparación teórica de los estudiantes con aspiraciones de obtener una licenciatura o un doctorado, descuidándose la partida práctica, por lo que la mayoría de los egresados experimentamos temor de entrar al ejercicio profesional propiamente dicho, por la variedad de procesos judiciales y administrativos con que habremos de enfrentarnos, sin perjuicio de la variedad de consultas que habremos de evacuar en nuestros estudios o bufetes, por lo que creemos necesario que se implanten en nuestras facultades, verdaderos laboratorios de práctica forense, en sus distintos campos y manifestaciones, para que el profesional, a la hora de comenzar el ejercicio de su noble misión, sepa conducirse y desempeñarse con más seguridad y acierto, para satisfacción propia y de la sociedad en general, pues la práctica judicial no cumple su cometido, ya que muchos jueces toleran y consienten en que el estudiante solo se anote en el libro de practicantes y se asome por los tribunales, sin confiarle ni exigirle ningún trabajo y en esto, hay que decirlo, tienen mucho que ver los estudiantes que trabajan como colaboradores o auxiliares, ya que, celosos de sus puestos, suponen o ven en el practicante, un rival que anda pretendiendo quitarles el cargo, que por ley y para que todos los estudiantes gocen de una verdadera y útil práctica, debería tener una duración máxima de uno o dos años, evitándose la creación de fósiles.

2. CONCEPTO DE ABOGADO.

“El concepto común y propio de la abogacía es tan expresivo y claro que apenas si es necesaria una definición del abogado. El papel de un abogado es exponer ante el Juez competente su deseo o la demanda de un amigo, o bien combatir la pretensión de otros. Para Merlin la profesión del abogado es la del sabio versado en el conocimiento de la Ley” ³

^{2/} El Alma de la Toga. Angel Osorio. Octava Edición: Páginas 4 y 5

^{3/} La Abogacía. Rafael Bielsa. Tercera Edición, Pág. 25

Abogado, de acuerdo con el diccionario de Don Joaquín , viene del adjetivo latino ad-vocatus, aovare, que significa llamado, porque los romanos acostumbraban llamar en los asuntos difíciles o en los negocios que pedían conocimiento de las leyes, para que los auxiliasen, o acudiesen en su socorro,

las personas que tenían el conocimiento profundo del derecho o hacían un estudio particular del mismo. Para Cabanellas de Torres, abogado es el que con título legítimo, ejerce la abogacía o el que con título legal se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los intereses o causas de los litigantes.

3. CONCEPTO DE JURISTA.

“El jurista es el profesional que está al servicio de la conciencia del derecho que el cultiva con un ideal, que es el del triunfo de la justicia; el abogado se dice que está al servicio de la defensa del derecho de aquel a quien patrocina, por lo que el jurista y el abogado actúan en terrenos y en momentos algo distintos. El jurista actúa en la forma de consulta y dictamen en la obra, en la cátedra, etc.. El abogado actúa en el tribunal y en su bufete o estudio, arreglando cuestiones extrajudicialmente. Con todo, la división de actividades no es absoluta, por que el jurista suele defender y patrocinar y a su vez, el abogado puede dar dictámenes y constituir soluciones jurídicas, como lo haría el mejor dogmático con un fin desinteresado; pero no es el dominio natural de su actividad y de su función. Luego se dice o agrega que la edad también influye en la diferenciación, porque el jurista es un hombre ya maduro, cargado de reflexiones no sólo sobre la ciencia del derecho, sino también sobre cuestiones sociales, políticas, económicas y de otra índole o sea que es un hombre de experiencia general. El abogado es un entusiasta, activo, diligente; es como ejecutor de planes que recibe del jurista, aunque a veces también el los construye. Es el hombre que persigue el éxito directo e inmediato y al hacerlo está realmente en su papel principal. 4.

4. EL PROCURADOR: IDEAS GENERALES

Nuestra legislación procesal no contiene un concepto de procurador, no obstante, de conformidad con el Art. 98 Pr., ha de entenderse que es todo aquel que puede comparecer en juicio por derecho propio o en representación de otra persona, velando por sus intereses, de tal forma que la procuración encierra la idea de la representatividad, integrándola noción de la abogacía en general, por lo menos en nuestro medio, como hemos expuesto en otra parte de nuestro trabajo, porque aquí no existen los abogados que cuenten con el auxilio o ayuda de un procurador ya que esta especie, según dejáramos expuesto en el transcurso de nuestra exposición, ha quedado extinguida. Realmente en El Salvador, no hay diferencia entre el abogado y el procurador y prácticamente se confunden en uno solo y apenas si encontramos un trato distinto para ellos, en nuestro vetusto Arancel Judicial, pues son unos los honorarios del abogado director de un juicio o pleito y otros los de un procurador, esto es lo que corresponde al abogado que litiga directamente, ya sea atendiendo intereses propios o de un tercero, reiterando ahora la crítica que hicimos a propósito de los abogados directores, por los problemas que en la práctica originan las conductas impropias de algunos de ellos.

4.1 PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR LA CONDUCTA DEL ABOGADO O PROCURADOR.

Extractamos, en las líneas que siguen, párrafos de la preciosa obra “La Abogacía”, ya citada, de Rafael Bielsa, por considerarlos valiosos: Siempre ha sido signo distintivo de la abogacía, la vocación –auténtica, por el estudio, la hidalguía en la conducta profesional, el sentimiento de la justicia, una gran dosis de ética o moral y la defensa en la libertad, sin la cual la vida de los pueblos no sería posible, destacando nosotros la parte ética o moral, de obligatoria e imprescindible enseñanza, porque, según el autor, el atributo esencial del abogado, es su moral: es la esencia de la profesión. La abogacía es un sacerdocio; la nombradía del abogado se mide por su talento y por su moral. La creencia generalizada de que los buenos abogados son los listos o pillos, es infortunada y falsa. Santo Tomás, juzgaba que el abogado debe reunir estas cualidades básicas: la ciencia, la diligencia en sus asuntos, la caridad para los litigantes y su generosidad.

En todas partes, continúa manifestándose el ilustre tratadista, hay cierta predilección por los abogados “vivos” y tal preferencia existe, sobre todo, en ese elemento sin arraigo ni previsión, en una buena parte del comercio y en la gente de mal vivir, de fortuna variable; es el abogado preparador de concordatos, el defensor de las organizaciones de rufianes o de explotadores del vicio. El impaciente, expresa, que acepta una causa infame, que intenta un saqueo, que patrocina al autor de un crimen horrendo en forma voluntaria y no de oficio, para solo lograr notoriedad bien triste al fin, se traiciona así mismo. Puede ello ser índice de audacia o inconsciencia, o de maldad o amoralidad. Por fortuna, señala, esta son excepción; ni aún el abogado hábil o de talento, logra ascendente o estimación cuando a fuerza de habilidad hace ver lo blanco, negro, pues como dice, don Angel Osorio, en El Alma de la Toga---- cita de nuestro guía---, “la abogacía no se cimenta en la lucidez del ingenio, sino en la rectitud de la conciencia”.

Expresa el gran maestro, que la elección de una carrera rara vez define por una vocación. El aspirante de abogado, según el, debe tener gran amor al estudio, sentido de la justicia, inteligencia, facultad de abstracción, de generalización; pero lo más necesario, agrega, es inteligencia y carácter y sobre todo una verdadera y auténtica vocación, sin la cual prácticamente se va al fracaso, es decir que el abogado empieza a formarse, el día que elige su carrera conscientemente, cuando estudia para conocer, no solo para responder en sus exámenes; cuando corona sus estudios con una tesis aceptable y digna, y así, en forma sucesiva cuando ya coronada su carrera, en sus primeros pleitos, examina el caso en todos sus aspectos, no olvidando que un traspies inicial lo desmoraliza más a el que a su propio cliente. Con todo, apunta, aún los errores inevitables le harán ganar en experiencia y moderación.

En la causa objeto de la consulta, indica el tratadista, el abogado debe ser parco, informarse bien del caso, de sus antecedentes y luego estudiarlo: jurisprudencia, doctrina y leyes aplicables, que naturalmente, deben verse primero. Plantear el caso a un colega inteligente y de más experiencia, también es aconsejable, dice, para discurrir y discutir, pues es de gran beneficio y cuando el abogado es consultado, según Saldaña, que el cita --- “El Alma de la Toga”, de Osorio-, contrapone, por su función social, el abogado que simboliza el pleito, la litis, al jurisconsulto que quiere la avenencia, la transacción. De suerte que según este último autor, el abogado fomenta los litigios y el jurisconsulto la paz, mediante el consejo o el dictamen luminoso, objetivo, documentado e imparcial; pero entre nosotros que no contamos con verdaderos jurisconsultos, salvadas las honrosas excepciones, es el abogado en ejercicio el que tiene vérselas con los pleitos o juicios que le encomienda su clientelas y con las consultas que estas le hacen, siendo más difícil, al parecer, el ejercicio de los abogados de provincia, pues entre ellos es rara la especialización, que permite ahondar más sobre determinado tema o asunto.

Calamandrei, citado por Bielsa, al señalar las fallas de la abogacía, recuerda una expresión popular muy significativa para caracterizar a los abogados que no aconsejan pleitos, sino que alimentan los que tienen o el que tienen; de ahí es la frase del lenguaje forense italiano: “mientras dure, produce”, lo que explica la conducta de ciertos profesionales sin escrúpulos.

Creemos conveniente destacar, tal como lo hace ver el maestro Bielsa, que el abogado desempeña un sinnúmero de importantes funciones, como por ejemplo la de conjuer, es decir del abogado juez eventual es suplencia del magistrado titular, función que no debe verse como una carga, sino más bien como una distinción y que es deber de todo abogado, como el señala, mantener el secreto profesional, tanto en el aspecto público o de intervención en los procesos propiamente dichos, como en lo privado en su bufete o estudio, estimándose que el secreto es para el abogado, más deber que derecho, deber cuya transgresión, es reprimida por el Código Penal y a la vez, garantizada o protegida por este: Art. 236 Pn.

¿Cuál es el fundamento del secreto?

Desde luego el orden público en general, la defensa del cliente y el decoro profesional, según Bielsa, puesto que si el abogado estuviese obligado a declarar lo que ha sabido en el ejercicio de su profesión, no podría honradamente aceptar confidencia, todo esto implica el secreto profesional. Por otra parte, los secretos confiados deben conservarse; violar así el secreto es contrario al derecho natural; es decir que el deber tiene raíz jurídica; pero el secreto conocido por sorpresa o no confiado, indica el autor, solo debe mantenerse por deber moral natural, pareciendo que todo descansa en el interés público, por el cual se desecha que el cliente dispensa al abogado de la obligación del secreto, que hace renacer en el letrado, el concepto de verdadero confesor que tenía en la sociedad romana. Hay dificultad cuando el abogado es llamado a declarar como testigo. Bielsa piensa que el secreto puede revelarse: 1º) Cuando con eso mejora la defensa de su cliente y 2º) cuando un interés social superior lo exige.

Sería interminable escribir sobre todos los aspectos de nuestra noble profesión y apenas si hemos destacado los que creemos más relevantes, siguiendo de la mano al expresado tratadista.

4.2 REQUISITOS LEGALES PARA EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA Y LA PROCURACION JUDICIAL.

Como hemos sostenido, la abogacía lleva invívita la procuración y de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, que comienza con Constitucional Política en su artículo ciento ochenta y dos, fracción doceava y concluye en nuestra Ley Orgánica Judicial, en sus artículo 140 a 145 y en los artículos de Código de Procedimientos Civiles que adelante citaremos, para abogar es necesario ser abogado, es decir tener título legalmente expedido por una Universidad Nacional, o revalidado en ella, título que según nuestras tradiciones y como lo expresa la ley citada, ha de ser de doctor en Jurisprudencias y Ciencias Sociales o de Licenciado en Ciencias Jurídicas, debidamente autorizado, sin perjuicio de los demás atestados que exige el citado artículo 140 de la referida Ley Orgánica Judicial y de los otros requisitos que esta enumera y especifica, satisfechos los cuales, el abogado, antes de comenzar a ejercer la abogacía y la procuración, de conformidad con el artículo 143 de esa ley, deberá protestar ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, de la siguiente manera: “¿Prometéis bajo vuestra palabra de honor ejercer fiel y legalmente la profesión de abogado, no favorecer a sabiendas ninguna causa injusta y separaros de aquella en que hubieseis comenzado a intervenir, desde el momento en que conozcáis que ella es injusta; no aconsejar ni consentir que se empleen medios reprobados por la ley o la moral para hacer triunfar los asuntos y dirigir o representar a los pobres gratuitamente con toda diligencia?” El interrogado contestará: “Si prometo”.

Según el maestro Bielsa, el juramento que el abogado presta ante el alto Tribunal de la jurisdicción en que se presente, es un acto formal y solemne y agrega que se ha cuestionado la necesidad de este trámite considerado por algunos superfluo y que según la fórmula puede ser contrario a la libertad de conciencia concluyendo que los argumentos que se hacen a este respecto son inconsistentes y que el juramento, más que todo por su carácter tradicional, es un acto que conserva su razón de ser. Desde luego, continúa, el juramento no aumenta ni disminuye jurídicamente la responsabilidad del que jura, o sea que en las funciones públicas apunta, solamente debe exigirse juramento en los caos previstos en la Constitución y en las Leyes que lo establezcan fundadamente, pues de otra manera, fuera de ese marco jurídico y sobre todo en épocas de crisis de orden político, moral y cívico, solo aumenta el número de perjuicios.

El juramento del abogado tiene además del carácter profesional, una significación moral propia y la fórmula del mismo varía en los diversos países.

Para nuestro gusto y copiando siempre de Rafael Bielsa, nos agrada el modelo de juramento aprobado por el Congreso anual en Búfalo, en 1909 Estados Unidos de América, que los abogados leían, cartilla en mano, en alta voz, ante los encargados de recibirlo y no como entre nosotros que la promesa se reduce a dos palabras del interpelado: Juro solemnemente que cumpliré con la Constitución de Estados Unidos de América --- (de El Salvador)---, Mantendré el respeto debida a los tribunales y los funcionarios judiciales.

