

CAPITULO SEGUNDO (1)

Capacidad general de los órganos jurisdiccionales.

(Organización judicial) (2).

§ 19

Conceptos generales.

I. *Oficios y órganos judiciales.*—Si las diversas facultades contenidas en el poder jurisdiccional (§ 18), pueden abstractamen-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Para dar la mayor unidad sistemática a las adiciones de derecho español, agruparemos en un solo apéndice todas las que correspondan a este capítulo.

(2) PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. VI, § 206 y sigs.; GRIMALDI, *Storia delle legge e magistrati del regno di Napoli*, 1731; DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, 1 vol., 1881, especialmente página 295 y sigs. DANIELS, *Geschichte des franz. Civilprocessrechts*, primer vol., único publicado (contiene casi exclusivamente la historia de la organización judicial); BREWER, *Geschichte des franz. Gerichtsverfassung*, 1835, 1837; SCHAEFFNER, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, 4 vols., 1845-1850; WARNKÖNIG und STEIN, *Franz. Staats-und Rechtsgeschichte*, vol. 2; SCLOPIS, *Sull'autorità giudiziaria*, 1843; MARIANI, *Ordinamento giudiziario*, 1879; MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, 3.^a ed.; MANFREDINI, *Corso*, I, pág. 371 y sigs.; BONASI, *La magistratura in Italia*, 1884; PIOLA CASELLI, *La magistratura*, 1907; PETTINI, *Ordinamento giudiziario* (en la *Encicl. giur. ital.*), 1911; BENTHAM, *De l'organisation judiciaire*, ed. Bruselas, III vol., p. 3 y sigs.; HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, 3.^a ed., 1827; REY, *Des institutions judiciaires de l'Angleterre comparées avec celles de la France*, 2.^o vol., 1826; REGNARD, *De l'organisation judi-*

rios *tribunales* llámase *organización externa de los tribunales*.

El más importante de los órganos judiciales es el *juez*. Este es el centro de todo tribunal, por esto la *organización externa* de los tribunales se estudia como organización de jueces diversos; pero no solo esto. Al estudiar la competencia veremos que se da, por ejemplo, una relación también entre los *diversos ujieres* (§ 29). La ley designa los jueces frente a los demás órganos, como *autoridad judicial* (ley sobre organización judicial, 6 Dic. 1865, art. 1 y sigs.; arts. 41 y 53, Cód. proc. civ.) (1).

El estar revestido de jurisdicción según las normas de la organización judicial, constituye la *capacidad general* de los órganos jurisdiccionales, el poderla ejercitar en un cierto pleito constituye su *capacidad especial*, la cual, si está determinada por la competencia, llámase *objetiva*, si por las condiciones personales del juez *subjetiva*.

II. *Principio fundamental de la organización judicial*.—Esta la establece la ley y no puede modificarse más que por la ley (Estatuto, art. 70). Cualquier controversia, abstractamente considerada, o sea, antes de que surja efectivamente, pertenece a un determinado juez. Este es el juez natural del cual no puede desviarse el litigante; no pueden crearse tribunales o comisiones *extraordinarias* (Estatuto, art. 71).

Esto no priva que en algunos casos y con ciertas garantías el magistrado superior designe un juez a su elección para una controversia (*forum commisorium*) § 30, ni aún excluye que en algu-

legiado de primera instancia); pero la ley habla también de *tribunales* en general, comprendiendo los más diversos tipos de juez único y colegiado (véase p. ej. art. 4, ley 20 Marzo 1865, ap. E; art. 3, núm. 3, ley 31. Marzo 1877).

(1) El nombre de *autoridad judicial* comprende por lo mismo también al presidente de los colegios judiciales, como resulta claramente del artículo 50, Cód. proc. civ. (Aplicación: también el presidente puede ordenar el cierre de las puertas en la primera fase de la audiencia conforme al artículo 52 Cód. proc. civ.). Por consecuencia no se puede, sin petición de principio, argumentar con la dicción «autoridad judicial», para estimar competente el colegio y no el presidente para tomar determinadas resoluciones, como suele hacerse, p. ej. en el caso del art. 375, Cód. proc. civil.

nos casos, el juez se constituya vez por vez, para conocer de una controversia o de algunos grupos de controversias, eligiendo entre personas establecidas por la ley y según normas también establecidas, tanto en materia penal (jurados, tribunales militares para juzgar a los oficiales), como en materia civil (comisión de presas, colegios arbitrales, § 16). Por último, circunstancias excepcionales (guerra, terremoto) pueden hacer inevitable la suspensión de esta como de otras garantías constitucionales.

o solo por la *sede* (pluralidad de tribunales del *mismo* tipo). El reparto de la competencia *objetiva* o *territorial* no se funda ya en el privilegio del litigante, ni en el derecho del funcionario, ni en la prerrogativa del soberano que lo nombra, sino en las consideraciones de utilidad práctica *general* que inspiran la ley. § 14.

B. *Pluralidad de grados de jurisdicción*.—El *mismo* pleito ordinariamente puede ser conocido por varios jueces sucesivamente o sea en *instancia* o *grados* diversos.

Es discutible si este criterio es estrictamente racional, dada la naturaleza y el concepto moderno de la jurisdicción. La pluralidad de las instancias no se conoció en los orígenes, mientras la justicia fué administrada directamente por el pueblo o por el Rey. Cuando en lugar del pueblo sentenciaron jueces determinados, la natural tendencia del que pierde a dolerse de su malaventura, excitada también por la efectiva posibilidad del error y de la mala fe, tomó, según los lugares, la forma de un ataque personal contra los jueces y trató de impedir por otros medios la ejecución de la sentencia. Pero al constituirse la jerarquía propia de los regímenes monárquicos, pareció natural que la sentencia del funcionario inferior se impugnase ante el superior, hasta el Rey, ante el cual todos responden. De aquí una serie frecuentemente numerosa de instancias, conflictos, cuestiones, inconvenientes numerosísimos. Pero al mismo tiempo la apelación al Rey fué un poderoso instrumento para la formación del derecho (en Roma, en Alemania, en Francia, en Inglaterra).

En el Estado moderno la pluralidad de las instancias no puede fundarse en la dependencia del juez inferior del superior, puesto que no dependen los jueces en cuanto a la aplicación de la ley, más que de la ley misma: sino en consideraciones de utilidad práctica a fin de obtener la más justa decisión posible. El principio de la pluralidad de las instancias fué combatido por muchos, como contrario a la esencia de la jurisdicción e ilógico porque si el juez superior es mejor que el inferior lo mismo se conseguiría confiándole directamente el pleito, mientras que a la necesidad de la crítica de las resoluciones puede proveerse con un doble grado de instrucción. A esto se responde por otros que en la pluralidad de los grados confía más la opinión pública, que el juez por excelente que sea puede errar y queda prevenido por su mismo

error de manera que es difícil llevarlo a la verdad (1); que la existencia de un control estimula al juez inferior a mejor juzgar, así como la sentencia de primer grado constituye un freno para el superior. Puede añadirse que entre los pleitos de un mismo tipo hay una diferencia de importancia económica y jurídica que no puede establecerse *a priori*: la existencia de varios grados causa de hecho la separación de las más importantes de las menos. Estas razones han hecho conservar hasta ahora por los sistemas modernos la pluralidad de las instancias (2). Se exceptúan los pleitos de menor valor (3). Admiten además algunos modos de obtener la reforma de la sentencia *por el mismo juez* que la ha producido.

El doble grado.—Entre los principios judiciales establecidos por la Revolución francesa está el de que los pleitos normalmente puedan pasar por el conocimiento de *dos* tribunales sucesivamente (principio del *doble grado de jurisdicción*). Pero el doble grado puede reglamentarse de diversas maneras: o equiparando totalmente el segundo al primero o limitando el segundo grado, p. ej. disponiendo que no puedan producirse nuevas pruebas o que deba estimarse el hecho tal cual fué establecido por el primer juez. El sistema francés e italiano responde al primer criterio.

