



PRINCIPIOS
DE
DERECHO PROCESAL CIVIL

POR
JOSÉ CHIOVENDA

Profesor ordinario de Procedimiento civil y Organización judicial
en la Universidad de Roma

OBRA LAUREADA POR LA *R. ACCADEMIA DEI LINCEI*
CON EL PREMIO REAL PARA LAS CIENCIAS JURÍDICAS

TRADUCCIÓN ESPAÑOLA DE LA TERCERA EDICIÓN ITALIANA
PRÓLOGO Y NOTAS

DEL
PROFESOR JOSÉ CASÁIS Y SANTALÓ

T O M O I

MADRID
EDITORIAL REUS (S. A.)
Impresor de las Reales Academias de la Historia
y de Jurisprudencia y Legislación

CAÑIZARES, 3 DUP.º

1922

PRINCIPIOS

DE

DERECHO PROCESAL CIVIL

POR

JOSÉ CHIOVENDA

Profesor ordinario de Procedimiento civil y Organización judicial
en la Universidad de Roma

OBRA LAUREADA POR LA *R. ACCADEMIA DEI LINCEI*
CON EL PREMIO REAL PARA LAS CIENCIAS JURÍDICAS

TRADUCCIÓN ESPAÑOLA DE LA TERCERA EDICIÓN ITALIANA
PRÓLOGO Y NOTAS

DEL

PROFESOR JOSÉ CASÁIS Y SANTALÓ

T O M O I

MADRID
EDITORIAL REUS (S. A.)
Impresor de las Reales Academias de la Historia
y de Jurisprudencia y Legislación

CAÑIZARES, 3 DUP.^o

1922

ES PROPIEDAD



**INVESTIGACIONES
JURIDICAS**

INDICE.

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
Prólogo.....	I
INTRODUCCIÓN	
I	
Generalidades acerca de la historia, la legislación y la literatura procesales.....	1
<i>Apéndice: Legislación procesal española.....</i>	<i>31</i>
<i>Literatura procesal española.....</i>	<i>39</i>
II	
Plan para el estudio del derecho procesal.....	41
PRIMERA PARTE	
<i>Conceptos fundamentales.</i>	
§ 1.º	
El derecho y la acción.....	43
Apéndice al § 1.º—Referencias al Derecho español.....	79
§ 2.º	
El proceso civil y su destino.....	81
Apéndice al § 2.º—Referencias al Derecho español.....	101
§ 3.º	
El proceso como relación jurídica.....	102
Apéndice al § 3.º—Referencias al Derecho español.....	119

	<u>Páginas</u>
§ 4.º	
La ley procesal.....	120
Apéndice al § 4.º—Referencias al Derecho español.....	155

SEGUNDA PARTE

*La actuación de la ley en el proceso civil. Sus formas y condiciones.
 (Condiciones de la acción).*

§ 5.º	
La actuación de la ley en favor del actor.....	160
Apéndice al § 5.º—Referencias al Derecho español.....	184

§ 6.º	
Sentencia de condena.....	185

§ 7.º	
Sentencias de mera declaración.....	194
Apéndice a los §§ 6.º y 7.º—Referencias al Derecho español.....	209

§ 8.º	
Sentencias constitutivas.....	210
Apéndice al § 8.º—Referencias al Derecho español.....	228

§ 8.º bis	
Declaraciones con predominante función ejecutiva.....	229
Apéndice al § 8.º bis.—Referencias al Derecho español.....	259

§ 9.º	
Medidas provisionales de seguridad.....	260
Apéndice al § 9.º—Referencias al Derecho español.....	271

§ 10	
La ejecución forzosa. El título ejecutivo.....	275
Apéndice al § 10.—Referencias al Derecho español.....	305

§ 11	
La actuación de la ley en favor del demandado. (La sentencia desestimatoria. La excepción).....	308

CAPÍTULO SEGUNDO

*Capacidad general de los órganos jurisdiccionales.
(Organización judicial).*

	§ 19	
Conceptos generales.....		462
	§ 20	
El Juez.....		466
	§ 21	
El Oficial judicial.....		526
	§ 22	
El Canciller.....		532
	§ 23	
El Ministerio público.....		536
	§ 24	
Personas auxiliares.....		544
	§ 25	
Formación de los funcionarios judiciales y su condición jurídica... 546		
Apéndice al capítulo II.—Referencias al Derecho español.....		564

CAPÍTULO TERCERO

*Capacidad especial objetiva de los órganos jurisdiccionales.
(La competencia).*

	§ 26	
Ideas generales.....		599
Apéndice al § 26.—Referencias al Derecho español.....		608
	§ 27	
Competencia determinada por el valor del pleito.....		610
Apéndice al § 27.—Referencias al derecho español.....		631

BRUNO...
1937

PRÓLOGO

Cuando por primera vez he leído los estudios procesales del Profesor Chiovenda (1), he pensado en la necesidad de dar a conocer a nuestros devotos de las ciencias jurídicas, por lo menos y de primera intención, los *Principios de Derecho Procesal Civil*, del que poco tiempo después había de ser mi gran maestro y queridísimo amigo en la R. Universidad de Roma.

Generosamente me autorizó para llevar a cabo esta versión castellana de su obra fundamental y, para satisfacción mía, quiso que yo prologase la edición de sus *Principios*, que ya él conocía, porque tuve buen cuidado de hacer llegar al autor los pliegos impresos a medida que iban saliendo de la tipografía.

A última hora, el ilustre procesalista me ha honrado con una extensa carta laudatoria de mi trabajo—que por esta razón no he querido publicar—, y sírveme de gran satisfacción saber que el maestro italiano, que domina a perfección nuestro idio-

(1) Entre otros menos importantes: *La Condanna nelle spese giudiziali*, (1901); *L'Azione nel sistema dei diritti*, (1903); *Sul litisconsorzio necessario*, (1904); *Saggi di Diritto processuale civile*, (1904); *Sulla massima: Ne eat judex ultra petita partium*, (1904); *Nuovi saggi di dir. proc. civ.*, (1912); *Sul funzionamento del giudice unico nei tribunali*, (1914); *L'inibitoria alle sentenze provvisoriamente esecutive in materia civile e commerciale*, (1903); *Le norme sulla prova rispetto alla loro efficacia nel tempo*, (1912) y *Principii di dir. proc. civ.*, (3.^a ed. 1913).

ma y nuestro derecho procesal, considere sin tacha, por el contenido, las anotaciones y por la forma, la versión castellana del mejor de sus libros.

Los *Principios de Derecho Procesal Civil* del Profesor Chioventa llenan un gran vacío en la literatura jurídica española; y al importar el trabajo de un autor extranjero, en esta disciplina, ningún libro manual, y al mismo tiempo completo y fundamental, podría elegirse con mayor acierto, porque a través de estos *Principios*, puede darse cuenta el estudioso y el investigador, de las doctrinas procesales dominantes en todos los países donde con ventaja ha sido objeto de cultivo esta especialidad jurídica.

Sólo así puede explicarse el éxito rotundo alcanzado por esta obra en el país de origen, pese a contar con otras magníficas, integrales y monográficas, de la rama procesal y pese también a la rudísima oposición que las doctrinas de Chioventa encontraron en el ambiente del foro italiano.

*
*
*

Ahora dos palabras acerca de las normas seguidas en la realización de mi trabajo.

Ante todo he querido ajustarme en lo posible al tecnicismo del autor, ciñendo, por lo tanto la traducción a la forma original en cuanto fué compatible con la claridad de la exposición. Sólo así pude asegurarme de dar a los lectores de lengua española la *sensación* exacta del espíritu doctrinal del autor. Por eso mismo, también he respetado algunas locuciones o representádolas con voces de una equivalencia absoluta, pero que en nada merman el concepto que se ha querido expresar. He buscado, en fin, la frase sencilla, de significación amplia, pero hija siempre del tecnicismo jurídico aceptado por el autor.

En cuanto a las notas, he procurado, sobre todo, la brevedad. No se trata de hacer un libro de comentarios a nuestras leyes procesales sino más bien de aportar los trazos de orien-

tación legal vigente en España, para hacer más útil la doctrina de la obra. Para esto me ha servido de guía el propio autor con la concisión que le caracteriza al exponer las referencias a la legislación de su país.

Dentro de esta norma he atendido a la importancia de la materia tratada en el capítulo anotado; y así mientras en algunos limité el *apéndice* a unas cuantas líneas y hasta, algunas veces suprimí la referencia a nuestro derecho, por juzgarla innecesaria, en otros quise consagrarle páginas enteras, agrupando la exposición de varios capítulos, cuando razones sistemáticas así lo exigieron.

Claro está—excusaba decirlo—que me he limitado a la legislación de Enjuiciamiento civil, en sus principios generales, prescindiendo de las leyes especiales, a no ser cuando la importancia de la materia exigió una leve excepción.

En todo caso el contenido de los *apéndices* es la referencia legal, nunca el comentario a las normas.

Madrid-1922.

Prof. José Casais y Santaló.

INTRODUCCIÓN

I

Generalidades acerca de la historia, la legislación y la literatura procesales.

1. *Formación del proceso civil moderno.* El proceso civil moderno en Italia, como en la mayor parte de las naciones de Europa, es la resultante de la fusión de varios elementos, sobre los que descuellan el romano y germánico.

Si hacemos un estudio de los procesos romano y germánico al penetrar en Italia en los primeros tiempos de la Edad media, distinguimos entre ambos profundas diferencias. El procedimiento germánico conserva el carácter del proceso primitivo, nacido históricamente como medio de pacificación social, encaminado a *dirimir* las contiendas, más que a *decidirlas*, haciendo depender su solución, no del convencimiento del juez, sino por lo regular, del resultado de fórmulas solemnes, en las que el pueblo descubre la expresión de un acto superior e imparcial la divinidad. Todo esto dá al proceso y a la prueba un aspecto sumamente *formal*. Los medios de prueba (fuera del examen de testigos, en algunos casos), son pocos (juramento, ordinariamente con *conjuradores*, juicios de Dios). Son objeto de prueba, no los hechos *particulares*, sino la *afirmación jurídica*, de una parte. La prueba se dirige *al adversario* antes que al juez; y al presentarse ésta como un beneficio, corresponde ordinariamente al sujeto atacado, es decir, al *demandado*. Generalmente no se admite la contra prueba. En fin, como los resultados de pruebas tan sencillas no exigen una apreciación especial, la misión del juez; redúcese a declarar quien ha de

probar y con qué medios: por esto la sentencia definitiva es, en realidad, la sentencia que provee a la prueba, y que surge en mitad del pleito.

Por el contrario, en el proceso romano la prueba se dirige a formar la *convicción* del juez, que figura entre las partes (cualquiera que fuese su función originaria) como árbitro y responsable de la decisión; se admiten los más diversos medios de prueba y constituyen su objeto los hechos particulares: la prueba se dirige al juez, y como representa una *carga* corresponde generalmente al que ataca, o sea *al actor*: y sobre los resultados de las pruebas y *contra pruebas* realizadas, expresa el juez su libre apreciación en la sentencia definitiva que se produce al final del pleito. Y no sólo el juez romano está libre de los vínculos que constriñen al germánico en la exigencia y apreciación de las pruebas, sino, en general, en la dirección de la causa,

También existe una notoria diferencia (prescindamos de señalar otras menores) entre ambos procesos y es la de que la sentencia germánica aún conserva la naturaleza de acto acordado en la asamblea popular, y por lo mismo obliga y perjudica a cualquiera que de ella tenga conocimiento, mientras que la sentencia romana tan solo perjudica a los que han sido parte en el pleito.

El proceso germánico (longobardo-franco) nunca tuvo una preponderancia absoluta en Italia. Ha habido países (Roma, Exarcado), en los cuales el proceso romano fué de aplicación general: aplicaciones aisladas ha tenido también en otras partes, y, sobre todo, ha ayudado a mantenerlo el derecho de la Iglesia, la cual, en las numerosas materias sometidas a su jurisdicción, procedía con formas esencialmente romanas si bien modificadas por sus condiciones especiales o por la influencia germánica.

Esta reacción del proceso germano fué creciendo tanto que ya en el siglo XI el mismo proceso longobardo aparece profundamente influido por el romano; y cuando la floreciente civilización italiana, progresando paralelamente con el florecer del estudio del derecho romano, buscó instituciones procesales más conformes con el desarrollo de su vida; el proceso romano adquirió de nuevo general preponderancia.

No es de creer que se haya vuelto al proceso romano puro: siempre es difícil entender justamente el proceso de los tiempos antiguos; pero además, las fuentes romanas no eran completas en

jo que al proceso se refiere. Precisébase construir un sistema. Debían existir en las escuelas esquemas de sistemáticas exposiciones legadas desde tiempo inmemorial; los primeros escritos jurídicos de la Edad Media como Brachilogo, conservan sus huellas.

Los glosadores trabajaron sobre la base de estos esquemas, completándolos con el estudio directo de las fuentes y con su experiencia personal: y ya en el siglo XII tenemos obras sistemáticas completas (*ordines judiciarii*) o monografías más o menos extensas referentes al proceso (Bulgaro, Piacentino, Juan Bassiano, Pillio, Ottone di Pavia, etc.), más numerosas aún en el siglo XIII, con predominio de canonistas (Azone, Tancredi, Grazia, Damaso, Roffredo di Benevento, Inocencio IV, Hostiensis, etc.). Esta literatura procesal, y la que se halla difundida en las glosas de las fuentes civiles y canónicas y en las prácticas (especialmente Rolandino Passagerio), encuéntrase más tarde resumida y condensada en la obra fundamental de Guillermo Duranti (a. 1237-1296) *Speculum judiciale*, escrita en el 1271, rehecha en el 1286, que es a la ciencia procesal anterior y posterior, lo que la glosa de Accursio es a la ciencia del derecho en geueal.

La elaboración se verifica en los siglos sucesivos, hasta el comienzo del XVI, primero por obra de los comentaristas (sobre todo Bartolo y Baldo), después por la de los autores de *Practicæ judiciaræ* u *Ordines judiciarii* atribuídas, aunque sin seguridad, a Bartolo y Baldo; escribieron también Juan D'Andrea † 1348; Pedro de Ferrari, a. 1400; Lanfranco D'Oriano † después del a. 1448; Roberto Maranta, *Praxis Aurea*, entre el 1520 y el 1525; Moscateello, haciendo omisión de otras de inferior importancia y de las compuestas fuera de Italia y atribuídas falsamente a grandes juristas italianos, como al Abate Palermitano y a Alciato), de compilaciones de consultas (*Consilia*, como por ej. Pedro de Ancarano, Ludovico Pontano, Alejandro Tartagni, M. A. Natta, etc., etc.), de comentarios a las decisiones judiciales (como De Afflictis, Capicio, etcétera), de monografías procesales (De Barzi, Vanti, Asinio, Mascardi, Massa, De Mattei, Lancellotti. Oddo, etc.)

Esta elaboración ha sido el principal factor del injerto, sobre todo de instituciones germánicas en el tronco romano. Ya los glosadores, por tener frecuentes contactos con la práctica y por ser para ellos familiar el proceso consuetudinario de sus tiempos, todavía germánico en el fondo, encuéntrase a menudo predispuestos

a mal entender los textos de las fuentes romanas, de suyo difíciles, buscándoles afinidad con las instituciones procesales en vigor. Esta tendencia es más notoria en los post-glosadores y en los prácticos, inclinándoles a forzar de buen grado el espíritu y la letra de las leyes romanas, para encontrar en ellas un pretexto que justifique y mantenga en vigor instituciones germánicas demasiado enraizadas entonces en la costumbre, dándoles apariencias romanas. Añádase a esto que las formas del proceso romano aceptadas y modificadas por el proceso canónico, por el gran predominio de este último, admitiáanse en la práctica general mejor con el nuevo ropaje que con el suyo propio; de ahí que al proceso formado en esta época suela llamarse también «romano canónico». Finalmente la legislación municipal (*estatutos*) que desde fines del siglo XII en adelante vinieron multiplicándose en todas partes donde al lado de gran número de normas romanas, se acogían también instituciones germánicas u otras nuevas formadas espontáneamente por el uso; y las relaciones recíprocas entre estas legislaciones y la ciencia, entonces dominante hacían que esta terminase por reconocer más o menos directamente, aquellos elementos nuevos. Lo mismo debe afirmarse de las primeras legislaciones de los príncipes, como las constituciones federicianas y así, también para Nápoles, de los Ritos de la Gran Corte y de la Corte de la Vicaría.

Derivase de aquí un proceso mixto, llamado *común*, porque se aplicaba en cuanto no lo derogasen leyes locales especiales, y el cual puede distinguirse mejor que otro alguno, con el nombre de «italiano». Los principios fundamentales, como sobre la prueba, sobre la sentencia, eran romanos; pero muchas instituciones eran germánicas, algunas de las cuales han pasado al derecho moderno, como la intervención principal, la *querela nullitatis* (origen de nuestro recurso de casación); la influencia germánica ha concurrido a desnaturalizar la institución romana de la cosa juzgada; de la prueba formal germánica derivóse el sistema de la «prueba legal» o sea un conjunto de normas vinculadoras de la convicción del juez, hoy en gran parte desaparecidas (*ej. testis unus, testis nullus*). Germánica era también, pese a su vestimenta romana, la solemnidad de la *contestación* de la litis, que se estimaba indispensable para *fundar* el juicio, la división del proceso en dos partes o estadios antes y después de la contestación de la litis; el conjunto de coacciones contra el rebelde para inducirlo a compa-

recer, ya que en rebeldía de una de las partes no se creía pudiese celebrarse un verdadero juicio; la división del procedimiento en tantos términos diferentes y absolutos, consagrado cada uno a determinados puntos de la cuestión y a determinados **actos procesales**, en un orden riguroso e inquebrantable; y la desmedida importancia de la iniciativa de las partes en el desarrollo del pleito.

Estas reminiscencias del formalismo germánico constituyen unas de las causas que han hecho el proceso común excesivamente extenso, complicado y difícil. Habiéndose introducido después la costumbre de redactar actas de todos los actos del pleito, este proceso redújose poco a poco a un proceso escrito: las partes no comparecían sino que dejaban actos escritos en el juicio; las declaraciones de los testigos se recopilaban en un proceso verbal que luego servía de base al juicio, sin que las partes asistiesen tampoco al examen de los testigos. Pero junto al proceso ordinario (*solemnis ordo judicarius*) se vino formando otro más sencillo, que luego se llamó *sumario*. Los estatutos de las ciudades italianas cuidáronse oportunamente de reglamentar un proceso más sencillo que el ordinario. Por su parte el Papa, al delegar en los jueces la decisión de pleitos particulares, de antiguo solía eximirles de tal o cual formalidad del proceso ordinario, hasta que Clemente V en el año 1306 en una célebre constitución conocida con el nombre de *Clementina «saepe»* hubo regulado esta manera de proceder «*simpliciter et de plano sine strepiacftu et figura judicii*» de aplicación en ciertos casos: dispensando del *libello*, de la contestación de la litis, de la rigurosa concesión de los términos; antes atendiendo a concentrar en una sola audiencia todas las deducciones de las partes, reafirmando los poderes del juez en la dirección del pleito, acreciendo la relación entre las partes y el juez y la oralidad del pleito; admitiendo un juicio en rebeldía propio.

Junto a este proceso *sumario indeterminado* (en el cual la sumariedad significa *simplificación* de los actos judiciales) la necesidad de evitar las dilaciones del proceso ordinario favoreció el desarrollo de formas más eficaces de procesos *sumarios determinados o ejecutivos* (en los cuales la sumariedad significa *reducción del conocimiento* del juez. En los contratos las partes se sujetaban, para el caso de incumplimiento, a la ejecución sin juicio previo (*pactum executivum*): además fundándose en los actos y, más especialmente, en los contratos celebrados con intervención

notarial, y en muchos lugares también basándose en simples documentos privados, podía producirse una sentencia, que se hacía cargo tan sólo de las excepciones de pronta y fácil prueba, y, en su defecto, condenaba conservando al deudor el derecho de hacer valer más tarde las otras excepciones (*procedimiento documental y cambiario*). En algunos casos se producía una orden de pago sin si quiera oír al deudor, reservándole el derecho de hacer oposición, que, decíase, *justificaba* la orden (*mandatum de solvendo cum cláusula justificativa; procedimiento por mandato o monitorio o «ingiunzionale»*). Estas formas, así como el embargo de los bienes y la detención del deudor sospechoso de fuga, pasadas al derecho moderno, son también de origen germánico.

El proceso ordinario y los sumarios sencillo y especiales se han desarrollado paralelamente en Italia, encontrando mayor o menor aplicación en las diversas comarcas, según prevaleciese en ellas la tradición romana, la influencia canónica o la práctica germánica. A fines del siglo XVI puede considerarse acabado este desenvolvimiento. Desde esta época hasta fines del siglo XVIII abundan las obras procesales, si bien pobres de originalidad y de valor científico. En su mayor parte tienen un carácter práctico llamándose, como en otros tiempos «prácticas» o «ritos judiciales» o cosa semejante (Cumia, Maringo, en Sicilia; Galluppi, De Rosa, Maradei, Moro, De Ruggiero, Amendolia y otros en Nápoles; Cappucci, De Luca, Vestri, Ridolfini, Tiberi, Villetti, en Roma; Pancirolo, Nani, Bonifazi, Morari Micheli, Pivetta, Argelati en Venecia; Morati, Morelli en Génova: en el Piamonte los *Commentarii* de Antonio Sola, 1607, a los edictos de Manuel Filiberto, (desde 1561 en adelante. Y más tarde una voluminosa *práctica legal según el sentido común, los usos forenses y las constituciones de S. M.*, publicada anónimamente (1) en el año 1772-1775, etc.); las monografías sobre los más variados asuntos procesales se multiplican (Carocio, Accarisio, De Virgilio, Mangilio, Ansaldo, Postio, Varonio, Zacchia, Micaloro, Scaccia, Zanchi, Novaro, etc.), y extensos estudios procesales hállanse dispersos en los comentarios a los Estatutos (Galga-netti, Fenzonio, Pico, Costantini, para Roma, Conciolo para Gubbio, Asinio para Florencia, De Zauli para Faenza, Piganti para

(1) El Presidente Galli (DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, I, p. 306).

Ferrara, etc.), y en las obras jurídicas más generales. Pero la importancia de esta producción es, sobre todo, histórica, por el conocimiento que con ella se tiene del proceso italiano en este período.

Y mientras la ciencia decaía, había llegado y continuaba desarrollándose en los diferentes Estados de Italia la obra del legislador. Al mismo tiempo con la consolidación de los diversos poderes centrales, se formaron nuevas legislaciones reguladoras de los juicios, emanadas del derecho común, del derecho canónico, de los estatutos municipales, de la práctica y otras de índole más o menos autónoma según su mayor o menor dependencia de tales elementos. Pertenecen a este florecimiento las *Constitutiones domini Mediolanensis*, de Carlos V, 27 Agosto 1541, las *Constitutiones Placentiæ et Parmæ* de Ranuccio I Farnesio, 12 Diciembre 1594; las bulas y los breves en materia judicial de los Pontífices romanos y los edictos de sus representantes (legados) (1), y de los auditores de Cámara: las pragmáticas procesales napolitanas, principalmente la de Fernando I, de 1477 y la de Carlos III de 1738, las reglas para los pleitos civiles (*o stilus curiæ* de Manuel Filiberto de 1561 y las constituciones piemontesas de Víctor Amadeo II en 1723, vueltas a publicar con modificaciones y apostillas por Carlos Manuel III en 1770; las constituciones modernas de Francisco III en el 1771; el reglamento toscano de Leopoldo I, 30 Diciembre 1771, etc., etc. De estas leyes algunas reglamentan preferentemente la organización de los tribunales, como los breves *super reformatione Tribunalium* de Paulo V y de Benedicto XIV, dejando al derecho común y a los estatutos la organización (disciplina) del proceso, como la que se consideraba más bien interesante al derecho privado; sin embargo, las más son leyes procesales propias, que nos ofrecen un cuadro perfecto de las diversas manifestaciones de la evolución procesal de Italia. Es común a todas la tarea de resolver de la mejor manera el eterno problema de conciliar la necesidad de la completa instrucción del pleito y el beneficio de pleitos breves y sencillos. Todas ofrecen la distinción entre proceso *ordinario* (pleitos más graves o de mayor

(1) Véase la recopilación de *Constitutiones de re judiciaria*, publicada por el Card. Carafa, enviado (legado) en Ferrara en 1785.

valor), *sumario* (pleitos menos graves, o de poco valor o urgentes) y *especiales* o *ejecutivos* o *ingiunzionali* (por créditos privilegiados o fundados en prueba escrita). Pero el proceso ordinario háse modificado profundamente; asumió muchos principios propios del proceso sumario de la Clementina «saepe», restando importancia a la contestación de la litis, que sirvió más que nada para establecer un orden en el pleito, especialmente entre las excepciones procesales y sustanciales; admitiendo el juicio en rebeldía; reduciendo en lo posible las dilaciones encaminadas a la realización de particulares actos procesales. Sin embargo, el proceso es aún predominantemente escrito; y los inconvenientes de este sistema agrávanse por la práctica introducida de que los testigos no fuesen examinados por el juez, sino por un tercero nombrado por él o por las partes (*interrogator*). Sin embargo, aún tiene ambiente el principio de oralidad del pleito, por lo menos bajo la forma de las *discusiones* orales finales o de las *informaciones orales* al juez. Entiéndese, pues, por proceso *sumario* un proceso en el que los términos son más breves, las formalidades reducidas y la oralidad tiene mayor parte (proceso «*oretenus*» «sin forma o figura de juicio»).

Cada una de estas leyes tiene caracteres propios; así mientras alguna extiende los poderes del juez, y deja a su arbitrio la designación de los términos para las deducciones recíprocas de las partes, según las exigencias particulares de cada uno (Cost. parmenses) otras establecen en general términos fijos, uno para la respuesta, otro para la réplica y así sucesivamente, términos que tienen carácter impeditivo (*preclusivo*) en el sentido de que no pueden producirse *nuevas* deducciones como no sean causadas por la última deducción del adversario (Cost. piemonteses). En cuanto a los procesos *sumario-ejecutivos*, eran regulados de diferentes modos.

Estas leyes no eran completas: muchas partes del derecho procesal regulábanse por los estatutos, por las leyes romanas, por las canónicas, por la jurisprudencia práctica: de aquí que en realidad, gran parte de los inconvenientes que habían intentado obviar perduraban; sobre todo la incertidumbre acerca la ley aplicable al caso, y al modo de aplicarla, incertidumbre derivada de la falta de textos precisos y de la enorme cantidad de escritos y de opiniones divergentes sobre todas las materias, acumulados por

la producción de tantos siglos. Agravaban los inconvenientes las condiciones políticas de las épocas, que permitían la coexistencia de un gran número de jurisdicciones emanadas de diversos poderes, y atribuidas a las personas de ellas investidas más que como una función como un propio derecho personal, patrimonial, a menudo hereditario; de ahí el interés de los jueces por los pleitos que les proporcionaban crecidos derechos (*sportule*) y las contiendas entre jueces diversos. La dependencia de estos jueces de los poderes superiores facilitaba frecuentemente el abuso del arbitrio y de la prepotencia. Muratori en su obra sobre los *Difetti della Giurisprudenza* encuentra tan deplorables los juicios de su tiempo que exalta la sencillez del proceso germánico primitivo. Y en las constituciones piemontesas se dispone que ni los abogados ni los jueces puedan citar la autoridad de los escritores ni fundarse en su opinión. Comenzábase a sentir la necesidad de leyes procesales completas y únicas; pero la tendencia a la codificación hacia fines del siglo xviii no produce en Italia más que un «Código judicial» el compilado por Barbacovi para el principado de Trento (1786).