No aconsejaré ni sostendré ningún pleito, ni haré tramitación que me parezca ser injusta, ni ninguna defensa, excepto aquellas que crea honestamente discutibles ante las leyes del país. Con el objeto de sostener las causas que me sean confiadas, emplearé solamente recursos compatibles con la verdad y el honor y nunca trataré de engañar al juez o al jurado con ningún artificio o falsa declaración de hecho o de derecho. Mantendré la confianza y conservaré inviolables los secretos de mi cliente y no aceptaré ninguna recompensa que tenga relación con sus asuntos, excepto de el, o con su conocimiento y aprobación. Me abstendré de todo personalismo ofensivo y no expondré ningún hecho perjudicial al honor o a la reputación de la parte contraria o de los testigos, a menos que sea indispensable para la justicia de la causa de la cual he sido encargado. Jamás rechazaré por ninguna consideración personal para conmigo mismo, la causa del indefenso u oprimido, ni demoraré la causa de ningún hombre por lucro o malicia. Si así no lo hiciere, Dios me lo demande”.

En El Salvador, conforme lo expuesto, no existe la juramentación propiamente dicha, puesto que lo que el abogado hace es “prometer” ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el exacto cumplimiento de sus deberes como profesional del derecho, tal vez acaso por las razones aducidas por el maestro a las filas de la abogacía, vaya imbuido de la alta responsabilidad que su profesión habrá de demandarle y exigirle.

Además el requisito de presentación del título universitario según la ley atrás citada, el que desee obtener autorización para ejercer la abogacía, debe presentar la certificación de su partida de nacimiento, la certificación en que se conste la fecha de aprobación del cuarto curso de la facultad, conforme al plan anterior o la materia de “Teoría General del Proceso”, de los nuevos planes de estudios--- para verificar el comienzo efectivo y valedero de la práctica judicial----, habrá de comprobar también con certificación de un juez de Primera Instancia, la realización de dos años de práctica civil y uno de práctica penal, o certificación de haber desempeñado una judicatura de Paz---, siempre después del cuarto año o de aprobación de la materia dicha, o certificación del desempeño de una Secretaría Judicial o del cargo de auxiliar en un tribunal u otro empleo, ---- como el de colaborador o auxiliar jurídico---, que tenga estrecha relación con la materia cuya práctica se pretende acreditar, sujeta la apreciación de esta prueba a juicio discrecional del más alto Tribunal de Justicia del país, verificado lo cual y seguida la información secreta sobre la conducta pública y privada del interesado y lo demás exigido por la Ley Orgánica Judicial, con señalamiento de día y hora, se procede a la toma de protesta de quien ya va a ser abogado, ceremonia que, según nos cuentan no reviste la solemnidad que tenía en el pasado, en donde el abogado, cumplidas las exigencias de la Ley y solo y no en grupo en sesión especial de la Corte en pleno, que prácticamente comprendía toda una audiencia, rendía un examen de suficiencia sobre toda la profesión debiendo entregar el proyecto de sentencia de un juicio que le era entregado tres días antes del examen, proyecto de sentencia con el cual daba comienzo la difícil prueba, sin que, como no fuera en casos muy excepcionales, se reprobará a ningún aspirante, explicándose ahora las autorizaciones colectivas, por la proliferación de Universidades, que han aumentado el número de egresados.

Es importante tener presente que de acuerdo con la Constitución Política, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, además de practicar recibimientos de abogados y de concederles la autorización para el ejercicio de la profesión, suspenderlos por incumplimiento de sus obligaciones profesionales, por

negligencia o ignorancia graves, por mala conducta profesional o por conducta privada notoriamente inmoral; inhabilitarlos por venalidad--- “corrupción o falta de escrúpulos morales del que se deja sobornar”---, cohecho --- “soborno, seducción o corrupción para que se haga lo pedido, aunque no sea contra justicia”---, fraude--- “en un sentido general, engaño, abuso de confianza, acto contrario a la verdad o la rectitud”--, falsedad--- “falta de verdad, legalidad o autenticidad, traición deslealtad, doblez, engaño, falacia, mentira o impostura”---, y otros motivos que establezcan la ley y rehabilitarlos por causa legal. En los casos de suspensión e inhabilitación, procederá en la forma que la ley establezca y resolverá con solo robustez moral de prueba, facultades que también ejerce respecto de los notarios.⁵

5/ Definiciones tomadas del Diccionario Jurídico Elemental del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres.

La conducta del abogado que amerite una sanción de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el Art. 115 de la Ley Orgánica Judicial, es comprobada por la Sección de Investigación Profesional del mismo Tribunal Supremo, mediante la intervención directa del jefe de la citada dependencia, quien al estar concluida la información y después de oír la opinión del Fiscal--- cuenta con ella la Corte al Presidente el que, si la considera depurada, la somete al conocimiento de la Corte Plena, que dicta el fallo de suspensión o inhabilitación, si fuere procedente, con apoyo en el Art. 51, fracción cuarta de la citada ley, ampliándose esta facultad, por cuestiones de sentido común, a los estudiantes de derecho que actúen como defensores en causas penales o comparezcan por otros en causas laborales, pues en ambos casos ejercen la procuración.

A la sección referida de la Corte Suprema de Justicia, corresponde el trámite de las solicitudes que se presenten para obtener autorización como abogado o notario.

Olvidábamos señalar que de conformidad al Art. 86 Pr., para ser abogado se requiere haber sido recibido de la manera que previenen en las leyes, lo cual hará constar el Secretario de la Corte Suprema de Justicia, por medio de una razón firmada y sellada al pie o al dorso del título de doctor o licenciado expedido por la Universidad, sin necesidad de otro título, sin perjuicio de que conforme el Art. 144 de la Ley Orgánica Judicial, todo abogado debe portar la tarjeta que lo identifique como tal y exhibirla cuando se requiera o exija por los jueces o tribunales. Y el Art. 87 del mismo Código prescribe que los abogados de los otros países no podrán ejercer la profesión en la República, sin incorporarse previamente en la Universidad de El Salvador.

Sobre la incorporación de abogados salvadoreños que han obtenido su título en el exterior, ha sido el “Convenio sobre reconocimiento mutuo de validez de títulos académicos e incorporación de estudios en España”, celebrado entre nuestro país y aquella nación, en la ciudad de Guatemala, el dieciséis de junio de mil novecientos cuatro, aprobado en todas sus partes por Decreto de la Asamblea Nacional Legislativa de El Salvador, el veinte de marzo de mil novecientos cinco, convenio cuyo canje de ratificación se efectuó en Guatemala, el veintiuno de abril del año acabado de mencionar, tratado en virtud del cual los representantes de ambos países y sus respectivos Gobiernos, acordaron que los nacionales de ambos países que en cualquiera de los Estados signatarios de dicho Convenio, hubieren obtenido título y diploma expedido por la autoridad nacional competente para ejercer profesiones liberales, se tendrían por habilitados para ejercerlas en uno y otro territorio, según expresa el Art. 1, que únicamente requiere la exhibición del mismo, debidamente legalizado y que el que lo exhiba acredite, mediante certificado expedido por la Legislación o por el Consulado más cercano de su país, ser la persona a cuyo favor se ha expedido y aún cuando se dijo que tal tratado o convenio, tendría una duración de diez años, se estableció que sino hubieren mediado denuncias por ninguna de las partes, subsistiría por diez años más y

así sucesivamente y según él, por razones comprensibles que no es del caso evocar, dicho tratado nunca ha sido denunciado por El Salvador o España y ha servido para que más de doscientos estudiantes que no lograron obtener su título de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, cuando se exigían exámenes privados para obtener cualquier título académico, fueran autorizados como abogados de la República, sin necesidad de examen ni incorporación en la Universidad.

4.3 INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA EL EJERCICIO DE LA PROCURACION.

El Art. 99 Pr., y demás que citaremos, prescribe que no pueden ser procuradores: 1º Los que no estén autorizados como abogados; 2º Los declarados intedictos; 3º Los pastores o sacerdote de cualquier culto; 4º Los militares en servicio activo; 5º Los Presidentes y Vicepresidente de cada uno de los órganos del estado, Ministros y Viceministros, Magistrados, Jueces y Secretarios del órgano judicial, Colaboradores Jurídicos de la Corte Suprema de Justicia, funcionarios de la misma; Presidente y Magistrados de la Corte de Cuenta de la República; Diputados a la Asamblea Constituyente y Legislativa Departamentales, Alcaldes Municipales, Síndicos Municipales y Oficiales Mayores en su comprensión territorial. El Síndico Municipal en asuntos propios de la Corporación a que pertenece; 6º Los Presidentes y demás representantes, Asesores, Jurídicos de las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares salvo en dichas instituciones; 7º Los Presidentes, Vicepresidentes, Gerentes o representantes de las llamadas instituciones autónomas inclusive del Instituto Salvadoreño del Seguro Social, o de los entes descentralizados del Estado; 8º Los Secretarios de la Presidencia de la República; 9º El Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, los Fiscales Adjuntos, excepto en el ejercicio de sus cargos; 10º Los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral; 11º El Presidente y Vocales del Tribunal de Apelaciones de los Impuestos de Renta y Patrimonio; 12º Los Directores y Subdirectores de la Administración Pública, Colaboradores Jurídicos y Jefes de los ----- de la misma, que laboren a tiempo completo al servicio de las llamadas Instituciones Oficiales excepto cuando represente a dichas Instituciones; 13º Los que desempeñen empleo del orden público; 14º Los Abogados que en Leyes especiales -----procuración”.

Las inhabilidades en sentido estricto, son prácticamente las de tipo absoluto y las relativas han de entenderse como incompatibilidades por el sentido natural de estas palabras, que en el Diccionario Jurídico Elemental del Dr. Guillermo Cabanellas se definen así: Incompatibilidad: Exclusión natural o legal de una cosa o causa de otra: Contradicción. Antagonismo. Inhabilidad o Inhábil: Incapaz, Inepto, sin instrucción, torpe.

Todas las mencionadas inhabilidades e incompatibilidades no necesitan de ninguna explicación, según nuestro modesto criterio, pues cualquiera las comprende y justifica su existencia y en la Ley Orgánica Judicial, en el Art. 31, terminantemente se dispone que los magistrados no podrán, ni de palabra ni por escrito promover, patrocinar o recomendar negocios ajenos, ni interceder o mediar en ellos, ni dar su asesoramiento en ninguna forma, que implique ejercicio ostensible o encubierto de la abogacía, disposición a la que también quedan sujetos los Jueces de Primera Instancia y los Jueces de Paz, por razones obvias.

Bielsa, expresa que, cuando se habla de incompatibilidades, lo primero que debe suponerse es la existencia de alguna norma legal que establezca la prohibición del ejercicio de la abogacía, que son, como se comprende, las incompatibilidades legales, pues por ejemplo, moral o material. Si la incompatibilidad es de orden puramente moral, la sanción también es moral; si es material, en rigor hablarse de imposibilidades de hecho y agrega que siendo varias las incompatibilidades, en rigor, ellas se fundan, más que todo, en consideración a la dignidad o decoro del abogado, en su profesión. También por

razones de orden moral la ley civil, nos manifiesta, prohíbe al abogado realizar ciertos actos jurídicos, entre nosotros por ejemplo, testimoniar en causas en que se intervenga como abogado o procurador: Art. 393, No. 10 Pr.; estas prohibiciones se llaman incapacidades relativas, pero impropriamente, pues no se trata de incapacidades ni incompatibilidades; en realidad son prohibiciones.

4.4 FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL PROCURADOR JUDICIAL, DEBERES DEL PROCURADOR JUDICIAL.

El maestro Bielsa nos señala que los derechos del abogado no son atributos exclusivos ni prerrogativas, pues están equilibrados por deberes. Aún más, para el y para nosotros los deberes están en primer término, no son solo sus deberes de índole profesional, y de carácter ético, ya de carácter científico relativamente, sino y sobre todo, aquellos deberes de carácter público. Aún no reglamentada completamente como debiera estar la profesión de abogado, ella es, a juicio del maestro, en algún modo, de interés público, puesto que actúa en la administración de justicia y coopera al mantenimiento del orden jurídico. Precisamente esa función le crea incompatibilidades morales y profesionales; pero aún, expresa, las mismas reglas profesionales no han sido establecidas en interés privado de los abogados, pues todo lo que constituye un deber de este, su conducta y decoro profesional, las relaciones con el cliente, esto es las de orden moral y precontractual, verbigracia la aceptación de causas o pleitos, el ejercicio leal y elevado de la abogacía, su conducta en los tribunales, su continuidad en el pleito, su criterio en cuanto a honorarios convencionales, todo eso, afirma, deber formar un Código, que se puede llamar de la abogacía o de la ética profesional.

El respecto a la ley y a la autoridad, según el autor, enaltecen más al abogado que la fama conseguida con el éxito profesional logrados al burlar los preceptos legales, o engañado, corrompiendo o presionando al juez o magistrado y recuerda lo que decía, uno de sus profesores: "Afortunadamente para la justicia, no son los pillos los más talentosos". Hay abogados honestos que al pronto no logran tanta fama--- triste fama---, como el abogado pillo, que suele ser inteligente y vivaz; pero rara vez de talento. La autoridad del abogado dice, se afianza en el ejercicio profesional por el estudio, por la consecuencia de opinión y de doctrina y al defender a los pobres sin esperanza a aquellos con el rico o poderoso lo que vuelve maravilloso el ministerio del abogado.