El fundamento de la institución no se encuentra, como en algún tiempo, en la subordinación de un juez a otro, sino exclusi-

(1) No sin motivo el canciller D'AGUESSEAU en el discurso *La prévention* incluía entre los peligros que amenazan la imparcialidad del magistrado la primera impresión producida por el pleito.

(2) Es conveniente la lectura de la defensa de la pluralidad de instancias que se encuentra en PISANELLI, *Commentario al Cod. di proc. sardo*, IV, núm. 56 y sigs. refutando a ROYER COLLARD (Prólogo a COOPER, *Lettres sur la Cour de la Chancellerie d'Angleterre*, Bruselas, 1830.

(3) Mientras una moderna literatura social del proceso acusa de injusticia esta disparidad de trato entre los pleitos mayores y menores, es innegable la tendencia moderna a sostener esta limitación y aun a aumentarla. Con las leyes sobre conciliadores y sobre *probitviri* y con la mayor parte de las leyes que instituyen jurisdicciones especiales, hemos aumentado el número de los pleitos inapelables. La nueva ley francesa sobre jueces de paz (12 Jul. 1905) ha elevado juntamente de 200 a 600 francos el límite de su competencia y de 100 a 300 francos el límite de la inapelabilidad de sus sentencias. Pero es conveniente advertir que la inapelabilidad de la senten-

vamente en el deseo de obtener una resolución más justa. La apelación no es la reclamación contra el juez inferior, sino simplemente el medio de pasar el examen del pleito de uno a otro. Y el pleito en este doble examen conserva su unidad: La sentencia es única y es la que se ha dictado en la apelación.

Síguese de esto que la sentencia de primer grado (prescindiendo de una posible cláusula de ejecución provisional, que es una resolución enteramente autónoma (§§ 8 bis, 9) carece de valor *actual*, mientras que es posible la apelación tiene únicamente el valor de un acto *que puede devenir sentencia*, si no se interpone la apelación; y cuando ésta se interpuso, tiene únicamente el valor de un acto *que puede devenir sentencia*, si la apelación se renuncia o decae; la sentencia de primer grado es pues una mera «posibilidad de sentencia», una mera «situación jurídica» (§ 69, II); no un acto jurídico bajo condición resolutoria. El objeto del examen del juez de segundo grado no es la sentencia de primer grado, sino directamente la relación jurídica controvertida. Y cuando en fin, la apelación está resuelta, la sentencia de primer grado pierde completamente incluso aquel valor potencial, por desaparecer la posibilidad de que permanezca como decisión del pleito (1).
§ 82 V.

cia, por sí, no se encuentra en ninguna relación *necesaria* con la naturaleza de los poderes del juez. La sentencia del juez de equidad no puede ser apelable; y por el solo hecho de ser inapelable la sentencia de un juez (*probiviri* conciliadores) no puede deducirse que éste sea juez de equidad. En contra: LESSONA, *La giurisprudizione dei probiviri*, en la *Riv. di dir. comm.*, 1903, pág. 11 del extracto; POLACCO, *Deviazioni al diritto commune conseguite al terremoto Calabrosicula*, 1909, pág. 7.

(1) «Si bien el sistema del doble grado de jurisdicción significa un doble examen—dice PISANELLI—es *sin embargo uno el juicio que de aquél resulta*. Y en efecto ante los primeros y los segundos jueces se litiga sobre la misma cosa, entre las mismas partes, con la misma calidad y por una misma causa; y *el litigio termina con una sola sentencia que es la del magistrado superior*. La diversidad de jueces que toman parte en el conocimiento de la misma controversia, no puede duplicarla y darle una forma diversa en un segundo examen. Es siempre la misma y siempre es uno el juicio correspondiente». (*Comment. al Cod. proc. sardo*, vol. IV, número 42). PESCATORE, *Sposizione compendiosa* (págs. 87-217) afirma que

Se olvidan estos principios cuando se atribuye a la sentencia de primer grado un valor diferente, en particular cuando en el caso de apelación desestimada se considera la sentencia de primer grado como la sentencia verdadera y única del pleito, lo cual es un grave error, debido en parte a algunas prácticas exteriores que fácilmente pueden producir engaño. Es un hecho que el juez de apelación examina la sentencia de primer grado y parece que en ella funda su juicio; pero es muy natural que después de practicado un primer examen del pleito, el segundo juez considere, ante todo, el trabajo del primer juez; esto simplifica su mismo trabajo; sin embargo, en la realidad, el segundo juez a través de la sentencia de primer grado conoce *ex-novo* del pleito. Es un hecho también que decidiendo la apelación el juez de segundo grado usa la fórmula: *confirma la sentencia apelada, desestima la apelación*, y otras semejantes. Pero esto no quiere decir que la sentencia de primer grado quede como purificada de cualquier impugnación; ocurría esto cuando la apelación no era sino una reclamación al juez superior contra el inferior, pero en el derecho moderno lo cierto es que el juez de segundo grado pronuncia una *nueva sentencia*. Sólo por consideraciones prácticas, cuando la resolución del segundo juez es conforme a la del primero, suele presentar el aspecto de una remisión (rinvío) a la primera decisión, puesto que la sentencia de primer grado, aun habiendo perdido todo el valor potencial de sentencia, es siempre prácticamente la mejor explicación *lógica* de la sentencia de apelación (1).

la sentencia de primer grado por el mismo hecho de la apelación, *cesa de existir*. Esto es excesivo: como se ha dicho en el texto, la sentencia de primer grado existe, no como acto bajo condición resolutoria, sino como «situación jurídica». En el sentido expresado en el texto, KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältnis* (pág. 71 y sigs.); pero el mismo autor en *Zivilprozessrecht* (págs. 155-162) considera la sentencia confirmada en apelación como un acto librado de la condición resolutoria.

(1) Y precisamente por estas consideraciones prácticas es por lo que el art. 243 Reg. gen. jud. considera como títulos ejecutivos tanto la sentencia de primer grado como la de confirmación, disponiendo que «el oficial encargado de la ejecución esté *también* provisto de la copia *en forma ejecutiva* de la sentencia dictada en apelación, mientras que según el rigor lógico de los principios, título ejecutivo sería exclusivamente la sentencia

En el caso de que la sentencia de apelación sea contraria a la de primer grado, es inútil demostrar que la única sentencia del pleito es la de apelación (1).

La Casación.— Según el sistema francés e italiano la sentencia

de apelación. Basándose en el art. 243, entienden los más que título ejecutivo es tanto la sentencia de primer grado como la de apelación (MATTIROLO, V. núm. 250, CUZZERI, acerca del art. 562, núm. 6); pero algún escritor, basándose en que la eficacia de la sentencia de primer grado está sólo suspendida durante la apelación, censura como irracional esta norma (DE PALO, *Título ejecutivo*, pág. 130 y sigs.), o llega incluso a considerarla como ilegal (OREFICI, en el *Monit. dei Trib.* XV, pág. 625).

(1) Véase CHIOVENDA, *In tema di perenzione del giudizio di rinvio*, en el *For. ital.* 1912, en nota a sentencia contraria de la Corte de Ap. de Roma. Si la sentencia de primer grado estaba provista de cláusula y es confirmada, es título ejecutivo la sentencia de segundo y no de primer grado. En contra Cas. Roma. 14 May. 1909 (*Giur. ital.* 1809, pág. 1231).

Otras aplicaciones más adelante en este número y § 82 V.