En este momento Italia vióse invadida por leyes extranjeras, que rompieron la natural evolución de nuestro derecho procesal.

La primera ha sido una ley austriaca. El *reglamento general judicial* de José II en 1781, fué publicado en Lombardía el 10 de Diciembre de 1785 y entró en vigor en 1.º de Mayo de 1786 y en el Veneto el 1798. Después una nueva redacción de este reglamento hecha para Galitzia (19 de Diciembre de 1796) el 1.º de Julio de 1803 con ligeras variantes (texto galiciano-italiano) sustituyó en el Veneto a la primera redacción.

Luego viene la ley francesa. El *Código de procedimiento civil* publícase en los Estados italianos a partir de 1806 a medida que éstos fueron ocupados por los franceses. En el intervalo entre la ocupación francesa y la publicación del nuevo Código tuvieronse en todas partes leyes procesales, como el *Método judicial* 14 Abril 1804 para la República italiana y el *Reglamento judicial complementario de las Constituciones civiles*. 10 nevoso año XII (1.º de Enero de 1804) para los Estados de Parma, Piacenza, etc., informado—en gran parte,—en los precedentes.

Tanto las leyes austriacas como las francesas eran, igual que

las italianas, de origen romano-germánico, pero opuestas también entre sí en los principios fundamentales.

A partir del siglo xiv el derecho romano canónico, y con él el proceso, hubo conquistado lentamente las tierras alemanas por razones teóricas y prácticas (fenómeno de la «recepción») restringiendo siempre mayormente la aplicación del proceso germánico. Este también había opuesto una resistencia más eficaz que en Italia; y la reacción fué más fuerte en el Norte, especialmente por obra de la escuela *sajona* (el jurista más célebre de esta escuela es Carpzov † 1666). De ahí que el proceso común alemán se haya constituido de una manera propia suya: su base fué el proceso ordinario italiano (que se usaba en el tribunal *cameral* del Imperio, por eso se llamaron *cameralistas* los escritores que la cultivaron como Gaill † 1587 y Mynsinger † 1588; pero los defectos de este último antes fueron exagerados que reprimidos. Excluída completamente la publicidad y la oralidad y toda inmediata relación entre el juez y los litigantes; dominado el proceso por el poder dispositivo de las partes, sostenidos los estadios procesales para la contestación, la réplica, la dúplica, la tríplica, la cuádruplica, debiendo el demandado, sin embargo, producir todas sus excepciones al mismo tiempo y no pudiendo el actor deducir en la réplica *nuevas* circunstancias y pruebas, sino para refutar las producciones del demandado, lo mismo éste en la dúplica y así sucesivamente (principio de preclusión). Esto constreñía a las partes a condensar sus posibles excepciones y deducciones en el primer escrito, aun las contradictorias ente sí, la una para el caso de que la otra fuese repelida (principio de la eventualidad). Pero habiéndose conservado la sentencia probatoria del proceso germánico, el pleito se dividía en dos partes, una destinada exclusivamente a las *afirmaciones*, que terminaba con la sentencia ordenando la prueba, cuya sentencia obligatoria para las partes y el juez, decidía virtualmente el pleito. La otra destinada exclusivamente a las *pruebas* que terminaba con la sentencia definitiva. No pudiendo conocerse *a priori* el resultado de las pruebas futuras, sucedía que en la primera parte hacíanse deducciones y el juez admitía pruebas, que después resultaban inútiles, lo cual daba lugar a no menos inútiles cuestiones, y favorecía la mala fe. La admisibilidad y apreciación de las pruebas era en gran parte dirigida por los principios de la prueba legal. A estos caracteres responde también el

reglamento general judicial austriaco, aunque tenga una historia, en parte autónoma, que explica ciertas particularidades suyas (no admite por ejemplo la separación del período de las afirmaciones del de las pruebas). También este reglamento contiene un proceso *sumario* (oral).

Del todo diferente es la historia del *Código de procedimiento civil*, francés. El proceso romano no había decaído nunca en el Sur de Francia (*patria juris scripti*) donde la invasión de las doctrinas procesales italianas del siglo XII fué más fácil. Pero también en el Norte francés (*patria iuris consuetudinarii*) quedaba el proceso romano en los tribunales eclesiásticos, y la influencia del clero y las relaciones entre la Iglesia y el Rey de Francia, explican como el proceso carolingio presenta caracteres de influencia romana. Ya en el siglo XII la escuela de París produce obras procesales romano-canónicas. Los primeros escritores de derecho francés (De Fontaines próximo al 1253. Etablissements de St. Louis 1270) están influenciados por el derecho romano. La exposición de Beaumanoir (costumbres de *Beauvoisis* 1283) está calcada en el *ordo iudiciarius* de un canonista, aunque esencialmente germánica. La romanización acentúase en el siglo XIV, como se echa de ver en la *Somme rurale* de Bouteiller en el Gran coutumier de Francia (1387-1388) y en los escritos forenses (*practicae*) a base romano-canónico que de aquí en adelante van sucediéndose (Petrus Jacobi 1311-1329, Mazuer † 1450, Auffrerijs 1495, Zuibert 1535, Jodocus de Damhouder 1567), y esta base más que el proceso ordinario es el proceso sumario de la Clementina «Saepe».

Pero el proceso francés no se ha abandonado a la lenta evolución y elaboración de la doctrina y de la práctica. Francia tuvo un importante órgano central de jurisdicción, el Parlamento de París (*Curia parlamenti*), cuyo proceso fué como el sostén unitivo de una legislación procesal, en la que se desenvuelve de una manera original la fusión de elementos romanos y germánicos. Las redacciones y comentarios del rito o estilo de procedimiento seguido por la *Curia parlamenti* (especialmente el «*Stilus parlamenti*» de Du Brueil 1330), primeramente fiel al derecho consuetudinario y después poco a poco romanizándose siempre, tuvieron enorme influencia en el proceso francés, fueron tomados a base de la legislación de un poder central cada vez más vigoroso, el Rey, que con una serie de *ordenanzas* procesales abandonando de una

parte el remanente de muchas formas germánicas y de otra muchas derivaciones desvirtuadas de formas romano-canónicas, organizó un nuevo proceso. De tales ordenanzas las más importantes son las de Villers-Cotterêts (1539), de Orleans (1560), de Moulins (1566), de Blois (1579) y sobre todo la célebre *Ordonnance civile* de Luis XIV (1667). Siguen las ordenanzas de Luis XV (1737-1738):

Estas ordenanzas, incluso la de 1667 que es la más extensa, no constituyen un cuerpo completo de leyes procesales. El derecho común conservaba importancia, como se ve especialmente en los escritores anteriores a la ordenanza de 1667 (Rebuffe, Despeisses). Con la de 1667 puede, sin embargo, considerarse codificada la parte más saliente del moderno proceso francés, común en adelante a toda Francia y a todas las jurisdicciones reales, feudales, eclesiásticas; y con los autores que escribieron sobre el proceso de la ordenanza (Jousse, Rodier, Bornier, Ferrière, padre e hijo, Pothier, Pigeau) puede decirse que comienza la literatura del moderno proceso francés.

Es carácter fundamental de las ordenanzas procesales francesas regular sólo el aspecto *exterior* o *formal* del proceso. Esto explica por qué la literatura procesal francesa tiene un carácter predominantemente práctico y por qué la gran escuela jurídica francesa del siglo XVI menospreció el estudio del proceso. Este proceso es oral y público; a la discusión del pleito en audiencia precede un cambio de escritos preparatorios: las afirmaciones, las pruebas se desarrollan unidas o sucesivamente, pero no existe un estadio para unas y otro para los demás; la discusión tiene lugar solamente después de terminadas las pruebas y correspondiendo ordenar una prueba mediante sentencia, esta sentencia no vincula al magistrado, no impide nuevas deducciones y nuevas pruebas, no decide virtualmente el pleito; las citaciones y notificaciones son realizadas directamente por el ujier, sin intervención del juez, con sólo la petición del interesado; al lado del principio del derecho de *disposición* y de la iniciativa de las partes en el proceso está el de la *soberanía* del juez (de aquí que éste pueda excluir como impertinentes las pruebas propuestas, juzgar despachado para la decisión un pleito, etc., etc.). Por lo demás también el proceso francés del siglo XVII y XVIII es objeto de censuras, también sus inconveniencias derivan en parte de vicios propios (ejemplo: la recepción de los testigos por parte de un juez comisario

que extiende el acja de sus declaraciones, el larguísimo plazo para la apelación, etc., etc.), en parte por las artes de los leguleyos, por las condiciones políticas y por la multiplicidad de las jurisdicciones permanentes o delegadas para cada caso con cartas de *committimus* por el Rey.

La revolución ha intentado una reforma radical también en el campo del proceso. La asamblea constituyente la decretó (24 Agosto 1790) y la inició abreviando los plazos para la apelación introduciendo la obligación (sancionada ya por varias leyes italianas) de la fundamentación motivada de las sentencias, etcétera, etcétera (26 Octubre 1790). La convención ha llevado la reforma a los extremos reduciendo al mínimo las formalidades judiciales, excluyendo de los pleitos a los abogados (3 brumario año II, 24 Octubre 1793). Continuó vigente la ordenanza del 1738 sobre el reglamento del Consejo del Rey, que formó la base del procedimiento para la casación recientemente instituída. Pero la ley 27 ventoso año VIII (18 Marzo 1800) restableció los abogados y la ordenanza consular del 18 fructidor del mismo año repuso la ordenanza de 1667. Y a una reproducción mejorada y complementada de esta ordenanza y de otras anteriores y posteriores como la de 1737 (sobre falsedad) redúcese el proyecto preparado por una comisión nombrada por Napoleón, que ha llegado a ser, después de las observaciones de las magistraturas superiores, las discusiones en el Consejo de Estado y la aprobación del cuerpo legislativo, el *Código de procedimiento civil* que desde el 1.º de Enero de 1807 regula los juicios en Francia, salvo las modificaciones de forma y de contenido realizadas por las leyes posteriores (ejemplo: las de 2 Julio 1841, 21 Marzo 1858, 23 Octubre 1884 sobre ventas de inmuebles, leyes de 30 Agosto 1883 sobre reforma de la organización judicial, 12 y 13 de Julio 1905 sobre competencia de los jueces de paz y el procedimiento ante los mismos.

Este Código, y con él algunos principios fundamentales nacidos de la revolución francesa (separación de poderes, independencia de la autoridad judicial, organización de funcionarios pagados por el Estado, emanación de la justicia exclusivamente del poder soberano de la nación, prohibición de jurisdicciones privilegiadas y de tribunales extraordinarios), ejercieron gran influencia en la organización procesal de las naciones europeas. En Alemania la dieta de Francfort el 27 de Diciembre de 1848, proclamaba los

principios fundamentales de la publicidad y la oralidad; y la moderna legislación del Imperio germánico alejándose ya del proceso común ya del prusiano (Reglamento general judicial de 1493) que, bajo la influencia de la escuela del derecho natural, había tratado de fundar el proceso sobre nuevas bases, sustituyendo al principio de la iniciativa y de la libre disposición de las partes el *inquisitorio* (investigación de la verdad de oficio) y que ya se había abandonado en la misma Prusia, toma como punto de partida el reglamento de Hannover, 1850, que es un tipo de proceso entre el romano-canónico y el francés; y tal es, en efecto, también el *reglamento* procesal alemán puesto en vigor el 1.º de Octubre de 1879, vuelto a publicar en un nuevo texto con ocasión de la promulgación del nuevo Código civil (en vigor el 1.º de Enero de 1900) y ahora modificado en algunos extremos (leyes de 5 de Junio de 1905, 1.º de Junio de 1909, 22 de Mayo de 1910), así tiene mucho de la ley francesa, incluso aplica ámpliamente algunos de sus principios, el nuevo *reglamento procesal austriaco*, fiel en parte al reglamento germánico, pero en otras partes inspirado por principios opuestos, como en el aumento de los poderes del juez en la instrucción de la causa, en lo que se acerca al viejo proceso prusiano, en la sustitución del juramento de parte por el interrogatorio jurado al estilo inglés, etc., etc., (en vigor el 1.º de Enero de 1898). De las leyes germánica y austriaca derivase, aunque no sin una cierta autonomía, el recentísimo *reglamento procesal húngaro*, Enero de 1911, en vigor en 1914 (1). En otras naciones el Código francés fué reproducido como en *Bélgica* (leyes modificadoras, especialmente de 25 de Marzo de 1876) y en Holanda (leyes modificadoras diversas, nuevo texto de 19 de Septiembre de 1896), o tomado por modelo, como en Rusia (20 de Noviembre de 1864). En la diversísima legislación procesal de los cantones suizos (*Ginebra* 1819, nueva ley de 15 de Junio de 1891, modificada y completada por las de 12 de Febrero de 1896, 23 de Enero y 3 de Julio de 1897; *Friburgo*, 12 de Octubre de 1849; *Valais*, 1824 y 30 de Mayo de 1856; *Schaffhausen*, 25 de Junio de 1869; *Vaud* 1824, 1847 y 25 de Noviembre

(1) Exposición detallada del proyecto de Alejandro Plósz, 1902 en la *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*, XXX, p. 167; de la ley, en la misma *Revista*, p. 539 y siguientes; versión alemana SCHIMIDT; Leipzig, 1911.

de 1869; *Zug* 5 de Octubre de 1863, *Uri* 24 de Noviembre de 1852; *Grissones* 1.º Junio de 1871, en preparación una reforma; *Zurich* 2 de Diciembre de 1874, también en preparación una reforma; *Basilea* campo, 20 de Febrero de 1905; *Neufchatel*, 1.º Octubre de 1878 y 23 de Noviembre de 1881; *Berna* 3 de Junio de 1883; *Schwyz* 7 de Febrero de 1890; *Solenze* 3 de Julio de 1891, *Lucerna* 5 Marzo de 1895; *Glaris* 5 de Mayo de 1895; *Tessino*, 5 Mayo de 1898; *Argovia*, 12 de Marzo de 1900; *Turgovia*, 1.º Mayo 1867; *Saint-Gall*, 6 Marzo de 1850, nueva ley en 31 Mayo de 1900; *Unterwalden* ob dem Wald, 2 Abril de 1901, *Unterwalden* nid dem Wald, 9 Abril de 1890; *Appenzell-Auser Rhoden*, 25 de Abril de 1880; *Appenzell-Inner-Rhoden*, 10 Marzo de 1892, prevalece en unos el tipo francés, en otros el germánico (proceso común). Leyes más autónomas son las de *España* (3 Febrero 1881), *Portugal* (8 Noviembre 1876) e *Inglaterra*. Y proyectos bajo la influencia de las recientes leyes germánicas y austriacas en *Finlandia* (1) y *Dinamarca* (2).

En Italia, al poner en vigor la Restauración las leyes preexistentes a la ocupación francesa, se ha notado pronto la necesidad de nuevas legislaciones que reprodujesen la mejor parte de la francesa; en Nápoles fueron mantenidas en vigor provisionalmente las leyes francesas. Fuera el secreto—Sambianda que permaneció regido por el reglamento austriaco y por sus leyes complementarias, y Toscana que conservó su reglamento completado por la ley 2 de Agosto de 1838 sobre la reforma judicial, los otros estados tuvieron las nuevas leyes. *Nápoles* tuvo las leyes del procedimiento en los juicios civiles, que son la tercera parte del Código para el Reino de las Dos Sicilias 26 Marzo 1819, y la ley sobre expropiación forzosa de 29 de Diciembre de 1828. *Roma* tuvo un Código de procedimiento civil publicado por motu propio de Pío VII, en 22 de Diciembre de 1817, después modificado y por otro motu propio de León XII en 5 Octubre de 1824 y sustituido más tarde por el célebre reglamento legislativo y judicial de Gregorio XVI, 10 Noviembre de 1834 (reglamento gregoriano). *Parma* tuvo el Código

(1) Exposición en la *Zeitschrift für Deutschen Civilprozess*, XXXI, p. 435.

(2) Id., id., id., XXXVII, página 347 y siguientes.

de procedimiento civil 6 Junio 1820 (Código de María Luisa). *Módica* el de 14 de Junio de 1852 (Código estense). De estas leyes, las más antiguas, como el Código napolitano y el parmense, han sido más afines a la francesa, las más recientes, como el reglamento gregoriano y el Código estense, lo concedieron la mayor extensión a las instituciones preexistentes, o hicieron innovaciones, como la ley napolitana sobre expropiación (1).

En *Piamonte* la reforma procesal ha sido más lenta. Es verdad que ya en el 1820 se trabajó un proyecto de nuevo Código, pero salvo un reglamento de 15 Mayo 1815 para Génova y un Código de 1827 para Cerdeña, en los demás Estados sardos permanecieron las constituciones piamontesas al lado de algunas leyes nuevas, como por ejemplo la de 16 Julio 1822, que regulando la materia hipotecaria ocupase también de los procedimientos de expropiación inmueble de «purgazione» y graduación, la de 27 Septiembre 1822 que reorganizó las jurisdicciones de primera instancia y el procedimiento ante las mismas, sustituyendo las *sportule* por nuevos derechos o tasas judiciales, la de 1.º Marzo 1838 sobre el procedimiento de los magistrados supremos o *senati* y sobre la fundamentación de sus sentencias, la de 13 Abril 1841 que reguló la interposición de la apelación y ha instituido una comisión para conocer de las demandas de revisión de sentencias, la de 30 Octubre 1847 que instituyó la Corte de Casación, la de 20 Noviembre 1847 sobre defensa gratuita, hasta que se puso en vigencia (1.º Abril 1855) el Código de procedimiento civil 16 Julio 1854 (primer Código sardo). Entre los documentos parlamentarios relativos a este Código son importantes la relación del Ministro que presentó el proyecto (Buoncompagni) y las relaciones de las comisiones de la Cámara de los diputados (redactor Tecchio) y del Senado (redactor De Margherita). Esta ley sigue las huellas del Código francés, pero algunas instituciones descubren o refieren a leyes preexistentes como constituciones piamontesas, códigos vigentes en otros lugares de Italia y algún Código extranjero (Ginebra, Vaud, Vallese).

Fué publicada con la reserva de una reforma, a la que proveyó

(1) La república de San Marino conservó, y aún conserva el proceso común, modificado por la Constitución y por leyes especiales.

un nuevo proyecto presentado por el Ministro De Foresta, que llegó a ser ley sin trámites parlamentarios en virtud de los extraordinarios poderes conferidos al Rey por la Ley 25 Abril 1859, el 20 de Noviembre 1859, puesta en vigor el 1.º Mayo 1866 (segundo Código sardo).

H. Legislación procesal vigente en Italia. Una vez constituido el Reino de Italia fué comprendido en el gran cuerpo de leyes publicado en 1865 un nuevo Código de procedimientos. El proyecto del libro primero ha sido presentado al Senado el 26 de Noviembre de 1863, con una relación que se hizo famosa, por el Ministro Pisanelli. El proyecto completo fué presentado a la Cámara de diputados el 24 de Noviembre de 1864 por el Ministro Vacca. Fué ponente en la Comisión parlamentaria el mismo Pisanelli. Después de breves discusiones en la Cámara de diputados (9 y 11 de Febrero 1865) y en el Senado (28 y 29 Marzo 1865), el proyecto fué preparado nuevamente por una Comisión de coordinación y llegó a ser ley el 2 de Junio de 1865, publicándose como tal el 25 del mismo mes (púsose en vigor el 1.º Enero 1866).

El nuevo Código sustituyó al sardo como a las otras leyes preexistentes aún en vigor en varias regiones que ya pertenecían al Reino de Italia (Lombardía, Toscana, Nápoles) o a algunas partes de dichas leyes mantenidas en vigencia por el Código sardo. (Códigos de Parma y Módena para la parte no contenciosa). Después púsose en vigor en Roma el 1.º Abril 1871 y en el Veneto el 1.º Septiembre 1871.

Han sido fuentes inmediatas para la formación del nuevo Código las leyes existentes en los diferentes Estados italianos, particularmente los Códigos sardos; de aquí que sus fuentes mediatas sean las fuentes de aquellas leyes, especialmente el Código francés y la ordenanza de 1667. De esta suerte al lado de muchas normas que son literal traducción de la ordenanza encuéntrase normas reproducidas de leyes extranjeras derivadas de la francesa y normas derivadas o de leyes italianas, como de las constituciones piamontesas o modenenses, o vigentes en Italia, como el antiguo reglamento austriaco o del proceso común. A través de estas diversas fuentes han pasado a nuestra ley instituciones de origen romano, canónico, germánico y otras creadas por la práctica italiana y francesa. El elemento germánico seguramente ha penetrado más en nuestra ley que en las modernas leyes alemanas, éstas ex-

cluyeron de sus normas instituciones de origen germánico, por ejemplo: la oposición de tercero y la llamada del tercero en garantía que nuestra ley trajo de la francesa.

Para la exacta inteligencia de nuestro Código y para el estudio de sus reformas, precísase el conocimiento tanto del proceso romano como del germánico, del canónico y del francés antiguo, así como de las legislaciones de ellos derivadas. Es sumamente útil la comparación de las leyes italianas con los nuevos reglamentos procesales germánico y austriaco, que en cuanto tienen comunidad de origen con nuestra ley llevan sobre ésta la ventaja de ser la expresión del resultado de un siglo de profundos estudios dogmáticos e históricos, y de regular el proceso de una manera más definitiva y completa.

Leyes importantes modificaron algunas partes del Código de procedimientos, la más notable es la de 31 Marzo de 1901 que modifica el procedimiento completada, por el decreto de coordinación de 31 Agosto 1901. También son leyes modificativas las relativas a conciliadores de 16 Junio 1892 (con el reglamento de 26 Diciembre 1892) y 28 Julio 1895, las normas de los arts. 876, 877, 878 del Código de comercio de 31 Octubre 1882, la ley que suprime la detención personal por deudas 6 Diciembre 1877, la de 28 Noviembre 1875 que disminuye las atribuciones del Ministerio público en materia civil, la de 30 Junio 1876 sobre las formalidades relativas a la prestación del juramento.

Pero el sistema de derecho procesal italiano no tiene sólo por base el Código de procedimientos. En primer lugar precísase completarlo con los principios fundamentales de carácter procesal contenidos en la Constitución del Reino (art. 68 y siguientes). Los criterios sobre interpretación y eficacia de la ley procesal en el tiempo y en el espacio encuéntrase en el título preliminar del Código civil y en las disposiciones transitorias para la aplicación del Código de procedimientos, 30 Noviembre 1865, 3 Diciembre 1870, 25 Junio 1871. Arranca también del Código civil el principio fundamental sobre cosa juzgada y del mismo Código y del de comercio la parte substancial de la organización de las pruebas. Del Código de procedimiento penal los principios sobre relación entre la acción civil y la penal. Numerosas instituciones procesales están además reguladas, en todo o en parte, en los Códigos civil y de comercio: las acciones posesorias (Código civil art. 696 y siguien-

tes); la expropiación forzosa (Código civil art. 2076 y siguientes); la detención personal (Código civil art. 2093 y siguientes); el procedimiento cambiario (Código de comercio art. 323 y 324), el de concurso y quiebra (Código de comercio art. 683 y siguientes).

Luego vienen numerosísimas leyes especiales:

a) Unas refiérense a los *órganos del Estado*: sobre todas ellas está la ley sobre organización judicial de 6 Diciembre 1865 modificada por las de 23 Diciembre 1875, 8 Junio 1890, 18 Julio 1904, 14 Julio 1907, reglamento 24 Mayo 1908 referente a las secciones de la *pretura* y R. D. 10 Octubre 1907 sobre el Consejo Superior de la Magistratura, 28 Junio 1908 y ley sobre garantías y disciplina de la Magistratura de 17 Julio 1908, reglamento 31 Enero 1909, y leyes sobre conciliadores, ley 25 Enero 1888 que abolió los tribunales de comercio, reglamento 23 Febrero 1888, ley 8 Junio 1874 sobre las *assise* con el Reglamento 1.º Septiembre 1874, modificada por el art. 10 de la ley 14 Julio 1907 y por el Reglamento 1.º Diciembre 1907; ley 12 Diciembre 1875 que instituye la Corte de casación de Roma, con el reglamento 23 Diciembre 1875; ley 6 Diciembre 1888 que atribuye a la Corte de casación de Roma el conocimiento de todos los asuntos penales con el reglamento 10 Febrero 1889; ley 21 Diciembre 1902 sobre ujieres judiciales, con el reglamento 28 Junio 1903, sustituida más tarde por la ley 19 Marzo 1911; ley 2 Julio 1903 sobre las cancillerías, con el reglamento 17 Julio 1903, sustituida después por la de 18 Julio 1907, y modificada por la de 13 Julio 1911. Es importantísima la ley 20 Marzo 1865, ap. *E.* con el Reglamento 25 Junio 1865, sobre la materia contenciosa-administrativa, en cuanto regula los poderes de la autoridad judicial ordinaria respecto a los actos administrativos, y la ley 31 Marzo 1877 sobre los conflictos de atribuciones. Para la delimitación negativa de la competencia de la autoridad judicial ordinaria, deben conocerse las leyes sobre las diferentes jurisdicciones especiales ya de derecho privado ya de derecho público, que oportunamente serán citadas (cónsules, capitanes de puerto, inspectores de emigración, jueces del trabajo, comisiones y juntas arbitrales diversas, consejos de prefectura, Tribunales de Cuentas, IV y V Sección del Consejo de Estado, Juntas provinciales administrativas, etc., etc.

b) Refiérense otras a las *partes en el pletto* y a sus *representantes*: leyes sobre defensa gratuita (6 Diciembre 1865, 19 Julio

1880); sobre abogados y procuradores 8 Junio 1874 con su reglamento de 26 Julio 1874; sobre defensa legal en las preturas y sobre los honorarios de procuradores 7 Julio 1901; reglamento de 16 Enero 1876 sobre abogados del Estado y ley de 14 Julio 1907 sobre reorganización de la abogacía del Estado, con su reglamento de 9 Junio 1908; reglamento 25 Junio 1865 sobre los representantes en juicio de la administración del Estado.

c) Otras se atienen al *procedimiento* y a los *actos procesales*: primero el *reglamento general judicial* para la aplicación del Código de procedimientos y de la ley sobre organización judicial, 14 Diciembre 1865, que realmente contiene gran cantidad de normas propiamente procesales. Después las leyes concernientes a procedimientos especiales, 24 Diciembre 1896 sobre dejación de inmuebles; 24 Mayo 1903 sobre convenio preventivo y procedimiento de pequeñas quiebras, las leyes sobre procedimientos especiales y de expropiación (de los créditos a favor del Estado, de los títulos de renta pública, a favor de las instituciones de crédito inmobiliario, por deudas de contribuciones), la ley 24 Diciembre 1908 sobre el procedimiento coactivo para el cobro de ingresos patrimoniales del Estado y otros entes públicos, hoy texto único de 14 Abril 1910; sobre los procedimientos electorales; sobre el ejercicio de acciones relativas a privilegios industriales o marcas de fábrica, etc. Las leyes sobre embargo de cantidades debidas por el Estado y por otras administraciones públicas (particularmente sobre los sueldos y pensiones, leyes 26 Julio 1888, 7 Julio 1902, 30 Junio 1908); de las cantidades depositadas en las cajas postales de ahorro, representadas por títulos de crédito inmobiliario, etc.

d) Otras conciernen a los *gastos judiciales*: Real decreto 23 Diciembre 1865, sobre arancel judicial, modificada por las leyes de 20 Junio 1882, 19 Marzo 1911; ley 8 Agosto 1895 sobre beneficios de las cancellerías, L. 7 Julio 1901 sobre honorarios de los procuradores, L. 21 Diciembre 1902 y 19 Marzo 1911 sobre ujieres judiciales, L. 2 Julio 1903, 18 Julio 1907 y 13 Julio 1911 sobre cancellerías, leyes ya mencionadas sobre defensa gratuita; L. 20 Mayo 1897 y 4 Julio 1897 sobre tasa de registro y timbre, con las modificaciones de la L. 23 Enero 1902 ap. C. y de la citada ley de 13 Julio 1911 sobre las cancellerías.

e) Disposiciones de *derecho procesal colonial*: Reales decre-

tos 22 Mayo 1894, 9 Febrero 1902, 30 Junio 1908 sobre la colonia Eritrea; Real decreto 8 Junio 1911 sobre la Somalia italiana.

f) Convenciones internacionales, especialmente la convención de la Haya 14 Noviembre 1896 entre la mayor parte de los Estados europeos, que contiene acuerdos referentes a la ejecución de las sentencias, cauciones, defensa graúta, notificaciones, etc., ejecutoria por Real decreto 14 Mayo 1899. Una nueva convención de 17 Julio 1905 ratificada en Italia por la ley 29 Junio 1909 modifica fundamentalmente la de 1896.