El Código que hemos citado, en su Art. 89 estatuye, que son deberes de los abogados: 1) patrocinar únicamente las causas que a su juicio fueren justas o por lo menos controvertibles, es decir que pueden defenderse sin menoscabo del derecho; 2) no desatenderse de las causas de que se hubiesen hecho cargo, sino ser por algún motivo justo superviniente; 3) imponerse de las actuaciones de que se hagan cargo, oír detenidamente a sus clientes y guardarles secretos y fidelidad y 4) defender gratis a los pobres de solemnidad, a que se refiere el Art. 953 del mismo Código, que conforme nuestra galopante inflación, prácticamente sería seres rayando en la desgracia, pues con cuatrocientos colones anuales, ningún hombre puede vivir, ni modestamente, ni siquiera los reclusos, a los que nuestros Ministros de Hacienda y de Justicia, les asignan en el presupuesto, un colón y centavos para alimentación, pero con casas gratis y parece que uniformes.

Tales deberes del abogado y procurador --- repetimos que entre nosotros prácticamente son uno solo, con la diferencia que señala el Arancel Judicial o a que da lugar, pensamos que no necesitan de ninguna explicación, pues ninguno de ellos ofrece la mayor dificultad de interpretación o de doble sentido, por lo que nos abstenemos de comentarlos.

Además de los anteriores deberes, según Bielsa, el abogado ha de respetar la ley y la autoridad, por ser partes muy esenciales del espíritu jurídico y corolario lógico de la dignidad profesional. El abogado, recalca, es gestor auténtico del imperio de la legalidad. Este carácter explica que también la obediencia a la

ley, es decir, a la Constitución en primer término y el respeto a la magistratura, forman parte integrante del juramento, protesta o promesa profesional.

La defensa de la ley y de la justicia es función normal y propia del abogado, quien, por otra parte, agrega, debe respeto y consideración al magistrado y este debe exigir ese respeto, sino a título personal, si como representante de la justicia. La majestad de la justicia no admite ofensa, por leve que sea; pero el abogado tiene derecho a la reciprocidad, tal como lo anota justamente el otro gran maestro Angel Osorio en su "Decálogo del Abogado", al expresar que quien litiga no debe pretender ser más que el magistrado, ni consentir en ser menos.

Y de la nobleza de nuestra profesión, de los afanes y luchas contra la injusticia. En las líneas que siguen, resumiremos escuetamente, parte del precioso opúsculo del tratadista alemán Rudolf Von Ihering, "La lucha por el derecho", editado en Buenos Aires, sin número de edición, Ihering nos manifiesta que el derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble, porque encierra una antítesis, el fin y el medio, más el medio, por muy variado que sea, se reduce siempre a la lucha contra la justicia. La expresión del derecho, nos expone, encierra una antítesis que hace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del derecho, la lucha que realiza especialmente el abogado, prono decir casi siempre – es el medio para alcanzarlo. Se podrá objetar, agrega, que la lucha y la discordia son precisamente lo que el derecho se propone evitar, porque semejante estado de cosas implica un trastorno, una negación de orden legal y no una condición necesaria de su existencia. La objeción podría ser justa nos dice, si se tratase de la lucha de la injusticia contra el derecho; pero aquí se habla de la lucha de derecho contra la injusticia. Si en esta hipótesis el derecho no lucha, es decir no hace una heroica resistencia contra aquella se negará asimismo, sentencia. Esta, continúa diciéndose, durará tanto como el mundo, porque el derecho---- agregamos nosotros: del cual debemos sentirnos representantes y defensores --- habrá de prevenirse siempre contra los ataques de la injusticia. La cual es, pues, un elemento extraño al derecho; antes bien, nos recalca, es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea, porque todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha; esos principios de derecho que están hoy en vigor ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los aceptábamos, por lo que todo derecho, tanto el derecho de un pueblo, como el de un individuo, supone que están el individuo y el pueblo dispuestos a defenderlos. El derecho continúa expresándonos, no es una idea lógica, sino una idea de fuerza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. El derecho es el trabajo sin descanso, no solamente de los poderes públicos, sino también el de todo el pueblo. ¿Por qué luchar? ¿No será mejor ceder? El grandioso espectáculo nos dice en hermosas palabras, que ofrece el desenvolvimiento de las fuerzas humanas más grandes, justo con los más costosos sacrificios, arrastran irremisiblemente al hombre y le elevan a la altura de lo ideal, porque entre la disyuntiva de resistir a ceder, habrá de tomar en cuenta que deberá hacer siempre el hombre un sacrificio; o bien ha de sacrificar el derecho o la paz o la paz al derecho.

Nos agrega este insigne maestro, que ya dentro del litigio, no se va al proceso por el valor mezquino, quizá, del objeto, sino con una razón ideal, la de defensa de la persona y de sus sentimientos del derecho, pues según el, no es el interés material atacado el que pone al individuo que recibe tal lesión en cambio de reclamar una satisfacción, sino el dolor moral que le causa la injusticia de que ha sido víctima, de donde, concluye, el proceso más que una cuestión de interés, es una cuestión de carácter. El que se ve acatado en su derecho, debe resistir, porque el hombre sin derecho se rebaja al nivel de los animales no nacionales, considerando el que desistir completamente de la defensa, equivale a un suicidio moral y que toda injusticia, más que una acción arbitraria, es un ataque contra la idea del derecho, por lo que siempre debe combatirse. La fuerza del derecho descansa, nos dice con bellas palabras,

como la del amor, en el sentimiento; sentir el dolor y permanecer indiferente, soportándolo con paciencia sin defenderse, constituye una negación del sentimiento del derecho, por lo que la defensa de este es un acto de conservación personal y por consiguiente, un deber del que llega a ser lesionado, para consigo mismo, termina.

Continúa diciéndonos el ilustre comentarista, que cuando la arbitrariedad y la ilegalidad osan levantar, afrentosas e impudicamente, su cabeza, se puede reconocer en este signo que los que están llamados a defender la ley no cumplen con su deber y que si llegase el caso de clasificar, según la importancia, estas dos máximas: “no cometas una injusticia” y “no sufras alguna”, se debiera dar como primera regla, “no sufres ninguna injusticia” y como segunda, “no cometas ninguna”.

Mi derecho consigna, es todo el derecho, defendiéndolo, definiendo todo el derecho que ha sido lesionado al ser lesionado el mío y aquí la gran importancia de los abogados. Termina el gran maestro su precioso libro con estas inolvidables frases: la lucha es el trabajo eterno del derecho, si es una verdad decir: ganarás tu pan con el sudor de tu frente, no lo es menos añadir también; solamente luchando alcanzará tu derecho. Desde el momento en que el derecho no está dispuesto a luchar, se sacrifica; así podemos aplicarle la sentencia del poeta: es la última palabra de la sabiduría que solo merece la libertad y la vida, el que cada día sabe conquistarlas.

Dentro de nuestra ley, nos encontramos con el Art. 114 del Código de Procedimientos Civiles, que nos indica que todo procurador debe estar instruido y expensado, sin que en ningún caso, ni por pretexto alguno, le sirva de excusa que no tienen instrucciones ni expensas, pues que sin esto no debe hacerse cargo del poder y a más de la obligación del poderdante, la tiene personal el apoderado en cuanto a lo prevenido en este artículo. Si el poderdante, entablado ya el pleito, no le suministrare de nuevo las expensas que aún sean necesarias, ocurrirá al juez o Cámara que conoce del negocio para que le obligue a aprontarlas, fijando la cantidad que estime justa, según la clase del asunto y el juez o Cámara lo hará así en electo y de su resolución no habrá recurso, artículo íntimamente relacionado con el 1918 del Código Civil.

El art. 115 del Código que estudiamos, nos estatuye, que son obligaciones de los procuradores:

1º) Presentar el poder que los constituya, el que puede ser, según hemos visto en otra parte de nuestro trabajo, general o especial, pues de no hacerlo, el Tribunal puede decretar que legitimándose la persona en proveerá: Art. 1273, sin perjuicio que todo el que se presente en juicio como actor por un derecho que no sea propio,.... Acompañará con su primer escrito o gestión los documentos que acrediten su personalidad,--- debe ser personería --- sin lo cual no se admitirá su representación, como queda dicho.

2º) Poner su firma entera en todas las peticiones que hagan, disposición esta que antes figuraba en la derogada fracción cuarta del Art. 89, en donde se exigía además, que se consignara: “N. abogado”, pues los Magistrados y Jueces, al resolver o actuar, pueden poner firma entera, media firma y rúbrica, en caso de los primeros.

3º) Arreglarse al poder e instrucciones de sus comitentes, bajo pena de pagar los daños y perjuicios en caso de abuso, lo que es una consecuencia de la letra del Art. 1891 C., que indica que el mandatario se ceñirá estrictamente a los términos del mandato.

4º) NO desamparar el juicio en que hubieren gestionado sin haber sustituido el poder y sin que se haya apersonado el sustituido, según lo ordena también el Art. 89, en su numeral segundo, incluso en el caso de revocatoria del poder

conferido a su favor, ya que según el Art. 118, caso de presentarse esta causal de terminación de contrato, todas las diligencias del juicio se entenderán con el procurador relevado, hasta que se apersona ante el juzgado o tribunal otro que lo reemplace o el mismo poderdante: Art. 120, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1931 C.

5º) Poner todo el cuidado y diligencia que podrían las partes en el negocio, bajo la pena de indemnizar los perjuicios. Esta obligación deriva del principio general contenido en Art. 1416 C., de que todo contrato legalmente celebrado, es obligatorio para los contratantes y solo cesan sus efectos entre las partes, por el consentimiento mutuo de estas o por causas legales y una consecuencia de lo prescrito en el Art. 1889 C., de que el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo y que esta responsabilidad recae más estrictamente sobre el mandatario remunerado, como lo es en la mayoría de los casos el procurador.

6º) Guardar fidelidad a su parte y no confiar los secretos de su defensa a la contraria, bajo la pena señalada para los casos de prevaricato, como lo establece también el Art. 89 número 3º o sea de que el mandatario, en este caso el procurador, debe guardarle secreto y fidelidad, situación que en el Código Penal se encuentra reglada en el Art. 236 Pn, que ya hemos citado atrás, retrotrayéndonos respecto del secreto profesional, a lo que ya dijimos en otra parte de este capítulo.

7º Satisfacer los derechos judiciales, para lo cual cuidarán de no recibir poder sin expensas. Esta situación la regula, por otra parte, el Art. 114 ya que anotamos antes, al expresar que todo procurador debe estar instruido y expensado, con las consecuencias que esta disposición legal señala, sin perjuicio de que conforme el Art. 1918, número 1º C., el mandante es obligado a proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato, además de las otras obligaciones que ese artículo enumera.

8º) Apelar de la sentencia adversa, a no ser que expresamente se lo haya prohibido su poderdante. En esta obligación ha de comprenderse la interposición del recurso de casación, pues la súplica ya desapareció de nuestro sistema procesal. Esta obligación encuentra en relación directa con lo prescrito en el Art. 113 número 2º, de que el procurador necesita de poder o cláusula especial para renunciar la apelación o casación, todo esto, por razones obvias, desde luego que una sentencia adversa puede revocarse en segunda instancia o en casación y de ahí la importancia de esa obligación a cargo del procurador.

9º) Contestar y seguir la demanda de reconvenición y mutua petición, aunque el poder no contenga esta facultad. De acuerdo con el Art. 232, puede el reo o demandante hacer reconvenición o mutua petición, por principio de economía procesal, cuando la acción en que se funda exija trámites más dilatorios que la intentada por el actor, esto es que no cambie la naturaleza del juicio; pero deberá hacerlo precisamente al contestar la demanda; sin embargo, las partes conservan su derecho a salvo para interponer la demanda de reconvenición o mutua petición por separado ante el juez competente. En el caso de reconvenición o mutua petición es competente el juez que conoce de la demanda, reconvenición o mutua petición que según el Art. 233, no suspende la vía ejecutiva, a no ser que el título en que se funda traiga aparejada ejecución, pues aquí operaría la compensación o hiciere mutua petición de acuerdo con el Art. 522, se correrá traslado por seis días al demandante y después de su contestación, se recibirá la causa a prueba, como se previene en el artículo 521, tomándose en cuenta lo que dispone el Art. 1287, de que todo término de prueba en cualquier instancia, es común a las partes que litigan y comenzará a contarse desde el día siguiente al de la última notificación. Ejemplo de reconvenición lo encontramos en el Art. 2177 C., cuando se dice que el tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá

derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados. Otro ejemplo nos lo da el Art. 2107 C., en el caso del fiador. La mutua petición debe entenderse como una contrademanda.

10º) Cumplir las demás obligaciones de los mandatarios, según el Código Civil, que son las comprendidas en el Art. 1891 al Art. 1917 de este Código.

Las obligaciones anteriores, explicadas en forma sucinta, son los que podríamos llamar deberes especiales de los procuradores, ya que los deberes generales de conocer la ley, la doctrina y la jurisprudencia, no se incluyen en la ley, por razones obvias pero hay otras cuestiones, que, aunque estrictamente no pueden calificarse o catalogarse como obligaciones, deben tenerse muy presente por todo procurador, tales como por ejemplo, el de poder renunciar los procedimientos establecidos a favor del actor o del reo, para acortar trámites; las reglas de jurisdicción o competencia para saber donde entablar los juicios; cuando y como alegar excepciones; que debe contener una demanda, cuando puede modificarse esta, cuando debe contestarse una demanda; como pedir la rendición de fianza, la absolucón de rendir esta, el señalamiento del lugar para recibir notificaciones o esquelas, la manera de plantear recursos de apelación, casación, de hecho o de retardación de justicia, como recusar a un juez o magistrado o a un secretario, como acudir y comportarse en los tribunales de justicia, o sea, como lo expresan los artículos 1242 y 1243 con arreglo a las leyes y con el respeto debido a los jueces y tribunales y con la decencia debida, recordando siempre las disposiciones generales de los artículos 1238 y siguientes y no olvidar lo vital del planteamiento de una nulidad procesal, de acuerdo, con los artículos 61, 69, 79, 81, 85, 175, 176, 177, 181, 208, 221, 231, 306, 307, 309, 310, 313, 314, 316, 325, 326, 356, 359, 389, 478, 606, 608, 619, 645, 724, 749, 793, 1093, 1116, 1117, 1118, 1119, 1130, 1131, 1241, 1248, 1270, 1274, 1277, y 1300. que contemplan los casos de nulidades, que pueden en determinados casos, provocar la pérdida de un juicio o su ganancia, nulidades que muchos litigantes ven con indiferencia.