Para esta *fundamental* diferencia de nuestro sistema de impugnaciones, y en particular del doble grado, de la Ap. romana, precisase usar con mucha cautela los textos romanos en esta materia. Así cuando del fr. 1 § 3 Dig. de appellat et relation. 49, 1 («si quis ergo vel parem vel majorem judicem appellaverit, alium tamen pro alio, in ea causa est ut error ei non noceat: sed si minorem «nocebit» cuyo «parem» debe referirse al juez *ad quem* y no al juez *a quo*), y del fr. 21 pr. mismo título («Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt appellationes, quae recto ad principem factae sunt omissis his ad quos debuerunt fieri ex imo ordine, ad praesides remitti») se quiere deducir argumento en favor de la validez de nuestra apelación a juez incompetente (como SICILIANI, *Effetti dell'appello a giudice incompetente* en la *Giur. ital.* 1904, núm. 5; D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le due sezioni giurisdizionali del Cons. di Stato*, 1912, p. 300); se olvida, lo que también aparece clarísimo de aquellos textos, que la apelación romana no es sino una reclamación al juez superior y por esto la voluntad de reclamar aunque esté mal dirigida, basta para dar vida a la apelación, y lo mismo puede decirse acerca de los textos relativos al derecho intermedio, mientras que para nosotros la apelación no es más que la constitución de un nuevo estadio en la relación procesal, a cuyo efecto y a los efectos consiguientes es esencial la competencia del juez, a no ser que una norma especial de ley (ej. art. 2125 Cód. civ.) disponga lo contrario. Véase CHIOVENDA en los *Nuovi saggi di dir. proc. civ.* 1902, página 152 nota, y más adelante § 84, IV.

En el caso de que la sentencia de apelación sea contraria a la de primer grado, es inútil demostrar que la única sentencia del pleito es la de apelación (1).

La Casación.— Según el sistema francés e italiano la sentencia

de apelación. Basándose en el art. 243, entienden los más que título ejecutivo es tanto la sentencia de primer grado como la de apelación (MATTI-ROLO, V. núm. 250, CUZZERI, acerca del art. 562, núm. 6); pero algún escritor, basándose en que la eficacia de la sentencia de primer grado está sólo suspendida durante la apelación, censura como irracional esta norma (DE PALO, *Titolo esecutivo*, pág. 130 y sigs.), o llega incluso a considerarla como ilegal (OREFICI, en el *Monit. dei Trib.* XV, pág. 625).

(1) Véase CHIOVENDA, *In tema di perenzione del giudizio di rinvio*, en el *For. ital.* 1912, en nota a sentencia contraria de la Corte de Ap. de Roma. Si la sentencia de primer grado estaba provista de cláusula y es confirmada, es título ejecutivo la sentencia de segundo y no de primer grado. En contra Cas. Roma. 14 May. 1909 (*Giur. ital.* 1809, pág. 1231).

Otras aplicaciones más adelante en este número y § 82 V.

Para esta *fundamental* diferencia de nuestro sistema de impugnaciones, y en particular del doble grado, de la Ap. romana, precísase usar con mucha cautela los textos romanos en esta materia. Así cuando del fr. 1 § 3 Dig. de appellat et relation. 49, 1 («si quis ergo vel parem vel majorem judicem appellaverit, alium tamen pro alio, in ea causa est ut error ei non noceat: sed si minorem «nocebit» cuyo «parem» debe referirse al juez *ad quem* y no al juez *a quo*), y del fr. 21 pr. mismo título («Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt appellationes, quae recto ad principem factae sunt omissis his ad quos debuerunt fieri ex imo ordine, ad praesides remitti») se quiere deducir argumento en favor de la validez de *nuestra* apelación a juez incompetente (como SICILIANI, *Effetti dell'appello a giudice incompetente* en la *Giur. ital.* 1904, núm. 5; D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le due sezioni giurisdizionali del Cons. di Stato*, 1912, p. 300); se olvida, lo que también aparece clarísimo de aquellos textos, que la apelación romana no es sino una reclamación al juez superior y por esto la voluntad de reclamar aunque esté mal dirigida, basta para dar vida a la apelación, y lo mismo puede decirse acerca de los textos relativos al derecho intermedio, mientras que para nosotros la apelación no es más que la constitución de un nuevo estadio en la relación procesal, a cuyo efecto y a los efectos consiguientes es esencial la competencia del juez, a no ser que una norma especial de ley (ej. art. 2125 Cód. civ.) disponga lo contrario. Véase CHIOVENDA en los *Nuovi saggi di dir. proc. civ.* 1902, página 152 nota, y más adelante § 84, IV.

de segundo grado está sujeta al recurso de *casación* (*querela nullitatis*) (1). Esta no es una *tercera instancia*, sistema que admite una nueva *estatuición* sobre la relación jurídica objeto de la controversia, lo cual supone un nuevo conocimiento en derecho y en hecho, de la controversia, a veces con pruebas nuevas, otras no, a veces en todos los casos, otras sólo en el de que las dos sentencias de primero y segundo grado no sean conformes entre sí y se busque una tercera sentencia conforme con una de las dos primeras (sistema de la *doble conforme*). La Corte de Casación en cambio no conoce *directamente* de la particular relación jurídica; tan sólo está llamada a realizar estas dos funciones diferentes.

a) Volver a ver el juicio del juez inferior sobre la existencia de una norma *abstracta* de ley y su aplicación al objeto del pleito. La Corte no ve de nuevo el juicio sobre la existencia efectiva del *hecho*, ni aplica norma alguna al hecho estimado por el juez inferior. Pero si encuentra una violación o falsa aplicación de la ley *casada* y remite a un juez de igual grado a aquel cuya sentencia fué casada, entre los más próximos (art. 517 núm. 3 y 8 y 544 Cód. proc. civ.; arts. 639, 341, 668 y 673 Cód. proc. pen.; Real decreto 10 Feb. 1899, art. 7).

Es preciso también mirar con cuidado la creencia de que las cuestiones y el juicio de *derecho* comprendan sólo lo que resulta de la *palabra* de la ley. Toda norma supone para su aplicación una cantidad de juicios *generales* de hecho, esto es, de juicios formados sobre la observación de cuanto sucede comunmente, máximas o normas de la experiencia y que como tales pueden for-

(1) Si la ley niega el segundo grado a un pleito civil (sentencias inapelables), debe entenderse, pues, que *a fortiori* niegue el recurso de casación (esto resulta también de la manifiesta diferencia que a este respecto señala la ley entre sentencias civiles y penales; ley organización judicial, art. 123). Hace excepción expresa a este principio, pero por razones especiales, la ley 9 Jun. 1874 sobre abogados y procuradores (art. 41-51). En cambio debe admitirse el recurso contra las sentencias de la Corte de Ap. pronunciadas en primera instancia (p. ej. en los juicios de *delibazione*) porque en este caso la ley no niega el segundo grado, sino que atribuye directamente el pleito a un juez, respecto del cual *no es posible* el segundo grado. Así también expresamente la ley 9 Jun. 1874 sobre abogados y procuradores, arts. 11-31.

marse *en abstracto* por cualquier persona de buen sentido y de mediana cultura. Estos juicios de hecho que pueden formarse *en abstracto* están comprendidos en el juicio de derecho que examina la Corte Suprema (1).

Además, la Corte puede también examinar de nuevo el juicio *de hecho* desde el punto de vista de la integridad y coherencia de los *motivos*.