III.—Literatura procesal.

a) *Italiana.*—En la primera mitad del siglo XIX abundaron, particularmente en Nápoles; las traducciones de las obras de los procesalistas franceses (Pigeau, Thomine, Carré-Chauveau, Bonnier, Berriat-Saint Prix, Desquiron, Goubeau, Sirey, Rogron, Boitard, Poncet, etc.), con prólogos y notas o apéndices de los traductores. Hubo obras originales sobre las leyes napolitanas, de LANZELLOTTI (1820); CAFARO (1830); GRECO (1840); MOSCA (1839, 1849); GUARINO (1842); FABIANI (1855); y otros. En Roma VASELLI (1818); publicó un manual formulario sobre el Código de 1817, BELLI (2.^a ed. 1843) una compilación sistemática de textos del derecho romano; en Modena VIANI (1826) escribió a cerca de las constituciones; RAISIN; (1853) sobre el Código de 1852; sobre el reglamento toscana hubo las notas prácticas de SACCHETTI (1823) y de NENCI (1823); en Piamonte sobre el Código francés el comentario de PASTORE (1808) en Veneto-Lombardía sobre el reglamento austriaco, además de las notas de SENONER a la traducción del comentario de Scheidlein (1833), los Comentarios de GIORDANI (2.^a ed. 1845) y de SONZOGNO (3.^a ed. 1858). Debe recordarse también un interesante opúsculo de *Confronti e preferenze fra il codice di proc. civ. et il Metodo giudiziario e conforme reglamento pel Lombardo-Veneto*, de PUERARI, Milano-1865. Tampoco han faltado las monografías, TIZIONI (1832) y ROBERTI (1840) expusieron la teoría de las acciones según el derecho común y moderno; publicaban también estudios sobre fundamentales problemas de la ciencia de legislación procesal BARBACOVÍ (1824) en Milano; sobre pruebas GENNARI (1853) en Pavía, DE CESARE (1857) en Nápoles; sobre jurisdicción y competencia REALE (1824) en Pavía; URSINO (1841) en Catania; sobre las acciones posesorias DE SANCTIS (1830); DE MARTINO

(1845) en Nápoles; sobre el proceso provocatorio TOMASONI (1854) en Venecia; sobre autoridad judicial SCLOPIS (1841) en Turín; etcétera, etc.

Es obra fundamental el sistema del procedimiento sardo, con el título de *Commentario del Cod. di proc. civ. per gli Stati sardi*, desde 1855 en adelante, dirigido en gran parte por tres jurisconsultos meridionales, PISANELLI, MANCINI y SCIALOJA, aunque concluido por otros. También sobre el Código sardo de 1859 trata la *Sposizione compendiosa* de PESCATORE (1864).

Después del Código de 1865 la literatura (comentarios, tratados sistemáticos, manuales o instituciones, monografías) es vastísima. Durante muchos años ha permanecido dominada por la influencia de la doctrina francesa; las obras más recientes resientense de la influencia alemana y tratan de buscar orientaciones propias.

Muchos temas de derecho procesal encuéntrase tratados, casi exclusivamente por los civilistas. en particular bajo la denominación de *ejercicio y tutela de los derechos* conque suelen cerrar la *parte general*, muchos estudios de diversa importancia publicanse en forma de notas a las traducciones italianas de obras extranjeras. Son de especial importancia las de FADDA y BENZA a la traducción del *Dritto delle Pandette* de WINDSCHEID, particularmente el vol. I pág. 1168 y siguientes. También deben recordarse los diversos anotadores de GLÜCK en los libros de tema procesal y las notas de ASCOLI y CAMMEO a la traducción de la *Parte generale del diritto privato francese moderno*, etc., de CROME, Milán, 1906 especialmente págs. 349 y siguientes.

Comentarios: MATTEI, BORSARI (4.^a ed.), GARGIULO (2.^a ed.), CUZZERI (2.^a ed.).

Tratados: MATTIROLO, 6 vol. (4.^a ed. dirigida por el autor, 5.^a ed. por el autor en sus cuatro primeros volúmenes y en los otros dos, por LESSONA; RICCI 4 vol. (7.^a ed. y 8.^a ed. dirigidas por ALESSANDRINI; MORTARA 5 volúmenes (4 ed. del primer volumen 3.^a de los siguientes); MANFREDINI primer volumen 1898 (quedó incompleto).

Manuales: SAREDO 2 vol. (3.^a ed.); MATTIROLO 1 vol. (2.^a ed. 1899); FROIO 1 vol.; SORGENTE 2 vol.; DI MAIO 2 vol.; VITI 2 vol.; MARIANI, *Ordinamento giudiziario* 1 vol.; MORTARA, *Principii di procedura civile* 1 vol. (ed. Barberá); ídem *Principii di ordinamento giudiziario* 1 vol. (ed. Barberá); ídem *Manuale di procedura civile*

2 vol. (6.^a ed: 1911); LESSONA 1 vol. (3.^a ed. 1906); SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, lit. 1905; CAVALLERI, *Diritto giudiziario civile*, 1 vol. 1905; GALANTE, *Lezioni di diritto processuale civile* (2.^a ed. 1909).

Formularios: PATERI, *Pratica giudiziaria e trattato formulario* 2.^a ed. en publicación; RICCI 4.^o vol. del tratado.

Raccolta di materiali (trabajos parlamentarios) y de leyes complementarias y modificadoras; GIANZANA 5 vol.

Annuario di procedura civile, de CUZZERI desde 1883.

Las monografías más salientes serán citadas al estudiar los correspondientes temas. Muchas hallanse repartidas en las recopilaciones de sentencias, como el «*Foro italiano*», la «*Legge*», la «*Giurisprudenza italiana*», el «*Monitore dei Tribunali*», la «*Giurisprudenza torinese*» la «*Temi*», «*Diritto e giurisprudenza*» y otras, no sólo en las revistas jurídicas (*Archivio giuridico*, *Rivista di diritto commerciale*, *Rivista di diritto civile*, *Rivista di diritto público*, *Rivista di diritto internazionale*, etc.), sino en los diccionarios jurídicos (*Digesto*, *Enciclopedia giuridica*, *Dizionario di diritto privato*).

Entre los escritos más recientes sobre reforma del proceso civil italiano: CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, en la *Rivista giuridica e sociale* 1907, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali*, en la *Rivista di diritto civile* 1910 (artículos reproducidos en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Jovene e C. (Nápoles 1912). Del mismo autor la relación sobre la *Riforma del procedimento civile*, al VII Congreso jurídico (Octubre 1911). Sobre el proyecto Orlando, los escritos de D'AMELIO (*Rivista di diritto comm.* 1908), DE PALO (la misma revista 1909), ZANZUCCHI (id. id. 1910), TISSIER (*Revue Trimestrielle de droit civil* 1910).

b) *Francesa*.—La literatura que floreció en Francia en los primeros cincuenta años siguientes al *Code de procedure* ha quedado como base de la moderna doctrina francesa. La más reciente no mejoró la antigua, ni tiene en consideración (excepto las monografías históricas y algún escrito muy reciente) la importante producción de la ciencia procesal germánica.

Comentarios: CARRÉ con las adiciones de CHAUVEAU, THOMINE, SIREY. Recientes: TISSIER DARRAS y LOUCHE DESFONTAINES 1901,

1904. Tratados: PIGEAU BERRIAT-SAINTE PRIX, BONCENNE completado por BOURBEAU, RODIERE. Recientes: GARSONNET 6 vol. (2.^a ed.), traducción italiana con notas a cargo de LESSONA (en publicación).

Manuales: BONNIER, RUTIER, BOITARD, Curso de lecciones reelaborado por COLMET DAAGE, después por GLASSON (15.^a edición). GARSONNET *Précis de proc. civ.*, y por último GLASSON *Précis de proc. civ.*, 2 vol. 1907 (2.^a ed. dirigida por TISSIER 1908).

Diccionarios: BIOCHE y GOUJET, ROUSSEAU y LAISNEY.

Formulario: ISAURE-TOULOUSE (4.^a ed.).

Recopilación de materiales: LOCRÉ.

Monografías de carácter general: REGNARD, *De l'organisation judiciaire et de la procédure civile en France*, París 1855; SELIGMAN, *Quelles sont au point de vue juridique et au point de vue philosophique les réformes dont notre proc. civ. est susceptible?* Reims 1855; BORDEAUX, *Philosophie de la proc. civ.*, París 1857; LAVIELLE, *Etudes sur la proc. civ.*, París 1862; PACAUD, *Len-teurs et frais de justice civile*, 1899.

Escritos recientes acerca de la reforma del proceso civil francés: TISSIER, *Le centenaire du Code de procédure et les projets de réforme*, en la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1906; *Der Entwurf zur Reform des Code de procédure civile*, en la *Rheinische Zeitschrift*, 1910.

Alemania.—Antes del reglamento para el Imperio (1877): MARTÍN, *Lehrbuch des gemeinen bürgerlichen Prozesses* (Instituciones del proceso civil común), 1800 (13.^a ed. 1862); LINDE, *Lehrbuch* 1872 (7.^a ed. 1850); HEFFTER, *System*, 1825 (2.^a ed. 1843); BAYER, *Vorträge* (Lecciones), 1828 (10.^a ed. 1869); WETZELL, *System*, 1854 (3.^a ed. 1878, obra fundamental); RENAUD *Lehrbuch*, 1867 (2.^a edición 1874); ENDEMANN, 1868. Tienen para nosotros particular importancia las obras de los alemanes relativas al procedimiento francés, como el comentario de SCHLINK 1843, los estudios comparativos entre el proceso francés, prusiano y común de ZUM BACH (1822, 1845), las monografías de DERNBURG (1849), los escritos de LEONHARDT sobre la reforma del proceso en Alemania (1865) y la monografía de ZINK. *Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilprozess* (Determinación del hecho de la causa en el proceso civil francés) 1860.

Posteriores al reglamento:

Comentarios: ENDEMANN, 1878, 1879; REINCKE, 6.^a ed. 1910;

WILMOWSKI y LEVY, 7.^a ed. 1895; STRUCKMANN y KOCH, 9.^a ed. 1910; PETERSEN y ANGER, 5.^a ed. 1906; GAUPP y STEIN, 10.^a ed. 1910; SEUFFERT, 11.^a ed. 1910; FÖRSTER y KANN, 3.^a ed. 1910.

Breves exposiciones sistemáticas: WACH, *Vorträge*, 2.^a ed. 1896; BAR, en las cinco primeras ediciones de la Enciclopedia de Holtzendorf; KOHLER, en la 6.^a edición de la misma (1903); *Grundriss des Zivilprocesses*, 1907; STEIN, en la Enciclopedia de Birkmeyer (2.^a ed. 1904).

Manuales y tratados: WACH, *Handbuch*, primer vol: 1885 (fundamental, aunque no concluído); HELLMANN, 1885; PLANCK, 1887-1896; FITTING, 11.^a ed. 1903; ENGELMANN, 1899-1901; SCHMIDT, 1898 (2.^a ed. 1906), con adiciones sucesivas sobre las noticias más recientes, 1910; HELLVIG, primer vol. 1903, 2.^o vol. 1907; tercer volumen, en publicación; WEISMANN, primer vol. 1903, 2.^o volumen 1905; KLEINFELLER, 1905 (2.^a ed. 1910); KISCH, 1909.

Textos con breves notas: WARNEYER, (3.^a ed. 1910); SIDOW y BUSCH, 13 ed. 1911.

Formularios: MEYER, (7.^a ed.); STEIN y SCHMIDT (7.^a ed.); HEIN-SHEIMER (3.^a ed. 1911). Compilación de temas: KOHLER (4.^a ed.) 1906; HELLWIG (4.^a ed.) 1911; OERTMANN 1906.

Recopilación de materiales: HAHN.

Publícase en Berlín desde 1879 una revista especialmente consagrada al proceso civil con cuidadosísimas relaciones anuales sobre la literatura procesal de todos los países (*Zeitschrift für deutschen Civilprozess*). Pero dedican también una buena parte a temas procesales las otras revistas de derecho como la antigua *Zeitschrift für Civilrecht und prozess* fundada por LINDE, y las revistas aún en publicación como el *Archiv für civilistische Praxis*, los *Annales (Jahrbücher) para la dogmática del derecho privado actual romano y alemán* fundados por IHERING, la *Revista de derecho privado y público*, fundada por GRÜNHUT, el *Archivo sajón de derecho civil* de KOHLER, el *Diario de los juristas alemanes*, el *Derecho*, la *Revista de derecho comercial* de GOLDSCHMIDT, la *Revista de Leipzig para el derecho comercial y de quiebras*, la *Revista renana de derecho y procedimiento civil*, etc.

Sin duda la parte más importante de la literatura procesal alemana hállase repartida en artículos de revista y monografías. En lugar oportuno serán mencionados los más importantes (PLANCK, ZIMMERMANN, BAEHR, WACH, LOENING, SCHULTZE, WEISMANN, KOH-

LER, SCHMIDT, DEGENKOLB, HELLWIG, STEIN, etc.). Algunos han recogido en volumen sus propias monografías. Tenemos así las recopilaciones más antiguas de SINDE y BETHMANN-HOLLWEG y más recientemente los *Beiträge zum Civilprozess* de KOHLER (1894) y DEGENKOLB (1905).

Deben mencionarse también las colecciones de monografías de diversos autores, dirigidas por GRUCHOT (*Contribuciones (Beiträge) a la interpretación del derecho alemán*) BEKKER y FISCHER (*Contribuciones al estudio del proyecto de Código civil alemán*); R. SCHMIDT (*Investigaciones (Forschungen) de derecho procesal*); KISCH (*Monografías (Abhandlungen) de derecho civil y procesal*).

La literatura procesal germánica más reciente ocupase con preferencia del problema de la reforma, examinado también, basándose en la comparación con los procesos extranjeros; SCHWARTZ, *Civilprozessreform*, 1902 (ahora 8.^a ed.); ADICKES, *Grundlinien durchgreifender Justizreform*, 1906; STEIN, *Justizreform*, 1907; KLEINFELLER, *Beitrag zur Reform des Zivilprozesses* 1907; KISCHE, *Unsere Gerichte und ihre Reform*, 1907; PETERS, *Das englische bürgerliche Streitverfahren und die deutsche Zivilprozessreform*, 1908; MENDELSSHON-BARTHÖLDY, *Das imperium des Richters*, 1908; HAEGER, *Der französische Zivilprozess und die deutsche Zivilprozessreform*, 1908; GUTTMANN, *Der österreichische Prozess und die deutsche Reform*, 1909; KOELREUTTER, *Richter und master*, 1910; SPRINGER, *Reform des Zivilprocess*, 1911. A la reforma procesal conságrase el fascículo correspondiente al mes de Enero de 1910 de la *Rheinische Zeitschrift* con artículos de MENDELSSHON (Alemania), CHIOVENDA (Italia), TISSIER (Francia), POUND (Estados Unidos). Consúltese en la misma revista, Octubre 1910, KOHLER, *Zur Prozessreform*. Como trabajo preparatorio de la reforma procesal germánica comenzará a publicarse en breve bajo la dirección de KOHLER y WACH una compilación de exposiciones críticas del proceso de los diferentes Estados.

También la literatura austriaca es rica de monografías, comentarios y tratados de gran valor. Estos últimos tienen, en parte, por fundamento el antiguo reglamento procesal. MENGER, primer volumen 1876; CANSTEIN, 2.^o vol. 1881; ULLMANN, 3.^o ed. 1892, TRUTTER, 1897; SKEDL, primer vol. 1900; POLLAK, primer vol. 1903, 2.^o 1906. Comentarios al reglamento pro-

cesal de 1895: HORTEN, vol. I, 1907; NEUMANN, 2.^a ed., 1908. Comentarios al reglamento ejecutivo de 1896: SCHAUER, 4.^a ed., 1908; NEUMANN, 2.^a ed. 1910.

Sobre el proceso en las demás naciones, leense noticias compendiadas en la compilación de LOWENFELD y LESKE, *Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*. Una buena exposición sistemática del derecho personal portugués es la obra de A. DOS REIS dos volúmenes Coimbra, 1908, 1909 y un buen estudio del derecho suizo, WEISS, *Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen*. 1908. Los trabajos sobre derechos particulares suizos tienen generalmente carácter práctico, PILlichODY, *Bernicher Zivilprozess*, 1907. Sobre el proceso inglés, que es el más interesante, pueden leerse: las exposiciones sistemáticas alemanas de RÜTTIMANN (1851), SCHUSTER (1887), francesas de DE FRANQUEVILLE (1893), italiana de ARMISSOGLIO (1894), inglesas de BATY (1900), ODGERS (1903); la monografía sobre el derecho probatorio inglés de BEST reelaborada por MARQUARDSEN (1851); REY, *Les institutions judiciaires de l'Angleterre comparée avec celles de la France* (1825). Los nuevos trabajos que más arriba citamos sobre la reforma procesal en Alemania han producido muchos estudios interesantes referentes a la vida judicial (organización y proceso) inglesa. Tales son los ya citados de ADICKES, STEIN, PETERS, MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Das imperium des Richters* y KOELREUTTER. Añádanse: HOPMANN *Vorverfahren und Hauptverhandlung im englischen Zivilprozess* (en la *Rheinische Zeitschrift*, II (1909) p. 353 y siguientes) MENDELSSOHN-BARTOLDY, *Englisches Richtertum im Court of-criminal appeal* 1909; GERLAND, *Die Einwirkung des Richters auf die Rechtsentwicklung in England*, 1910; *Die englische Gerichtsverfassung*, 1910 (Consúltese KANN, en la *Zeitschrift für D. C. P.* XXXIX pág. 209); SCHUSTER *Veränderungen in der Englischen Gerichtsverfassung* en la *Zeitschrift für D. C. P.* 42 (1911) pág. 233 y siguientes). Noticias en TIRANTI *Introduzione allo studio della giustizia in Inghilterra*, 1911.

Todavía no se ha hecho una historia completa del proceso civil italiano. Muchísimos materiales hállanse repartidos en las monografías, principalmente alemanas, sobre temas particulares, en las historias generales, en los trabajos sobre los estatutos. También las mejores ediciones críticas de nuestros procesalistas de la

edad media y la publicación de muchas obras ineditas, las debemos a los alemanes: SAVIGNY, MARTIN, BERGMANN, HAENEL, SCHULTE WUNDERLICH, MUTHER, GROSS, WITTE, PESCATORE y otros. Una nueva recopilación de *Fuentes para la historia del proceso romano canónico en la Edad media* estáse publicando en Innsbruck dirigida por WAHRMUND (publicados 8 fascículos).

Para indicaciones más detalladas, consúltese CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel proceso civile* en los *Saggi di diritto processuale civile*, *Bolonia 1903*. Baste recordar aquí la larga exposición especial de BETHMANN-HOLLWEG, *Des civil-process des gemeinen Rechts*, 6 vol. 1864-1894, interrumpida por la muerte del autor, la breve historia de ENGELMANN, 1890-1894; el preciso original compendio histórico de el *Leherbuch* de SCHMIDT (notablemente ampliado en la 2.^a edición), la Historia del procedimiento de PERTILE (2.^a edición dirigida por DEL GIUDICE); LATTES, *Diritto consuetudinario delle città Lombarde*, 1899, pp. 75-133. Entre los trabajos históricos regionales: GRIMALDI *Storia delle leggi e magistrati del regno de Napoli*, 1731; ROBERTI, *Memorie storiche del processo civile*, Nápoles 1807, DIONISOTTI *Storia della magistratura piemontese* 2.^o volumen 1881; MENESTRINA, *Il processo civile nello Stato pontificio*, en la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1907; GENUARDI, *L'ordinamento giud. in Sicilia sotto la Monarchia normanna e sveva (1072-1231)*, en el *Circolo giur. de Palermo*, 1906; *La procedura civile in Sicilia dall'epoca normanna al 1446* Palermo; 1906; ROBERTI, *Le magistrature giud. venete fino al 1300*, 1908.

La historia del proceso francés, de suma importancia para nosotros, encuéntrase tratada magistralmente por los alemanes: WARN KOENIG y STEIN, en el 2.^o y 3.^o volumen de la *Historia del Estado y del derecho francés*, 1846, 1848 (2.^a edición invariada 1875); DANIELS, *Sistema e historia del proceso francés*, volumen I, 1849 (quedó incompleto); SCHAEFFNER, *Historia de la Constitución francesa*, 3.^o y 4.^o volumen 1850; SCHWALBACH, *El proceso civil del Parlamento de París, según el «Stilus» de Du Breuil* 1881. Entre las francesas recientes; son buenas obras. además de las historias generales del derecho, GLASSON, *Les Sources de la procedure civile française*, 1881; TARDIF, *La procedure civile et criminelle aux XIII^e y XIV^e Siedes*, 1885; TANON, *L'ordre du proces civil au XIV^e siecle* (*Nouvelle Revue historique de droit*) 1885; GUILHIERMOZ, *La persistance du caractère*

oral dans la procédure civile française (Nouvelle Revue hist. de droit) 1891; ID. *Enquêtes et procès, Etude sur la procédure et le fonctionnement du Parlement au XIV^e siècle*, 1892 etc. Consúltese también, D'ESPINAY, *De l'influence du droit canonique sur le développement de la procéd. civ. et crim.* (Nouvelle Revue histor de dr.); 1856.

Son importantes las numerosas historias de los diversos parlamentos de Francia. Sobre el parlamento de París RITTIEZ, *Histoire du palais de justice de Paris et du Parlement (860-1789); moeurs coutumes, institutions judiciaires, procès*, 1860; DUCOUDRAY, *Les origines du Parlement de Paris et la justice aux XIII^e y XIV^e siècles*; 1902. Sobre las jurisdicciones municipales: TESTAUD *Des juridictions municipales en France, des origines a 1566*, 1901. Sobre la jurisdicción mercantil: GENEVOIS, *Histoire critique de la juridiction consulaire*, 1866; HUVELIN *Essai historique sur le droit des marchés et foires*, 1897; Sobre período revolucionario: SELIGMAN, *La justice en France pendant la revolution (1789-1752)*. Paris 1901.

Sobre la historia del proceso germánico además de las historias generales (en particular BRUNNER, dos vol., 2.^a ed. del primero 1906) consúltese SIEGEL, *Geschichte des Deutschen Gerichtsverfahrens (Historia del procedimiento judicial alemán)* Giessen, 1875; SOHM, *Prozess der Lex Salica*, Weimar. 1867; PLANCK, *Das deutsche Gerichtsverfahren*, Braunschweig, 1878-79; KLEINFELLER, *Deutsche Partikulargesetzgebung über Civil prozess* (escritos de la Facultad de Munich, por Planck, 1887); SCHWARTZ, *400 Jahre deutscher Civil prozessgesetzgebung* (400 años de legislación procesal alemana), 1898; RÖSENTHAL, *Geschichte des Gerichtswesen und der Verwaltungsgerechtigung Bayerns*, 2.^o v. 1906 (1598-1745); FUNK, *Die Lübschen Gerichte*, en la *Zeitschrift für, R. G.*, vol. 26, pág. 53 y siguientes; KAINDL *Einrichtung des Gerichtswesen in Galizien*, en el *Arch. für ö Gesch*, 95, página 115 y sigs. GROSCH, *Entwicklung des spätmitte-latterlichen Niedergerichts am Mittelrhein*, etc. Sobre la admisión del proceso romano-canónico (italiano) en Alemania, además de las monografías sobre el fenómeno de la admisión (*recepcción*) en general (MÜTHER, FRANKLIN, STINTZING, STOBBE, SCHMIDT, SOHM, MODDERMANN), consúltese OTT, *Beiträge zur Receptionsgeschichte der römisch-canonischen Prozesses in den böhmischen Ländern*, Leipzig, 1870; STÖLZEL, *Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien* (Formación de la judicatura culta en los territorios alemanes); Stuttgart, 1872; STÖLZEL, *Die Entwi-*

*cklung der gelehrten Rechtssprechung untersucht auf Grund des Akten des Brandenburger, Schöppenstuhles, I, Berlín 1902, II, Berlín 1910; KÜTHMANN, Die Romanisirung des Civil prozesses in der Stad Bremen, Breslau 1891. Para indicaciones más detalladas véase nuestro estudio ya citado *Romanesimo e germanesimo* en los *Saggi*, pág. 141 y siguientes, 167 y sigs. Para las fuentes: BERGMANN, *Corpus juris iudicarii civilis germanici academicum*, 1819.*



APÉNDICE

Legislación procesal española

La influencia romana y canónica en nuestras leyes procesales es tan evidente como definitiva. Basta recordar el monumento legal de las Partidas núcleo principal de nuestro derecho procesal para convencerse; las influencias extrañas que más actuaron en la formación de nuestra ley de enjuiciamiento civil han acentuado esta tendencia por el espíritu romano que de modo predominante las inspiraba.