Además de las obligaciones y deberes propiamente dichos, existen para el procurador las que la ley llama prohibiciones, que son las comprendidas en el Art. 90 que especifica que se prohíbe a los abogados:

1º) Usar en sus escritos y alegatos sofismas y sutilezas, debiendo apoyarse únicamente en racionios fundados en la ley o en los principios generales del derecho y, agregamos, también en la jurisprudencia, tal como lo prescribe el Art. 421, al estipular que las sentencias recaerán sobre las cosas litigadas y en la manera que han sido disputadas, sabida que sea la verdad por las pruebas del mismo proceso. Serán fundadas las leyes vigentes en su defecto, en doctrina de los expositores del derecho y en falta de unas y otras, en consideraciones de buen sentido y razón natural.

El abogado o procurador debe recordar que, según el Art. 1293, si promueve artículos ilegales, será condenado en las costas que en ellos se causaren a las partes y que si las solicitudes o gestiones que hicieren fueren conocidamente maliciosas o sin otro objeto que demorar o complicar el asunto, y en especial si apareciere delito o falta, el juez o magistrado, de oficio dará cuenta a la Corte Suprema de Justicia, quien, comprobado el hecho a juicio prudencial de la misma, suspenderá al abogado, o procurador culpable, aunque no aparezca firmado en dichas solicitudes o gestiones.

2º) Usar expresiones injuriosas o indecorosas, puesto que si lo hacen, tal como lo ordena el Art. 1244, los jueces y tribunales mandarán borrar o tachar las que se hayan escrito y podrán si el caso lo exigiere, devolver aún de oficio los escritos, proveyendo: que la parte use de su derecho con la moderación debida.

3º) Abogar por las dos partes contendientes en el mismo negocio. El que ha sido abobado de una de las partes en una instancia, no puede serlo de la contraria en las otras. Este principio encuentra en el Código Penal, en el Art. 478, en caso de llegar a violarse, su debida sanción, pues en el se establece que el abogado, procurador defensor o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo asunto, simultánea o sucesivamente, será sancionado con diez a noventa días multa, sin perjuicio de la agravante que esta misma disposición legal señala.

No queremos concluir este capítulo sin copiar de los maestros Eduardo J. Couture y Angel Osorio, del primero de ellos, "Los Mandamientos del Abogado". Son los siguientes:

1º) ESTUDIA. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.

2º) PIENSA. El derecho se aprende estudiando; pero se ejerce pensando.

3º) TRABAJA. La abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

4º) LUCHA. Tu deber es luchar por el derecho; pero el día en que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia.

5º) SE LEAL. Leal para con su cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tu dices y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez debe confiar en el que tu le invocas.

6º) TOLERA. Tolerar la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya.

7º) TEN PACIENCIA. El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.

8º) TEN FE. Ten fe en el derecho, como el menor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia, y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.

9º) OLVIDA. La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegarás un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.

10º) AMA A TU PROFESION. Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejos sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado. 6

Del segundo de los maestros citados copiamos su "Decálogo del Abogado". Es el siguiente:

I. No pases por encima del estado de tu conciencia.

II. NO afectes una convicción que no tengas.

III. No te rindas ante la popularidad ni adules a la tiranía.

IV. Piensa siempre que tu eres para el cliente y no el cliente para ti.

V. No procures nunca en los tribunales ser más que los magistrados, pero no consientas ser menos.

VI. Ten fe en la razón, que es lo que en general prevalece.

VII. Pon la moral por encima de las leyes.

VIII. Aprecia como el mejor de los textos el sentido común.

IX. Procura la paz como el mayor de los triunfos.

X. Busca siempre la justicia por el camino de la sinceridad y sin otras armas que las de su saber.

6/ Obra citada de Abelardo Torr : Páginas 109 y 110

7/ Obra citada de Angel Osorio, Págs. 363 y 364

CAPITULO IV

1. CONVENCIONES AMERICANAS

1.1 CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE REGIMEN LEGAL DE PODERES

El Protocolo sobre Uniformidad del Régimen legal de los Poderes fue suscrito en Washington, D.C., Estados Unidos de América, el diecisiete del febrero de mil novecientos cuarenta y se ratificó por El Salvador, según Decreto número treinta de la Asamblea Nacional Legislativa el día veintitrés de ese año promulgado por el Poder Ejecutivo, el veinticinco de Junio del mismo año, Protocolo ratificado además por Brasil, Colombia, Estados Unidos de América, México y Venezuela.

En el artículo I del mencionado cuerpo legal se estatuye que “en los poderes que se otorgan en los países que forman la Unión Panamericana, destinados a obrar en el extranjero, se observarán las reglas siguientes”:

“1. Si el poder lo otorgare en su propio nombre una persona natural, el funcionario que autorice el acto dará fe de que conoce al otorgante y de que este tiene capacidad legal para el otorgamiento”. La fe del conocimiento que se tiene del compareciente, figura en nuestra Ley de Notariado en el art. 32, numeral 5º, no especificando nuestras leyes, para poderes que han de surtir efecto en nuestro país, lo relativo a la capacidad legal del otorgamiento, por lo cual hay que atenerse a las reglas de los Arts. 1316 a 1318 y 1888 del Código Civil, de tal manera que lo previsto en la disposición que comentamos, ha de tenerse presente para cuando el poder haya de surtir efecto en el extranjero, pues si se omite tal requisito, así como el especificado en el Art. 113, último inciso Pr., no será autenticado y tampoco tendrá validez en cualquiera de los países signatarios que forman la Unión Panamericana y que han ratificado el mencionado Protocolo.

“2- Si el poder fuere otorgado en nombre de un tercero o fuere delegado o sustituido por el mandatario, el funcionario que autorice el acto, además de dar fe, respecto al representante que hace el otorgamiento del poder, delegación o sustitución, de los extremos indicados en el número anterior, la dará también de que el tiene efectivamente la representación en cuyo nombre procede y de que esta representación es legítima según los documentos auténticos que al efecto se le exhibieron y los cuales mencionará específicamente, con expresión de sus fechas y de su origen o procedencia”. Esto tiene que ver con lo que disponen los Arts. 41 y 1319 C., respecto de quienes tienen la representación legal de otras personas y que lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado el mismo. Además y es lo importante, de acuerdo con el Art. 35 de la Ley de Notariado, cuando algún otorgante comparezca en representación de otra persona, el Notario dará fe de ser legítima la personería con vista del documento en que conste, el que citará con expresión de su fecha y del funcionario o persona que lo autorice. Si el Notario no encontrare legítima la personería con el documento que se le exhibe, cumplirá con advertirlo así a los interesados. Naturalmente que en este último caso, el instrumento que se otorgare, para el caso, el poder, no surte ningún efecto ni en el país, ni en el extranjero. En el país, en relación con el mandato judicial, por lo que dispone el Art. 1273 Pr., y en el extranjero, por lo prescrito en la disposición que comentamos. Lo mismo habrá que resolverse respecto de cualquier otro mandato, sea civil o mercantil, en que no estuviere debidamente legitimada la personería o representación en cuyo nombre se actúa o procede. Además, es terminante el Art. 37 de nuestra ley de Notariado cuando estatuye que no podrá procederse a extender un documento cuando las partes no tengan capacidad legal para otorgarlo o si no estuvieren presentes dichas partes, sus mandatarios o representantes legales en su caso, todo bajo pena de nulidad.

“3- Si el poder fuere otorgado en nombre de una persona jurídica, además de la certificación a que se refieren los artículos anteriores, el funcionario que autorice el acto dará fe, respecto a la persona jurídica en cuyo nombre se hace el otorgamiento, de su debida constitución, de su sede, de su existencia legal

actual y de que el acto para el cual se ha otorgado el poder está comprendido entre los que constituyen el objeto o actividad de ella. Esta declaración la basará el funcionario en los documentos que al efecto fueren presentados, tales como la escritura de constitución, estatutos, acuerdos de la junta u organismos directos de la persona jurídica y cualquier otros documentos justificativos de la personería que se confiere. Dichos documentos los mencionará el funcionario con expresión de su fecha y su origen". Esta disposición nos merece el comentario de que, en todo caso, habrá que tenerse presente y no olvidar lo estipulado en el ya citado Art. 35 de la Ley de Notariado, que acaso peca de redacción diminuta, pues en el Protocolo de referencia y tal como la acabamos de transcribir, nos parece más explícito.

ARTICULO II

"La fe que, conforme al artículo anterior, diere el funcionario que autorice el poder, no podrá ser desvirtuada sino mediante prueba en contrario producida por el que objetare su exactitud. A este efecto no es menester la tacha por falsedad del documento, cuando la objeción se fundare únicamente con la errónea apreciación e interpretación jurídica en que hubiere incurrido el funcionario en su certificación". Esta disposición es consecuencia de la fe notarial que el Estado concede a quien actúa en tal concepto, la que conforme el Art. 1, inciso 2º de la Ley de Notariado, es plena respecto a los hechos que, en las actuaciones notariales, el Notario personalmente ejecuta o comprueba y a que en los actos, contratos y declaraciones que autorice, esta fe será también plena tocante al hecho de haber sido otorgados en la forma, lugar, día y hora que en el instrumento se expresa. La fuerza probatoria de todo instrumento notarial se regula de conformidad con las leyes respectivas. La primera parte de este artículo II relacionado, no ofrece ninguna duda. En cuanto a la segunda parte del mismo, habrá que tener a la mano la documentación relacionada por el Notario, o funcionario autorizante, para deducir, con base en la misma, que ha sido interpretada o apreciada erróneamente y que, por consiguiente, el poder podrá tener valor, o no dependiendo de lo que resultare del estudio respectivo, lo que evidentemente es distinto a la alegación de falsedad del documento. Encuentra relación este artículo que comentamos, con lo prescrito en el Art. 33 de la Ley de Notariado, respecto de que no se invalidará la matriz y consecuentemente el testimonio que de la misma se expida, si el instrumento estuviese autorizado por funcionario competente y suscrita por los otorgantes o por otra persona a su ruego, salvo cuando se comprobare falsedad.

ARTICULO III

"No es menester para la eficacia del poder que el mandatario manifieste en el propio acto su aceptación. Este resultará del ejercicio mismo del poder". Este artículo, por ser de redacción corta y clara, no nos merece mayor comentario, pues su funcionamiento es de carácter lógico. Igual ocurre en nuestra Legislación, pues lo normal y corriente es que quien otorga el poder ocurra el solo ante Notario, sin la presencia de la persona a quien va a conferírsele u otorgársele, que posteriormente puede aceptarlo en forma expresa o tácita: Art. 1884 C.

ARTICULO IV

"En los poderes especiales para ejercer actos de dominio que se otorguen en cualquiera de los países de la Unión Panamericana, para obrar en otro de ellos, será preciso que se determine concretamente el mandato, a fin de que el apoderado tenga todas las facultades necesarias para el hábil cumplimiento del mismo, (**tanto en lo relativo a los bienes como a toda clase, a fin de defenderlos**). En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se confieren con ese carácter, para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas, inclusive las necesarias para pleitos y procedimientos administrativos judiciales a la administración". Respecto de la primera parte de este artículo, que dejamos transcrita, debemos tener presente, concretamente lo dispuesto en los Arts. 1890 y 1892 C., más lo que

estipulan los Arts. 1902, 1903 y 1904 también del C., o sea que los actos de dominio contemplados en la disposición en comento, en principio, si no se cumple con lo que manda nuestro Art. 1902 C., han de entenderse restringidos a los bienes muebles y en general a los actos de administración que regula el Art. 1892 C., en relación con el Art. 111, 112 y 113 Pr.

Concluye el artículo de referencia expresado que “en los poderes generales para pleitos, cobranzas o procedimientos administrativos o judiciales, bastará que se diga que se otorgan con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial, conforme a la Ley, para que se entiendan conferidos, sin limitación ni restricción alguna. La disposición de este artículo tendrá el carácter de regla especial que prevalecerá sobre las reglas generales que en cualquier otro sentido estableciera la Legislación del respectivo país”. En esta parte del artículo transcrito, hay concordancia con nuestro Art. 113 Pr. y no nos merece otro comentario. Con cuanto al último inciso del referido artículo, por lo menos en nuestro país, encuentra respaldo en el Art. 144 de nuestra Constitución que dispone que los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

ARTICULO V

“En cada uno de los países que componen la Unión Panamericana serán válidos legalmente los poderes otorgados en cualquier otro de ellos que se ajusten a las reglas formuladas en este Protocolo, siempre que estuviesen además legalizados de conformidad con las reglas especiales sobre legislación”. Debe entenderse que el poder ha de estar autorizado por funcionario competente del país en donde ha de surtir efecto, recordando lo que ya dijimos, que el Protocolo que estamos comentando, únicamente tiene validez en El Salvador, Brasil, Colombia, Estados Unidos de América, México y Venezuela, no así desde luego, en los demás países de la citada Unión, pues no tenemos conocimiento de posteriores ratificaciones.

ARTICULO VI

“Los poderes otorgados en país extranjero y en idioma extranjero podrán dentro del cuerpo del mismo instrumento, ser traducidos a idioma del país donde estuvieren destinados a obrar. En tal caso la traducción así autorizada por el otorgante se tendrá por exacto en todas sus partes. Podrá también hacerse la traducción del poder en el país donde se ejercerá el mandato de acuerdo con el uso o la legislación del mismo”. La primera parte de esta disposición, nunca la hemos visto que cobre vida práctica, lo que nos parece una lástima, pues de hacerse uso de ella, se ganaría y ahorraría tiempo. En cuanto a la traducción de que habla la última parte de este artículo, en el país se hace ante un Juez de lo Civil o de Primera Instancia, o ante Notario, de conformidad con la Ley del Ejercicio de la Jurisprudencia Voluntaria y de otras Diligencias, pues según lo manda el Art. 62 de nuestra Constitución, el idioma oficial de El Salvador es el Castellano, disposición que naturalmente debe respetarse.