Ocurrida la casación, el juez inferior produce nueva *resolución* de fondo y ésta puede estar sujeta todavía a recurso de casación; si es impugnada por los mismos motivos propuestos contra la primera sentencia, el recurso se lleva a *Secciones unidas* y si la sentencia es casada por los mismos motivos que la primera, tiene lugar también una nueva remisión, pero este juez debe conformarse con la decisión de la Corte sobre el punto de derecho sobre el cual ha pronunciado (art. 547 Cód. proc. civ., 683 Cód. proc. pen. Pág. 87; §§ 76-87). La institución del recurso de casación dirige, pues, de un lado al interés *general* de la observancia de la ley como norma abstracta por parte de los órganos jurisdiccionales (L. organización judicial, art. 122) tanto que se admite un recurso en *exclusivo interés* de la ley (Cód. proc. civ. art. 519, Cód. proc. pen. art. 642); pero como aquélla cumple su misión sólo en vista de casos concretos y como para la actuación de la ley en el caso *concreto* se requiere ante todo la declaración de la norma *abstracta* (§ 5), dirígese aquél por otro lado también al interés *individual* de las partes para la consecución del bien que les está garantizado en concreto (2). Ni debe creerse tampoco que la decisión de la Casación sea siempre meramente negativa, puesto que al pronunciar la existencia de una norma abstracta desconocida por el juez inferior, o que debía aplicarse una norma en lugar de

(1) Acerca de las «máximas de experiencia» (*Erfahrungssätze*) ya sea desde el punto de vista de la prueba, ya del de la iniciativa del juez y de su aplicación por parte del juez de derecho, véase STEIN, *Das private Wissen des Richters (Ciencia privada del juez)*, 1893, p. 103 y sigs.; HELLWIG, II, p. 165; WEISMANN, I, p. 219; POLLACK, I, p. 405; H. BAYER, *Entscheidungsgrundlagen (Fundamentos de la decisión)* Gratz, 1911, p. 100.

(2) De aquí se deduce que el recurso no puede proponerse más que contra los actos jurisdiccionales (§ 14).

otra, emite decisiones *positivas*, que, apesar de no ser por sí mismas *aplicaciones* de ley, pueden obligar al juez inferior a aplicar la ley de una cierta manera (en el caso de *segundo «rinvio»*). Y aun a veces la sentencia de Casación satisface inmediatamente el interés del demandado en la declaración negativa de la demanda actora (Casación *sin «rinvio»*, por ej. por inexistencia de una norma abstracta que pueda garantizar en concreto el bien pretendido por el actor, como sucede cuando la Casación declara la llamada incompetencia de la autoridad judicial frente a un acto administrativo, § 16). Por esto tal función es estrictamente jurisdiccional (aun conteniendo un especial elemento político, que prevaleció en muchos autores en la consideración de la institución de la Casación).

b) Examinar las *actividades* realizadas en la constitución, en el desarrollo y en la conclusión de la relación procesal y *casar* cuando reconoce determinados defectos (nulidades *no subsanadas* de citación y procedimiento; falta de presupuestos procesales; nulidades y contradicciones en las sentencias; extralimitación del juez de la relación procesal por *ultra y extra petita*; incumplimiento de la obligación de pronunciar (Cod. proc. civ. art. 517, núms. 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7; Cod. proc. pen. art. 640 pr. núms. 1 y 2; exceso de poder, Cód. proc. pen. art. 640, núm. 3). La Casación tiene también en estos casos un examen de *hecho*, o sea: cual ha sido efectivamente la *actividad* realizada en cuanto resulta de los actos del proceso (aquí también sin revisar los juicios de hecho extraños a las *actividades procesales*: por ej. la afirmación de que una parte es o no mayor de edad). También al realizar esta segunda función, la Casación puede casar *sin «rinvio»*, en cuyo caso *establece* sobre la relación procesal; tal ocurre cuando casa por *extra petita*, cuando casa una sentencia pronunciada sobre una apelación inadmisibile por haber transcurrido ya el plazo; y en general cuando casa porque el juez *no podía pronunciar* (art. 544, Cod. proc. civ. (1). Hay un caso en el cual la Corte de Casación aun *rinvitando estatuye*, establece. Es cuando casa por violación

(1) Véase acerca de los casos de casación *sin rinvio*, § 87; CUZZERI, acerca del art. 544, núm. 5; CAMMEO, en la *Giuris. it.* 1911, parte IV, página 205 nota.

de las normas sobre competencia y estatuye sobre la competencia (art. 544, Cod. proc. civ.) En todos estos casos la Casación pronuncia acerca de la existencia y normal desarrollo de la relación procesal, acerca de la obligación del juez de proveer en el fondo; coopera a la función dirigida al fin jurisdiccional, cuyas diferencias del juicio sobre el fondo hemos determinado repetidas veces (§§ 3 y 18).

Estas dos funciones de *revisión del juicio de derecho* (sub *a*) y de *anulación* (sub *b*) son profundamente distintas entre sí. Mediante la primera la Casación participa, aunque indirectamente en la formación de la decisión de fondo, puede decirse que en cierto modo la actividad de la Casación *combinada* con la del juez de rinvio constituye una forma de tercera instancia, mediante la segunda función la Casación *anula* actividades jurídicas defectuosas. Y la diferencia práctica importantísima se manifiesta en el efecto de la Casación en los dos casos.

En el primer caso, la Casación no renace la sentencia de primer grado puesto que no priva de todo valor a la sentencia de segundo grado; ésta deja de tener valor como acto de aplicación de la ley, pero queda como acto jurídico válido en sí mismo, que se ha sobrepuesto a la sentencia de primer grado y le ha privado de todo valor potencial de sentencia, ya por haberla *reformado*, ya por haberla, según la fórmula vulgar, *confirmado*. En ambos casos, el pleito tiene ahora su decisión, y es la sentencia de apelación. Si ésta es o no censurable, si debe renovarse la decisión por otro juez, es cuestión que se refiere únicamente a la sentencia de apelación; de la sentencia de primer grado, nunca. Si ésta era *contraria* a la sentencia casada, no sería conveniente que volviese a tener vigor, ya que la casación no anula el hecho de que ella fué desaprobada en forma legal por un juez superior, y mucho menos significa, por sí, aprobación de la sentencia de primer grado; y del art. 341 Cod. proc. civ. aparece claro que una sentencia de primer grado reformada por el juez de apelación no puede en modo alguno revivir. Si era *conforme* con la sentencia casada, tampoco sería conveniente, después de la casación de la sentencia del juez superior, reconocer autoridad a la sentencia conforme del juez inferior; precisamente por esta conformidad puede ser envuelta en la censura. El juez de *rinvio*, volverá a examinar esta

sentencia, la confirmará o reformará, pero esto por la razón enteramente formal, ya referida, de que no se puede prescindir en el examen del pleito del trabajo lógico hecho por el primer juez, y de la relación que de aquél nos ha dado; y porque es prácticamente más fácil y cómodo proceder por vía de referencias a la primera sentencia que proveer de un modo enteramente independiente de la primera resolución (1).

En cambio, en el segundo caso, de la *nulidad*, desaparece la sentencia incluso como acto jurídico y puede decirse que queda considerada como si no tuviese lugar.

Diferente de la *Casación* es la *Revisión* germánica, que también se deriva de aquélla. La revisión cumple las mismas funciones de la Casación (letras *a* y *b*) pero no se limita a la nulidad, puesto que en los casos de la letra *a* el tribunal de revisión, cuando está en situación de hacerlo, decide en el fondo, teniendo en cuenta los hechos, declarados en la sentencia impugnada (2). Si devuelve, devuelve al *mismo* juez que ha pronunciado (a la misma o a otra *sección*). En el sistema germánico admítase además una acción especial de nulidad contra la sentencia (§ 76).

III. *La jerarquía de los tribunales*.—La pluralidad de los tribunales de tipo *diferente* da lugar a una *jerarquía*: conciliadores, pretores, tribunales, corte de apelación (y de assise), corte de casación (Ley organización judicial 6 Dic. 1868, art. 1).

En esta jerarquía encuéntrase combinados los dos criterios para establecer la diversidad de tipo de los jueces (naturaleza o

(1) Aplicaciones: la ejecución provisional concedida por los primeros jueces no adquiere valor; la percusión del juicio de devolución (*rinvio*) reduce a la nada todo el procedimiento y no da fuerza de cosa juzgada a la sentencia de primer grado (conceptos aceptados por SRAFFA en la *Riv. di dir. comm.*, 1906, II, pág. 538: sentencia pronunciada en oposición a sentencia declaratoria de quiebra, después reformada en apelación).