Pero refiriendo el derecho histórico nacional en materia procesal civil, impónese la mención de nuestros códigos fundamentales. Desde el Fuero Juzgo a las colecciones más recientes que han precedido a nuestra primera ley de enjuiciamiento civil, todas contienen principios procesales y normas de procedimiento de incontestable interés, de un modo particular en lo que dice relación al derecho de organización judicial.

Una simple ojeada a las leyes del Fuero Juzgo pone de manifiesto máximas acabadas de jurisdicción, de orden en la tramitación en los juicios, de aplicación de las leyes en vía contenciosa, de recepción de las pruebas en los pleitos, de la defensa y representación en juicio... y normas más concretas de actuación del poder judicial, si bien poco delimitadas por el estado incipiente de las doctrinas de derecho público en la época.

También merece atención particular para nuestro estudio el Fuero Viejo de Castilla que consagra parte de uno de sus libros (el III) a las normas jurisdiccionales y propiamente procesales; y más interés importa aún el Fuero Real que dedicando algunos títulos de su libro I a principios generales de organización judicial,

entre los que sobresalen las leyes ordenadoras de las profesiones de abogado y procurador, por sentar ya entonces principios que aun no han envejecido, y otros al régimen general de los juicios, dedica todo el libro segundo a la disciplina del procedimiento. Valor de cuyas normas—de jurisdicción y de trámite procesal—acentúase por las declaraciones del Estilo, sabia jurisprudencia que, si al pronto ha servido para mejor entender e interpretar las leyes del Fuero Real, fué más tarde recogida con provecho en los libros de la Novísima Recopilación.

Pero donde el sistema procesal aparece completo en sus líneas generales es en las Siete Partidas. Completo, decimos, y nos atreveríamos a asegurar que como normas de sistema, de orientación nada nuevo ha aportado posteriormente la ley de 1855.

La influencia doctrinal del Código de Alfonso X es bien conocida. El derecho canónico y el romano, más este que aquel denominan el espíritu de la organización procesal aceptada.

Aparte los principios de doctrina política en cuanto tengan relación con las normas procesales, y las máximas de derecho en lo que aquellas sean referibles nuestro estudio encuentra particular asiento en la Partida 3.^a *que habla de la justicia, como se ha de fazer ordenadamente en cada logar por palabra de juyzio, e por obra de fecho, para desembargar los pleytos*, cuyas disposiciones han venido aplicándose hasta la ley de enjuiciamiento de 1855 (y aún hoy se citan en algunos casos por no considerarlas derogadas por el art. 2182 de la ley vigente) y pasaron antes numerosas a la Nueva y Novísima Recopilación recogidas primero en lo sustancial por los redactores del Ordenamiento de Alcalá pese a la tendencia reformadora que intentaron introducir, y que apenas han realizado, en el orden judicial.

Con posterioridad a aquellas últimas compilaciones se han sancionado la ley de enjuiciamiento mercantil (24 Julio 1830) en parte adicionada después a la de 1855; el reglamento provisional para la administración de justicia (26 de Septiembre 1835) la ley de notificaciones (4 Junio 1837) la de 1838 (10 Enero) sobre sustanciación de pleitos de menor cuantía y la instrucción del procedimiento civil (1853) por no citar otras de inferior importancia o que aún teniéndola muy notoria no guardan inmediata relación con el procedimiento civil objeto de este TRATADO.

La ley de 13 de Mayo de 1855 mandó ordenar las leyes y reglas

de enjuiciamiento civil, restableciendo las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras leyes antiguas, sin perjuicio de introducir las reformas aconsejadas por la ciencia y por la experiencia.

Además reconocerían por base los trabajos dispuestos por aquella ley, los principios de economía y rapidez en la administración de la justicia, publicidad de las pruebas para los litigantes, fundamentación de las sentencias, dualidad de instancias etc., etc.

Por Real decreto de 5 Octubre 1855 apróbose el proyecto de la nueva ley de enjuiciamiento civil que empezó a regir desde 1.º Enero 1856.

Posteriormente se dictaron numerosas disposiciones de organización judicial y procedimiento civil, siendo las mas interesantes para nuestro estudio el D. L. de unificación de fueros (6 Diciembre 1868) el D. 5 Febrero 1869 sobre procedimiento de apremio en prestamos hipotecarios; la L. de 2 de Noviembre 1869, sobre procedimiento ejecutivo contra Compañías de ferrocarriles y concesionarios de canales y demás obras públicas, la L. 24 Mayo 1870 sobre reforma de la casación civil, la orgánica del poder judicial de 15 de Septiembre 1870; la de 12 de Diciembre 1872, redactando nuevamente el art. 941 de la de enjuiciamiento civil, el D. 29 Enero 1873 creando una Comisión para la formación de una ley de enjuiciamiento civil, el Real decreto 15 Noviembre 1875 sobre suspensión de términos judiciales, la de 18 Junio 1877 sobre juicio de desahucio que en unión de otra sobre ejecución de sentencias (9 Julio 1877) reformó algunos artículos de la de enjuiciamiento, la de 17 Junio 1877 sobre declaración de herederos abintestato, la de 22 de Abril 1878 reformando los trámites del recurso de casación y por fin la de 21 Junio 1880, que autorizó al Gobierno para reformar y publicar una nueva ley de enjuiciamiento civil en la que habrían de refundirse las disposiciones de la orgánica del poder judicial sobre competencias, recusaciones, acumulaciones y demás asuntos peculiares del enjuiciamiento civil, los procedimientos establecidos en la de 20 Junio 1862 sobre el consentimiento y consejo para contraer matrimonio y R. R. O. O. aclaratorias, las establecidas sobre desahucio en las L. L. de 25 Junio 1867 y 18 Junio 1877, las reformas hechas en el procedimiento ejecutivo en virtud de la L. 6 Diciembre 1868 y otras, la de 22 Abril 1878 sobre recursos de casación civil y las de 17 junio de 1877 y 9 de Junio

del mismo año relativos a declaración de herederos y ejecución de sentencias respectivamente, todas ellas con las modificaciones, que se considerasen convenientes.

Además en dieciocho bases mencionábanse otros tantos puntos fundamentales de procedimiento que los reformadores deberían tener presentes al redactar la nueva ley, y de los cuales no hacemos mención circunstanciada para no prolongar demasiado esta nota.

Así ha nacido la vigente ley de enjuiciamiento civil de 3 de Febrero de 1881; a esta ley, fundamental para el estudio objeto del presente tratado, han seguido numerosas disposiciones desde su publicación hasta el día. Teniendo en cuenta de una parte la inutilidad real que para nuestros estudios doctrinales implican buen número de aquéllas y la desmesurada extensión que daríamos a estas notas relacionándolas en su totalidad, nos haremos cargo de las más importantes, así como de las normas complementarias de carácter general que *directamente* se refieran a la organización judicial civil, rogando a nuestros lectores no pierdan de vista los puntos de contacto que con el enjuiciamiento civil—diremos en términos legales—tienen las disposiciones que regulan procedimientos especiales y jurisdicciones de carácter excepcional que también en cada caso concreto, si las necesidades de la exposición lo exigen, referiremos en su punto (1).

No debió satisfacer plenamente la reforma de 1881 cuando tres años después (R. D. 14 Enero 1884) se autorizó al Ministro de Gracia y Justicia para presentar a las Cortes un nuevo proyecto de reforma sujeto a ciertas bases fundamentales.

La Ley 11 Mayo 1888 reformó los arts. 483, 484 y 710 de la Ley de E. C.; el Real decreto 17 Marzo 1893 ha dado instrucciones relativas a la citación de jefes de cuerpos armados; Real decreto 17 Octubre 1894 autorizando un proyecto de ley de bases para la reforma de las leyes sobre organización judicial y enjuiciamiento civil y

(1) Principalmente en las jurisdicciones privativas, procedimiento económico-administrativo para los diferentes Ministerios, contencioso-administrativo, legislación del trabajo, electoral, leyes desamortizadoras, de expropiación forzosa, Dirección general de lo contencioso (Reglamento), fiscales, de beneficencia, de propiedades especiales, contra la usura, notarial, de abogados y procuradores, etc., etc.

Reales órdenes 3 Enero y 7 Febrero 1896 sobre la misma cuestión; Ley de 21 Agosto del mismo año modificando el art. 1567 de la de Enjuiciamiento civil; Real orden 23 Junio 1897 encargando a la Comisión general de coodificación que proponga las reformas necesarias en el procedimiento civil y mercantil; Ley 21 Enero 1901—con referencia a la de Presupuesto de 31 Marzo 1900—sobre reforma de la orgánica del Poder judicial y de enjuiciamiento civil y criminal; Ley 9 Abril 1904 sobre procedimiento para los convenios de las Empresas de canales, ferrocarriles y demás obras públicas con sus acreedores; Ley 5 Abril y Reglamento 22 Septiembre 1904 sobre responsabilidad de los funcionarios civiles del orden gubernativo o administrativo; Real orden 21 Diciembre 1905 y referencia a otra 21 Mayo 1889 sobre sumisión de los militares al fuero ordinario en los asuntos civiles; reforma hipotecaria de 21 Abril 1909 que importa un nuevo procedimiento para hacer efectivo el crédito hipotecario; Real orden 30 Noviembre 1911 y referencia al Real decreto 24 Diciembre 1906 sobre depósitos judiciales; C. de la Fiscalía del Tribunal Supremo 10 Junio 1912 interpretando los arts. 56 y 63 de la ley procesal.

La materia de embargos, retención de sueldos, etc., etc., ha sido objeto de numerosas disposiciones complementarias, algunas de las cuales por mera curiosidad histórica mencionamos: Real orden circular 20 Octubre 1888 (retención de sueldos a funcionarios públicos en situación activa y pasiva); Real orden 2 Junio 1893 dejando sin efecto las de 1.º Enero y 8 Mayo 1890 del Ministerio de Marina sobre embargo de sueldos por oponerse al art. 1447 de la ley de enjuiciamiento civil y otras disposiciones; Ley 25 Abril 1895, fondos militares; 5 Junio 1895 retención de sueldos a los empleados; Ley 12 Julio 1906 reformando los arts. 1449, 1451 y 1452 de la Ley de E. C.; Real decreto 24 Diciembre 1906, depósitos judiciales; Ley 29 Julio 1908 referente a jefes y oficiales del Ejército; Reglamento para la aplicación de la ley de bases de los funcionarios públicos—22 Julio 1918—de 7 Septiembre del mismo año (arts. 86 y 96).

Respecto a las normas procesales dictadas para las antiguas colonias españolas y las posesiones en Africa y los tratados internacionales, citaremos como de mayor interés: la ley de enjuiciamiento para Cuba y Puerto Rico 1885 (ya antes la de 5 Octubre 1855 fué aplicada a estas colonias por Real decreto 9 Diciembre

1865, con una instrucción de la misma fecha); Real decreto 3 Febrero 1888 hace extensiva a Filipinas la ley de enjuiciamiento civil de la Península con algunas modificaciones, complementado por la Real orden 5 Julio 1892; Real decreto 25 Junio 1897 haciendo extensiva a Cuba, Puerto Rico y Filipinas la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil de 10 Junio del mismo año; Tratado internacional de procedimiento civil de 14 Noviembre 1896, adicionado en 22 Mayo 1897; Declaración 7 Noviembre 1901 sobre exhortos entre los Tribunales españoles y los de Puerto Rico y Filipinas; Real decreto 4 Septiembre 1901, facultades de los Cónsules de España en Portugal en los abintestatos de españoles; Real orden 23 Julio 1902, observancia de la Ley de enjuiciamiento civil en Fernando Póo; nuevo Convenio internacional sobre procedimiento civil firmado en La Haya el 17 Julio 1905, ratificado el 24 Abril 1909 (1); Convenio entre España y Colombia para el recíproco cumplimiento de sentencias, 30 Mayo 1908, ratificado el 18 Abril 1909; Real orden 17 Julio 1909 sobre cumplimiento del Convenio de 1905; Reales órdenes 22 Febrero y 14 Marzo 1909 aclarando dicho Convenio; Reglamento de los cabildos insulares de Canarias, 12 Octubre 1912 (arts. 43, 46, 80, etc.); Convenio entre España y Francia, 27 Noviembre 1912 (art. 24); Código de procedimiento civil para la zona marroquí; Ley 21 Julio 1914 regulando la competencia jurisdiccional ordinaria para entender de los negocios civiles en Ceuta; Acuerdo entre España y Francia, 29 Diciembre 1916, fijando las relaciones judiciales de zona a zona en Marruecos (ratificado el 3 Febrero 1917).

Por centenares se cuentan las disposiciones que han completado o modificado la ley orgánica del poder judicial (15 Septiembre 1870) y su adicional (14 octubre 1882). No debemos hacer aquí relación completa de todas estas normas, derogadas ya en su mayor parte por las que le han sucedido, pero considerando que al estudioso puede interesar el conocimiento de las más salientes, de aquellas que contienen fundamentales preceptos de organización, aún cuando hoy no rijan, para establecer la evolución histó-

(1) Por no mencionar tratados anteriores y parciales con Cerdeña (1851), Suiza (1896), Colombia (1894), Perú (1897), Alemania (1870), Francia (1862), Italia (1867), Portugal (1870), Rusia (1876), Estados Unidos (1902), Grecia (1904), etc., etc.

rico-legal de nuestra organización judicial, las referiremos brevemente, omitiendo las que pertenezcan a las jurisdicciones especiales (1).

Anteriores a la ley del 70; D. de Cortes 9 Octubre 1812 que es un reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia; D. 13 Marzo 1814 organizando el Tribunal Supremo; Real decreto 24 Marzo 1834, institución del Tribunal Supremo; Real decreto 21 Abril 1834, creación de partidos judiciales; Real decreto 17 Octubre 1835, reglamento del Tribunal Supremo; 19 Diciembre 1835, ordenanzas para todas las Audiencias; Real decreto 29 Diciembre 1838, nombramiento del personal de la judicatura; Real decreto 16 Octubre 1840, inamovilidad judicial; Real decreto 5 Enero 1844, creación de las juntas gubernativas de los Tribunales; Real decreto 26 Enero 1844, organización del Ministerio fiscal; Real decreto 1.º Mayo 1844, reglamento de los Juzgados de primera instancia; Real orden 28 Diciembre 1853, reglamento de las secretarías de gobierno de las Audiencias; Real decreto 22 Octubre 1855, creación y organización de los juzgados de paz; Real decreto 9 Abril 1858, reorganización del Ministerio público; Real decreto 9 Noviembre 1860, modificando el anterior; C. de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 12 Diciembre 1860, funciones del Ministerio fiscal; Real decreto 13 Diciembre 1867, personal de la Judicatura; D. 26 Noviembre 1868, organización del Tribunal Supremo.

Posteriores: El Real decreto y reglamento 10 abril 1871 sobre posición de secretarios judiciales; Decreto 23 enero 1875, inamovilidad de magistrados y jueces; Decreto 27 Enero 1875, reorganización del Tribunal Supremo; Real decreto 8 Octubre 1883, reglamento del cuerpo de aspirantes a la Judicatura; ley 19 Agosto 1885 unificación de las carreras judicial y fiscal; Real decreto 24 Septiembre 1889, inamovilidad judicial; Real decreto 20 Mayo 1889, reorganización de la carrera de Escribanos; Real decreto 16 Julio 1892, modificación de la planta de juzgados y otros; Real decreto 29 Agosto 1893, organización y competencia del Tribunal Supremo; Real decreto 29 Agosto 1893, modificación de la planta de

(1) También omitimos aquí, sin perjuicio de hacer mención en el lugar oportuno del texto, las disposiciones no relativas a la *Judicatura y sus auxiliares directos*.

juzgados de partido; C. de la Fiscalía del Tribunal Supremo 7 Marzo 1898, que fija las materias de orden no penal en que la ley da intervención al Ministerio fiscal; Real decreto 4 Enero 1904, crea la inspección especial de los servicios judiciales; ley 5 Abril 1904 (Consejo de Estado) crea una nueva Sala en el Tribunal Supremo; Real decreto 24 Octubre 1904, reglamento del cuerpo de aspirantes a la judicatura; Real decreto 30 Julio 1904, personal de las carreras judicial y fiscal, Real orden 11 Mayo 1904, atribuciones del Ministerio fiscal; Real orden 3 Junio 1190, inspección especial de Juzgados y Tribunales; ley de justicia municipal; 5 Agosto 1907, ley electoral 8 Agosto 1907 (en la parte de atribuciones de los funcionarios judiciales); reglamento para la provisión de las Secretarías de Juzgados municipales, 7 Diciembre 1908; Real decreto 1.º febrero 1909, reforma del reglamento de los aspirantes a la judicatura; Real decreto 10 Enero 1910, inamovilidad judicial; Real decreto 7 Octubre 1910, personal de la judicatura; Real decreto 1.º Junio 1911, reorganizando el cuerpo de escribanos; Real decreto 20 Junio 1912, ingreso, ascensos, etc. en la carrera judicial; Real decreto 13 Enero 1913, inspección judicial; Real decreto 30 Marzo 1915, ingreso y ascenso en la judicatura; Real decreto 31 Diciembre 1918, adaptando la ley de funcionarios a los judiciales.

Para nuestras antiguas posesiones, y hoy, para las provincias y posesiones españolas en Africa; R. Cédula 30 Enero 1855, organización de la justicia en Ultramar (1); Real decreto 12 Abril 1875, reorganización; Real decreto 23 Mayo 1879, Audiencias en Ultramar; Real decreto 15 Enero 1884, juzgados municipales en Cuba y Puerto Rico; Real decreto 29 Mayo 1885, organización judicial en Filipinas; Real decreto 30 Julio y Real orden 23 Julio 1902, organización judicial de Fernando Póo; Real decreto 21 Octubre 1912, para las islas Canarias; Real decreto 30 Diciembre 1912, para las mismas islas; Real decreto 24 Abril 1914, sobre protectorado español en Marruecos; Real decreto 9 Julio 1914, Real decreto 14 Diciembre 1914 y Real decreto 23 febrero 1916, sobre organización judicial en Marruecos; ley 3 Marzo y Real decreto 14 Mayo 1917 para las plazas de Ceuta y Melilla.

(1) Hasta la promulgación de esta R. C. regíanse las provincias de Ultramar por las antiguas leyes de Indias.

Literatura procesal española

En España la literatura procesal, en general, es pobre.

Concretando nuestra nota al procedimiento civil observaremos la carencia absoluta de tratados integrales; solo alguna obra de comentario a la Ley, numerosos manuales de la misma, pobremente anotados, y muy pocas monografías sobre tal o cual problema procesal.

Aquí nos referiremos a las obras de conjunto.

Anteriores a la ley vigente son las mejores: el *Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil* (1858, 5.º vol.), de CARAVANTES; la *Práctica general forense*, de ORTIZ DE ZÚÑIGA (8.ª ed. 1878, 2 vol.); el *Tratado académico-forense de procedimientos judiciales*, de los Sres. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN (2.ª ed. 1855, 3 vols.), y de menos valor los *Comentarios* de HERNÁNDEZ DE LA RUA (1855, 5 vol.) Posteriores a la ley de 1881 son muy estimables los *Comentarios* de REUS y BAHAMONDE (2.ª ed. 1907, 6 vol.) y principalmente los de MANRESA y NAVARRO (7 vol.), cuyo mérito se ha acrecido notablemente en las últimas ediciones (en publicación ahora la 4.ª) por la intervención del Dr. RIVES MARTI, quien además de adicionar la obra del Sr. Manresa con un nuevo volumen consagrado a la *Justicia municipal*, remozó completamente el original de aquel notable juriconsulto Muy inferior a los precedentes, por todos conceptos, es la *Ley de enjuiciamiento civil comentada y anotada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, de AMAT V. (1903, 2 vol.) Manuales prácticos cuidadosamente anotados con jurisprudencia y ligeras notas doctrinales son los de RIVES MARTI *Ley de enjuiciamiento civil* (1912, 2 vol.) y aún el *Derecho procesal de España* de ROBLES POZO, hoy anticuado (1890); y referidos exclusivamente a la Ley de justicia municipal los de los Sres. RODRÍGUEZ MARÍN (1914) y ZARAGOZA y GUIJARRO (1908), inferior éste al primero, abundando las ediciones de la ley anotada y concordada que carecen de valor doctrinal y aún a veces de garantías de fidelidad en la disposición de los textos y notas.

Pequeños tratados dirigidos más bien a la enseñanza, aunque sin disposiciones didácticas en general, son los *Procedimientos*

civiles, criminales, etc., de LASTRES (undécima edición, 1902, 2 volúmenes); los *Principios fundamentales del procedimiento civil y criminal*, de LÓPEZ MORENO (1901, 2 vol.); *Procedimientos judiciales* de MARCO TULLIO (1895, 2 vol.); el *Tratado de procedimientos judiciales*, de MIGUEL ROMERO (1916) y las *Lecciones y modelos de práctica forense* del mismo autor (1914, 2 vol.) Y muy superiores a todos éstos por sus orientaciones doctrinales y formación moderna, aunque con todos los defectos de su brevedad—responden bien a la primera palabra de su título—que además los hace incompletos, son los *Apuntes de procedimientos judiciales* (1907) y de *Práctica forense* (1908) del Profesor FABREGA. Las explicaciones del Profesor de la Universidad Central recógense por sus alumnos en páginas litografiadas y es lástima que la confección de estos *apuntes* no ofrezca la garantía de una revisión del Sr. Montejo para que el empleo de aquellos como material de estudio no presente las inseguridades de una labor de estudiante, porque mucho ayudarían a la ciencia procesal las sabias lecciones de quien en monografías procesales ha puesto de relieve singular competencia en estas disciplinas.

Como *Formularios*, son los más elegidos el *Manual de BROCA* (9.ª ed. 1913), los de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (2 vol. 1912) y bastante inferior a ambos el *Manual de ABELLA* (1904).

Terminaremos esta noticia bibliográfica haciendo una referencia a la monografía de carácter general del Sr. GONZÁLEZ REVILLA, *La Justicia y el Foro en las legislaciones comparadas* (1903) un poco anticuada, no siempre exacta en sus descripciones y algo desigual en la exposición sistemática, lo cual no empece sea consultada como aprovechable material de estudio. Otras monografías se han publicado en España—y por cierto interesantes, aunque en escaso número,—relativas ya a los principios de organización judicial ya a los problemas particulares de procedimiento. En cada lugar concreto haremos mención circunstanciada, suprimiendo también aquí la cita de estudios no directamente referibles al derecho procesal *civil* y a la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que al tratar en el texto las materias que por relacionarse con aquella disciplina, aun teniendo campo propio en otras diferentes, merezcan preferencia, hagamos las oportunas alusiones y notas.

II.

Plan para el estudio del derecho procesal (1)

PARTE I.—Conceptos fundamentales. (El derecho y la acción.— El proceso civil y su destino como medio de actuación de la ley.— El proceso civil como relación jurídica sustantiva y actual.— La ley procesal: compromiso y arbitraje).

PARTE II.—Condiciones y maneras de actuar la ley en el proceso, o condiciones de la acción (Actuación de la ley en favor del actor, *A*) mediante sentencia *a*) de condena, *b*) de declaración, *C*) constitutiva; *B* mediante declaraciones con preponderante función ejecutiva (Conocimiento sumario); *C*) mediante providencias resolución de seguridad (cautela); *D*) mediante ejecución.—Actuación del derecho en favor del demandado (la excepción).—Identificación de las acciones.

PARTE III.—Presupuestos procesales, esto es, condiciones necesarias para que pueda constituirse una relación procesal, entendida ésta como obligación de los órganos del Estado de proveer a las demandas de las partes (Organos del Estado en el proceso: jurisdicción: organización judicial: competencia y capacidad subjetiva de los órganos jurisdiccionales.—Las partes en el proceso: capacidad para ser parte: capacidad procesal: constitución procesal intervención adhesiva y forzosa: representación).—Presupuestos

(1) Decimos *derecho procesal* y no *procedimientos* porque esta última palabra no hace notar la importancia de nuestro estudio como estudio *jurídico*. Procedimiento significa el desarrollo exterior de la institución que es objeto de nuestro estudio. Pero aun en este sentido propio de la palabra el vocablo ha sido rechazado por nuestros lingüistas como galicismo, prefiriendo aquéllos la palabra *proceso* como se decía en Italia antes de la invasión de las leyes francesas. Puede decirse también *juicio y derecho judicial*: pero estas palabras no podrían referirse propiamente más que al *conocimiento*.

procesales no concernientes a los sujetos de la relación o excepciones procesales (Litispendencia: compromiso: conciliación; autorizaciones para proceder: cuestiones prejudiciales: cauciones).

PARTE IV.—Relación procesal de conocimiento. (Constitución de la relación procesal mediante la demanda judicial y sus efectos.—Desarrollo de la relación procesal: la forma de las actividades procesales: oralidad y escritura en el procedimiento: publicidad, *immediatezza*: las actividades procesales en sus recíprocas relaciones: poderes del juez: deberes de los partes: interrogatorio: rebeldía: impulso procesal: las particulares actividades de las partes: la carga de la prueba: las particulares actividades de los órganos jurisdiccionales: resoluciones: pruebas: notificaciones: el orden en el desarrollo de la relación procesal: impedimentos.—Trámites posibles de la relación procesal: transformación: interrupción.—Disolución de la relación procesal: componenda: perentoriedad: renuncia: sentencia.—Medios de impugnación de las sentencias.—Relaciones procesales con múltiples intereses: litisconsorcio: intervención principal: llamamiento en garantía: acumulación objetiva: reconvencción: declaración incidental.—Procedimientos especiales).

PARTE V.—Relación procesal de ejecución. (En general: presupuestos especiales: constitución: desarrollo: incidentes: fin: ejecución con múltiples intereses: intervención.—En particular: diversos medios ejecutivos.—Ejecución mediante subrogación: a) Para la consecución de cantidades: expropiación de muebles, de créditos, de inmuebles; b) Para la consecución de cosas determinadas, muebles o inmuebles; c) Para la consecución de bienes de otra clase.—Ejecución mediante coacción: detención personal).

Relación procesal en caso de demanda de medidas cautelares (Embargo.—Otras medidas cautelares).

PRIMERA PARTE

Conceptos fundamentales (1)

§ I.

El derecho y la acción.

1. *Concepto del derecho*—(2) El *derecho objetivo* («ley» en sentido amplio) es la manifestación de la voluntad colectiva encaminada a regular la actividad de los ciudadanos o de los órganos públicos. El fin a que se dirige esta voluntad, como el propio fin del Estado, es doble:

a) Proveer a la *conservación* de los sujetos del derecho, así como de su organización política (Estado) y de los que se consideran sus bienes propios.

b) Regular la *atribución* de los bienes de la vida a los particulares sujetos jurídicos.