ARTICULO VII

“Los poderes otorgados en el país extranjero no requieren como formalidad previa a su ejercicio, la de ser registrados o protocolizados en oficinas determinadas, sin perjuicio de que se practique registros o protocolización cuando así lo exija la Ley como formalidad especial en determinados casos”. En El Salvador no existe la protocolización de poderes provenientes del extranjero; pero si el Registro de los poderes que los comerciantes otorgan y que contengan cláusulas mercantiles; los poderes judiciales que se utilicen para diligencias que deban seguirse ante el Registro de Comercio y los documentos por los cuales se modifiquen, sustituyan o revoquen los mencionados poderes, todo de acuerdo con el Art. 13, número 4 de la Ley de Registro de Comercio,

que prescribe además que no será necesario presentar el poder que previamente haya sido registrado, cuando se sigan diligencias ante el Registro de Comercio, bastándose que en la respectiva solicitud se haga mención del asiento de Registro del documento que legitima la personería. Nos inclinamos a creer, que en la república, este tipo de poderes, aún viviendo del extranjero, deben inscribirse en el referido Registro, no así los de tipo meramente civil o administrativo.

ARTICULO VIII

“Cualquier persona que de acuerdo con la Ley pueda intervenir o hacerse parte en un procedimiento judicial o administrativo para la defensa de sus intereses, podrá ser representada por un gestor, a condición de que dicho gestor presente por escrito el poder legal necesario o de que, mientras no se acredite debidamente la personería, el gestor preste fianza o caución a discreción del tribunal o de la autoridad administrativa que conozca del negocio, para responder de las costas o de los perjuicios que pueda causar la gestión”. Entre nosotros, el mandato conferido para intervenir o mostrarse parte en procedimientos judiciales o administrativos, debe conferirse respetando el Art. 98 Pr., esto es que el mandatario debe ser procurador o abogado de la República, pues de otra manera sus gestiones son rechazadas, procurador o abogado que encuentra limitación a su actuación oficiosa, en el Art. 116, también del Pr., que expresa que por regla general nadie puede tomarse por sí el oficio de procurador para demanda o contestación, excepto el padre por el hijo emancipado y viceversa, el suegro por el yerno y viceversa y el hermano por el hermano, siempre que no requiera poder especial; pero bajo la protestad e que el principal dará por bien hecho lo que se gestionare en su nombre y dando fianza que entre nosotros se califica “de arraigo”, de estar a la resultas del juicio, aunque la parte contraria no lo pida. De tal manera que cualquier persona que no sea abogado de El Salvador, aunque tenga poder emanado del extranjero, no puede litigar en la república, con la aclaración de que tampoco puede hacerlo el abogado no nacional, a menos que se haya incorporado y obtenga autorización en comento, a este artículo se le hizo la reserva “de que en El Salvador no podrá ser admitida la gestión oficiosa del gestor, como actor o reo, en los asuntos judiciales o administrativos, para los cuales las leyes salvadoreñas requieren que la representación se acredite con poder especial”, reserva que no modifica lo que hemos dicho, de que tal mandato debe recaer en persona facultada o autorizada para el ejercicio de la procuración o abogacía en general.

ARTICULO XI

“Este artículo, en el decreto de ratificación se redactó así, para su aplicación en El Salvador: “los poderes otorgados en cualquiera de los países de la Unión Panamericana con arreglo a las disposiciones que anteceden y de conformidad con las leyes del país de origen para ser ejercitados en cualquier otro país de la Unión, se tendrá como otorgados ante un Notario competente del país en que se ejerzan, sin perjuicio, si embargo, de protocolizar el instrumento en los casos a que se refiere el artículo VII”. Ha de entenderse que las formalidades de los poderes se reglan de conformidad con las leyes de cada país, al igual que la facultad que la Ley concede a quienes pueden autorizarlos y que viniendo autorizados por quien se dice Notario o persona capaz para autorizar el instrumento, han de respetarse. La excepción sería en el caso de que la persona no lo otorgue ante Notario, sino que lo consigue en alguna carta, por ejemplo, en cuyo caso pensamos, opera la protocolización, que encuentra respaldo, por otra parte, en Art. 55, número 2º de la Ley de Notariado, puesto que la protocolización deviene de orden del Tratado, que es Ley de la República, pues no se nos ocurre otro caso en que pueda darse o tener efecto la protocolización y esto porque el Art. 1883 C., permite que el poder pueda otorgarse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible.

ARTICULO X

“Lo que en los artículos anteriores se dice respecto de los Notarios, se aplicará igualmente a las autoridades y funcionarios que ejerzan funciones notariales conforme a la Legislación de sus respectivos países”. En El Salvador, solamente los funcionarios diplomáticos y consulares, de conformidad con el Art. 68 y siguientes de la ley de Notariado, pueden ejercer la cartulación tratándose de poderes de salvadoreños residentes en el exterior, y el que emane del país extranjero otorgado por un nacional, debemos suponerlo autorizado ante persona legalmente habilitada al efecto, a menos que se demuestre lo contrario.

Los artículos XI y XII del Protocolo en referencia, se refieren a requisitos necesarios que deben y debieron observarse para que entrara en vigencia, como es el depósito del mismo en la Unión Panamericana y al hecho de su posterior ratificación por los países signatarios que optaren por tal ratificación y el artículo XIII a que cualquier Estado que deseara aprobar dicho Protocolo con algunas modificaciones, podrá declarar ante su firma en la forma en que le dará aplicación, como en el caso de El Salvador, que se hicieron reservas modificativas respecto de los artículos VIII y IX.

El Protocolo comentado sucintamente, demuestra y comprueba lo importante de la figura del mandato, puesto que como dijéramos en el artículo primero de nuestro modesto trabajo, esta figura tiene explicación en el hecho de que no toda actuación o negocio podemos realizarlos por nosotros mismos, bien por enfermedad o cualquier otro impedimento o por no querer o no poder hacerlo en forma personal y especialmente en el caso de que el asunto tenga que realizarse en otro país, sobre todo si este se encuentra a gran distancia del nuestro, sin olvidar que las cuestiones judiciales no podemos atenderlas directamente, aun queriendo y pudiendo, si no es con la firma de un abogado director y eso en El Salvador, pues en otra parte habrá que atenerse a lo que disponga la Ley respectiva, por lo que es lo prudente y aconsejable otorgar el poder a quien pueda legalmente representarnos, evitándonos contratiempos y confiando nuestros asuntos a personas que puedan atenderlos diligentemente.

4.2 LA CONVENCION DE PANAMA

En el año de mil novecientos setenta y cinco se reunió en la ciudad de Panamá, república de Panamá, la Organización de los Estados Americanos, con motivo de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado y entre otras, aprobó la Conferencia Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero, la cual fue suscrita el treinta de enero de ese mismo año; pero su ratificación se llevó a cabo por la Junta Revolucionaria de Gobierno de El Salvador, conforme decreto número doscientos treinta y seis del día diecinueve de mayo de mil novecientos ochenta, es decir varios años después de su celebración, por la inercia galopante de nuestro gobierno, pues en el año de mil novecientos setenta y nueve, el Poder Ejecutivo, en el ramo de Relaciones Exteriores, había dictado el Acuerdo número ciento nueve, del siete de febrero de ese año, aprobando los textos de las convenciones, ordenando someterlas a ratificación de la Asamblea Legislativa, todo lo cual aparece en el Diario Oficial del veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta.

La Convención mencionada prácticamente es una ratificación, con modificaciones y agregados, del Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes que ya hemos comentado en la primera parte de este capítulo. Esta convención se redactó así:

“Artículo 1- Los Poderes debidamente otorgados en uno de los Estados Partes en esta Convención serán válidos en cualquiera de los otros, si cumple con las reglas establecidas en la Convención”. Ignoramos a la fecha que países de la OEA han ratificado la Convención apuntada y suponemos que al menos lo han hecho los mismos que ratificaron el Protocolo ya mencionado. Este artículo no ofrece dudas.

“Artículo 2- Las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes que hayan de ser utilizados en el extranjero, se sujetarán a las Leyes del Estado donde se otorguen, a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la Ley del Estado en que hayan de ejercerse. En todo caso, si la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirán dicha ley”. El doctor Guillermo Cabanellas de Torres, en su Diccionario Jurídico Elemental, expresa que formalidad es el requisito exigido en un acto o contrato y que solemnidad es la formalidad de un acto o el requisito legal para la prueba y eficacia de los contratos, confundiendo aparentemente dichos términos. Nuestro Código Civil, en el art. 1314 nos dice que el contrato es solemne cuando está sujeto a la observación de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto y no nos habla expresamente de las formalidades, por lo cual hemos acudido al texto de las “Fuentes de las Obligaciones” de Alessandri y Somarriva, quienes los manifiestan que “las formalidades pueden ser de diversas índoles: instrumentos públicos o privados, presencia de un funcionario, etc.; pero solo son solemnidades aquellas que la ley prescribe en consideración a la naturaleza del acto en si mismo. Las formalidades que se imponen en razón de la calidad o estado de las personas que en ellos intervienen, no son solemnidades, sino formalidades habilitantes o de protección de determinadas personas. Por eso, no todos los requisitos externos son solemnidades. Se distingue solemnidades propiamente tales, cuya omisión produce nulidad absoluta, nulidad relativa, ineficacia respecto de terceros o privación de un medio de prueba. No obstante que la regla general es que los contratos sean consensuales, hay muchos que son solemnes: La promesa de celebrar un contrato, que debe hacerse por escrito; la compraventa y permuta de bienes raíces, que precisan de escritura pública; todas las sociedades, que exigen escritura pública e inscripción en el Registro de Comercio; el mandato judicial, que exige escritura pública, igual que el que se otorga para vender, hipotecar o constituir cualquier derecho real o personal en inmuebles”. Vale decir que tales formalidades y solemnidades quedan sujetas en el mandato, a la ley del Estado donde se otorguen, según el artículo transcrito, con la excepción que contiene, debiendo respetarse en todo caso las solemnidades. En el Protocolo ya referido, no se habla concretamente de formalidades o solemnidades, excepto en el artículo VII que copiamos en la primera parte de este capítulo, pero es de suponer que siempre se ha dado cumplimientos a las mismas. Habrá que tener presente entonces, la redacción de los poderes, para saber que regla o principio se ha aplicado al conferirlo u otorgarlo, o sea a que la ley ha preferido sujetarse el poderdante.

“Artículo 3- Cuando en el Estado en que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme a la ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 7 de la presente Convención”. Esta disposición no nos merece ningún comentario y este lo reservamos para el artículo 7.

“Artículo 4- Los requisitos de publicidad del poder se someten a la Ley del Estado en que este se ejerce”. En la república únicamente los poderes que los comerciantes otorguen y que contengan cláusulas mercantiles y los poderes judiciales que se utilicen para diligencias que deban seguirse ante el Registro de Comercio, deben inscribirse en este Registro, de acuerdo con el Art. 13, número 4 de la ley de la materia, que ya hemos mencionado en otra parte de nuestro trabajo, al igual que los documentos por los cuales se modifiquen, sustituyan o revoquen los mencionados poderes. Este artículo modifica lo dispuesto en el artículo VII del Protocolo que ya hemos relacionado y que no exigía la formalidad de la publicidad.

“Artículo 5- Los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del Estado donde este se ejerza”. Esta es una disposición lógica, supuesto que únicamente la ley salvadoreña, para el caso, rige en El Salvador, pues podría darse validez a documentos que contengan órdenes o mandatos que se

pretenda realizarlos de conformidad con leyes extranjeras. Así, la compraventa, ha de sujetarse a lo que dispone nuestro Código Civil, etc.

“Artículo 6- En todos los poderes el funcionario que los legaliza deberá certificar o dar fe, si tuviere facultades para ello, sobre lo siguiente: a) La identidad del otorgante, así como la declaración del mismo acerca de su nacionalidad, edad, domicilio y estado civil; b) El derecho que el otorgante tuviese para conferir poder en representación de otra persona física o natural; c) La existencia legal de la persona moral o jurídica en cuyo nombre se otorgare el poder, y d) La representación de la persona moral o jurídica así como el derecho que tuviere el otorgante para conferir el poder”. En principio, el funcionario que cartula, por lo menos de conformidad con nuestra ley de Notariado, tiene facultades para dar fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y el literal a), de este artículo, confirma el artículo I, numeral 1 del Protocolo expresado, con la salvedad de que se debe hacer constar la nacionalidad y estado civil del compareciente, ya que los otros requisitos, estaban contenidos en dicho Protocolo, o sea pues, que ahora, según las convenciones o tratados que comentamos, ha de darse fe de la identidad del otorgante, de que se conoce al compareciente, si es que ello así fuere, de que tiene capacidad legal para el otorgamiento, así como de la declaración del mismo acerca de su nacionalidad, edad, domicilio y estado civil. El literal b) del artículo en comento, ratifica el artículo I, numeral 2 del Protocolo sobre uniformidad del Régimen Legal de los Poderes y los literales c) y d) ratifican el numeral 3 del mismo artículo, del aludido Protocolo y en cuanto a su comentario nos remitimos a lo que expresamos sobre dicho Protocolo.

“Artículo 7- Si en el Estado del otorgamiento no existiere funcionario autorizado para certificar o dar fe sobre los puntos señalados en el artículo 6, deberán observarse las siguientes formalidades: a) El poder contendrá una declaración jurada o aseveración del otorgante de decir la verdad sobre lo dispuesto en la letra a) del artículo 6; b) Se agregarán al poder copias certificadas u otras pruebas con respecto a los puntos señalados en las letras b), c) y d) del mismo artículo; c) La firma del otorgante deberá ser autenticada, y d) Los demás requisitos establecidos por la ley del otorgamiento. En este artículo se plantea la situación excepcional a nuestro entender, de que en el lugar donde se otorgue el poder no haya funcionario competente para autorizarlo, lo que podría explicarse en situaciones anormales de guerra o de calamidades públicas, en que habrán de cumplirse con los requisitos que este artículo prescribe, llamando la atención los literales c) y d), que parecen dar a entender lo contrario, ya que por lo menos en El Salvador, siempre se cuenta con un Notario en las ciudades más importantes del país, para que formalice cualquier poder. Creemos que contiene una modificación al artículo V del ya mencionado Protocolo, que exige la legalización de conformidad con las reglas especiales sobre legislación. De llegar a El Salvador un poder redactado con base en el artículo que comentamos, de la Convención citada, habría que darle validez, debiendo, naturalmente, quien haga uso de él, hacer cita de la Convención que lo ampara, por más que esta, por ser ley del Estado, se reputa conocida, conforme principio general.