(2) Así podía hacer entre nosotros la cuarta sección del Cons. de Estado, en cuanto a las decisiones de las juntas provinciales administrativas, (ley 1.º Mayo 1890, art. 19); pero ahora la quinta Secc. por el art. 9 ley 7 Marzo 1907 (text. ún. sobre juntas provinciales administrativas, 17 Agosto 1907, art. 19), puede conocer como un juez de apelación directamente incluso del fondo.

valor del pleito), grado de jurisdicción); o sea, hay tres tipos de jueces *de primer grado*, diferentes por competencia objetiva: conciliador, pretor y tribunal; de éstos, el pretor y el tribunal son jueces de *segundo grado*, respecto del conciliador y del pretor. Habiendo en Italia cinco Cortes de Casación, hay cinco grandes divisiones de la jerarquía, cada una de las cuales comprende las Cortes de apelación de una región determinada y los jueces inferiores; a su vez las Cortes de Casación regionales hállanse jerárquicamente bajo la Cas. de Roma.

La jerarquía implica una *dependencia* del juez inferior respecto del superior, la cual no es—como hemos observado—la base de la pluralidad de las instancias, pero tiene importancia para las funciones de administración de la justicia en sentido amplio; así para la disciplina, los pretores dependen de las Cortes de apelación, los conciliadores dependen de los tribunales (ley organización judicial, art. 217), aunque ni las Cortes ni los tribunales puedan pronunciar en grado de apelación de sus sentencias. Esta relación de dependencia administrativa, ya sea entre los tribunales inferiores y superiores ya entre el funcionario inferior y los funcionarios del lugar que ocupan un grado mayor en la carrera judicial (superiores *inmediatos* o *mediatos*), se aplica tanto a la organización exterior de la cosa judicial (correspondencia, permisos de ausencia, informaciones personales, etc., véase Reg. gen. jud. art. 44 y sigs., art. 61 y sigs., art. 70 y sigs.) como a las atribuciones concernientes a la constitución del juez de cada pleito, p. ej. el conocimiento de las causas de recusación del juez (Cód. proc. civil, art. 20 y sigs.) el reglamento de competencia (Cód. proc. civil, art. 108). Por lo tanto, siempre que la ley habla de *dependencia* de un juez respecto de otro (Cód. proc. civ., art. 108) no entiende necesariamente que la sentencia de uno pueda impugnarse ante el otro (1).

IV. *La residencia (sede) de los tribunales.*—Cada tribunal tiene una *circunscripción* territorial y cada tribunal superior comprende varias circunscripciones de tribunales inferiores. Las circunscripciones de los tribunales coinciden sólo en parte con las

(1) En contra MORTARA, *Comm.* II, núm. 321 y sigs.

circunscripciones de las autoridades administrativas, Por ej. un municipio puede comprender varios *mandamientos*; un distrito judicial, varias circunscripciones administrativas. Todo tribunal tiene su *residencia fija* en el pueblo cabeza de la circunscripción. Dentro de las regiones asignadas a cada una de las cinco Cortes de casación (1), hay varios *distritos* de Cortes de apelación (2); dentro de cada distrito uno o varios círculos de Corte de assise y varios *distritos (circondarii)* de tribunal (3); dentro de cada *circondario* varios *mandamientos* con pretores (4); en cada *municipio* un conciliador; en los municipios divididos en varios mandamientos, hay otros tantos conciliadores, y en los municipios distinguidos en fracciones o aldeas, puede haber otros tantos oficios distintos de conciliación (5).

El juez hace justicia *en su residencia* (juez *sedentáneo*), salvo las resoluciones especiales que puede tomar en los lugares a que se refiere la controversia. Entre nosotros no se conoce el juez *ambulante*, o sea, que acude a administrar justicia en las diversas partes de un territorio que periódicamente recorre; hizose una limitadísima aplicación de este principio, admitiendo sólo la posibilidad de convocar las assises en *cualquier municipio* del círculo (distrito), incluso diferente del pueblo cabeza, (ley organización judicial art. 83); y de autorizar al pretor a trasladarse periódicamente para tener audiencia en otro municipio del mandamiento

(1) Sedes: Turín, Florencia, Roma, Nápoles, Palermo.

(2) Sedes: Turín, Casale, Milán, Brescia, Venecia, Génova, Parma, Bologna, Florencia, Luca, Ancona, Aguilá, Roma, Trani, Nápoles, Catanzaro, Mesina, Catania, Palermo, Cagliari. La Corte de Parma tiene una sección en Módena, la de Ancona una en Macerata y en Perugia, la de Nápoles una en Potenza.

(3) 162 sedes de tribunal, 79 círculos de assise.

(4) Anteriormente a la ley 30 Marzo 1890, había 1819 sedes de pretura. Esta ley autorizó al Gobierno a reducir hasta dos tercios este número. Sin embargo, las preturas suprimidas no llegaron a este límite. La ley 18 Julio 1904 mantuvo las sedes de pretura existentes, reduciendo el plan orgánico de los pretores a 1.399. Según la nueva ley 14 Jul. 1907, art. 3, debe haber disponibles para el servicio de las preturas no menos de 1.500 entre jueces adjuntos y jueces.

(5) Cerca de 8.400 oficios en total.

circunscripciones de las autoridades administrativas, Por ej. un municipio puede comprender varios *mandamientos*; un distrito judicial, varias circunscripciones administrativas. Todo tribunal tiene su *residencia fija* en el pueblo cabeza de la circunscripción. Dentro de las regiones asignadas a cada una de las cinco Cortes de casación (1), hay varios *distritos* de Cortes de apelación (2); dentro de cada distrito uno o varios círculos de Corte de assise y varios *distritos (circondarii)* de tribunal (3); dentro de cada *circondario* varios *mandamientos* con pretores (4); en cada *municipio* un conciliador; en los municipios divididos en varios mandamientos, hay otros tantos conciliadores, y en los municipios distinguidos en fracciones o aldeas, puede haber otros tantos oficios distintos de conciliación (5).

El juez hace justicia *en su residencia* (juez *sedentáneo*), salvo las resoluciones especiales que puede tomar en los lugares a que se refiere la controversia. Entre nosotros no se conoce el juez *ambulante*, o sea, que acude a administrar justicia en las diversas partes de un territorio que periódicamente recorre; hizose una limitadísima aplicación de este principio, admitiendo sólo la posibilidad de convocar las assises en *cualquier municipio* del círculo (distrito), incluso diferente del pueblo cabeza, (ley organización judicial art. 83); y de autorizar al pretor a trasladarse periódicamente para tener audiencia en otro municipio del mandamiento

(1) Sedes: Turín, Florencia, Roma, Nápoles, Palermo.

(2) Sedes: Turín, Casale, Milán, Brescia, Venecia, Génova, Parma, Bologna, Florencia, Luca, Ancona, Aguila, Roma, Trani, Nápoles, Catanzaro, Mesina, Catania, Palermo, Cagliari. La Corte de Parma tiene una sección en Módena, la de Ancona una en Macerata y en Perugia, la de Nápoles una en Potenza.

(3) 162 sedes de tribunal, 79 círculos de assise.

(4) Anteriormente a la ley 30 Marzo 1890, había 1819 sedes de pretura. Esta ley autorizó al Gobierno a reducir hasta dos tercios este número. Sin embargo, las preturas suprimidas no llegaron a este límite. La ley 18 Julio 1904 mantuvo las sedes de pretura existentes, reduciendo el plan orgánico de los pretores a 1.399. Según la nueva ley 14 Jul. 1907, art. 3, debe haber disponibles para el servicio de las preturas no menos de 1.500 entre jueces adjuntos y jueces.

(5) Cerca de 8.400 oficios en total.