El Estado puede asumir la distribución de estos bienes, o limi-

(1) Los manuales procesales de WETZELL, WACH, SCHMIDT, HELLWIG, WEISMANN, MENGER, SKEDL, POLLAK, y otros, y sus obras más notables como el *Sistema* de SAVIGNY, los manuales de *Pandectas* de WINDSCHEID (KIPP) de REGELSBERGER, la *Enciclopedia jurídica* de FILOMUSI-GUELFI (6.^a ed. 1911) son citados por el nombre del autor solamente, y así en general, las obras, para las cuales este sistema de referencia no pueda dar lugar a equívocos como el comentario de MANCINI, PISANELLI Y SCIALOJA, etc., etc.

(2) FILOMUSI-GUELFI, § 5 y siguientes; WINDSCHEID-KIPP, § 37; THON *Rechtsnorm und subjektives Recht* (norma jurídica y derecho subjetivo), 1878.

tarse a reconocer la actividad del individuo en cuanto se dirige a ellos y tutelar sus resultados, limitando en correspondencia la libertad de los demás; pero siempre el reconocimiento por parte de la voluntad del Estado confiere una eficacia especial a la inclinación del particular hacia aquellos bienes.

El *derecho subjetivo*, es precisamente la *expectativa de un bien de la vida, garantizada por la voluntad del Estado*. El derecho subjetivo pone al que lo posee en una especial condición de preeminencia frente a los demás, por lo que se refiera al bien de que es objeto de ese derecho; porque este bien corresponde solo a él, con exclusión de todos los demás. En sentido propio derecho subjetivo supone, pues, un bien de la vida que idealmente pueda corresponder también a persona distinta de aquella investida de tal derecho. Pero también se habla de derecho subjetivo en un sentido más lato, porque las normas que se dirigen a la conservación del individuo (prohibición de matar, de ofender mi honor, de llevar mi nombre; de dañar mis bienes, de menoscabar la libertad y otros semejantes), pueden *subjetivarse*, en cuanto que cualquiera puede decir: tengo derecho a que otro no me mate, no me ofenda, no me cause daño, no quebrante mi libertad, etc. Así hablamos del derecho a la vida, al honor, a la libertad y otros semejantes, aunque mi vida, mi honor, mi libertad, no pueden pertenecer a otros. Sin embargo dáse también, impropriamente, el nombre de derechos subjetivos a las particulares facultades en que se manifiestan los derechos generales de libertad, de personalidad, de ciudadanía, facultades que corresponden por igual a todos los hombres o a todos los ciudadanos (1).

Aunque todas las normas son dictadas para el interés general, y tienen por esto en sí mismas un elemento público, son, no obstante, distintas según la diferente relación en que se encuentran respecto del interés general. Llámense de derecho *público* las que regulan la actividad del Estado en cuanto cumple aquellos, que en un cierto momento social, se consideran fines suyos, valiéndose de sus caracteres y atribuciones de supremacía; y también de

(1) Esta observación refiérese únicamente a este tercer modo de usar el nombre de derecho subjetivo, lo cual no ha pensado V. LANZA, *Processi di subiettivazione della norma penale*, en los *Scritti per BRUGI*; p. 5 del extracto.

otros entes que el Estado reconoce inferiores a sí como investidas de autoridad y funciones públicas. Las otras normas se llaman de derecho *privado*.

Además las normas son *absolutas* o *dispositivas* según que exigen su necesaria observancia en el caso concreto, o disponen solo para el caso en que la voluntad de los interesados no sea distinta de ellas. Existen normas absolutas también en la esfera del derecho privado (normas de orden público); como en el campo del derecho público, las hay meramente dispositivas. Son normas absolutas por excelencia las que cuidan de la conservación del individuo y del Estado; esas ordinariamente regulando a la vez la actividad punitiva del Estado, son también normas de derecho público.

Toda relación entre dos o más personas regulada por una norma jurídica, llámase *relación jurídica*. Si un hecho abstractamente previsto por la ley como causa de una relación jurídica, sucede realmente, la voluntad de la ley se nos manifiesta no ya como abstracta sino como *concreta*.

Las relaciones jurídicas tanto pueden existir entre los particulares, como entre los particulares y el Estado. En primer lugar, puede el Estado proporcionarse los bienes de que necesita para actuar sus fines, entrando en relaciones con los particulares, iguales a las que se dan entre los mismos particulares (compraventas; préstamos; arrendamientos, etc.). Estas relaciones hánse considerado como jurídicas desde hace mucho tiempo. La doctrina distingue dos personas en el Estado: una que obra como un particular (*jure gestionis*), otra que obra como autoridad, ejercitando el derecho de mando (*jure imperii*).

Con esta distinción se llegó aún en los regímenes absolutos a someter muchas relaciones del Estado a los tribunales ordinarios y al derecho común. Pero en el Estado constitucional moderno, que representa la unidad organizada de todos los ciudadanos para fines de interés general y en que los poderes públicos no son sino órganos de esta unidad, la opinión pública ha llegado a sobreponer también la ley al Estado que a la vez es fuente de ella, considerando como actividad disciplinada y sujeta a la ley, la actividad meramente política. Este concepto ha sido ayudado por el principio de la separación de los poderes, que permite considerar en abstracto al Estado en diversos momentos, en cuanto legisla y en

cuanto realiza los demás fines que le competen; fué desarrollado por la doctrina y seguido por las leyes, que reconocen expresamente derechos subjetivos públicos en el Estado y en los particulares. Desde el punto de vista de la lógica pura, puede dudarse si quien ejercita la autoridad de mando y dicta las normas, puede tener derechos y deberes y esta es la dificultad más importante que puede encontrar el concepto del derecho público subjetivo; pero estas formas de pensar y de sentir que se manifiestan históricamente, merecen la atención del jurisconsulto.

Públicos son sin duda, los derechos del ciudadano referentes a la participación en la cosa pública (derechos electorales). En otros casos es más difícil precisar la naturaleza pública o privada de ciertas relaciones jurídicas, lo cual tiene suma importancia, porque la eficacia y la interpretación de las normas de derecho público y de derecho privado, son reguladas por principios diferentes. No es pública la relación jurídica tan solo porque se halle ligada a normas de derecho público; muchas relaciones privadas pueden originar cuestiones de derecho público (como la constitucionalidad de un reglamento, la aplicación de una ley, la reciprocidad internacional), y a veces se ligan con relaciones de derecho público (asunción de la obligación de pagar un impuesto debido por otros). Ni tampoco puede llamarse privada la relación solamente porque tenga un contenido patrimonial, porque existen relaciones privadas con contenido ideal (derechos de familia) y otros públicos con contenido patrimonial (impuestos, penas pecuniarias, expropiaciones por causa de utilidad pública, requisición de animales, etc.) Tampoco es criterio seguro la forma del título del cual nace la relación: actos jurídicos ordinariamente ejercidos por manifestaciones de la voluntad privada, como el contrato, pueden originar relaciones públicas, y otros públicos dar lugar a derechos privados (expropiación de los bienes del deudor). Puede llamarse pública la relación que—quíerolo o nó—contrae el ciudadano con el Estado *en concepto de tal*, esto es, la relación que no podría contraer con otros ciudadanos (1).

Aunque en el Estado moderno no puede reconocerse mas que una sola persona y sus actos todos tienen por fin más o menos pró-

(1) WACH, I. p. 86 y siguientes; RANFLETTI. *El concetto di «público» nel diritto* (en la *Rivista ital-per le scienze giuridiche*, 1905).

ximo la utilidad general, hay una actividad regida por el derecho público: una capacidad jurídica privada y una pública, En tal sentido la antigua diferenciación de actos realizados *jure gestionis* y *jure imperio*, puede en si mismo sostenerse, aunque sean inaceptables muchas de las aplicaciones que de ella hacen (1).

Prácticamente la obligatoriedad de las normas para el Estado se manifiesta en la existencia de órganos obligados a someterse a ellas. Pero a la obligación de los órganos públicos de obedecer una norma, no siempre corresponde el derecho subjetivo del *particular* a obtener su aplicación. Existen normas que disciplinan la actividad pública para la consecución de un bien *público*, esto es, propio de la totalidad de los ciudadanos, de la colectividad (tales son el interés de tener una buena administración, un buen ejército, buenas fortificaciones; el interés en el sostenimiento de los caminos públicos y otros semejantes). De estas normas surgen derechos *colectivos* (o derechos cívicos generales), los cuales están tan *difundidos* sobre un número indeterminado de personas que no se individualizan en ninguna de ellas; el particular no puede hacerlas valer a menos que la ley le permita constituirse en órgano de la colectividad. El particular como tal tiene un derecho hacia el Estado sólo cuando la ley reguladora de la actividad pública ha tenido en cuenta su interés *personal, inmediato, directo* (mas adelante haremos aplicaciones de estas ideas, § 18).

II. *Categorías de los derechos* (2).—Los derechos son varios como diferentes son también las maneras de dirigirse a la consecución de un bien de la vida y los bienes mismos. Es *bien* el goce de una cosa exterior, y cuando la ley me garantiza el goce absoluto de una cosa nace en mí un derecho fundamental, la *propiedad*. Pero *bien*, puede ser también el goce limitado de una cosa (usufructo, uso, habitación) o la posibilidad de realizar cierta actividad respecto de una cosa ajena para el mejor goce de la nuestra (*Jus*

(1) RANELLETTI. *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione* (en los *Scritti giuridici in onore di V-Scialoja*). Pág. 9 y siguientes del extracto.

(2) WINSCHIED-KIPP § 38 y sigs.; REGELSBERGER, § 50; SCIALOJA, *Procedura civile romana*, 1894, p. 482 y sigs.; HELLWIG, I, § 30 y siguientes.; CROME, (trad. ASCOLI y CAMMEO), p. 21; CICALA, *Rapporto giuridico, diritto subbiettivo e pretesa*, 1909.

agendi, eundi, aquam ducendi). Bien puede ser la actividad ajena en cuanto se dirija a procurarnos una utilidad (obligaciones de hacer y de dar), y también el no hacer ajeno se nos presenta como un bien, cuando nos permite el mejor goce de un bien (*servitus altius non tollendi*; obligación de no abrir un comercio como el nuestro en la misma calle),

En todos estos casos el derecho nos garantiza la expectativa de un bien imponiendo a los demás una cierta conducta positiva o negativa (mandatos, prohibiciones). En los casos en que la garantía del bien consiste en que a *todos* se prohíbe realizar ciertos actos respecto a nosotros, suélese hablar de derechos *absolutos*, porque *todos* aparecen como obligados negativamente respecto de nosotros (propiedad, servidumbre, derecho de personalidad en sus manifestaciones). Cuando la garantía consiste en que *determinadas personas* se encuentran obligadas a hacer o no hacer algo se llaman *derechos relativos* (obligaciones) porque como *obligada* preponderantemente) se nos presenta determinada persona, aunque también aquí todos estén obligados a no hacer nada contra nuestro derecho, en cuanto todos están constreñidos a no dañar al prójimo. Despréndese de aquí que todas las normas de *conservación* dan lugar a derechos absolutos: las de *atribución* a derechos absolutos y relativos.

Cuando la situación de hecho no corresponde al derecho, éste se dice *lesionado*; y de la lesión de un derecho puede nacer un nuevo derecho; por eso las normas, como los derechos, distínguense en *originarias* y *derivadas*. De la lesión de un derecho absoluto nace un derecho nuevo contra una persona determinada, que está obligada a satisfacerlo (por ejemplo: restituyéndome mi cosa) y no pudiendo, a resarcir el daño (1). De la lesión de un

(1) Esta dirección *personal determinada* que el derecho relativo lleva siempre consigo desde su origen, y que puede asumir, después de la lesión, también el derecho absoluto, es lo que los alemanes llaman *Anspruch* (pretensión) siguiendo a WINDSCHEID, *Die Actio des römischen civil rechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*. (La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho moderno), 1856, *Pandette* § 43. Pero sobre la determinación de este concepto (admitido también en el Código civil alemán) reina en Alemania la mayor divergencia de opiniones. V. CHIOVENDA. *L'azione nel sistema dei diritti*, Bolonia, 1903, pág. 38 y

derecho relativo puede nacer un derecho nuevo contra la persona ya determinada precedentemente, porque obligare a ésta a deshacer—si es posible—aquello que no debiendo hacer, ha hecho, y está obligada al resarcimiento de los daños en todos los casos en que el cumplimiento específico no es ya posible.

Tradicionalmente suele contraponerse un grupo importante de derechos absolutos, que se llaman *reales*, a los derechos que nacen de obligaciones llamadas *personales*. La distinción, que sirve de fundamento a algunas disposiciones de nuestras leyes procesales (Cód. proc. civ. art. 90 al 93; art. 198, 200; art. 70; L. sobre conciliadores, 16 Junio 1892, art. 10; Ley municipal y provincial 2 Mayo 1908, art. 212) se refiere a la distinción romana entre *actiones in rem e in personam*. En el derecho romano clásico exprésase así: *In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto OBLIGATUS EST, id est cum intendimus dare, facere praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus NOSTRAM ESSE, AUT IUS ALIQUOD NOBIS COMPETERE, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive: aut*

siguientes y a las allí citadas añádanse LANGHEINEKEN. *Anspruch und Einrede nach dem Deutschen bürgerlichen G. B.* 1903; AFFOLTER *Die celsinische Actio und der Anspruch des B. G. B.*, en la Revista de proceso civil, XXXI, pág. 453 y siguientes; HÖLDER *Ueber das Klagerecht*, en los Anales de Ihering, 46 p. 265; SCHLOSSMANN, *Anspruch, Klage, Urteil, Zwangsvollstreckung*, en los Anales de Ihering 45 p. 97; PAGENSTECHER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1905 p. 6 y siguientes.

Mucho más difícil es aplicar con provecho este concepto en nuestra doctrina, donde la palabra *derecho* alcanza también el concepto que expresa la voz *anspruch*, y otras palabras propuestas para traducir este vocablo préstanse poco; *pretesa* (pretensión) no significa entre nosotros *fundada*; y *ragione* (razón) es sinónimo de derecho hasta el punto de indicar también el derecho real independientemente de la lesión. («Las razones adquiridas por terceros sobre bienes de la herencia», art. 950 C. C.; Cons. también C. C. art. 1443, 1521; C. P. C. art. 648; Ley 20 Marzo 1865. ap. F sobre las obras públicas, art. 32: «El que tuviese o adquiriese la razón de atravesar los caminos, etc.»; o la misma obligación, antes de que se realice la condición (art. 1170 Cód. Civ.: «Si el acreedor hubiera fallecido antes de que se verifique la condición, sus razones pasan a sus herederos»).

cum actio ex diverso adversario est negativa (Gayo, Inst. IV § § 2 y 3) Según recientes estudios, en el derecho clásico los derechos *y las acciones in rem*, habrían comprendido todos los derechos cualquiera que fuese su origen, de cualquiera obligación (*jus aliquod*), si bien Gayo citando ejemplos, no enumera sino derechos de una cierta clase: en el concepto de *actio in personam* estarían solamente comprendidas algunas formas de obligación, en las cuales el deudor por un hecho suyo (contrato o delito) viniese a situarse en una condición de *servidumbre* respecto del acreedor (*obligationes*) (1).

La distinción entre derechos *reales y personales* tal cual ha pasado a la doctrina moderna tiene, por el contrario, un sentido diferente. Entiéndese por derechos reales aquellos derechos absolutos que nos garantizan el goce completo de una cosa exterior (propiedad) incluso la facultad de disponer de la cosa; o el goce limitado de una cosa exterior cuya propiedad pertenece a otro (derecho sobre cosa ajena). Suele afirmarse que en los derechos reales domina una relación entre una persona y una cosa y que las demás personas intervienen solo en cuanto están obligadas a no estorbar aquella relación; esto sólo puede decirse en sentido figurado, porque lo que caracteriza el derecho al goce de la cosa, es precisamente el conjunto de deberes negativos de los demás sujetos. Pero la característica de los derechos reales respecto de los demás derechos absolutos consistiría en que las cosas de las cuales se tiene goce completo o limitado son *exteriores* y por consecuencia pueden corresponder a una persona lo mismo que a otras muchas, pueden pasar de una persona a muchas. Lo cual explica porque, en los derechos reales, el nuevo derecho que nace de la lesión no se dirige necesariamente contra el *autor* de la lesión. Esto tiene gran importancia para la determinación de la persona del demandado en juicio (más adelante § 5, V). El derecho de tener mi cosa no se dirige contra él que me la ha arrebatado, sino contra quien quiera

(1) PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bolonia, 1903 p. 14 y sigs. De todas maneras es cierto que las *acciones in rem* eran más comprensivas que nuestros derechos reales porque también se llamaban *in rem* las acciones que se referían a la simple afirmación de un hecho o estado jurídico. Así en la fórmula *an aliquis liber vel libertus sit* y en otras «*praejudiciales formulae*» análogas.

que la *posea* en el momento en que la reclamó, y a ésta regla sólo la ley por razones especiales puede poner límites (así cesa mi derecho y no puedo reclamar mi cosa mueble o el título al portador contra aquel que la ha adquirido de buena fe de quien la poseía, por el principio «*possession vaut titre*» Código civil art. 707. Siempre que no se trate de cosa que se me ha robado o que he perdido, Código civil art. 708: cuya limitación a su vez desaparece para los títulos al portador perdidos o robados, cuando el vicio en la causa de la posesión era conocido por el adquirente, Código de comercio, art. 57; o para las cosas sustraídas o perdidas que hayan sido compradas en feria o mercado o en venta pública, o por un comerciante que tenga comercio público de cosas del mismo género o hayan sido empeñadas en un Monte de Piedad, la limitación tiene lugar tan solo en el sentido de que el propietario para rescatar la cosa debe reembolsar al poseedor el precio porque la ha adquirido o la suma dada en préstamo, Código civil, art. 709; L. 4 Mayo 1898 sobre Montes de Piedad, art. 11; así no puedo reclamar el inmueble de quien la ha adquirido después de mí, pero que ha *transcrito* su título antes que yo, Código civil art. (1942). Si me corresponde el derecho de impedir que en el fundo próximo no haya construcciones ni plantas, reclamaré del *poseedor* del fundo la demolición de las construcciones y de las plantas, aunque las construcciones hayan sido hechas por *otros*, y las plantas plantadas por otros o aunque germinasen espontáneamente. Si después el poseedor cesa en la posesión, termina también mi derecho contra él (a parte en responsabilidad por hechos propios, Código civil; art. 439.)

Por el contrario en los demás derechos absolutos el derecho que surge de la perturbación dirígese siempre contra el autor de ella, y lo propio ocurre en los derechos personales. Por esto los derechos absolutos no reales suelen aproximarse a los personales con el nombre de derechos personalísimos. Son derechos *absolutos reales* se ligan a normas de *atribución*; los *absolutos no reales* a normas de *conservación*.

El que daña mi cosa, sin negar mi derecho de propiedad, sin afirmar que la cosa le corresponda de derecho a él antes que a mí, no viola una norma de atribución sino de conservación. El derecho que tengo respecto a él para el resarcimiento de los daños, es un derecho personal y no real. Quien retiene mi cosa, disfrutando

de ella sin mi permiso, niega de hecho mi derecho de propiedad, aunque expresamente no lo declare, porque se atribuye los beneficios que el derecho quiere atribuirme y se conduce como si la cosa fuese atribuida a él. El derecho que tengo contra este sujeto es real. Si el que retiene mi cosa la daña, tengo al mismo tiempo contra él un derecho real y un derecho personal. Pero puedo obligarme a dar en disfrute mi cosa a otra persona por un tiempo determinado, mediante su arrendamiento; el derecho que nace de esta relación en favor del arrendatario es personal, porque la cesión temporal que yo le hago, no es para mí sino un modo de disfrutar mi cosa mediante un precio. Existe ciertamente en el derecho del arrendatario algún elemento que lo acerca al derecho real (*ius ad rem*) tanto más cuanto que puede hacerse valer, dentro de ciertos límites, contra los terceros propietarios (Código civil art. 1597, 1598; Cód. proc. civ. art. 687): por esto algunos quieren encontrar un carácter real en los arrendamientos de larga duración (más de 90 años, trasncritos). En fin, el propietario puede estar obligado a prestaciones en virtud de la ley (Código civil art. 441, 534, 543, 548, 559, 562, 568, 581, 698) o en virtud de un derecho real constituido a favor de otros (ej. enfiteusis) y como estas prestaciones son debidas por el propietario como tal, algunos colocan los derechos relativos a ellas entre los derechos reales, si bien la mayoría limitase a formar con ellos una especial categoría de obligaciones (*in rem scriptae*).

Con el nombre de acciones *mixtas* señálanse en el derecho justiniáneo las acciones divisorias (*familia er ciscunde*, *communi dividundo*, *finium regundorum*) porque *mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam*. Al contrario, la doctrina francesa enumera como mixtas (de las cuales habla el art. 59 del Código proc. francés, las que nacen de un acto traslativo de la propiedad de un inmueble (o de un mueble que no sea un simple «genus») dirigidas contra *el otro contratante* para conseguir la cosa cuya propiedad se ha transferido; y las acciones que tienen por objeto la *resolución, rescisión, reducción*, de un acto traslativo de propiedad o constitutivo de un derecho real inmobiliario en cuanto son propuestas *contra aquel a cuyo favor se ha constituido el derecho* porque, se dice, en el primer caso el derecho es al mismo tiempo *personal* en cuanto se deriva de la obligación de entregar la cosa y *real* en cuanto nace de la propiedad

transferida; en el segundo caso es juntamente *personal* porque pide la resolución de un negocio jurídico, y *real* porque se dirige a conseguir la propiedad. Por el contrario, hechos valer, cuando esté permitido, contra los terceros poseedores estos derechos son puramente reales (1). Pero nuestra ley no habla de acciones mixtas; y el concepto doctrinal de un derecho mixto es inútil y artificioso. En el primer caso aquel a quien ha sido transferida la propiedad tiene contra el otro contratante no un derecho mixto sino *dos* derechos concurrentes (2) en el segundo caso quien, por ejemplo, pide la rescisión de una venta de inmuebles, ejercita un derecho que no tiene nada de real, porque él carece de la propiedad; y si pide con la rescisión la restitución de la cosa presúmese con *dos* derechos, el derecho a la rescisión, y el derecho real condicionado a la admisión de la demanda de rescisión (3). Puesto que en este caso la finalidad práctica de la acción consiste en la consecución de la cosa, es natural que el derecho real, aunque condicionado prevalezca sobre el derecho a la rescisión. Por eso cuando el derecho real, que ha de conseguirse mediante la rescisión, reducción o nulidad, debe ejercitarse después contra un tercer poseedor, la ley permite entablar directamente contra él ambas acciones acumuladas. (Código civil, art. 1096); y la misma ley llama a esta acción *reivindicación* (art. 1096 cit.) así veremos que en este caso las dos acciones acumuladas siguen al *forum rei sitae* (§ 30, IV), lo cual no impide que se trate siempre de dos derechos distintos:

(1) GLASSON, *Precis de proc. civ.*, I p. 143-146. En este autor pueden verse otros casos de acciones mixtas que son objeto de cuestión. En Italia aun se defiende por algunos el concepto de acciones mixtas. En un caso resuelto por la Casación de Turín 13 Julio 1903 (*Monitore tribunali*, 1903, pág. 982) se hizo valer como acción mixta el derecho nacido de una promesa de venta de inmuebles. Consúltese sobre el tema de las acciones mixtas PESCATORE, *Sposizione*. p. 126 y sigs. VITI, *Commento*, I.

(2) En contra: BUTERA, *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, 1911, p. 16.

(3) Aunque en algunos casos, cuando por excepción la ley deja a salvo los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la transcripción de la demanda de revocación, rescisión, resolución (Código civil, art. 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553, 1787) es necesaria la transcripción de la demanda, esto sólo prueba que la acción de revocación, etc., *en sí* no es real; la acción real surge *durante el pleito*. En contra BUTERA, *ob. cit.*, p. 17.

ni siquiera es propio hacer de estas dos acciones una única *actio in rem scripta*: puesto que la eficacia real que tiene lugar aquí, no es más que el efecto normal del derecho real, que renace en el momento en que la rescisión se pronuncia (1). Más bien debe reconocerse que el concepto del derecho *mixto* nace de la necesidad de clasificar muchos derechos que la división en reales y personales no es suficiente a comprender. En la mayor parte de los casos (que son los antes examinados) la voluntad de la ley manifiéstase con la imposición de *deberes* positivos o negativos a los sujetos jurídicos: pero no todas las relaciones de derecho presentan aquí derechos de una parte y *deberes* de otra. En muchos casos la ley concede a alguno el poder de influir con la manifestación de su voluntad en la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad de éste:

a) Haciendo cesar un preexistente estado de derecho.

b) O produciendo un nuevo efecto jurídico. Así la ley concede al cónyuge, por ciertos motivos, la facultad de pedir la separación personal o la separación de los bienes, y al contratante la de impugnar el contrato, o rescindirlo y al mandante o al donante las de revocar el mandato o la donación, al vendedor la de volver a

(1) BUTERA, *La rivendicazione* cit. p. 33 combate esta doctrina nuestra porque «la restitución es consecuencia o complemento de la rescisión o nulidad pronunciada que hace desaparecer toda causa a la «posesión del demandado»; y añade que de otro modo se debería considerar como real la acción del arrendador contra el arrendatario para obtener la cosa arrendada.

Efectivamente, la restitución es consecuencia no «complemento» de la rescisión o nulidad pronunciadas, pero sólo en el sentido de ser una consecuencia del retorno *de la propiedad* al actor, ya verificado. El actor en rescisión o reducción o resolución o nulidad no pide la restitución de la cosa en virtud y conformidad de la relación jurídica que quiere destruir, sino por el contrario, en oposición al mismo. Es vano asegurar que el arrendador pide la restitución precisamente en virtud de la relación de arrendamiento, a la que *es inherente la obligación* de restituir (Código civil, arts. 1569, 1585): y si se piensa en el caso del arrendador no propietario, la naturaleza de su acción es clarísima: terminado el arrendamiento, por término del plazo o por resolución, el arrendatario debe restituir la cosa *al arrendador*, como el depositario al *depositante* (arts. 1853, 1854, Código civil).

su finca o pedir la rescisión por lesión y al comunero, al socio la de obtener la división de la casa o la cesación de la comunidad de pastos o la disolución de la sociedad al propietario la de pedir el deslinde y amojonamiento, la concesión de servidumbre de acueducto, de paso sobre el fundo ajeno, o por el contrario, la supresión de las servidumbres sobre su propia finca; al que ejerce una industria eléctrica, la de pedir la servidumbre de conducción de energía, al concesionario de una red telefónica, la de pedir la servidumbre de tendido de cables, y al que debe realizar una obra de utilidad pública la de expropiar los fundos necesarios, etcétera, etcétera (1).