“Artículo 8- Los poderes deberán ser legalizados cuando así lo exigiere la ley del lugar de su ejercicio”. Esta disposición ratifica el artículo V del susodicho Protocolo y ha de entenderse por legalización a nuestro juicio, estar autenticados por funcionarios competente.

“Artículo 9- Se traducirán al idioma oficial del Estado de su ejercicio los poderes otorgados en idioma distinto”. Esta es una cuestión elemental y obvia, pues mal podría darse uso a un instrumento redactado en un idioma que ninguna persona entendiese y que, aún entendiéndolo, no es el idioma oficial, para el caso de nosotros, el castellano, según lo dispone le Art. 62 de la Constitución. Aquí se ratifica el artículo 1 del Protocolo que comentamos primeramente.

“Artículo 10- Esta convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de poderes hubieran sido suscritas o se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes; en particular el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes o Protocolo de Washington de 1940, o las prácticas más favorables que los Estados Partes pudieran observar en la materia”. Esta es una disposición de fácil comprensión y no necesita ningún comentario.

“Artículo 11- No es necesario para la eficacia del poder, que el apoderado manifieste en dicho acto su aceptación. Esta resultará de su ejercicio”. Se ratificará aquí el artículo III del citado Protocolo, a cuyo comentario nos remitimos.

“Artículo 12- El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un poder cuando este sea manifiestamente contrario a su orden público”. El principio que contiene este artículo encuentra respaldo en los Arts. 144 a 149 de la Constitución Política, norma fundamental de nuestra república y no nos merece otro comentario.

Los artículos del 13 al 19 de la Convención de Panamá, se refiere a asuntos de ratificación, depósitos, apertura para adhesión de cualquier otro Estado, fecha de vigencia de la misma y otras materias que no creemos útiles comentar, por la naturaleza de nuestro trabajo.

Son pues el expresado Protocolo y la mencionada Convención, los únicos que regulan la materia relativa a los poderes, en el campo del Derecho Internacional, para los países que los suscribieron y ratificaron.

CAPITULO V

1. FORMAS DE TERMINACION DEL MANDATO JUDICIAL

“El legislador ha creído necesario señalar las causas de terminación que son propias de este contrato, sin perjuicio de que pueda extinguirse también, según las reglas generales, en cuanto le sean aplicables atendidas su naturaleza. En consecuencia, el mandato puede terminar por una convención en que las partes interesadas consientan en ponerle fin: Art. 1438, inciso 1º C. La resciliación que pierde gran parte de su importancia tratándose del mandato, pues basta la voluntad de cualquiera de las partes para ponerle término, tiene cabida en el y puede ser útil para los contratantes, ya que tanto la renuncia como la revocación puede generar o dejar subsistentes responsabilidades que la resciliación evitaría. La ejecución completa del negocio encomendado pone término al mandato. No es otra cosa que el pago efectivo de la obligación del mandatario. También puede terminar por novación, por cambio de mandatario, sea por cambio de mandante, si el mandatario acepta asumir la obligación por cuenta de este. También existe en caso de sustitución, siempre que el mandante autorice al mandatario para delegar el encargo y el mandatario delega. También termina el mandato por la transacción acordada entre mandante y mandatario, la cual puede referirse a todas o algunas de las obligaciones derivadas del contrato. Además, por la confusión en una misma persona de las calidades de mandante y mandatario, como cuando el socio mandatario se hace cargo del activo y pasivo de la sociedad. Como los demás contratos, cesa por el caso fortuito o la fuerza mayor que hace imposible su ejecución o cumplimiento: destrucción de la fábrica o tienda cuya administración se había confiado al mandatario, etc. Termina igualmente, por la declaración de nulidad. Por aplicación de las reglas generales, el mandante no podrá pedir la nulidad si confirió el mandato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. En el mismo supuesto, tampoco podrá pedir la de los actos ejecutados por el mandatario en cumplimiento del mandato nulo. Esta última conclusión en el entendido que los actos ejecutados por el mandatario, en tales condiciones, serían válidos, aunque inoponibles al mandante.” 1

1/ El Mandato Civil: David Stitchkin Branover. Editorial Jurídica de Chile. Tercera Edición, Págs. 389 y 390.

Las formas de terminación del mandato judicial aparecen diseminadas en nuestro Código de Procedimientos Civiles sin ningún método claro como el contenido en los Arts. 1923 y siguientes del Código Civil, puesto que la sustitución y revocación aparecen un poco distantes la una de la otra, siendo las únicas que se mencionan como tales, sin perjuicio de que todas las causales a que se refiere la legislación civil, tienen aplicación en el campo judicial, como veremos más adelante, al igual que las señaladas en la primera parte de este capítulo, según lo comenta el autor de quien transcribimos una parte de su obra El Mandato Civil, excepto la transacción y la nulidad, más propias del mandato civil, según nuestro modesto entender.

1.1 LA SUSTITUCION

El Art. 110 Pr. especifica que la sustitución de todo poder se extenderá al pie o a continuación de el, excepto cuando estuviere agregado a los autos, en cuyo caso podrá hacerse la sustitución en otro lugar, citando el folio en que aquel se encuentra. En ambos casos ha de usarse la fórmula del acta notarial. Un modelo que se adapta a nuestro gusto, es el siguiente: “NUMERO DOSCIENTOS CATORCE. En la ciudad de San Salvador, a las nueve horas del día veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve. Ante mí, Bonifacio Argueta, Notario, de este domicilio, comparece doña Yolanda Castro de González, de cincuenta años de edad, de las atenciones del hogar, del domicilio de Jiquilisco, a quien conozco, con cédula de identidad persona número cinco-dos-cero cero siete mil setecientos cuarenta y cuatro y DICE: Que confiere PODER GENERAL JUDICIAL, al doctor o licenciado Pedro Campos, mayor de edad, abogado, de este domicilio, para que en su nombre inicie, siga y concluya, toda clase de juicios o simples diligencias, de naturaleza civil, penal, laboral, administrativa o de cualquier otra naturaleza, como actor o como reo, por todos los trámites e instancias de derecho y ante toda clase de tribunales, autoridades u oficinas, facultándole especialmente, para que acuse o denuncie criminalmente a cualquier persona que delinca contra la integridad física o moral y bienes de la otorgante, la represente en conciliaciones civiles, laborales o de tránsito; interponga el recurso de casación en los casos que fuere procedente y promueva o tome parte en los procesos constitucionales en que la otorgante tenga interés. Que para todo lo anterior, le confiere las facultades generales del mandato, la de transigir y las demás especiales que enumera el artículo ciento trece del Código de Procedimientos Civiles, todas las cuales expliqué a la otorgante, cerciorándome de que las conoce, comprende y concede a su mandatario, al que faculta además, para sustituir este poder en todo o en parte, teniendo el sustituto o sustitutos, las mismas facultades, inclusive la de sustitución, revocar sustituciones- y hacer otras. Expliqué a la compareciente los efectos legales de esta escritura y leído que se la hube, íntegramente, en un solo acto, la ratifica y firmamos, de todo lo cual DOY FE.- YOLANDA DE GONZALEZ.- BONIFACIO ARGUETA.- RUBRICADAS.- PASO ANTE MI, del folio doscientos noventa y ocho frente y vuelto del LIBRO SETENTA de mi PROTOCOLO que caduca el día dieciocho de agosto del corriente año y para ser entregado este testimonio al doctor o licenciado PEDRO CAMPOS, lo extendiendo, firmo y sello en San Salvador, a veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y nueve”. Siguen la firma y sello del Notario.- A continuación: “En la ciudad de San Salvador, a las diez horas del día veintiocho de enero de mil novecientos ochenta y nueve. Ante mi y por mi, PEDRO CAMPOS, Notario, de este domicilio, OTORGO: Que el anterior PODER GENERAL JUDICIAL conferido a mi favor, en esta ciudad, a las nueve horas del día de ayer, ante el Notario Bonifacio Argueta, por doña YOLANDA CASTRO DE GONZALEZ, de cincuenta años de edad, de las atenciones del hogar, del domicilio de Jiquilisco, con expresas instrucciones de mi poderdante, lo sustituyo en todas sus partes a favor del mencionado doctor o licenciado Bonifacio Argueta, o del mandatario que se indique--- quien es mayor de edad, abogado, de este domicilio, para

que lo ejerza conforme a derecho y sin limitación alguna. Leo esta acta notarial que consta de dos hojas, en un solo acto e íntegramente, la ratifico, firmo y sello, de todo lo cual DOY FE. La firma y sello del Notario. Se omite la explicación de los efectos legales del acta notarial, por ser notario quien la suscribe. La sustitución puede ser total o reservarse quien sustituye, la facultad de obrar o actuar conjunta o separadamente con el sustituto, según convenga o se le haya instruido sobre el particular. En la práctica, como los notarios no pueden autorizar poderes a su favor, lo autorizan a nombre de un colega amigo y luego redactan el acta de sustitución total a favor de ellos, para hacer uso del poder, que es el que concede la representación y no contiene, como es lo usual, los términos específicos del mandato, que generalmente se hacen constar en instrumentos que se firma por separado, por más que en la mayoría de los casos, según nos exponen abogados de experiencia, la mayoría de los profesionales trabaja basado exclusivamente en la confianza que tiene en sus clientes y recíprocamente. He aquí la diferencia con el mandato civil general administrativo con o sin cláusula especial o especial propiamente dicho, en que el instrumento que lo contiene detalla todos los términos del mandato, excepto casi siempre el relativo a la remuneración del mandatario, lo que ocasiona muchos problemas en la práctica, pues se sostiene por muchos que rige el principio del Art. 1580 C., aunque que otros piensan que como lo que se va a demostrar es el hecho del mandato, no cabe la limitación que contiene ese artículo. Esta última postura nos parece más aceptable.

No dice la ley cuando puede tener lugar la sustitución y en su silencio, ha de concluirse que en cualquier época o tiempo, es decir que el mandatario no tiene ninguna limitación al respecto, a menos que se la haya impuesto el mandante, con apego a la libertad contractual. Naturalmente que la facultad de sustituir ha de expresarse en. Poder o por lo menos, no prohibirla, y si se ha indicado en quien debe hacerse la sustitución, ha de respetarse tal mandato u orden, operándose un nuevo mandato en el último caso, en el cual, por lógica, el mandatario que sustituye, queda exento de toda obligación o responsabilidad para con el mandante, la que pasan a cargo del sustituto. En el otro caso, el mandatario, sustituyendo en persona que sea capaz, no tiene ninguna responsabilidad, porque se le había facultado para sustituir, sin designarle el sustituto. Así, tampoco la tiene cuando hay silencio al respecto, es decir, que no hay prohibición; pero queda obligado con el mandante. Si hay prohibición para nombrar sustituto, es obvio que no puede operar la sustitución y caso de realizarse, no vale, quedando el mandatario siempre responsable con el mandante, vale decir que subsisten sus obligaciones tal como las contrajo inicialmente con el poderdante.

En presencia de la sustitución del poder o mandato judicial, habrá esperar a que el nuevo mandatario se muestre parte y se le tenga por tal en el proceso, para que el anterior o anteriores mandatarios queden relevados, en el caso de la sustitución total, siendo claro que si la sustitución es parcial, o sea para actuar conjunta o separadamente, todo queda igual entre el antiguo mandatario y el mandante, y entre el nuevo mandatario y el, habrá obligaciones, dependiendo, según hemos dicho, si tal acto ha sido autorizado o no y si se ha autorizado que recaiga en determinada persona o por el contrario, hay prohibiciones sobre el particular. Todo lo anterior en relación con el inciso segundo del Art. 110 que hemos citado y lo que dispone el Art. 1895 C., reglando el último inciso del referido Art. 110, la sustitución del sustituto a otro, en la que operan las mismas reglas o principios, sin dejar de tener presente y esto es cuestión de lógica, las disposiciones de los Arts. 1896 a 1898 C., anotando que la sustitución, en lo civil, no figura expresamente como causal de terminación del mandato: Art. 1923; pero lo es, cuando es total. El mandatario, entonces, como exponemos, habrá de esperar a que el sustituto se apersona en el juicio, para quedar libre de responsabilidad: así lo exige el Art. 115, numeral 3º. Pr.

1.2 LA REVOCACION

también termina el mandato judicial por la revocación del poder, lo cual queda sujeta al arbitrio o capricho del mandante—por eso tiene su contrapartida en la renuncia del mandatario, y puede tener lugar, es evidente, en cualquier momento o época, sin que el mandatario quede ligado con ninguna responsabilidad con el mandante, excepto las que señala el Art. 118 Pr., sin perjuicio de lo estipulado en los Arts. 1925 y 1926 C., este último para exigirle el mandante al mandatario, la devolución de documentos que le hubiere confiado, que, si están agregados a los autos, así seguirán a la orden del nuevo mandatario que se apersona, si es que no lo hace personalmente el mandante: Art. 120 Pr.: que no debe olvidarse. Es, como expresamos, una consecuencia de lo que dispone el Art. 1925 C.