(ley 30 Mar. 1890, art. 3). Esta última norma no tuvo aplicación; pero la nueva ley 14 Jul. 1907, ha vuelto a tomar el principio en que se fundaba autorizando la institución de una o más secciones de pretura, dentro del territorio de las circunscripciones mandamentales y en estas podrá administrar justicia el pretor del mandamiento o podrá ser encargado de regirlas un juez adjunto o un auditor judicial (arts. 5, 6 y 7). Las dos formas de sección de pretura, secciones en *audiencias periódicas* y secciones en *oficio fijo* se encuentran reglamentadas en su constitución y en sus relaciones con la pretura por el reglamento 24 Mayo 1908. A base de estas normas, fueron instituidas muchas secciones de pretura en los últimos años.

El oficio del juez es *permanente*; el juez está siempre dispuesto a administrar justicia en su residencia, haya o no contiendas. Sólo en algunas materias civiles y penales se constituyen jueces caso por caso.

El oficio de los jueces *ordinarios* es siempre *necesario*; quiere decir que las residencias están establecidas por ley y las establecidas *deben* cubrirse con un juez titular o suplente. No ocurre lo mismo con algunos jueces *especiales* como los probiviri, cuya constitución déjase a la iniciativa de las clases interesadas y con las secciones de pretura, cuya institución se hará mediante demanda del municipio o municipios interesados (ley 14 Jul. 1907, artículo 6).

V. *Estructura y composición del juez* (1).—El oficio de juzgar puede realizarse por un sólo órgano o mediante el concurso de varios. La cooperación de varios órganos puede ser concebida de diversas maneras.

a) Puede tenerse un órgano que juzgue después de haber oído la opinión de otros, pero sin estar obligado a seguirla.

b) Puede tenerse un órgano que produzca sentencia basándose en la opinión de otros, obligatoria para él (*scaöinato* alemán).

c) Puede admitirse que un órgano juzgue la cuestión de hecho y otro aplique la ley (sistema del jurado).

(1) SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess*, 1883; MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, pág. 34 y sigs.

d) En todos los casos, el órgano puede estar constituido por una *única* persona física o por un *cuerpo* que decide colegiadamente.

En nuestro sistema, el oficio juzgador ejercítase por un sólo órgano (*persona* o *colegio*), autónomamente, excepto la Corte de asise (1). El tipo normal de juez, tanto en nuestro sistema como en los más importantes del continente europeo (Francia, Alemania y Austria), es el *colegiado* (2), en cuanto son confiados a este los pleitos más importantes de primer grado (nuestro *tribunal* en sentido estricto), y en los grados superiores (Corte de apelación y de casación); y el procedimiento ante los colegios considérase el procedimiento normal. Sin embargo, numéricamente prevalecen como ya hemos visto, los jueces únicos (pretore y conciliadores) y los pleitos de su competencia (3). El juez colegiado delibera por mayoría absoluta de votos y uno de sus componentes (presidente), dirige la votación (Cód. proc. civ. art. 358). Puede tenerse en materia penal juicio basado en paridad de votos (corte de apelación jurado). En el sistema italiano la deliberación es *secreta*.

Varias son las ventajas e inconvenientes que acompañan al sistema de juez único y al de juez colegiado. El juez único tiene mayor conciencia de la responsabilidad; pero esto, si por una parte puede ser peligroso, por otra puede obtenerse también en el juez colegiado haciendo públicas sus deliberaciones (4). El juez único

(1) Restos de la institución del *consilium sapientis* que el juez en el derecho antiguo podía y a veces debía pedir, tiénense únicamente en materia de jurisdicción voluntaria (Cód. proc. civ., arts. 881 y 899).

(2) Es una derivación del *scabinato* alemán, cuando el presidente del tribunal de los *scabini* no se limitó a proclamar la sentencia *encontrada* por éstos, sino que concurrió con su voto a formarla, túvose un verdadero juez colegiado.

(3) Por ej. en 1915 en el *circondario* de Roma, los conciliadores pronunciaron 20.253 sentencias, los pretore en materia civil 7.566 (181 en grado de apelación), el tribunal 2.674 (280 en grado de apelación); en 1906 los conciliadores 20.201 sentencias, los pretore en materia civil 6.482 y el tribunal 2.865; en 1911 en el distrito de la Corte de Apelación de Roma se pronunciaron 256.646 sentencias de conciliador, 9.448 sentencias de pretor, 4.252 sentencias de tribunal, 760 de Corte de Apelación.

(4) En el tribunal de la Rota romana obteníase este resultado mediante un sistema de discusiones con cada uno de los miembros del colegio,

no está sujeto a la preponderancia de los colegios, pero está más expuesto a las presiones de la opinión pública, de los litigantes, de las autoridades superiores, tiene un conocimiento más inmediato de los actos del proceso, pero puede más fácilmente apreciarlos de modo subjetivo o erróneo. Son ventajas indiscutibles del sistema del juez único, la posibilidad de formas procesales más sencillas y de una mejor selección del personal, pero el problema de la aceptación de uno de los dos sistemas sólo puede resolverse basándose en los resultados de la experiencia, teniendo en cuenta también la mayor confianza que puede dar a los ciudadanos, uno u otro, en tiempos y lugares determinados, el aferramiento del pueblo al sistema tradicional, etc., etc. Desde algún tiempo se ha manifestado en Italia, en medio de vivas controversias, una tendencia a excluir la colegialidad de los juicios de primer grado (2).

tomados separadamente, lo cual requería en cada votante un conocimiento completo del pleito y permitía una participación activa de todos en la preparación de la sentencia. Véase MENESTRINA *Il processo civile nello stato pontificio* en la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1907, pág. 29 del extracto.

(2) A esta tendencia se ha adaptado el proyecto FINOCHIARO-APRILE, recientemente aprobado por el Senado, y ahora ante la Cámara de los Diputados. Su art. 18 dispone: «la justicia en los tribunales administrase por el presidente, o por un juez singularmente, en los juicios *de primera instancia en materia civil*. En materia penal y en los juicios de apelación en materia civil, el tribunal juzga con intervención de tres votantes». Conforme con cuanto decimos en el texto puede observarse que la proyectada reforma se inspira de hecho más en un intento de economía mediante la reducción del personal que en una necesidad verdadera y sentida por la generalidad de sustituir el juez único al colegiado. Es singular que el mismo tribunal deba funcionar como juez colegiado en los pleitos menos importantes que conoce en grado de apelación y como juez único en los más importantes que conoce en primer grado. Pero aún es más singular que la colegialidad se suprima en los juicios civiles y no en los penales. Esto depende del hecho de que la colegialidad no funciona plenamente más que en el proceso penal porque es oral. Más bien que suprimir la colegialidad en los juicios civiles convendría buscar la manera de que funcionase normalmente, extendiendo a ellos la oralidad (§ 44 y 45 bis). La reforma no fué aprobada por el Senado sin vivas y respetables oposiciones (véase el discurso del senador PERLA).

Toda autoridad judicial puede considerarse en el momento en que funciona y se nos presenta personificada en un determinado funcionario o en su cualidad de *magistratura* destinada a funcionar, y como tal puede comprender varios funcionarios (mudables por promociones, traslados, muerte, etc.) aptos para personificar la magistratura en el caso concreto. Así en una determinada pretura o conciliación, al lado del pretor y del conciliador, puede haber vicepretos y viceconciliadores; en particular las magistraturas colegiadas, pueden comprender un número variable de funcionarios (establecido por las plantas orgánicas) (1), que se distribuyen y alternan al componer en número invariable el colegio en cada audiencia. La relación procesal se constituye válidamente con la invocación genérica de la magistratura, y no de una cierta persona física llamada a personificarla (Cód. proc. civ., art. 133, núm. 5, art. 134, núm. 4); pero si una resolución fuese tomada con el concurso de una persona física perteneciente a la magistratura, pero privada de personificarla en un momento determinado, la resolución sería impugnabile por defecto de uno de sus presupuestos. Así el colegio que provee en el caso particular debe estar compuesto de los más antiguos que han estado presentes a la discusión del pleito, salvo impedimento legítimo (que ha de entenderse anterior a la discusión); el menos antiguo interviene en el colegio solamente si fué nombrado ponente antes de la discusión. Esta norma, aunque contenida en el Reg. gen. jud., art. 264, en relación con el art. 357, Cód. proc. civ., no es meramente instruccional, sino estrictamente procesal (§ Introducción), haciendo referencia a la composición del juez o sea, a un presupuesto procesal; su inobservancia es un motivo de impugnación. Es principio que el colegio debe encontrarse compuesto en el momento en que se discute el pleito y no después (2); y si admitiésemos que su composición puede mudar

(1) La última, en relación con el art. 1 ley 14 Jul. 1907 resulta del R. D. 21 Nov. 1907, núm. 785).