Estas facultades son diferentes entre sí, ya sea por las condiciones a que se hallan subordinadas ya porque algunas se ejercen mediante una simple declaración de voluntad y otras con la necesaria intervención del juez (*sentencia constitutiva* V. § 8). Pero todas tienen de común la tendencia a producir un efecto jurídico en favor de un sujeto y a cargo de otro, el cual no *debe* hacer nada ni siquiera, para librarse de aquel efecto, permaneciendo *sujeto* a su actuación. La *sujeción* es un estado jurídico que no exige el concurso de la voluntad del sujeto ni ninguna acción suya (2). Son facultades puramente ideales, creadas y *concedidas* por la ley (en cuanto solo dentro de la ley puede concebirse un poder consistente en poner en vigor o viceversa, *normas ideales*); y como aquellos se presentan como un bien, no hay motivo para no incluirlas entre los derechos, como realmente no los excluyen el sentido común y la práctica jurídica (3).

(1) Otros muchos casos (entre los mil que pudieran citarse) encuentranse enumerados en mi *Azione nel sistema dei diritti* pag. 109. Como el presente libro no se consagra exclusivamente a ese tema, sino a la exposición de los *principios* del derecho procesal íntegro, no he repetido sino los casos más frecuentes e importantes. El que haya obrado así no autoriza a pensar que yo «no admita» los otros casos de la categoría de los derechos potestativos (GALANTE, *Lezioni ditdir, proc. civ.* 2.^a ed. p. 181.

(2) LABAND *Deustches Saatsrecht*, 4.^a ed. III p. 351.

(3) No quiere decirse con esto, *de un modo absoluto*, que TODAS las normas relativas a los derechos en general, puedan comprenderse en esta categoría.

El temor de erróneas aplicaciones que inclina a KOHLER *Lehrbuch des*

Ni siquiera puede negarse su autonomía; la facultad de *hacer cesar* un derecho nada tiene que ver con ningún otro derecho, y el poder de *constituir* un derecho no puede ser confundido con un derecho que aún no existe. Por ejemplo: si yo vendo mi casa a X. con pacto de retroventa, ciertamente no puede decirse que yo permanezca propietario y que sólo para *ejercitar* este derecho de propiedad sea necesaria la declaración de rescate; por el contrario, yo he perdido la propiedad y el propietario es X. (propietario *revocable* le llama la ley); pero yo tengo respeto de él el poder jurídico de *reconstituírme* el derecho de propiedad perdido. Así también estos poderes o facultades jurídicas no pueden asimilarse a aquellas relaciones en las que se estipula la obligación de una de las partes a hacer ciertas prestaciones a *petición* de la otra (contratos de suministros, de aprovisionamientos, y otros parecidos); no existe aquí un simple poder jurídico de producir en la otra parte la obligación de la prestación, mediante reclamárselo. La obligación *preexiste* a la petición y tanto es así que en virtud de esa relación *obligatoria* en que ha entrado, la otra parte está *obligada* a conducirse de manera de poder cumplir las prestaciones siempre que se le soliciten, y aún a veces puede haber recibido la correspondencia *de esta obligación* sin que las prestaciones le sean exigidas, como en el contrato de abono o suscripción (*abbonamento*).

Para estos derechos que se extinguen en un *poder jurídico*, y que por esto se oponen tanto a los derechos reales como a los personales, hemos propuesto el nombre de *derechos potestativos* (1).

bürgerl. Rechts, I. p. 151) a rechazar la nueva categoría, debería inducir solamente a sostener que los principios generales deben sujetarse a una diferenciación posterior. Justamente MESSINA, *Sui cosiddetti diritti potestativi*, en las publicaciones en honor de FADDA (vol. VI. p. 330. dice: No podrá transferirse, *sin más* a los derechos potestativos aquello que vale para los derechos subjetivos ni utilizar *apriorísticamente* las normas materiales propias de estos.

(1) *Rechte des rechtlichen Könnens* (derechos del poder jurídico) o *Kann Rechte* se llaman en la doctrina alemana, donde ésta categoría de derechos ha sido primeramente estudiada. En la literatura italiana la hemos expuesto antes que nadie en nuestra obra citada *L'azione nel sistema dei diritti*, pág. 106 y siguientes analizando el lento proceso de introducción de esta categoría en el sistema desde un antiguo artículo de HASSE en el *Rhei-*

III. *Concepto de la acción.*—Entre estos derechos potestativos encuéntrase la acción.

nisches Museum, VI (1834), p. 1 y siguientes a los parciales intentos de BEKKER, *System*, I, § 26 y de ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft*, apéndice III, hasta los tratados completos de ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I, página 32 y siguientes 140, II, pág. 20, 44 y siguientes (modernamente en *Zum Recht der Eheanfechtung*, en los trabajos de homenaje a BEKKER página 148) y a HELLWIG, *Lehrbuch*, I, 41, núm. 5, 194, 214, 232 y siguientes (ahora II, p. 160, núm. 3; III, § 153, p. 101 y siguientes). En la más moderna doctrina alemana puede asegurarse el reconocimiento general de esta categoría. A las ya citadas en nuestro expresado libro, pueden añadirse LEONHARD, *Allgem. Theil des bürg. G. B.* 1900 p. 187 y siguientes. COSACK; *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen R.*, I § 14 y siguientes CROME *System des D. bürgerlichen Recht*, I, § 34; LANDSBERG, *Das Recht des bürgerlichen G. B.*; I, 1904, § 14; ENDEMANN, *Lehrbuch*, § 14 y siguientes; SECKEL, *Die gestaltungsrechte*, 1903; GOLDSMICHDT, *Materielles Justizrecht*, 1905, WEISMANN, *Lehrbuch*, I, p. 67; PAGENSTECHEK, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1905, p. 491; BALOG, *Ueber das Konstitutive urtheil*, en la *Grünhuf's Zeitschrift*, vol. 34 páginas 144, 146, 167 y otros; y recientemente también SCHMIDT, *Lehrbuch*, 2.^a ed. p. 299 y siguientes ha reconocido plenamente este orden de ideas.

En contra: KOHLEHR, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I § 48. En Italia manifiestanse, expresa o tácitamente en sentido favorable; BRUOF, *Istituzioni di diritto civile*, 1904; CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione* en la *Giurisprud. italiana*, 1905 (pág. 31 del extracto); Dirección *Rivista di Diritto comm*, 1905; pág. 526; FEDOZZI, *El diritto processuale civile internazionale*, 1905, I, pág. 63; MESSINA, fundamentalmente en los escritos jurídicos en honor de CARLOS FADDA; VITTA, en la *Giur. it.* 1906, IV, pág. 214; LANZA, V. *La querela e il suo valore processuale*, 1911, págs. 61 y sigs. y MIRTO, en la recensión de esta obra en la *Rivista per le scienze giur.* 1911, mientras BARASSI, en el *Foro italiano*, 1911, págs. 635, 658, aún sin aceptarlo expresamente, usa el mismo concepto; y en sentido contrario: SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, lit. 1903-1904, pág. 292 y sigs; GALANTE, en la *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, I, número 3; y nuevamente 1907, pág. 12 y sigs; y ahora en las *Lezioni di diritto processuale civile*, 2.^a ed. 180 y sigs. (pero sin haber alcanzado la diferencia entre derechos potestativos y facultativos). I. V. número VI al final; ROCCO, *Sentenza civile*, 1906, pág. 96 y sigs. 145; DUSÍ, en el *Foro italiano*, 1904, pág. 41; SCIALOJA ANTONIO, *Studii di diritto privato*, 1906, pág. 359; FERRARA F. *Simulazione dei negozi giuridici*, 3.^a ed. 1909, pág. 346; MORTARA, *Commentario*, IV. número 34 y sigs.

Las normas jurídicas tienden a actuarse. La coacción es inherente a la idea del derecho, no en el sentido de que para tener un

PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 1906, I, pág. 59; COVIELLO N. *Manuale di diritto civile*, I, pág. 32. Algunas objeciones promovidas por SIMONCELLI y GALANTE, hemos contestado brevemente en nuestro *Sul litis consorzio necessario*, en las publicaciones jurídicas en honor de V. SCIALOJA, 1904. Sobre las nuevas objeciones que nos ha hecho ROCCO no podemos hacer aquí estudio detenido porque la índole de esta obra no consiente largas digresiones polémicas; notaremos únicamente que todas aquellas redúcense a la afirmación de que *no es concebible* una norma jurídica a la cual corresponda un *deber*; y por esto encierran, a nuestro juicio, una petición de principio.

Es, además curioso que este círculo vicioso sea frecuente en los opositores. V. TEA, *Interesse ad agire*, 1907 p. 66 y sigs. FERRARA, op. cit. p. 346. BONUCCI, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, 1907, p. 296; COVIELLO N. ob. cit. p. 32. Al contrario DONATI B. *L'elemento formale nella nozione del diritto*, 1907 (en la *Giurisp. it* vol. LIX) p. 21 del extracto encuentra también en el derecho potestativo la correlación con el *deber*, en cuanto tiene necesariamente «la eficacia de promover el nacimiento de una obligación». En fin, REDENTI *Giudizio civile con pluralità di parti*, 1911 p. 25 reconoce que «el concepto de derecho potestativo ha promovido indudablemente el estudio de muchos problemas antes extraños a la atención de los estudiosos», pero añade «que está destinado o ser suprimido de estos estudios, dejando únicamente en pos de sí una elaboración más perfecta de otros conceptos, por ej., de derecho subjetivo». Teniendo presentes muy especialmente algunos de estos *derechos de producir otros derechos*, ROCCO quiso sustituir al concepto de derecho potestativo el de *derecho latente*. La impropiedad de este concepto, dedúcese de cuanto se dijo en el texto, y será notada nuevamente al hablar de las sentencias constitutivas, § 8. PEROZZI, entre otras objeciones nos hace la de que, algunos de los derechos potestativos son derechos como todos los demás porque consisten en la facultad *de exigir del juez* que pronuncia (por ej. acerca de la división). Pero esta facultad *respecto del juez* (que es una manera de entender *la acción*) puede referirse a cualquier derecho: solo falta definir el derecho de división y otros semejantes, en cuanto son apreciados como derechos *respecto del adversario*. Las objeciones de N. COVIELLO, fuera de la afirmación de que no puede hablarse de derechos a los cuales no corresponda un deber, se reducen a estas:

a) Algunos de los derechos mencionados entre los potestativos no son derechos, sino *simples actuaciones de la capacidad jurídica*, como el de-

derecho se deba poder actuarlo efectivamente, sino en el de que aquel tiende a actuarse mediante todas las fuerzas que de hecho se

recho de ocupación, de testar, de contratar, de aceptar o renunciar herencias (conforme, en cuanto a los tres primeros, que yo mismo he separado de los derechos potestativos, si bien por razones distintas; *Azione* cit. ps. 110 y 111; pero los derechos de aceptar o renunciar herencias son *poderes* para producir ciertos efectos jurídicos a los cuales corresponde en otros la *necesidad* de sufrirlos, y por esto verdaderos derechos); b) Algunos son derechos, pero no autónomos, como los derechos de impugnar un negocio jurídico, de pedir la separación personal, *porque tienen naturaleza de acciones* y la acción es siempre un derecho accesorio, que por lo mismo puede encasillarse en la misma categoría a que pertenece el derecho principal y preexistente (que la acción sea *siempre* un derecho accesorio, no lo sostengo, y las razones las aduzco en el texto; pero, aun dejando esto aparte, mejor sería, evitando este proceso de frases, decir simplemente cual es el derecho principal y preexistente a cuya *categoría* puede llevarse el derecho de impugnar un negocio jurídico o de pedir la separación personal; sin olvidar que el pertenecer a la misma categoría otros derechos, y el ser derivado el uno del otro, no impide que sean derechos distintos; c) Igualmente no son derechos autónomos los de pedir la comunidad de la pared, la servidumbre de vistas y el acueducto forzoso, el señalamiento de términos, *que son facultades jurídicamente contenidas en el derecho de propiedad*, a las cuales corresponde el deber genérico correspondiente al derecho central (esto es lo mismo que yo he afirmado para el derecho de cultivar el fundo, construir en él y otros semejantes). *Azione* cit. p. 111, porque estos no son sino formas diferentes del derecho genérico de gozar la cosa, a los cuales solo corresponde un deber genérico de respeto, pero cuando el derecho de propiedad se dirige contra determinados terceros, para pedir, por ej., la restitución de la cosa o para producir ciertos efectos jurídicos, como la comunidad del muro, las vistas y acueducto forzoso, la delimitación del fundo, da lugar a otros tantos derechos distintos cuantos son las prestaciones que se intentan o los efectos que se quiere producir); d) En fin, existen también derechos autónomos, como el de rescate, pero claro está que *resultando éste de un pacto presuponen la existencia de una obligación*. (No entendemos esto; no se duda que un derecho potestativo pueda constituirse por un pacto, pero ¿porqué el derecho que yo tengo de *volver a la propiedad* con el rescate presupone necesariamente una obligación del adversario, y cuál es ésta? El adversario podrá tener la obligación de devolverme la cosa—si le he dado su posesión; pero solo DESPUÉS que yo haya producido, ejercitando el derecho de rescate, el efecto jurídico de volver a ser propietario).

encuentran a su disposición (1). Siendo el fin principal de una obligación jurídica la ejecución de la ley, dicese cumplir la ley quien se conforma con sus mandatos. Pero no todas las normas que regulan las relaciones entre los sujetos jurídicos son ejecutadas por el obligado; ni todas esas normas tiene una naturaleza adecuada para poderse ejecutar por el particular. En muchos casos la actuación del derecho es realizada por órganos públicos. Pero estos órganos ya proveen a la aplicación de la ley por su iniciativa, por deber de oficio, ya pueden hacerlo solamente a petición de parte; en estos últimos casos la actuación de la ley depende de una *condición*, de la manifestación de voluntad de un particular, el cual decimos que tiene *acción*.

La acción es el *poder jurídico de dar vida (porre in essere) a la condición* para la actuación de la voluntad de la ley (2).

(1) ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I, páginas 135-137; GIERKE, *Deutsches Privatrecht (Derecho privado alemán)*. Leipzig, 1895, I, p. 114.

(2) Este concepto de la acción hállase enunciado y desenvuelto en nuestra op. cit. *L'azione nel sistema dei diritti*, (prolusión leída en Boloña el 3 de febrero de 1903), donde también se hace la historia de las diversas doctrinas sobre la acción. Pocos meses más tarde de nuestro escrito, salió el primer volumen del *Manual procesal* de WEISMANN en el que se desarrolló un concepto idéntico, p. 67 y siguientes; es también afin a este, el concepto posterior de SCHRUTKA, RECHTENSTAMM, *Juristisches, Literaturblatt*, 1903, p. 156 y siguientes y GOLDSCHMIDT, *Materielles Justizrecht*, 1905 p. 18. Aceptóse, también por BRUGI, *Istituzioni di dir civile it*, por GALLI, *Contributo alla teorica dell'intervento principale*, en el Archivo jurídico, 1906 p. 41 del extracto; por De LUCA, en el *Foro italiano* 1908 p. 128; y en parte por KOHLER, *Rivista pel processo civile tedesco* vol. 33, p. 232. El libro de V. LANZA, *La querela e il suo valore processuale*, 1911, es una aplicación completa de este concepto en el campo del derecho penal. Idea que también penetró ahora en las mismas decisiones judiciales; la Sentencia de la Sección de acusación de Roma de 24 de Abril de 1911, est. Baviera, en la *Legge* 1911, p. 1634 («no pudiendo, de acuerdo con las doctrinas procesales más modernas, concebirse la acción penal sino como el poder de provocar el ejercicio de la actividad jurisdiccional, para la actuación de la ley penal»). Para la crítica de nuestro concepto pueden verse: GALANTE, *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, I, número 3 y en la misma Revista, 1907 p. 12 y siguientes y modernamente en las *Lezioni di dir, proc-civ.*, 2.^a ed. p. 147 y siguientes; SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, litogr. 1903, 1904, p. 292 y siguientes; ROCCO, *Sen-*

La acción es un poder que corresponde frente al adversario respecto del que se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a nada ante este poder; solamente está sujeto a él, la acción desaparece con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla, ni para satisfacerla. Tiene la acción naturaleza pública o privada según sea pública o privada la norma cuya actuación produce.

La acción es un bien y un derecho autónomo, generalmente nace del hecho de que quien debía conformarse con una norma garantizadora de un bien de la vida, ha transgredido la norma. Por eso buscamos su actuación independiente de su voluntad. También en estos casos la acción arranca del derecho subjetivo (real o personal) derivado de aquella norma; los dos derechos son diferentes, aunque pueden coordinarse a un mismo interés económico; tienen vida y condiciones diferentes y contenido profundamente diverso. La concreta voluntad de la ley que corresponde a cada obligación es mucho más extensa y comprensiva que la obli-

tenza civile, cit. p. 96 y siguientes; DEGENKOLB, *Der Streit über den Klagebegriff*. (La discusión sobre el concepto de la acción). Leipzig, 1903 p. 76 y siguientes, CALDA, *I Concetti di giurisdizione ed azione*, 1916. Tanto nosotros en *Sul litirconsorzio necessario*, 1904, como WEISMANN, en el segundo volumen del manual p. III y 10 hemos vuelto sobre el concepto de la acción, haciendo notar recíprocamente nuestras opiniones y contestando algunas objeciones. La objeción de ROCCO, loc. cit. p. 102 sosteniendo que al concebir la acción como el poder de pedir la actuación de la ley se cambia por un derecho autónomo lo que está contenido en el derecho de acción, o sea la facultad de iniciar su ejercicio mediante la demanda judicial, fúndase, a nuestro juicio, en una petición de principio porque dá por demostrado que la acción deba concebirse como un derecho hacia el Estado y sólo hacia el Estado, mientras que tanto WEISMANN como nosotros, la definimos como un derecho hacia el adversario. Hemos insistido más recientemente sobre el concepto de la acción en «*Dell'azione nascente dal Contrato preliminare*» en la *Rivista di diritto commerciale*, 1911, reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, 1912, página 19 y siguientes y refundido en parte en esta obra. CALDA (obra cit. p. 60, 61), observa que no aparece claro, si en nuestra definición se expresa sólo el principio *ne procedat iudex ex officio*, aplicable a toda demanda, aunque sea infundada. Creemos, por el contrario, que al hablar de actuación de la voluntad (y se entiende de la voluntad CONCRETA) de la ley, se presupone la existencia de una voluntad concreta de ley, *favorable al actor*.

gación misma, aún naciendo de una libre manifestación de voluntad de las sujetas; mientras la obligación por sí constriñe al obligado a proporcionar al acreedor un bien de la vida *mediante la propia prestación* la voluntad de la ley comprende y garantiza al acreedor, aunque la obligación no tenga lugar la consecución de aquel bien a que se refiere la obligación, por todos los medios posibles (1). Por eso mientras el derecho de obligación, aún después del incumplimiento, conserva su dirección *hacia la prestación* del obligado, el derecho de acción aspira a conseguir el bien garantizado por la ley *por todos los otros medios posibles*; y el proceso donde estos deben experimentarse no sirve para obtener el cumplimiento de la *obligación*, sino la consecución del bien garantizado por la ley por los medios posibles, fuera de la obligación, que se manifiesta como insuficiente instrumento.

Acción y obligación (y hablando de obligación entiéndese que todo derecho supone una prestación, porque todo derecho, absoluto o relativo, tendente a una prestación, positiva o negativa, se presenta como obligación en el momento del proceso), son, pues, dos derechos subjetivos distintos, que *unidos* llenan absolutamente la voluntad concreta de la ley que llamamos derecho objetivo. La acción no es una cosa sola con la obligación, no es el medio para actuar la obligación, no es la obligación en su tendencia a la actuación, ni un efecto de la obligación, ni *un elemento* ni *una función* del derecho subjetivo; sino un derecho distinto y autónomo que nace y puede extinguirse independientemente de la obligación (la acción de condena se consuma con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, aunque la obligación quede subsistente); que tiende a un efecto jurídico y no a la prestación. Cuando se dice que la coacción es un elemento del derecho y que *por lo mismo* la acción es un elemento del derecho *subjetivo*, se cae en un sofisma, puesto que la coacción es un elemento del *derecho objetivo*, mientras que desde el punto de vista subjetivo una cosa es el derecho a la prestación y otra el poder de provocar la coacción del Estado, y son diferentes las normas que regulan la obligación y la acción; puesto que la acción fundándose en la existencia del

(1) Es inútil observar que la garantía del derecho no es ilimitada. Así si el bien consiste en una suma de dinero, la posibilidad de los medios se circunscribe al patrimonio del obligado.

proceso es regulada, aunque tenga naturaleza pública o privada, según los intereses a los cuales se dirija, por la ley procesal.

De aquí que permaneciendo inmutable la norma que rige la obligación puede cambiar la norma (procesal) que rige la acción. Esto parecerá poco evidente si solo se piensa en la forma más común de acción, es decir, en la acción de condena puesto que completando tanto la acción como la obligación el mismo derecho objetivo, es imposible que la nueva norma procesal no conserve POR LO MENOS la acción de condena para toda obligación existente, lo cual hace creer que la obligación y la acción están reguladas por la misma norma; pero resulta patentísimo cuando se consideran otras clases de acción (acción de declaración, acción aseguradora, acción sumaria, acción ejecutiva anormal) las cuales pueden o no existir con relación A LA MISMA relación jurídica, según el tiempo y el lugar en que se desarrolla el proceso cambiando con el proceso el número y la especie de los «medios posibles» para la consecución de los bienes y las igualmente posibles medidas procesales.

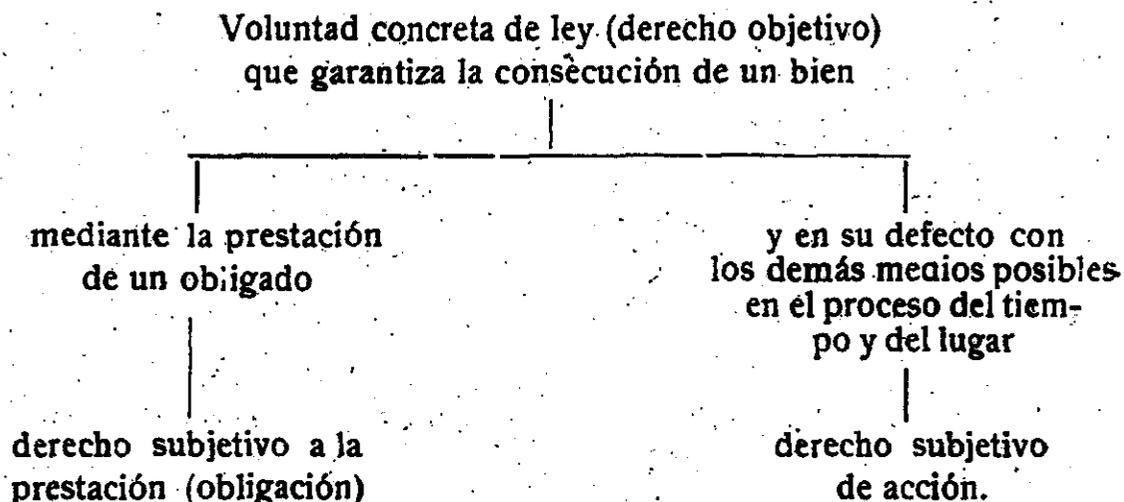
Tampoco se niega con esto la existencia de un estrechísimo lazo entre la acción y la obligación; puesto que ambas se dirigen, como hemos dicho, a la misma voluntad concreta de ley que garantiza un bien determinado, y tienden a la consecución de este mismo bien, aunque por caminos y medios diferentes. De aquí que, satisfecha una obligación mediante la prestación del obligado, se extingue la acción, y satisfecha la acción en la ejecución forzosa, se extingue la obligación. Características éstas de una forma interesante, el concurso de derechos: así derecho y obligación pueden presentarse como derechos *subjetivos concurrentes* (§ 12 III). Pero; adviértase que no deben confundirse. Formar con ellos unidad, es imposible, como no se haga a costa de confundirlos con la última voluntad de ley en que ambos se apoyan, como hacía la doctrina anterior; error teórico que conduce a soluciones prácticas equivocadas, singularmente en relación con la eficacia de la ley en el tiempo y en el espacio (1).

(1) La relación de obligación y de acción con el derecho objetivo y entre sí puede gráficamente expresarse:

Pero la independencia y la autonomía de la acción manifiéstanse más evidentes en los casos en las cuales la acción se encamina a obtener un bien que no puede ser prestado por ningún obligado, sino que únicamente en el proceso puede conseguirse; o tiende a un bien sin que exista, o sin que se sepa que existe ningún otro derecho subjetivo en quien tiene la acción. Así:

a) *La acción de declaración.* Forma parte de la actuación de la ley incluso su afirmación como *voluntad cierta* en el caso concreto, cuando aquella es incierta. Puede tenerse interés en hacer cesar la incertidumbre, para hacer seguro el goce de los bienes garantizado por una norma de ley: el interés puede nacer de actos a nadie imputables: el interesado puede tener acción para conseguir la declaración de la ley aunque el obligado no haya transgredido norma alguna. Aquí nada se pretende del obligado, la acción es independiente del derecho que debe satisfacer. Esto aparece más claro en el caso de acción de declaración *negativa*, con ella obtiene el actor la declaración de que *no tiene* por exigencia de la ley un cierto deber y, por lo mismo, no hace alarde de otro derecho subjetivo que de la pura acción. Ni la certidumbre jurídica *podría ser prestada* por el obligado; antes bien, sólo en el proceso puede conseguirse.

b) *El derecho de pedir la actuación de la ley* que corresponde al *demandado* por el sólo hecho de ser llamado a juicio mediante una demanda *infundada*. Aunque el actor quisiera renunciar a los actos del juicio, el demandado podría pedir la declaración negativa respecto a la demanda (C. p. c. art. 345); y tampoco aquí se ha transgredido norma alguna. Si A. me pide en juicio 100.



pesetas que no le debo no ofende con esto ningún derecho mío; pero al mismo tiempo yo tengo interés en no pagarlas y en no ser considerado como tal deudor de 100 pesetas; tengo, pues, derecho a pedir que se declare que A. no es acreedor de 100 pesetas; este poder es pura acción (1).

c) *La acción privada penal* (Cód. de proc. pen. art. 331), la facultad de querellarse. Aquí se tiene el poder de producir la aplicación de una norma penal, aunque el querellante no tenga ningún derecho subjetivo al castigo del culpable (2).

d) *El derecho de pedir la nulidad de los actos administrativos ilegítimos* (L. 17 ag. 1907, del Consejo de Estado, art. 22). Este poder corresponde a cualquier interesado particular aunque la norma quebrantada por la administración no tuviese por fin la protección particular de algún bien de su pertenencia (cons. p. 47 y § 16).

e) *El derecho de pedir la actuación de la ley* con medidas puramente provisionales o de previsión (embargos, sentencia de ejecución provisional por temor de morosidad; denuncia de obra nueva y temor de daño). En estos casos el poder jurídico es cierto,

(1) Este derecho corresponde siempre al demandado a quien asiste la razón, e inútil decir que con la reconvencción, y con la demanda incidental de declaración y con la excepción en sentido substancial no tiene sino un poder jurídico (derecho potestativo) de extinguir la acción (V. más adelante § 11). La acción de declaración negativa que corresponde al demandado no es solo un simple derecho de sostener el proceso o de resistir al actor (en contra LANZA V. *La querela* cit. pág. 189, nota), sino el derecho de pedir una sentencia de desestimación no obstante el desistimiento del actor. V. MESSINA, *La simulazione assoluta* en la *Riv. di dir. comm.* 1907 y 1908, p. 52 del extracto: GROSSE, *Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten* (Derecho a la tutela jurídica del demandado) en la *Rivista pel. proc. civ. ted.* vol. 36 (1907) p. 113 y sigs.