La revocación puede ser expresa o tácita. La tácita es el encargo del mismo negocio o juicio o distinta persona. Si el primer mandato es general y el segundo especial, subsiste el primer mandato para los negocios no comprendidos en el segundo. Art. 1924 C. En el aspecto judicial la revocatoria tácita opera plenamente para el caso o juicio, en que interviene el mandatario, aunque el poder de el sea amplio: no se concibe como puede estar interviniendo en un proceso, si este se le ha confiado a otro mandatario, pues es lógico que cuando actúa conjuntamente con otro que posteriormente se muestra parte, no hay ni sustitución ni revocatoria de su mandato. En el juicio opera desde que el nuevo mandatario es tenido por parte: Art. 118 Pr., en relación con el Art. 115 N^o 4^o también del Pr. Hay que hacer notar que el Art. 119, de este Código se refiere a los casos de representantes legales y no procuradores propiamente dichos, por más que entre estos esté comprendido el Ministerio Público, que con mucha más razón no puede abandonar ni desatender ningún juicio.

Si la parte comparece por sí en juicio, no por eso se entiende que revocar el poder conferido, si no es que así lo manifieste expresamente, tal como lo estatuye el Art. 120, por razones obvias, puesto que el apersonarse indica más celo en la atención de su propio asunto y puede seguir confiando en su mandatario.

David Stitchkin Branover, en su ya citada obra El Mandato Civil, nos manifiesta que por “regla general el mandante puede revocar a su arbitrio, por lo que no necesita fundar su resolución de poner término al mandato, ni explicar las razones que le mueven, ni justificar faltas o abusos del mandatario, motivo por el cual, al revocar, no ofende al mandatario por ese solo hecho, aunque lo avise por cualquier medio, pues ejerce un derecho que la Ley le confiere en resguardo de sus intereses”. “La revocación es procedente aún cuando se hubiere estipulado remuneración por los servicios, pues la Ley no distingue y lo más usual es que el mandato sea remunerado. No puede decirse que deja de cumplir lo pactado. A lo más, puede reclamársele en proporción a lo que se le ha servido”. “La facultad de revocar el encargo es una cosa de la naturaleza del mandato, no de su esencia, por lo que es lícito pactar la irrevocabilidad del mismo. O sea que el pacto de irrevocabilidad es lícito, supuesto que la Ley no lo prohíbe, porque esa facultad de revocar mira al interés individual del mandante, exceptuándose el caso del mandato general de administración de bienes, pues constituiría un caso de incapacidad relativa que solo puede tener origen en la Ley. Aún pactada esa condición, del mandato puede terminar por cualquier otra causa legal, como la muerte de cualquiera de los contratantes”, es obvio. En lo judicial, ante un mandatario irresponsable, solo que daría al mandante el nombramiento de otro procurador, para que actúe en forma separada. “Se requiera la misma capacidad para revocar que para conferir el encargo”.

Las revocaciones judiciales, totales o parciales, pueden hacerse por medio de escritura pública, por medio de escrito presentado al Juez de la causa apud acta o en la forma que señala el Art. 23 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, sirviendo este último más exactamente para notificar por medio del notario al apoderado o apoderados

que se originan del mismo contrato, la revocatoria del poder. Tomando como base el modelo de poder cuando comentamos la sustitución, la revocación continuaría así: Número doscientos veinte. En la ciudad de San Salvador, a las diez horas del día veinte del marzo del mil novecientos ochenta y nueve. Ante mí, Bonifacio Argueta, Notario, de este domicilio, comparece don Cándido Pérez, -- generales y DICE: que revoca en todas sus partes el poder general judicial que confirió a favor del doctor o licenciado Adán Argueta, quien es mayor de edad, abogado, de este domicilio, según escritura pública otorgada en esta ciudad, a las nueve horas del día cinco de febrero del año en curso, ante mis oficios. Expliqué al compareciente los efectos legales de esta escritura.... A continuación y al pie del testimonio: En la ciudad de Ante mí, Bonifacio Argueta, Notario, de este domicilio, comparece don.... y DICE: que de conformidad con el artículo veintitrés de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, me pide que notifique al doctor o licenciado Adán Argueta, mayor de edad, abogado, de este domicilio, la revocatoria que contiene la anterior escritura pública. Expliqué al otorgante los efectos legales de esta acta notarial.... Después y seguido: Como lo pide. Hágase la notificación solicitada: En la ciudad de San Salvador, a las--- horas del día..... notifiqué al doctor o licenciado Adán Argueta la revocatoria contenida en la escritura pública que antecede, leyéndosela íntegramente, quedó entendido y firma---- o no firma, por no querer----. Devuélvanse o entréguese originales estas diligencias a don.... Es la forma más efectiva de hacer saber la revocatoria, sobre todo si se tienen dudas sobre la buena fe del mandatario o quien se revoca el poder que se le había conferido.

También puede presentarse escrito al juez de la causa manifestándole que se revoca al poder con que actúa el doctor o licenciado X, al que se ruega hacerle saber la revocatoria, para los efectos legales, consiguientes. O bien, por último y todo porque la Ley no lo prohíbe: Art. 1238 Pr., comparecer ante el mismo Juez y en acta que este debe levantar, hacerle saber que revoca el poder conferido a y, rogándole hacerle saber tal revocatoria. El Juez notificará al apoderado que su poder ha sido revocado y quedará en espera de que el interesado se muestre parte personalmente en el proceso o por medio de mandatario. Estas mismas formas pueden ocuparse o servir para la sustitución.

Concluimos con que el mandatario, naturalmente, tiene obligación de entregar al mandante que revoca su poder, todos lo que el le hubiere proporcionado para su defensa: documentos de toda especie, incluidas cintas magnetofónicas, etc., pues ante su negativa, podrían aquel negarse justamente a retribuirle cualquier saldo de honorarios y en el supuesto de haberle pagado totalmente, no queda más remedio al mandante que hacer el reclamo por la vía ordinaria correspondiente, es decir, primero en forma amistosa y por último, judicialmente: Art. 1926 C.

2. EXPIRACION DEL PLAZO Y OTRAS CAUSAS DE TERMINACION DEL MANDATO JUDICIAL.

En la parte meramente judicial, solo existen la sustitución y la revocación como causal de terminación del mandato: El Código de Procedimientos Civiles no se refiere a otras; pero ya hemos advertido que este contrato no puede escapar a las otras reglas generales que en forma más sistemática y clara enumera el Art. 1923 C., Así: El mandato termina; 1) por el desempeño del negocio--- o proceso--- para que fuere constituido. Como lo dice el autor que citamos al principio de este capítulo, "la ejecución completa del negocio pone término al mandato, pues no es otra cosa que el pago efectivo de la obligación del mandatario". Si fue contratado para un juicio de divorcio, concluido este, allí termine su mandato.

2) Por la expiración del término o por el evento de la condición prefijada para su terminación. No hay ninguna disposición que prohíba este pacto en lo judicial, más común en el aspecto civil.

3) Por la revocación del mandante. Esta revocación puede ser expresa o tácita y depende del puro arbitrio o capricho del mandante: Arts. 1924 a 1926 C.. Produce efecto desde que el mandatario tiene o ha tenido conocimiento de ella, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 1931 C.

4) Por la renuncia del mandatario, con la limitación contenida en el Art. 1927 C. o sea de que la misma no pone fin a las obligaciones del mandatario, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados, so pena de lo dispuesto en el inciso 2º del mismo artículo.

5) Por la muerte del mandante o del mandatario. Esto porque es contrato intuito-persona, que tiene por fundamento la confianza en el mandatario y recíprocamente; pero el mandato judicial no concluye ipso facto, puesto que el mandatario deberá pedir que se cumpla con lo dispuesto en el Art. 231 Pr., si representa al demandado o lo que ordena los Arts. 1928 y 1929 C., si representa al demandante.

6) Por la quiebra o insolvencia del uno o del otro. Esto es natural porque se pierde la confianza mutua que debe existir entre el mandante y el mandatario.

7) Por la interdicción del uno o del otro. Como en ambos casos se pierde la libre administración de bienes y se cae en el campo de la curaduría, es lógico que termine el mandato.

8) Por la cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas.... Se refiere al caso de personas jurídicas, de derecho, privado o de derecho público y las razones son obvias.

CONCLUSIONES

De los elementos generales, y al finalizar el desarrollo del tema objeto de nuestro estudio, tomando en cuenta los conceptos vertidos en el mismo, nos atrevemos a formular las conclusiones que expresamos a continuación:

1) Habrá de significar un auténtico y eficaz punto de partida, el hecho que las regulaciones contenidas en el título pertinente del Código Civil, respecto del CONTRATO DE MANDATO, son normas supletorias de la voluntad de las partes, aplicables en ausencia de una regulación convencional; puesto que los sujetos de derecho, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, tienen libertad de introducir o crear cláusulas dentro de las convenciones que celebran, siempre que estas se mantengan dentro del marco legal y respeten el orden público, so pena de volver ineficaz o nulo el negocio jurídico de que se trate.

De los elementos generales se desprende que nuestro ordenamiento legal sigue la corriente de Don Andrés Bello, bifurcándose en este punto de las viejas doctrinas que identificaban el MANDATO con la REPRESENTACION, que ya fue superada en la mayoría de las Legislaciones. En apoyo a esta aseveración, mencionamos a título de ejemplo, los artículos 1875 y 1911 C., que preceptúan que el MANDATO es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera; y que el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante, si contrata a su propio nombre no obliga respecto de terceros a su mandante, situación que se presenta, en el caso del mandato sin representación.

Por ello, somos del sentir con la doctrina que afirma, que la representación y el mandato son instituciones autónomas y diferentes, aunque ello no implica que no puedan coexistir, como ocurre generalmente en la vida diaria, en que lo corriente es otorgar un mandato o encargo, y a la vez, investir al mandatario del Poder de representación.

Las figuras en comento, presentan notas características y distintivas, y la idea de que el mandato engendra representación ha sido superada en el Derecho Moderno. La representación puede tener su fuente en la voluntad del representado, mediante el acto jurídico que se conoce como APODERAMIENTO, acto unilateral, mediante el cual el Poderdante expresa su voluntad de conferir facultades de representación, con los formalismos que la ley prescribe, en todo lo que no esté previsto en la misma, regido por las correspondientes normas del Código de Procedimientos Civiles, como cuando se confiere para la comparecencia judicial.

La representación, decíamos, puede tener su fuente en la voluntad de las partes, una vez aceptado el poder: en el decreto judicial o en el mandato del legislador para suplir la falta de capacidad de ciertas personas, caso de los representantes legales que cita el art. 41 C.: "Son representantes legales de una persona, el padre o madre, bajo cuya potestad vive; su tutor o curador general; y lo son de las personas jurídicas, las designadas en el art. 546". Cuando simultáneamente se otorga un mandato y se confiere, al mandatario las facultades de representar al mandante, no encontramos ante dos negocios jurídicamente distintos, aunque pueden ir formalmente unidos, pero en todo caso son distintos.

El nacimiento y extinción de la representación y el mandato pueden no coincidir y sus efectos ser diferentes, por lo tanto con base en las consideraciones anteriores, es necesario desvincular las nociones de representación y mandato, y dar a aquella la independencia y características que le son propias.

El mandato puede asumir la forma de gratuito que es la excepción, y la de oneroso que es la regla general. En ambas hipótesis, los contratantes resultan obligados recíprocamente, de donde se desprende que nuestro contrato de MANDATO resulta ser bilateral.

La práctica de la vida cotidiana prueba que lo normal en nuestro medio es conferir mandatos generales y en ellos incluir cláusulas o facultades especiales, pero lo que interesa tener presente, es cuando el mandatario necesita de poder especial para llevar a cabo su gestión o encargo.

No toda actuación o negocio podemos realizarlo por nosotros mismos, o no podemos hacerlo en forma personal y especialmente en el caso de que el asunto tenga que realizarse en otro país, sobre todo si este se encuentra en gran distancia, siendo necesario en tal caso, conferir mandato con representación a persona de nuestra confianza, para la atención particular de nuestros asuntos; sin olvidar, que las gestiones judiciales si no somos abogados, podemos atenderlas directamente, aunque con la firma de un abogado director.

++++

2) Por otra parte, nada ha establecido el legislador en lo relativo a la capacidad del mandante, por lo que cabe aplicar las reglas generales. Asimismo la regla general de la capacidad legal de una persona también rige para el mandatario, que debe ser una persona capaz de contratar o, en caso de ser incapaz relativo, debe aceptar el cargo con autorización de su representante legal, pues si acepta el encargo, sin dicha autorización, el mandato es nulo relativamente y puede exonerarse de cumplir con las obligaciones que contrajo oponiendo la excepción de nulidad, sin perjuicio de que el mandato pueda validarse por la ratificación del incapaz. Los absolutamente incapaces no pueden ser mandatarios, sus actos no producen ni aún obligaciones naturales.

En términos generales, cualquier acto es susceptible de admitir representación, excepto aquellos actos lógicamente indelegables.

3) Los superiores principios ideológicos condicionan que fuera de los casos la ley cita en forma taxativa- aquellos en que es indispensable el mandato especial – o el mandato general en cláusula especial- es preciso tomar en consideración por la libertad contractual, que aún no siendo realmente necesario un poder especial para ejecutar o llevar a cabo determinado acto, el mandante puede otorgar poder especial al mandatario, pues no existe ninguna prohibición ni limitación al respecto y esto refiriéndonos siempre al mandato puramente civil, puesto que no entramos al campo del mandato mercantil; porque de igual manera el mandato puede ser civil, comercial o judicial, como ya lo señalamos, según la naturaleza del negocio que se encomienda. Así, será comercial cuando el negocio cometido sea un acto de comercio; judicial cuando consista en la comparecencia en juicio a nombre de otro – o en asuntos administrativos – y civil cuando el negocio cometido sea un acto civil.

En todo caso las facultades conferidas a los representantes, varían de acuerdo a la clase a que pertenezcan, así la representación que ejercen los padres de familia sobre sus hijos no emancipados es más amplia que la de los curadores, a los que la ley, en consideración a los intereses y protección del pupilo impone ciertas cargas y limitaciones, para el caso la práctica de inventario de los bienes del representado, obligación de rendir cuentas al final de su gestión, la obligación de rendir caución. Es así que los representantes de las personas jurídicas limitan su acción a las atribuciones que la ley de creación o el instrumento respectivo, - Escritura Social – establecen, y por ello se afirma que la capacidad de dichos entes está circunscrita a la finalidad para la cual han sido creados, y respecto a la celebración de los actos no comprendidos en su giro normal y ordinario que considera incapaces.