(2) Conformes decisiones recientes. El principio ha sido aplicado más rigurosamente por las Casaciones de Turín y Florencia. La Cas. Roma ha venido aproximándose a esta tesis (sentencia 9 Oct. 1905 en la *Legge* 1905, pág. 2411 y las allí citadas); después se ha alejado de ella aún con la sentencia 20 En. 1906 (en el *Foro Ital.* 1906, I, p. 596) para volver a la primera orientación más recientemente (sentencia 20 En. 1906 en el *Foro Ital.*,

después de la discusión del pleito, aunque sea por impedimento de un juez, vendríamos a atribuir importancia procesal a un hecho (impedimento), sin que este haya sido sometido a la apreciación y a las deducciones de las partes.

La actividad del particular o del colegio llamado a personificar la magistratura, es actividad de la magistratura. En particular el colegio es órgano de la magistratura colegiada; obra como *unidad* distinta de las personas de sus componentes.

Entre los funcionarios aptos para personificar una magistratura, uno es el jefe del oficio, en los tribunales con juez único es el *titular*; en las magistraturas colegiadas es el *presidente*. Pero es preciso distinguir aquí las funciones del presidente como jefe de la magistratura y como jefe del colegio; como jefe de la *magistratura* obra por sí solo (ej., nombramiento de curador especial. Código proc. civ., art. 136, reducción de términos, art. 154, procedimiento *ingiunzionale*, art. 379, procedimiento de los incidentes, artículo 181 y sigs., primera fase de la audiencia, ley 31 Marzo 1901, artículo 4); como jefe del *colegio* obra *en este y por este* (ej. dirección de la discusión, dirección de la votación) (1). Las funciones del presidente como jefe de la magistratura deben dividirse además en funciones relativas a asuntos en los cuales es llamado a deliberar *también* el colegio, y funciones *exclusivas* del presidente. En aquéllas, su función está sometida de ordinario a la corrección del colegio (Cód. proc. civ., arts. 182-808), en estas únicamente a la corrección de autoridades superiores (Cód. proc. civ., artículo 781, Cód. civ., art. 223).

1906, I, p. 1104; 3 Abr. 1907, en el *Foro Ital.*, 1907, I, p. 560; 25 Feb. 1908, Sec. Un., en la *Legge* 1908, p. 737, que admite la posibilidad (si bien excepcional) de que el juez se haga cargo del impedimento sólo después de haberse cerrado la discusión oral, y sea sustituido; pero no considera como motivos de impedimento más que los motivos de abstención; 21 Sep. 1908, en el *Foro Ital.*, 1908, p. 1236) y para volver más recientemente aún al criterio amplio (Sec. Un. 1 Feb. 1912, en la *Giur. Ital.* 1912, p. 166). Véase MORTARA, *Comm.* IV núm. 43 y sigs.; MATTIROLO, *Tratatto*, IV, página 43 nota.

(1) Acerca de esto KLEINFELLER, *Die Funktionen des Vorsitzenden (Las funciones del presidente)*, 1885; WACH, I, 226; DIANA, *Le funzioné del presidente*, 1910.

En la composición del magistrado colegiado aparece otra figura, el *juez delegado*. Este es un componente de la magistratura, delegado por el presidente o por el colegio, necesario facultativamente para realizar determinadas operaciones en lugar del presidente ej. art. 186, Cód. proc. civ.) o del colegio, cuando la actividad de este fuese inútil o impropia (ej., en las pruebas, art. 208, en la liquidación de las costas, art. 375, en el procedimiento de rendición de cuentas, art. 323, de interdicción, art. 838, de graduación, art. 710 y Reg. gen. jud., art. 242, de quiebra, Cód. com., artículo 727). La actividad del juez delegado tiene el valor de la actividad del órgano en lugar del cual obra, dentro de los límites de sus atribuciones; si los excede, la labor del juez delegado es *nula*, no simplemente *anulable* (Cód. proc. civ., art. 209). Para ciertos actos puede ser delegado un funcionario judicial perteneciente a otro tribunal (Cód. proc. civ., art. 208); el juez delegado para una medida instructoria *si forma parte del tribunal que entiende del pleito* puede proveer a la admisión y ejecución de las nuevas pruebas concordadas entre las partes antes de la terminación del proceso verbal (ley 31 Mar. 1901, art. 12). A veces, sin embargo, el juez delegado es utilizado por la ley como juez único (Cód. Comercial, arts. 763 y 807):

El juez delegado únicamente para informar acerca de las peticiones de las partes, llámase *relator* (ponente), (Cód. proc. civil, artículos 184, 186, 349 y 779, ley 31 Mar. 1901, art. 5).

Las secciones.—Una magistratura puede estar dividida en *secciones* (civiles, penales o mixtas). Esto tiene por objeto multiplicar según la *necesidad del servicio* (ley org. jud., art. 44), la actividad de una magistratura, facilitando a esta el despacho de gran cúmulo de asuntos de su competencia mediante el ejercicio simultáneo de sus funciones por diversos funcionarios o grupos de funcionarios pertenecientes a ella. Cada sección obra por la magistratura de la que forma parte; ejercita en acto las facultades que corresponden en potencia a la magistratura. Cada una reproduce en sí la constitución propia de la magistratura por la cual obra, y si ésta es colegiada, comprende un cierto número de funcionarios que se alternan y sustituyen en la constitución del colegio dentro de la sección; tiene un presidente o quien haga sus veces, pero todas están bajo el gobierno del jefe de la magistratura (titular de la

pretura, presidente, primer presidente), el cual ejercita una serie de atribuciones procesales incluso respecto de los pleitos que pertenecen a secciones que no preside; y cuando una sección no puede funcionar por falta o impedimento de los magistrados; puede intervenir en ella (ley org. jud., arts. 48-71, en las secciones de pretura con oficio fijo, el titular del mandamiento puede, en cada caso, realizar actos de jurisdicción en lugar del regente, art. 25, R. D. 24 Mayo 1908). La misma ley distingue claramente entre jueces ajenos *a una sección* y jueces ajenos *al cuerpo* del tribunal (arts. 48-71, ley org. jud.) (1). Cada juez particular, a través de la sección a que corresponde, pertenece a la «magistratura», al «cuerpo del tribunal»; así, mientras por una parte no puede hacerse cesionario de las litis, cuestiones y acciones litigiosas del *tribunal* de que forma parte (Cód. civ., art. 458), incluso si penden de una sección diferente de aquella a la cual está agregado, por otra aún no pudiendo regularmente ingerirse en los asuntos de otra sección, tiene la capacidad genérica de obrar para el tribunal en cualquier sección; de aquí que pueda ser llamado a completar una sección deficiente de personal (ley org. jud., arts. 48, 71, 127); y cuando en la reconstitución de las secciones pasa de una a otra conserva la facultad de despachar los asuntos en trámite de la sección que deja, en los cuales no pueda ser sustituido (p. ej., deliberación de sentencia); el que rige la sección de pretura tiene, pues, de derecho la cualidad y el oficio de vicepretor en todo el mandamiento (R. D. 24 May. 1908, art. 25).