(2) HELLWIG, I, p. 324, concibe esto como un caso de sustitución procesal (más adelante § 36) por el que el particular hace valer el derecho del Estado a la pena. Pero según nuestra ley (cod. proc. pen. art. 2), la acción penal se *ejercita* siempre por el Ministerio público, aún siendo *promovida* por querrela del perjudicado. Sobre la acción penal, privada V. LANZA, V. *La querela e il suo valore processuale, cit.*

aunque luego se averigüe *si efectivamente* existe la pretendida voluntad de ley que garantice un bien del actor (§ 9) (1).

f) *El derecho de pedir declaraciones con predominante función ejecutiva* (ejecución provisional de las sentencias; condena con reserva de ulterior examen de algunas excepciones, procedimiento monitorio).

En estos casos la parte es admitida no solo a obrar, sino a obtener resoluciones concretas y practicables; tiene, pues, una acción, aunque no se conozca si tiene derecho a la prestación (mas adel. § 8 bis).

g) *El derecho de pedir la ejecución forzosa* fundándose en las declaraciones a que nos referimos en el párrafo f) y en general a las declaraciones no definitivas y también en títulos contractuales (§ 10).

h) Pueden traerse aquí también las *acciones posesorias*, puesto que siendo la posesión el goce/mayor de la cosa, que naturalmente corresponde al propietario, no puede concebirse una norma que garantice por si misma este bien al poseedor como persona distinta del propietario; existen también, a este respecto, disposiciones que prohíben las perturbaciones en la posesión (Código civil, art. 694, 695) pero estas nacen de la necesidad del mantenimiento del orden jurídico y no otorgan un derecho subjetivo a la posesión; pero la ley concede, al poseedor, como primer interesado, el poder de pedir su actuación, lo cual es pura acción (2).

La acción pues, es un derecho sustantivo (*a sé*) que consiste en una relación entre la voluntad de un particular y la organización jurídica. Este poder puede encaminarse a la actuación de la ley de diferentes maneras: en forma de *declaración* mediante sentencia, en forma de aplicación de medidas de *previsión*, de medidas *ejecutivas*. La sentencia puede declarar pura y simplemente la voluntad de la ley (sentencia de *declaración*) o declararla como prepa-

(1) Según GALANTE, *Lezione di dir. proc.* 2.^a ed. p. 159 estas acciones «están condicionadas por la existencia del delito, la cual en vez de probarse previamente, como generalmente ocurre, *se prueba después*».

Pero, precisamente de esto, como se lee en el texto, deducimos nosotros la autonomía de la acción aseguradora.

(2) De otro modo si se admite un *derecho a la posesión*.

ración para su ulterior actuación (sentencia de *condena*); algunas veces la sentencia produce efectos jurídicos que la parte tenía derecho de producir en virtud de un derecho potestativo (sentencia *constitutiva*). De la sentencia nace un nuevo poder jurídico que tiende a la actuación de la declaración de voluntad contenido en la sentencia (acción ejecutiva, *actio iudicati*). En todos estos casos hay *acción*.

El nombre de acción proviene del derecho romano. Originalmente acción significa tan solo acto perfeccionado en juicio, mas tarde y metafóricamente, ha venido a indicar el derecho de obtener, mediante juicio, cuanto nos es debido; en este sentido se lee en las instituciones justineanas. *Nihil aliud est actio quam ius persquendi iudicio quod sibi debetur* (Inst. IV, 6, pr). La definición se acepta con pocas variantes, por Celso, pero en el derecho clásico la acción significaba otra cosa.

Creemos que nuestro concepto de la acción corresponde al formado en nuestra técnica jurídica fundándose en la tradición justiniana (1) y al que se recoge como básico en nuestra ley, cuando

(1) CALDA *Concetti di giurisdizione e d'azione* cit, después de enumerar «las condiciones sustanciales necesarias para obtener una sentencia civil favorable» (pág. 50) afirma que el CONCEPTO de derecho de obrar, *en el lenguaje de la práctica vendría a significar LA EXISTENCIA de las condiciones* tratadas en los párr. *f g* (interés en obrar, calidad) además de *la falta de obstáculos*, impedimentos, defectos tratados en los párr. *d, e, h, i*, (actual obstáculo al ejercicio del derecho, cosa juzgada, interés sin acción); concluyendo luego por afirmar este autor que no puede expresarse el significado del derecho de obrar con una fórmula sintética positiva (pág. 51). Dedúcese de aquí que CALDA confunde la ESENCIA de la acción con las CONDICIONES de su existencia; así al mismo tiempo que habla del CONCEPTO de la acción admite como posible solamente una definición meramente *descriptiva* de la acción, esto es, la más imperfecta de todas las definiciones; además excluye de las condiciones de la acción la existencia del derecho, y en la acción de condena, de declaración positiva, constitutiva, no puede prescindirse de ese elemento, por los motivos ya explicado (§ § 5, 6, 7, 8); Es injusto atribuir tales errores al *lenguaje de la práctica*; y arbitrario afirmar que el práctico hablando de acción de condena se refiere únicamente al interés en obrar y a la calidad. Nunca los prácticos al decir «cuando hay derecho, interés en obrar y calidad, hay acción» han pensado confundir la COSA con la manera y los motivos por los cuales nace, el EFECTO con la

habla de acciones al lado o frente a otros derechos. (Código civil arts. 1234, 1538, 1581) y cuando habla de prescripción de acciones (Código civil arts. 2135, 2138 y sigs; Código comercial artículos 915 y sigs.) ya que lo que propiamente prescribe es la acción, o sea el poder de pedir la actuación de la ley respecto de un estado de hecho que le es contrario. Pero como en las fuentes romanas háblase casi siempre de *actiones* en sentido de derechos lo cual explícate históricamente considerando que muchos derechos tuvieron en Roma su primera manifestación (*formula-zione*) en el juicio, así frecuentemente nuestras leyes hablan de acción como sinónimo de derechos, esto es, en sentido figurado (Código civil arts. 147, 193, 1007, 1076, 1353, 1645, 1716, 1743, 1802, etc.). Otras veces la ley habla de acciones en un sentido realmente formal, casi en el sentido de demanda judicial, sin mirar a su fundamento, y esto ordinariamente en las normas que regulan el procedimiento porque estas son comunes a las demandas fundadas y a las no fundadas (ej. Código procesal civil arts. 70, 71, 82, 90 y sigs. 98 y sigs. etc., etc.).

IV. *Otras teorías acerca de la acción.*—Más o menos divergentes de nuestra doctrina, son las principales que siguen:

1.º *La acción es un elemento de derecho subjetivo* (1).

causa. Esto equivaldría a negar no tanto la nueva ciencia procesal (contra la que se dirige el opúsculo de CALDA) como toda la ciencia procesal, comenzando por aquella que él llama «teoría antigua» de la acción y que estima preferible a las «nuevas construcciones» (pág. 78) porque esta «teoría antigua» (véase a este respecto mi resumen «Azione» en el *Dizionario di diritto privato* y los allí citados), siempre distinguió cuidadosamente la acción de sus tres condiciones: derecho, interés, calidad.

(1) SAVIGNY, § 205; PUCHTA, *Pandekten*, § 81; PONCET, *Actions* 1817, PESCATORE, *Sposizione compendiosa* I p. 121; MATTIROLO, *Trattato*; I, n. 18; VITI, *Commento*, I p. 23; FILOMUSI-GUELFÍ § 123; y en general nuestros civilistas hasta CHIRONI y ABELLO. *Trat. di dir. civ. it I.*, 1904, p. 587 y siguientes y COVIELLO N. a *Manuale di dir. civ. it I.* p. 480. La definición de CASTELARI, según se reproduce en las *Lezioni di dir. proc. civ.* litografiadas (1906-7) y seguida por TOESCA DI CASTELLAZZO (en la *Legge*, 1907, p. 2390) o sea poder jurídico garantizado por la ley en favor del titular de un derecho subjetivo material, por el cual este puede exigir y obtener que sea tutelado su derecho mediante el juicio) acepta un elemen-

Agrupanse bajo esta idea fundamental las teorías que tanto dominaron, según las cuales la acción es un poder, inherente al derecho de reaccionar contra la violación; o el derecho mismo en su tendencia a la actuación; o el derecho nuevo naciente de la violación del derecho que tiene por contenido la obligación del adversario de hacer cesar la violación (SAVIGNY). Estas teorías o conducen a la indentificación de la acción con el derecho (lo cual es contrario no sólo a los resultados de un análisis profundo, sino al común sentido jurídico) o no explican en que consiste la diferencia entre una y otro. No existe, sobre todo, una obligación de hacer cesar la violación del derecho, como algo diferente de la obligación de satisfacer el derecho; y el derecho que nace de la violación de un derecho absoluto, como la propiedad, teniendo por objeto, por ejemplo, la restitución de la cosa, es un derecho derivado pero no es la acción. Son, pues, inadecuadas estas teorías para explicar los casos en que la acción no se coordina a algún otro derecho subjetivo; por ejemplo, se ha dicho para explicar la acción de declaración negativa que ella tutela el derecho subjetivo *a la integridad de la propia esfera jurídica* (SIMONCELLI); pero la esfera jurídica es una *serie* de derechos, no es una abstracción de nuestra mente, y como tal no puede ser *tutelada* por la acción (§ 7, II).

2.º *La acción es un derecho subjetivo público que corresponde al ciudadano a quien asiste la razón para que el Estado le conceda la tutela jurídica*, mediante sentencia favorable, ejecución etc. (*Rechtschutzanspruch*). El concepto fué relevado primeramente por MUTHER, en su famosa polémica con WINDSCHEID sobre la *actio* romana (1). WACH, después lo desarrolló am-

to (poder jurídico) de la nuestra, pero no puede renunciar a ligarlo a la tutela de un derecho subjetivo, en vez de a lo que *en toda acción* es constante o sea la actuación de la ley. Cons. además nuestro trabajo citado *L'azione nel sistema dei diritti*, p. 37 y el texto precedente. Véase también TEA *Interesse ad agere*, p. 12 y siguientes.

(1) WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrecht vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856. MUTHER, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht* etc. Erlangen, 1857.

pliamente (1) y tuvo numerosos partidarios (2), pero entre estos, algunos como WACH consideran la acción como un derecho que se dirige al mismo tiempo contra el Estado y contra el adversario, otros como un derecho sólo hacia el Estado. A esta teoría, discutidísima en Alemania, corresponde el mérito de haber hecho resaltar la autonomía de la acción y particularmente de las acciones de declaración, tanto que puede considerarse (junto con la teoría de BÜLOW sobre la relación procesal, de que trataremos mas adelante, § 3) como el punto de partida de la moderna ciencia procesal, y de esta doctrina ha aceptado la nuestra la parte sustancial; pero *al fundamentar la esencia de la acción en la pretendida tutela jurídica contra el Estado*, la teoría de WACH, es mas conforme con la tradición germánica que con la latina. No negamos (como se ha visto) que existan relaciones jurídicas de carácter público entre el Estado y el ciudadano ni se tendría acción si no existiese el Estado a quien dirigirse; pero en este caso la relación con el Estado no es mas que un medio para obtener ciertos efectos *contra el adversario* (3). La tradición latina vió en la acción especialmente esta dirección contra el adversario e hizo de ella, como nosotros hacemos, un derecho privado en

(1) En el *Manual*, p. 19 y siguientes, después en la monografía fundamental sobre el *Feststellungsanspruch* (Acción de declaración) Leipzig 1888. y en un reciente artículo en la *Riv. per. proc. civ. tedesco*. vol. 32, p. I. y siguientes.

(2) SCHMIDT, 1.^a ed. § 4, 2.^a ed. § 4; HELLMIG *Anspruch und Klage-recht*, 1900, p. 145; SKEDL, I, p. 12; LANGHEINEKEN, *Der Urteilsanspruch*, 1899, p. 12; GROSSE, obra antes citada MENESTRINA, *L'accessione nella esecuzione*, 1901, pág. 182, FEDOZZI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit. I. p. 64 y muchísimos otros que pueden verse enumeradas en LANGHEINEKEN, loc. cit. y en SCHMIDT 2.^a ed. p. 16, n. 2. HELLMIG, después de haber vuelto sobre el tema en el *Lehrbuch*, I, p. 147, ha insistido sobre él para defender la doctrina de WACH y suya de las numerosas objeciones, en un trabajo de gran precisión y claridad; *Kra-grecht und Klagmöglichkeit* (Derecho de obrar y posibilidad de obrar), 1905.

(3) No ha pensado en esto DOS REIS, *Proceso civil portugués*, Coimbra 1908, p. 66, cuando afirma que nuestra teoría «niega la existencia de relaciones entre los particulares y el Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional».

cuanto privado es también el interés; la tradición germánica puso sin duda la atención preferentemente en la relación hacia el Estado como resulta del nombre de *Kaglerecht* (derecho de queja) (1). Pero puede ponerse en duda que exista un derecho a la tutela jurídica *contra* el Estado, lo cual supondría un conflicto de intereses entre el Estado y el ciudadano, mientras que conceder razón a quien la tiene es interés del Estado mismo; y es un interés al que provee permanentemente con la institución de los jueces.

3.º *La acción es un derecho subjetivo público que corresponde a cuantos con buena fé crean tener razón, para ser oído en juicio y constreñir al adversario a acudir a él.* Esta teoría fué enunciada por DEGENKOLB (2) y tuvo algunos admiradores en Ita-

(1) SCHMIDT, 2.ª ed., pág. 20, acaba por declarar que desde el punto de vista lógico nuestro concepto de acción es tan aceptable como el de WACH, pero encuentra más claro y fecundo este último porque sólo expresa la idea del derecho público moderno, según el cual el ciudadano cuando concurren las condiciones exigidas por la ley, puede CONTAR con vencer. Pero precisamente la cuestión estriba en saber si este aspecto político debe prevalecer en la consideración de la acción, y aquélla no puede resolverse en abstracto porque todo se reduce a la especial manera de entender las cosas. En todos los tiempos el litigante para obtener lo justo del adversario acudió a los poderes públicos, pero no en todos los lugares y épocas entendiéndose igualmente la importancia de este medio, lo cual a su vez depende del carácter de cada pueblo y de las condiciones político-sociales. Ejemplo de libelo del último derecho romano: «Adversus titium denarios C. debentem mihi aureos ex mutuo... ego gaius apud iudicem publicum *hanc postulationem contra titium* deposui». Ejemplo del libelo germánico: «Domne comes, ego *queror vobis* de Petro, qui tenet mihi terram malo ordine». V. *Azione nel sistema dei diritti*, p. 43, SIEGEL *Gerichtsverfahren*, p. 115 y siguientes.

(2) En la monografía *Einlassungszwang und Urteilsnorm (coacción al contradictorio y naturaleza de la norma contenida en la sentencia)* Leipzig. 1897; una teoría sustancialmente igual había sido enunciada un año antes por el húngaro PLOSZ en una monografía traducida después al alemán, *Beitrag zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig. 1880. Al concepto de DEGENKOLB acercanse también SOHM *Der Begriff des Forderungsrech* (El concepto del derecho de obligación) en la *Rivista de Grünhut* IV p. 457; PLANCK, *Lehrbuch* II, p. 3; MANFREDINI, *Corso* I, p. 89; MORTARA, *Manuale*, 5.ª ed., pág. 11. *Commentario*, II, núm. 414 y sigs.; DOS REIS, *Proceso civil portugués*, cit. p. 67.

lia, como últimamente Roco, quien sin embargo no admite este derecho abstracto de obrar (llámase abstracto porque *abstrae* de la existencia o inexistencia de la razón o de la sin razón del que obra) sino como un derecho hacia el Estado, y no condicionado por la buena fé. Pero esta teoría hállase hoy abandonada por su propio autor, el cual reconoce que un derecho de obrar que corresponda no a *quien tiene razón*, sino a *cualquiera*, que crea tenerla, no es un derecho subjetivo, sino una simple facultad jurídica. Y no es esto lo que entendemos por acción cuando decimos X tiene acción (1).

4.º *La acción como derecho subjetivo ANTERIOR al juicio, no existe; solo con la demanda judicial nace el derecho de obtener una sentencia justa.* Así opina BÜLOW (2). Según este autor no pudiéndose conocer precisamente el resultado de la sentencia, no se puede hablar de un derecho a la sentencia favorable, ni se puede hablar de él fundándose en hechos anteriores al proceso, porque la sentencia se funda en la convicción del juez, que puede no corresponder a la realidad de los hechos. A la doctrina de BÜLOW se han adherido KOHLER (3) y después DEGENKOLB (4) quien mantiene su idea de un *derecho a ser oído*, pero como derecho meramente procesal, es decir, nacido del proceso. Esta más que una teoría sobre la acción es la negación de la acción y del mismo derecho subjetivo. Es verdad que con la demanda judicial nacen derechos de naturaleza oficial para ambos litigantes, pero una cosa son estos derechos públicos *procesales* que nosotros admitimos (§ 3) y otra el derecho ya público, ya privado de obrar que corresponde a quien tiene razón *antes* del proceso. Si existe o no este derecho de obrar lo sabemos sólo con la senten-

(1) *La contesa sul concetto d'azione cit.*

(2) En un art. *Neue Prozessrechtswissenschaft (nueva ciencia procesal)* en la *Rev. de proc. civ. alemán*, vol. 27, p. 224 y sigs., y en otro artículo: *Klage und Urteil (acción y sentencia)* en la misma revista y separadamente, Berlín 1903. En Italia acércase a este concepto FORTI, *La revocazione nei ricorsi amministrativi*, en la *Giurisp. ital.* 1908, pág. 25 y siguientes del extracto.

(3) En un artículo *Sul cosiddetto diritto alla tutela giuridica* en la *Rivista pel proc. civ. tedesco*, vol. 33, pág. 211 y sigs. (1904).

(4) En la monografía ya citada *Sulla contesa sul concetto d'azione*.

cia, pero esto lo mismo ocurre para la existencia del derecho de obrar, o sea de pedir la actuación de una voluntad de ley, como para la existencia de la misma voluntad cuya actuación se pide. Negar la acción es negar todo derecho (1). Por lo demás también DEGENKOLB termina por reconocer que el uso corriente y el sentido gramatical entienden, por lo general, la acción como un derecho *concreto actual* existente antes del proceso y precisamente como *una potestad jurídica* para obtener, contra el adversario, un resultado favorable en el proceso.

V. *Categorías de acciones*.—La acción, como tal, como poder sustantivo de pedir la actuación de la ley mediante los órganos judiciales, no admite más clasificación que la fundada en la diversa naturaleza de la resolución judicial, cuya producción es su *objeto inmediato*. Tenemos por lo mismo:

1. Acciones que tienden a la actuación de la ley mediante sentencia:

- a) De condena (*acciones de condena*).
- b) De declaración (*acciones de declaración*).
- c) Constitutiva (*acciones constitutivas*).

2. Acciones que tienden a la actuación de la ley mediante declaraciones con predominante función ejecutiva (*acciones sumarias*).

3. Acciones que tienden a la actuación de la ley por medios de previsión o de cautela (*acciones de seguridad, de garantía*).

(1) CALDA (Op. cit. pp. 49, 52, 61) repite las objeciones de BÜLOW, pero no se cuida de contestar nuestras réplicas (contenidas aquí en el texto y en *Azione nel sistema del diritto*, p. 128). Es verdad que el juez sólo se halla obligado a sentenciar conforme a su convicción (*Azione* p. 128) y que ésta puede diferir de la de los interesados. Pero ¿por ventura excluye esto la acción? La convicción, errónea o justa, del juez debe formarse precisamente sobre la EXISTENCIA O INEXISTENCIA de las condiciones de la acción. Partes, consultores, abogados, jueces, tienen siempre el mismo problema, y sus investigaciones van dirigidas por ciertos criterios comunes que son precisamente «la doctrina de la acción». Estas averiguaciones en cada caso concreto pueden tener diversos resultados, como también puede ocurrir del diagnóstico en busca de la determinación de una enfermedad del análisis químico en busca de un cuerpo, etc., etc.

4. Acciones que tienden a la actuación de la ley por medios ejecutivos (*acciones ejecutivas*).

Pero en la doctrina y en la ley se encuentran otras clases de acciones que se refieren, no a las acciones en sí mismo, sino a la naturaleza de los bienes garantizados por las normas que hayan de actuar, tales son las:

1. *Acciones reales y personales*, que se refieren a la distinción de los derechos reales y personales (p. 49).

2. *Acciones mobiliarias e inmobiliarias*, que se fundan en la naturaleza mueble o inmueble de la cosa objeto del derecho. Esta distinción no coincide con la anterior (reales y personales) como sucede en la ley y en la doctrina francesas. Nuestra ley admite como diferentes ambas clasificaciones y habla de acciones *reales sobre muebles, reales sobre inmuebles, personales* relativas a *muebles* y a *inmuebles* (Cod. proc. civ. art. 90, L. 16 Junio 1892 sobre conciliadores, art. 10). El fundamento de esta confusión radica en el hecho de que la acción real sobre cosas muebles no tiene una aplicación tan amplia como sobre inmuebles, por el principio ya recordado que en los muebles la *posesión equivale al título* (Cod. civ. art. 707), y por el principio según el cual los muebles se presumen junto a la persona (*mobilia sequuntur personam*), también nuestra ley contiene algunas normas idénticas para las acciones personales y para las reales mobiliarias (Código proc. civ. art. 790 y sigs.). Es acción personal inmobiliaria, por ejemplo, la que nace del contrato de arrendamiento de inmuebles; real inmobiliaria la de reivindicación de inmuebles, la hipotecaria, etc.

3. *Acciones principales y accesorias*. Habla la ley de acción principal en dos sentidos diferentes, ya en cuanto a la importancia que tienen respecto de otra acción secundaria o ligada por una relación de menos a más o de medio a fin (Cod. proc. civ. artículo 99), ya en cuanto a la importancia que tiene respecto de una acción que ha sobrevenido a contraponerse a ella en el mismo proceso (Cód. proc. civ. arts. 101 y 102).

4. *Acciones petitorias*. La *petitio* en Roma indicaba la *actio in rem* (*petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur*, Ulp. l. 178, Dig. 50, 16). En el desarrollo del derecho común indícase con el nombre de *petitoria* la acción real, frente a la *posesoria* (Cód. pr. civ. art. 443 y sigs.).

5. En el terreno doctrinal admitense otras clasificaciones menos justificadas que las precedentes; así se habla de acciones *universales e individuales*, muy impropiedades porque la acción se refiere siempre a uno o más individuos determinados, y por lo tanto es siempre individual; la distinción refierese a la diversa naturaleza de las normas, no de las acciones. Lo propio debe afirmarse de las denominaciones derivadas del derecho romano (acciones *directas, contrarias, útiles*, etc.). En el derecho romano clásico a medida que se concedían acciones pasaban al derecho con un determinado nombre. Su número aparecía, pues, limitado. En el derecho moderno las acciones son tantas cuantas son las normas que puedan ser actuadas, pero no tienen necesaria y rigurosamente un nombre. También la ley conserva muchas denominaciones típicas romanas: *petición de herencia* (Cód. civ. art. 44); *acción redibitoria* (Cód. civ. art. 1505, 1506); *reivindicatoria* (Cód. civ. art. 1096, 1510, 1842); *hipotecaria* (Cód. civ. art. 1033, 1215, 1510, 2011); *denuncia de obra nueva* (Cód. proc. civ. artículo 82). Otras muchas han quedado en el uso corriente por comodidad de la técnica jurídica (*Actio Pauliana, confesoria, negatoria, mandati, negotiorum gestorum, de in rem verso, de pauperie*, etc.). Otras se forman mencionando su objeto (*separación, resarcimiento, regresión, nulidad, revocación, rescate*, etc.).

VI. *Caracteres de la acción.*—La acción como todos los derechos potestativos, es un poder meramente ideal, o sea el poder de *querer* determinados efectos jurídicos (actuación de la ley). Este poder se ejercita mediante una declaración de voluntad relativa a los efectos que se buscan y no exige ninguna acción física, sino aquello que es necesario para manifestar y mantener durante el proceso la voluntad de que la ley sea actuada (demanda judicial). La *demanda judicial* es el acto mediante el que se ejercita el derecho de acción, se manifiesta el deseo de que la ley sea actuada (§ 5, II; 41, II). Por demanda judicial no se entiende solo el acto de citación, que es el acto común de proposición de la demanda judicial, sino también cualquier otro acto con el que se propone, se ratifica o se modifica una demanda (1).

(1) Dice el art. 37 Cód. proc. civ. «toda *demanda* se propone con *acto de citación*, salvo si la ley establece otra forma».

Siendo la acción un poder dirigido a la tutela de un interés toma su naturaleza de este; y por consecuencia es pública o privada, patrimonial o no patrimonial; y como frecuentemente el interés al cual se dirige es al mismo tiempo el contenido de otro derecho que corresponde al que obra respecto del adversario, con frecuencia la acción asume la función de *representar* este otro derecho, lo cual explica por qué muchas veces, en las leyes y en la práctica, como ya hemos visto, se habla de acciones como sinónimo de *otro* derecho.

La acción, como todos los derechos en general, se cede, se transmite y es renunciable. Pero como en ella se dan intereses personales a su sujeto, o sea tan estrechamente inherentes a su persona que no pueden concebirse en otra, y por lo mismo son intransmisibles, así también las acciones relativas a ellos son intransmisibles. La acción es intransmisible *activamente* cuando no se transmite a los sucesores de su sujeto activo, *pasivamente*, cuando no se transmite en perjuicio de los sucesores de su sujeto pasivo. Intransmisible activamente es la acción de *revocación de la donación por ingratitud* (Cód. civ. art. 1082); la acción para *reclamar el estado legítimo* (Cód. civ. art. 178); *pasivamente* la acción para *revocar la donación*, ya citada, a veces la acción intransmisible deviene transmisible cuando ha sido ejercitada mediante interposición de la demanda judicial (Cód. civ. art. 178, 1082), cuyo fundamento explicaremos más adelante (§ 5 II).

La acción ordinariamente hállase sujeta a un término más o menos largo, dentro del cual debe ser ejercitada, en otro caso se pierde por *prescripción*. Perdida la facultad de exigir la actuación de la ley es natural que la expectación de los bienes que se fundaba en la voluntad concreta de esa ley, desaparezca, por eso el Código civil habla de la prescripción como de un medio de extinción *de las obligaciones*, etc. (Cód. civ. art. 1236, 2105).