4) Las experiencias ricas y diversas muestran que la constitución del mandato por medio de Escritura Pública, es el medio más idóneo para comprobar el mandato en si y para determinar a cabalidad, la finalidad u objeto de encargo que se confiere al mandatario, y porque frente a disputas entre ambas partes contratantes, mandante y mandatario, la solución devendrá fácil y el Juez, caso de llegar el asunto a sus manos no tendría más que aplicar la prescrito en el contrato o bien las reglas de interpretación de los mismos; pero parece poco afortunada que se permita la constitución de mandato por los otros medios que el art. 1883 C. menciona, por la dificultad probatoria del contrato y sus consecuencias.

Es por ello, que a manera de resumen y concluyendo podemos señalar las principales diferencias entre MANDATO Y EL PODER DE REPRESENTACION:

- a) El mandato emana siempre de un contrato, la representación puede ser legal o voluntaria.
- b) El mandato es un contrato, un acto jurídico bilateral, la representación es un acto jurídico unilateral que no necesita aceptación ni conocimiento del apoderado.
- c) El mandato contiene obligaciones mutuas a cargo de las partes contratantes, la representación no origina obligaciones de ninguna clase, ya que su finalidad estriba en autorizar o facultar para que el representante, acuerde o realice actos o contratos que puedan afectar la esfera patrimonial del apoderado.
- d) El mandato determina las relaciones jurídicas que se producen entre partes contratantes, la representación determina las relaciones jurídicas entre el poderdante y terceros.
- e) El mandato es contrato principal, la representación es acto jurídico unilateral que no accede a ningún otro acto jurídico, sino comúnmente al otorgamiento de un contrato.

5) Sin embargo y ya sobre otro punto de nuestro estudio, no hemos de olvidar que a partir de 1963 en todo juicio y diligencia escrita, toda petición deberá llevar la firma del abogado director y que en todo caso, el cesionario de derechos deberá comparecer por medio de procurador, si el mismo no lo fuere,

disposición legal que garantiza casi a plenitud, que las peticiones o planteamientos se hagan con más técnica, más conforme a derecho.

No obstante, el otorgamiento de poder para comparecer en juicio continua siendo potestativo. Lo que no es potestativa es la obligación de contar con la firma de un abogado director para el pleito.

Pero pecaríamos de insinceros si soslayásemos que nuestra legislación procesal no contiene un concepto de procurador, no obstante, de conformidad con el art. 98 Pr. ha de entenderse que es todo aquel que puede comparecer en juicio por derecho propio o en representación de otra persona, velando por sus intereses, de tal forma que la procuración encierra la idea de la representatividad, integrando la noción de la abogacía en general, por lo menos en nuestro país.

Por eso afirmamos, que la profesión de abogado es de interés público, puesto que actúa en la administración de justicia y coopera al mantenimiento del orden jurídico.

El afán de organización, pero sobre todo la defensa de la ley y de la justicia es función normal y propia del abogado, quien debe respeto y consideración al magistrado y este debe exigir respeto, sino a título personal, si, como representante de la justicia. La majestad de la justicia no admite ofensa, por leve que sea.

Normalmente la función de abogado estriba en aconsejar a la parte, tanto en las cuestiones de fondo como en las procesales; redactar minutas de los escritos cuando exigen una especial doctrina jurídica y, particularmente redactar los escritos y las memorias de defensa; finalmente desarrollar oralmente en la audiencia las razones que asisten a la parte, caso en el cual, asume también la representación de esta.

El dualismo de ABOGADO Y PROCURADOR persiste en derechos modernos por el enlace que existe en el tipo de procedimientos. La multiplicidad de actuaciones propias del proceso escrito, favorece la supervivencia de una profesión autónoma cuyo objeto principal es el gobierno del procedimiento, la simplicidad del procedimiento oral tiende a hacer una, dos profesiones una sola, la del abogado, el cual conduce a la vez el proceso y dirige la causa, pudiendo repartir en el interior de su bufete el trabajo de orden formal con sus pasantes. En Alemania y Austria el dualismo ha desaparecido y no hay más que una profesión. El dualismo está entendido diversamente por los ordenamientos legales que lo permiten donde como simple distinción de funciones, la misma persona puede ser abogado y procurador aún en la misma causa, como por ejemplo Italia.

Para poder ejercer el cargo de abogado y procurador se requieren requisitos y condiciones regulados por la ley del ejercicio de las dos profesiones. En el caso de los abogados, la forma de obtener autorización para el ejercicio de su profesión, así como las incapacidades, etc. está regulada por la Ley Orgánica Judicial y por las respectivas normas de derecho procesal, pero respecto a los procuradores hay un vicio legal, y la institución de la procura como fue entendida en el pasado, ya no existe en la actualidad, y no se comprende la insistencia de la ley de separar estas dos actividades, ya que como reiteradamente se expuso en su oportunidad en el desarrollo pertinente de este tema, el ejercicio de abogado lleva invívita la procuración.

Además existe una falta absoluta de precisión para determinar el concepto de abogado, no solo entre personas legas al ordenamiento jurídico, sino hasta en el ordenamiento legal que regula esta institución.

En la mayoría de países del mundo, los solos estudios universitarios de derecho, no dan a quien los ha concluido la LEGITIMACION para ejercer la

profesión de la abogacía. Existen variados sistemas en los cuales para que el estudiante que haya recibido su título o grado universitario, puede ser admitido en los Colegios de profesionales por ejemplo países que adoptan el Sistema de Colegiación Obligatoria y por los tribunales, para desempeñar las tareas propias de esta profesión. Entre nosotros hasta la conclusión de la carrera universitaria de Licenciado o Doctor en Ciencias Jurídicas, y el mero trámite administrativo ante la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, con los requisitos que exige la Ley Orgánica Judicial, para autorizar en el ejercicio de la abogacía.

Es así que la intervención del abogado en los asuntos judiciales y en los diversos procesos, presenta variados grados de intensidad, el profesional del derecho actúa en ocasiones como auxiliar, asesor, consultar de las personas que solicitan sus servicios, en otros casos intervienen como verdadero accionista, que coopera directamente con la parte, pero considerando que en el proceso penal por ejemplo, se prevé el defensor de oficio, quien está garantizando el derecho de defensa y audiencia. En algunos casos el abogado limita su labor al patrocinio de los litigantes, o a la consultoría jurídica, pero su intervención puede ser de tal intensidad que se convierte en un procurador judicial que sustituye a la parte en la defensa de sus derechos, y tome por su cuenta el asunto para ello, revestido del poder de representación, con las consecuencias pertinentes, punto ya tratado.

Como sostuvimos en su oportunidad la doctrina y algunas legislaciones distinguen el quehacer del abogado en dos tipos de actividades EL PATROCINIO Y LA PROCURACION, con el patrocinio el ámbito del profesional está restringido a orientar, aconsejar, asesorar y guiar a su cliente, pudiendo acompañarlo a las diligencias o actos procesales y hablar por el, es decir que no actúa el solo, sino a la presencia del titular del derecho o de demandado, sino que se puede decir que actúa cooperando con la parte.

En la procuración como se dijo, el profesional sustituye a la parte en las gestiones ante el Organismo judicial, es decir, comparece en su lugar y toma sobre sí el contrato con el Oficio Judicial, pidiendo justicia y velando por la defensa de los derechos de su patrocinado, de tal forma que el procurador constituye un defensor activo. Lo dicho significa que la procuración involucra una intervención de mayor intensidad y grado, el abogado no se limita a orientar o asesorar a su cliente, sino que actúa por el, los representa.

6) Como último punto queremos señalar que no es indispensable argumentar el peso la significación de estos problemas, ya que las formas de terminación de Mandato Judicial aparecen diseminadas en el Código de Procedimientos Civiles, sin ningún método claro como el contenido en los artículos 1923 y siguientes, puesto que la sustitución y revocación aparecen un poco distantes la una de la otra, siendo las únicas que se mencionan como tales, que son más adecuadas en el mandato civil.

Por otro lado la ley no dice cuando puede tener lugar la renuncia y en su silencio, ha de concluirse que en cualquier época, con la limitación que le impone al mandatario el art. 1927 C. a menos que se le haya impuesto un plazo, con apego a la libertad contractual.

Por último y como definitivo elemento esclarecedor cabe añadir que, la facultad de sustituir ha de expresarse en el poder o por lo menos, no prohibirla, el Poderdante, quedando el mandatario que sustituye con autorización de su mandante, exento de toda obligación o responsabilidad para con este, la que pasa a cargo del sustituto.

Es tal que el mandato judicial termina también por la revocación del poder, la cual está sujeta a la voluntad del mandante – por eso tiene su contrapartida en la renuncia del mandatario-, y puede tener lugar, es evidente, en cualquier momento o época, sin que el mandatario quede ligado con ninguna responsabilidad con el mandante.

De las básicas premisas adoptadas podemos concluir que si la parte comparece por sí en juicio por eso se entiende que revoca el poder conferido, sino es que así lo manifiesta expresamente, tal como lo estatuye el art. 120, por razones obvias puesto que el apersonarse indica más celo en la atención de su propio asunto y puede seguir confiando en su mandatario.

Las revocaciones judiciales totales o parciales pueden hacerse por medio de Escritura Pública, por medio de escrito presentado al Juez de la causa, o apud o en forma que señale el art. 23 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras diligencias, sirviendo este último exactamente para notificar por medio del notario al apoderado o apoderados la revocatoria del poder.

El mandatario, por tanto, tiene la obligación de entregar al mandante que revoca su poder, todo lo que hubiere proporcionado para su defensa, los documentos de toda especie, incluidas cintas magnetofónicas, etc., pues ante su negativa, podría aquel negarse justamente a retribuirle cualquier saldo de honorarios y en el supuesto de haberle pagado totalmente, no queda más remedio al mandante que hacer el reclamo por la vía ordinaria correspondiente, es decir, primero en forma amistosa y por último judicialmente.

BIBLIOGRAFIA

1- ALESANDRI RODRIGUEZ ARTURO y SOMARRIVA UNDURRAGA MANUEL, "CURSO DE DERECHO CIVIL", TOMO IV FUENTES DE LAS OBLIGACIONES: Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1942.

2- ARRIETA GALLEGOS FRANCISCO: "EL ABOGADO", Trabajo inédito.

3- BIELSA RAFAEL: "LA ABOGACIA", 3ª Edición.

4- CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO: "DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL": Editorial Heliasta S.R.L., 4ª Edición, agosto de 1980.

5- CASTILLO Y LARRAÑAGA JOSE y DE PINA RA: "INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL", Editorial Porrúa", S.A. México.

6- CLARA OLMEDO JORGE: "DERECHO PROCESAL", Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1ª. Edición, 1982.

7- CLARO SOLAR LUIS: "EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO Y COMPARADO", Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1902 – 4, 2ª. Edición, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978.

8- COUTURE EDUARDO J.: "FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL: Tercera Edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1977.

9- DEVIS ECHANDIA HERMANO: "COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL".

10- GOMEZ LARA CIPRIANO: "TEORIA GENERAL DEL PROCESO", Editorial Villicaña, S.A. Octubre de 1983.

11- HERRARTE ALBERTO: "DERECHO PROCESAL PENAL" Editorial José de Pineda Ibarra, Guatemala, 1978.

12- IHERING RUDOLF VON: "LA LUCHA POR EL DERECHO".

13- OSSORIO ANGEL: "EL ALMA DE LA TOGA". 8ª. Edición.

14- PRIETO CASTRO "CUESTIONES DE DERECHO PROCESAL" Instituto Editorial REUS, Preciados, 23 y 6, MADRID 1947.

15- STITCHKIN BRANOVER DAVID: "EL MANDATO CIVIL", Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, agosto de 1975.
ANEXOS

Disposiciones legales que tienen relación el mandato civil, mercantil y judicial propiamente dicho.

1- Código Civil: arts. 804, 819, 822, 839, 1013, 1105, 1184, 1875 a 1913.

2- Código de Comercio: arts. 1 a 5, 17, 18, 126 a 128, 362, 456, 458, #2, 469, 1083 a 1097.

3- Código de Procedimientos Civiles: arts. 4, 5, 11 a 17, 20, 21, 41, 80, a 97, 98 a 123, 131, 141, 190, 208, 211 a 218, 220 a 234, 224, 437 a 439, 455, 464, y siguientes, 115 con sus obligaciones relaciones: arts. 1152, 1182, 1009, 1239 y siguientes, 1242 a 1245, 1250 a 1252, 1272 a 1273, a 1276, 1284, 1289, 1293, 1296, 1299.

4- Ley relativa a la Procuraduría (Procuraduría en particular): pendiente de investigación, pues hasta ahora no hemos podido encontrar quien nos de información de ella.

5- Disposiciones legales especiales sobre juicios mercantiles, del sistema financiero propiamente dicho y otras:

a) Constitución Política: arts. 2, 8, 11, 12, 14, 15, 18, 23, 101, 102, # 12, 100, 109, 193, 194, 246.

b) Ley del Registro de Comercio: arts. 14, 64 literal a) y 134.

c) Reglamento de la Ley del Registro de Comercio: arts. 4, 7, 8, 22 a 25.

d) Ley de Procedimientos Mercantiles: art. 5

e) Ley de Casación: arts. 10 y 23

f) Ley de Notariado: arts. 32, 33, 34, 35, 43, 44

g) Ley Orgánica Judicial: arts. 51, 4, 69 # 1, 85 #1, 140 y siguientes.

h) Ley del Banco de Fomento Agropecuario: arts. 9, 10, 21, 52, 54, 56, 58, 62, 65.

i) Ley del Fondo Social de la Vivienda: arts. 8, 27, 30, 63.

6- Ley de Titulación de Predios Urbanos: art. 20

7- Ley de Extranjería: art. 38 lit. i.