De aquí que cuando la ley exige que una impugnación se lleve a la *misma autoridad judicial* que ha pronunciado (art. 498, 511, Código proc. civ.), no quiere decir necesariamente la *misma sección* (2); y viceversa, si la ley exige que un pleito sea enviado a

(1) Por esto cuando otras disposiciones usan la expresión «cuerpo judicial» quieren precisamente contraponer el «cuerpo» a la «sección». Así debe entenderse el art. 3 de la ley 24 Jul. 1908 sobre garantías y disciplina de la magistratura que hace incapaces a los parientes o afines dentro del tercer grado para pertenecer «al mismo *colegio* o *cuerpo* judicial». El «cuerpo» judicial no es expresión usada, como frecuentemente se cree, para comprender los funcionarios del ministerio público.

(2) Véase Apelación de Nápoles 31 Diciembre 1906 (*Foro italiano*, 1907, p. 462, en el *hecho*).

ponde a una sección para conocer hasta el fin de un pleito, por haber *comenzado* a conocer de él; y es, por lo tanto, una simple condición de regularidad de particulares actos procesales, no del proceso entero.

Aun debiendo asumir con citación un pleito ya asignado a una sección, no se invoca la sección del tribunal sino el tribunal; sólo al pedir la inscripción en *ruolo* el procurador tiene la obligación de declarar que el pleito fué ya asignado a una sección (Reg. general jud., art. 217); y la penalidad que acompaña a esta obligación comprueba que no se trata de una norma de competencia, sino de otra naturaleza.

La ley quería (aunque los defectos de nuestra organización hagan prácticamente inútil su deseo), que todo pleito tuviese posiblemente por jueces, las mismas personas físicas desde el principio hasta el fin; por eso el art. 213, más bien que una norma de competencia, encierra una aplicación del principio de la oralidad en el cual, en pensamiento, ya que no en hecho, se inspira nuestro proceso, y que quiere, o mejor querría la identidad física del juez (1); así como el art. 357 del Cód. proc. civ. no permite concurrir a la deliberación de la sentencia más que a los jueces que han asistido a la discusión del pleito. Son normas de la misma naturaleza, salvo que en el art. 357 el principio de la oralidad manifiesta su exigencia capital (por lo demás muy fácil de satisfacer), tanto que la violación de esta norma produce nulidad de la sentencia (art. 361, núm. 1), mientras que en el art. 213 encontramos una garantía de la oralidad de menor importancia y de escasa eficacia práctica. El art. 213 contiene aún una limitación al arbitrio del presidente, dirigida a impedir que un pleito sea sustraído a un juez después de haber manifestado éste en sus resoluciones interlocutorias convicciones influentes en el fondo. Es cuestionable si la inobservancia del art. 213 produce o no nulidad; si puede o no ponerse de manifiesto por el juez cuando las partes callan o incluso contra el acuerdo de las partes (2); cuestiones que se resuelven

(1) Véase §§ 44, 44 bis y nuestra relación al Congreso jurídico de Roma, 1911.

(2) MORTARA, *Comm.* III, núm. 336; Cas. Roma 5 Nov. 1906 (*Fore ital.* 1906, p. 1417). Ordinariamente se equipara la llamada competencia

con los principios generales sobre la naturaleza de las normas procesales y sobre las excepciones de nulidad (Cód. proc. civ., artículos 56, 57, 58, 191 y 192, pág. 102; §§ 41 bis, III, 47, VII), no con las normas sobre las excepciones de incompetencia (Código procesal civ. art. 187), con las cuales nada tienen que ver. Puesto que, repítese, respecto del art. 213 no puede hablarse de competencia sino en un sentido muy genérico. La *sección* es *competente* para conocer de los pleitos que le están asignados, como el juez es *competente* para sentenciar los pleitos de los cuales ha oído la discusión oral (1).

Por esto, asegurar como frecuentemente se repite, que las secciones son «órganos autónomos de jurisdicción» puede producir equívocos. Toda sección ejercita por su cuenta la jurisdicción del tribunal al que pertenece, lo cual no priva que entre pleitos pendientes ante secciones diversas pueda existir litispendencia o conexión y haber, por tanto, entre ellas una relación de prevención, puesto que con la excepción de litispendencia se trata de impedir que el mismo pleito sea tratado varias veces separado y contemporáneamente; con la excepción de conexión búscase obtener un

por apropiación a la competencia por territorio; y la Cas. Roma, en la sentencia citada pronuncia esta equiparación hasta el punto de estimar que la Sección no puede *de oficio* relevar la inobservancia del art. 213. La equivocación es evidentemente inexacta. Por lo demás, la misma sentencia observa en cambio exactamente que «la división en secciones, impuesta únicamente por las exigencias del servicio, no da lugar a diversidad de jurisdicción entre las secciones».

(1) Análogamente el juez instructor tiene una competencia suya en sentido propio respecto de los jueces instructores de otros tribunales (Código proc. pen. art. 237); en los oficios donde hay *varios* jueces instructores, cada uno de ellos puede llamarse *competente* para entender de los asuntos a él asignados por el instructor jefe (314 Reg. gen. jud.) Análogamente aún, en los oficios de pretura el vicepretor tiene, frente a las demás preturas, la competencia del oficio a que pertenece; y puede considerarse *competente* en un sentido enteramente diverso, respecto de los asuntos que el titular le da para entender. Y, para hablar de otros órganos procesales, el oficial judicial tiene una *competencia* en sentido propio respecto de los oficiales de otros tribunales (art. 175 ley org. jud.); pero puede llamarse competente, en otro sentido, relativamente, p. ej. a la notificación de la sentencia al rebelde en él delegada por el juez.

proceso simultáneo para pleitos conexos; y como todo esto puede ocurrir también por lo que se refiere a pleitos pendientes, distintamente ante la misma o las mismas personas físicas, podrá ocurrir *a fortiori* para los pleitos pendientes ante personas físicas diversas (Reg. gen. jud., art. 229; R. D. 31 Ag. 1901, art. 31). Debiendo establecerse competencias entre éstas, el criterio para preferir una sección a otra puede basarse en la *prevención*, que es el más sencillo y el más lógico, queriendo sustraer la elección al arbitrio del presidente; pero esta prevención *entre las secciones* tiene tan poco de norma de *competencia* en el sentido específico de la palabra, que no la encontramos contenida en las leyes, sino en el Reglamento gen. jud., art. 229 y en el R. D. 31 Ag. 1901, art. 31, de cuyas normas la primera consideraba como sección preveniente aquella a la cual estaba asignado el pleito *primeramente matriculado (iscritto a ruolo)*; la segunda pudo en cambio tratar como sección preveniente aquella a la que estaba asignado el pleito *primeramente iniciado*; ni se entendió con esto poner o cambiar normas de competencia.

b) En cambio la ley puede establecer por sí mismo, en todo o en parte, los criterios conforme a los cuales *debe* tener lugar el reparto. Podría disponer, p. ej., que en los tribunales divididos en varias secciones, los pleitos comerciales o también los pleitos matrimoniales o los pleitos de cuantía superior a 10.000 liras, sean conocidos exclusivamente por la primera sección. En estos casos se presenta alguna dificultad más importante pero también fácil de vencer. El reparto así hecho aproximase al que propiamente se llama competencia, porque los pleitos que *pueden* surgir de competencia del tribunal pertenecen a una sección determinada, aún antes de ser iniciados y por esto corresponderá más fácilmente en estos casos hablar de *sección competente*. Pero siempre se hablará de ella en un sentido más amplio del que reconoce el Cód. de proc. La competencia es del tribunal, pero este debe ejercitar determinadas atribuciones de su competencia mediante una sección con preferencia a otra; y la observancia práctica de esta obligación tiene sus garantías en el deber del presidente de asignar los pleitos con arreglo a las normas legales, en el poder de la sección de declarar y en el derecho de la parte de excepcionar la irregularidad de la asignación.