Esto no priva que lo principalmente afectado por la prescripción sea precisamente el poder de pedir la actuación de la ley, esto es, la acción, por eso el mismo Código dice: *todas las acciones prescriben*, etc. (Código civil art. 2135). En efecto, la prescripción tiene por objeto poner fin a la incertidumbre de derechos consolidando por el transcurso del tiempo un estado de hecho contrario al derecho y haciendolo jurídico, o saneando una situación defectuosa, de ahí que lo que se pierde por la prescripción es

ni más ni menos que el poder de cambiar el estado de hecho o de derecho defectuoso. La prescripción nunca comienza a correr antes de que se tenga el poder de exigir la actuación de la ley. Solo en algunos casos la ley, por excepción, atribuye al *no uso* el efecto de extinguir los derechos (usufructo, servidumbre: Código civil artículos 515, 666).

Pero examinando detenidamente estos casos, véase que también en ellos nos encontramos frente a un estado de hecho (abandono del goce de cosa) ajena distinto de aquel que, normalmente, sería conforme al derecho, y en vista del cual el derecho ha nacido, esto es, el goce *efectivo*, la utilidad *efectiva* que se obtiene de la cosa ajena. En las obligaciones la prescripción no corre sino desde el día en que la obligación fué exigible, y el que tenía el derecho pudo obrar (Código civil art. 2120). Lo mismo ocurre con las acciones de nulidad o rescisión (Código civil art. 1300 y sigs.) *Contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Hay acciones imprescriptibles. Así es la acción de división de bienes comunes, por que la comunidad no es un estado antijurídico que exija la consolidación con el transcurso del tiempo, sino un estado perfectamente jurídico; lo mismo la acción para reclamar el estado legítimo (Código civil art. 177) y en general las acciones de pura declaración, porque no tienden a hacer cesar un estado de hecho contrario al derecho, en sentido propio, sino a *declarar* cual es el estado de hecho conforme al derecho haciendo cesar el correspondiente estado de incertidumbre. Los derechos tutelados por acciones imprescriptibles suelen llamarse *derechos facultativos* apoyándose el art. 688 Código civil. Sin embargo esta categoría no responde a ningún criterio sistemático y podría inducir a considerar como imprescriptible un derecho, solo porque presenta afinidad con los derechos comprendidos entre los facultativos. En silencio de la ley, debe considerarse una acción prescriptible o imprescriptible, según que se proponga o no hacer cesar un estado de hecho contrario al derecho o un estado jurídico impuro (por ej. por vicio de voluntad, de forma, etc.).

VII. *Elementos de la acción*.—Toda acción resulta de tres elementos: Estos se presentan claros, con solo analizar la interposición de una demanda judicial, tal como está formulada, más o menos explícitamente por el actor. Este dice por ej. (las palabras

entre paréntesis ordinariamente se suprimen, pero se sobreentienden):

a) Porque soy propietario del fundo corneliano (y X lo posee injustamente), pido (que actúe en mi favor la ley mediante) *condena* de X a restituirme el fundo; O:

b) Porque he prestado 100 a X (y éste no me las ha restituido) pido (que actúe la ley a mi favor mediante) *condena* de X a pagarme 100; O:

c) Porque he vendido a X el fundo corneliano por precio inferior a la mitad del justo, pido (que actúe a mi favor la ley mediante) *rescisión* de dicha venta; O

d) Porque X posee un documento de crédito con mi firma falsificada, pido (que actúe a mi favor la ley mediante) *declaración* de la falsedad de tal documento.

El mismo análisis podría hacerse de una demanda dirigida a la ejecución o a un secuestro, etc., etc.

Dedúcese de estos varios ejemplos que las acciones constan de los tres elementos siguientes, que se reproducen en la demanda judicial (Cód. proc. civ. art. 134):

1.º *Los sujetos*, o sea el sujeto *activo* al que corresponde el poder de obrar, y el *pasivo* frente al cual corresponde el poder de obrar (*personæ*).

2.º *La causa* eficiente de la acción, o sea un interés que es el fundamento de que la acción corresponda, y que *ordinariamente* se desarrolla a su vez en dos elementos: un derecho y un estado de hecho contrario al derecho mismo (*causa petendi*).

3.º *El objeto*, o sea el efecto a que tiende el poder de obrar, lo que se pide (*petitum*). Lo que *inmediatamente* se pide es la *actuación de la ley*, la cual en las acciones particulares preséntase individualizada en un cierto acto (*condena* a restituir el fundo, *condena* a pagar 100, *rescisión* de la venta, *afirmación* de la falsedad de un documento). El objeto a cuya consecución se coordina la actuación de la ley (*fundo* a restituir, *cantidad* a pagar) llámase objeto *mediato* de la acción.

APENDICE AL § 1

Referencias al Derecho español (1)

Código civil.—Artículos 464 (posesión de bienes muebles), 348 (derecho de reivindicación), 1571 (compraventa de finca arrendada).

Prestaciones en virtud de la ley (cap. II, tít. VII, Lib. II, artículos 392 y sigs., etc., etc.).

Arts. 438 y sigs. (adquisición de la posesión).

La acción respecto o frente a otros derechos (arts. 1526 y siguientes, 1186, 1555, 1559. etc., etc.). Prescripción de acciones (artículos 1961 y sigs.). Acción sinónimo de derecho (arts. 111, 1302 y siguientes, 1716 y otros).

Muchas denominaciones típicas romanas de las acciones son aceptadas también por nuestros códigos y por la práctica forense. Nos parece inútil comprobar con citas legales el mantenimiento de este tecnicismo (acción de petición de herencia, reivindicatoria, hipotecaria, etc., etc.).

Caracteres de la acción (art. 644 y sigs.: revocación y reducción de las donaciones, 118; acción para reclamar el estado legítimo, etc., etc.). Extinción de las obligaciones (arts. 1156 y v. también 1932, 1961). Para los modos de determinar el usufructo y servidumbres, arts. 513 y 546.

Ley hipotecaria.—Todas las disposiciones de la misma referentes a los efectos de la inscripción.

Ley de enjuiciamiento civil.—Competencia (arts. 62 y sigs.).

(i) Con el único fin de manifestar las disposiciones de nuestras leyes de analogía con las italianas que se citan en el texto en comprobación de las doctrinas expuestas,—y a veces por vía de ejemplo—hacemos ligerísimas notas a este capítulo. Seguimos—dentro de cada código—el orden de exposición de la doctrina.



Interdictos (arts. 1631 y sigs.).

Elementos de la acción (art. 272).

Código de comercio.—Artículos 547 a 566 (robo, hurto o extravío de los documentos de crédito y efectos al portador).

Prescripción de acciones (art. 942 y sigs.).

Ley de enjuiciamiento criminal.—Artículos 270 y siguientes (de la querrela).

§ 2

El proceso civil y su destino

Concepto del proceso civil (1). — Para la consecución o para el mejor goce de un bien garantizado por la ley necesítase la actuación de ésta mediante los órganos del Estado, esto da lugar a un *proceso civil*, así como el proceso penal aparece en el campo en que es afirmada la necesidad de una actividad unitiva del Estado.

Concíbese también una organización política en la que se confiera a los individuos proveer con sus fuerzas propias, sea a la propia conservación sea a realizar sus naturales tendencias a los bienes de la vida contra los demás hombres. Pero también en los pueblos primitivos el poder público interviene en esta lucha para regular sus formas exteriores o para declarar si los bienes a que aspira el iniciador de la lucha le son debidos. La contienda material deviene sin contienda jurídica. Abundan en los procesos antiguos las formas simbólicas que recuerdan las luchas materiales y encontramos, tanto en el famoso decreto de Marco Aurelio (2), como en leyes antiquísimas (por ejemplo en las de Ammurabi) (3). En cuanto a las nuestras, castigan lo que vulgarmente se llama «tomar la justicia por la mano» (Código penal, art. 235 y 236).

Por excepción permite la ley al individuo proveer a la conservación o a la consecución de un bien jurídico, realizando actos que normalmente se prohíben; así es lícito cortar las raíces que del fundo *ajeno* penetran en el nuestro (Código civil, artículo 582); entrar en la finca *ajena* para seguir un enjambre de abejas (Código civil, art. 713); cazar aves *ajenas* cuando dañan nuestro

(1) WACH, Handbuch, I p. 1 y sigs.

(2) L. 13. Dig. *quod metus causa*, 4, 2; «quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam sine ullo iudice temere possiderè vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse; *jus crediti non habebit*».

(3) Cap. 113 ed. WINKLER.

fundo (Código penal, art. 429); retener la cosa ajena para conseguir el pago de ciertos créditos (Código civil, art. 1863). En general es lícito cualquier acto realizado:

a) Por la necesidad de *rechazar* para sí o para otros *una violencia actual e injusta legítima defensa* (Código penal, art. 49 número 2).

b) Por la necesidad de salvarse o de salvar a otro de un peligro *grave e inminente* en la persona, del cual no es causa voluntaria y que no puede evitarse de otra manera (*estado de necesidad*, Código penal, art. 49, núm. 3); en la doctrina y en la práctica esta facultad se extiende a algunos actos de defensa de las cosas, y en el Código civil germánico se admite en general paratodo acto análogamente razonable, incluso la detención privada del deudor sospechoso de fuga, cuando la urgencia del caso no permita acudir a la autoridad (§ 229) (1).

De igual manera se permite al acreedor el uso de ciertos medios de coacción moral contra el deudor, como en una sociedad la exclusión de socios morosos, la publicación de los nombres de los deudores insolventes, cuando de tales medidas no se abuse, constituyense también asociaciones que tienen por finalidad asumir por cuenta propia los pleitos de los socios; la misma existencia de estos organismos ejerce funciones de coacción moral sobre los deudores de mala fe.

El Estado moderno, pues, considera como función esencial y propia del juez la administración de justicia. Sólo el puede aplicar la ley al caso concreto, y este poder llámase «jurisdicción». A esto atiende con órganos adecuados (jurisdiccionales) los más importantes de los cuales son los jueces (autoridad judicial), ante ellos debe formular su demanda quien desee hacer valer en juicio un derecho (Código procesal civil, art. 35). Deber de los jueces es afirmar y actuar la voluntad de la ley que *consideren* existente como voluntad concreta, dados los hechos que ellos *estimen* existentes.

La relación contraria que la historia ofrece entre el desarrollo de los organismos jurisdiccionales y la importancia de la autodefensa no debe hacernos pensar en una especie de contrato entre los poderes públicos y el particular, en virtud del cual este renuncia a su libertad de reacción contra la perturbación jurídica para

(1) Sobre esta materia, GALANTE, *La tutela giuridica*, Nápoles 1904.

que el Estado asuma en correspondencia su defensa. Ni siquiera debe creerse que la defensa jurídica que el particular realiza por sí sea la misma que la que tiene lugar en el proceso. Puede ser igual el resultado económico, pero ambas cosas son muy diferentes. En el proceso desarrollan una función pública y esta es la *actuación de la ley*, o sea, del derecho en sentido objetivo (1).

Este es el fin del proceso, no la *defensa* de derechos subjetivos como muchos afirman (2). En primer lugar, no siempre se encontraría en el proceso el derecho subjetivo a defender, por ejemplo, cuando la sentencia rechaza la demanda; pero, además, si el derecho subjetivo no es sinó la expectación de un bien garantizada por el Estado, el titular del derecho que se dirige al Estado, no pide una cosa que afirma tener, ya la *garantía* de su expectación, sinó la *actuación* de esta garantía que es la ley (3).

(1) De acuerdo REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, 1911 p. 33 y siguientes, el cual *unicamente* observa que es inexacto hablar de actuación «de ley» mejor que «de derecho». Prefiero la primera expresión porque al mismo tiempo que se aproxima más al lenguaje común (en el uso generalísimo en que decimos, por ejemplo, «la ley es igual para todos») evita toda suerte de equívocos entre derecho objetivo y subjetivo.

(2) Esta concepción del proceso hállase estrechamente ligada a nuestro concepto de acción y al de WACH (v. antes p. 60 y 69). Uno de los grandes progresos de la moderna doctrina procesal es, precisamente, haber tratado—y el mérito corresponde a los escritores alemanes—el proceso como organismo *general* de actuación DE LA LEY NO DE LAS OBLIGACIONES y correlativamente la acción como medio de obtener en el proceso la *actuación de la ley*; esta manera de concebir el proceso y la acción ha demostrado mejor la autonomía de los problemas procesales, y ha contribuído a evitar que se resuelvan con elementos de derecho sustancial.

(3) V. *Azione nel sistema dei diritti* cit, p. 4 y las allí citadas. Añádase, para esta concepción objetiva del fin procesal: ROCCO, *Sentenza civile*, cit. p. 27 y siguientes; BUNSEN, *Prozessrechtsgeschäfte (negocios jurídicos procesales)*, en la rev. para el proc. civ. al. vol. 35 (1906) p. 402. Para el proceso penal, LANZA V. *La querela e il suo valore processuale* cit. p. 201; MIRTO, *Intorno all'oblazione volontaria*, en el *Supl. Rivista pen. XX*, fasc. IV. Por otra parte esta es una de las cuestiones más estudiadas en los últimos años, pero muchos han hecho de ella una cuestión de sutileza, jurídica sin penetrar en la importancia fundamental. Equivocadamente GRISPIGNI, *La natura giurídica dei provvedimenti relativi alle persone penalmente irresponsabili*, en la *Rivista di dir. e proc. penale*, p. 28 del extracto,

A lo cual no se opone, como nos objeta SIMONCELLI, el hecho de que el proceso civil se inicia solo a instancia de parte *interesada* y no de oficio (1). Una cosa es la *naturaleza* de una función y otra el interés en su desarrollo *en el caso concreto*. El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular, pero esto no priva que lo que él pide sea la actuación de la ley; del mismo modo que—haciendo una comparación vulgar—si yo adquiero una cosa en el comercio, satisfago mi interés, pero el acto del comerciante, en sí mismo, no se encamina a este fin, si no a los fines generales de su comercio.

La actuación de la ley es el fin *constante* del proceso. Sea fundada o infundada la demanda del actor, la sentencia que la acepta o que la rechaza es siempre actuación de la ley, esto es, afirmación de una voluntad *positiva* o *negativa* de la ley. El proceso no sirve a una parte o a la otra; sirve a quien tiene razón, según el criterio del juez.

La actuación de la ley puede realizarse en dos *estadios o fases* procesales diversos: de declaración (o de reconocimiento) y de *ejecución forzosa*, en el último de los cuales el Estado, o se vale de medidas que actúan sobre la voluntad del obligado para inducirlo a conformarse con la voluntad de la ley, o se subroga en su actividad dando directamente al interesado los bienes que la ley le garantiza. A veces basta el primero (acción de declaración) otras se pasa directamente al segundo (teniendo por base títulos ejecutivos diferentes de la sentencia) otras se agotan ambos estadios. En este último caso el de declaración se presenta como una preparación del de ejecución que no otra cosa fué en sus remotos orígenes históricos.

Pero también cuando la declaración se mantiene sustantiva esto es, se sostiene única actuación de ley. DEGENKOLB ha suscitado dudas recientemente sobre nuestro concepto: no encuentra actuación de ley más que en la ejecución forzosa (2). Pero así como la *anterior* expresión de una voluntad privada en cuanto es nece-

considera esta cuestión como «académica y bizantina». En cuanto al problema de si existe jurisdicción de *mero derecho* objetivo es otra cuestión a tratar más adelante §§ 13, 16.

(1) *Lezioni*, 1903, 1904, cit. p. 8.

(2) *La contesa sul concetto d'azione*, cit. pág. 77.

saría para la actuación de esta, es ya parte del procedimiento de su actuación, con mayor razón, la afirmación de una voluntad concreta de la ley por órganos públicos que la hacen cierta e indiscutible, es una forma de actuación de la ley, la cual por el solo hecho de haberse hecho indiscutible adquiere una fuerza mayor; de aquí que frecuentemente el deudor inclínase a cumplir la obligación por la sola fuerza de la declaración (1).

Es característica del proceso la presencia de un órgano público (juez, funcionario judicial). Esta nos apercibe de que la sentencia obliga como un acto de voluntad pública, independientemente de su justicia intrínseca y del consentimiento de las partes. La presencia del funcionario público distingue el proceso del *arbitraje* el cual solo se convierte en figura procesal cuando la sentencia privada es sometida a convalidación por parte del funcionario público (Cód. proc. civ. art. 24); por esto el arbitraje se encuentra regulado también por el derecho procesal (Cód. proc. civ. art. 8 y siguientes). Frente al proceso civil tenemos la institución de la *conciliación* en la cual si bien interviene un funcionario público (conciliador) no lo hace para decidir la controversia, sino para intentar la conciliación a instancia de una parte (Cód. proc. civ. art. 1 y siguientes).

En nuestra organización es regla general que en el proceso civil pueda pedirse la actuación de *cualquiera* ley que garantice un bien, sea frente a los particulares o al Estado (2). En otras leyes (Alemania) pertenecen al proceso civil las contiendas de *derecho privado*, y a la jurisdicción administrativa, las de *derecho público*. Como también en Italia existen jurisdicciones especiales ya de *derecho público* ya privado, debiendo señalar los límites del proceso civil, no podemos nosotros tener en cuenta la *materia*, sino solo

(1) LABAND *Staatsrecht des deutschen Reichs* (Dcho. público del imperio alemán), vol. III (4.ª ed.) p. 352 y sigs: REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, cit. p. 38 nota.

(2) Art. 2, L. 20 Marzo 1865, del E sobre lo contencioso administrativo; «Son remisibles a la jurisdicción ordinaria todas las causas por «contravención» y todas las materias *en las cuales se haga cuestión de un derecho civil o político*, de cualquier modo que en ellas *pueda estar interesada la administración pública* y aunque hayan producido providencias del poder ejecutivo o de la autoridad administrativa.

los *órganos* que en él intervienen, considerándolo como el campo de actividad de la jurisdicción *ordinaria*.

El proceso civil es el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria (1).

II. *Otras maneras de entender el fin del proceso civil (2).*— Algunas concepciones que prevalecieron en tiempos pasados son ciertamente unilaterales. Así cuando se afirma que el proceso es un modo de definir las controversias; y sabido es que puede haber definiciones de controversias ajenas al proceso (arbitraje) y puede haber proceso sin controversias (juicios en rebeldía; reconocimiento inmediato por parte del demandado) y sin definición de controversia (ejecución fundada en títulos diferentes de la sentencia). Lo mismo cuando se dice que el proceso es un medio de coacción para el cumplimiento de los deberes, ya que puede darse proceso sin coacción alguna (sentencia rechazando la demanda.) Y, en fin, estimar que el proceso es un modo de dirimir conflictos de voluntad o de actividad, es no concretar exactamente el proceso, porque tales conflictos se dirimen también fuera del proceso (agente que impide robar a un ladrón, Alcalde que ordena la demolición de una obra que se opone a los reglamentos municipales).

Todas estas concepciones refiérense, más o menos directamente a la idea de la actuación de la ley, Opónese, en cambio, a esta idea la teoría que ve el fin del proceso de conocimiento y la misión del juez, no en la *actuación* de la ley, sino en su *determinación* o, dicese a veces, en su *producción*; y por esto niega que el proceso se halle subordinado al derecho sustancial, es decir, que se encuentre en relación de medio a fin sino que lo pone sobre el derecho mismo. Y como la actividad del juez se dirige ya a la de-

(1) Es sustancialmente el concepto de WACH, *Manual*, p. 1 y sigs.

(2) Para lo que sigue, v. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, 1904 p. 27 y sigs.; ROCCO, *La sentenza civile*, 1906, p. 132 y siguientes; ZITELMANN, *Lücken im Recht* (lagunas en el derecho) 1903; KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, 1903, p. 25 y sigs.; HELLWIG, II y 163 y siguientes; PAGENSTECHER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1905 p. 29-45.

terminación de las normas *abstractas* (cuestiones de *derecho*) ya a la determinación de los hechos respecto las cuales se aplica la norma, o sea deviene *concreta* (cuestión de *hecho*), esta teoría se subdivide en varias proposiciones, unas referentes a la determinación del *derecho*, otras a la del *hecho*.

1.º *Determinación del derecho*.—Esta parte de la teoría fué particularmente desarrollada por BÜLOW (1), con cuya opinión guarda estrecha afinidad la doctrina de una moderna escuela francesa (2). La teoría de BÜLOW puede resumirse así: El oficio del juez se realiza a base de una relación lógica, pero no se reduce a un simple silogismo. La sentencia, como voluntad concreta, difiere de la ley y obliga con fuerza mayor a la de una simple norma abstracta. Un puro juicio lógico puede hacerse también por el particular, pero el particular no puede *sentenciar* ni *condenar*. Si el deber del juez se redujese a declarar la ley, la misión de la ciencia jurídica limitaría al conocimiento de las normas ya contenidas en la ley, y precisamente el mismo florecimiento de la ciencia jurídica demuestra lo contrario. Históricamente aparece el juez libre en su juicio, si bien regido por el sentido jurídico común o por la costumbre y la obra de los jueces va lentamente formando la legislación. Las *disputationes fori*, respecto de las XII Tablas; el

(1) *Gesetz und Richteramt (La ley y el oficio del juez)* Leipzig. 1885 *Gesändnissrecht (La confesión)* 1899 p. 130 y sigs.; *Heiteren und ernsten Betrachtungen über die Rechtswissenschaft (Consideraciones jocosas y serias sobre la ciencia del derecho)*, 1901; *Klage und Urteil (Demanda y sentencia)* cit., V. también MENER Sist. de der. proc. p. 119 n 3; RÜMELIN E., *Werturteile und Willensentscheidungen*, 1891; STAMMLER, *Zur Lehre von dem richtigen Rechte*, 1903.

(2) PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, vol. I, pref, p. IX GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* París. 1899; ESMEIN, *La doctrine et la jurisprudence* (Revue trimestrielle de droit civil), 1902; SALEILLES, *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse* (Revue internationale de enseignement), 1902 reproducido en parte en la Revista la «Corte de Appello» de Nápoles 1903 con el título *I fattori di interpretazioni giuridica*; SALEILLES, *Méthode historique et codificación* (en los documentos [del Congreso histórico; Roma, 1904, vol. IX, p. 3 y sigt.) V. también sobre el particular VANDER EYCKEN *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, 1906; DEGNI, *L'interpretazione della legge*, 1909, y los cit. más adelante.

jus honorarium, el mismo oficio jurídico de los emperadores romanos, las funciones de los regidores y el fenómeno de la introducción del derecho en Alemania, gracias principalmente a los jueces, lo demostrarían, pero también el juez moderno está llamado a *producir* derecho cuantas veces interviene juzgando casos no previstos por la ley, particularmente aquéllos nacidos por consecuencia de invenciones o descubrimientos; y también cuantas veces se encuentre frente a un problema jurídico, especialmente a la cuestión de si un cierto hecho se halla comprendido entre los determinados por la ley; como cuando elige entre más de una norma, o la ley es obscura o equívoca; la ley no es más que una indicación que señala como debe ser organizado el sistema jurídico. En ella las partes interesadas encuentran la norma que les compete. Si la ley es obscura o si el sentido jurídico de los particulares es insuficiente, interviene el juez dando la norma en nombre del Estado.

En cuanto a los antecedentes históricos en que se funda esta doctrina, es cierto que el pretor en Roma tuvo poder *casi legislativo*, sobre todo porque concedía fórmulas, incluso contra el derecho civil (*corrigendi juris civilis gratia*) y porque la fórmula concedida para un caso concreto entraba a formar parte del conjunto de las leyes.

Por lo demás, conviene distinguir la interpretación del derecho de la posición del juez en el proceso. En un país de escasa legislación escrita, el oficio del juez se acerca al del legislador en el sentido de que frecuentemente aplica al caso particular una norma primero no escrita y que seguramente por esta razón no goza del indiscutible reconocimiento universal que es propio de las leyes escritas, pero el juez en este caso no *encuentra* la norma a capricho, sino que la halla en el conocimiento que tiene del derecho consuetudinario o en la propia conciencia jurídica, en cuanto se siente acorde con la conciencia general; de todas maneras es un *formulador* de derecho existente (1) no otra cosa son los regidores alemanes. En el derecho moderno, la afinidad aparente entre el oficio del juez y del legislador desaparece, sea por el principio de separación de poderes, aplicación del cual es el art. 73 de nuestro Estatuto («la interpretación de las leyes, obligatoria para todos, corresponde *exclusivamente* al poder legisla-

(1) FADDA y BENZA, sobre *Windscheid*, I, p. 681.

tivo») ya por el gran número de leyes que detalladamente regulan las relaciones jurídicas.

Pero, por detallistas que las leyes sean, no pueden regular más que casos *abstractos* y ni siquiera pueden prever *todos* los posibles, aunque pueda decirse que la ley *no tiene lagunas* y que encierra *potencialmente* la norma para cada caso, por lo menos bajo la apariencia de norma *negativa* para todos los casos que no pueden someterse a una norma positiva (1), es cierto que la ley hace concesiones a la obra especializada del juez. Esta puede comprender dos actividades, respecto siempre de la cuestión de derecho:

a) La afirmación de una norma abstracta, frente a la relación real que la *hizo* devenir *concreta*. Esta actividad es constante, aún en los procesos más sencillos. Considerada en sí mismo, esta actividad puede llamarse *determinación* del derecho, como la sentencia puede llamarse *lex specialis*; pero con esto, sólo debe entenderse que la ley actúa en el caso determinado, no que la ley *deviene* concreta por intervención del juez, puesto que el juez no hace más que afirmar la norma abstracta como norma ya *devenida* concreta antes del proceso.

b) Pero se dice que el juez *determina* el derecho por lo menos en los casos en que existe una *cuestión* jurídica, en especial porque el caso jurídico considerado en abstracto sea nuevo, o porque la norma sea dudosa, o porque falte una norma expresa. Habría, pues, casos en los cuales el juez sería simple *ejecutor* del derecho, otros en que sería *creador* del derecho. Esto no puede aceptarse y se opondrá: a) a la idea que tenemos del oficio del juez como de un oficio único; b) en segundo lugar al hecho de que el derecho no tiene importancia sólo en el proceso; antes bien los derechos que devienen objeto del pleito son raras excepciones respecto a la innumerable cifra de derechos que nacen, viven, son reconocidos y satisfechos en la vida práctica, independientemente de todo pleito; y también todos estos derechos existen aun faltando la norma expresa de la ley y es necesario reconstruirla con la interpretación; mil dudas jurídicas son resueltas diariamente por los consultores legales; c) en fin, perentoriamente a nuestra ley la

(1) V. DONATI, *Le lacune nell ordinamento giuridico*, 1910, p. 36 y sgs. (voluntad con contenido negativo).

cual abre el proceso solo a quien afirma un derecho existente *que hacer valer* (Cód. proc. civ. art. 35) y que sobre los diferentes órganos judiciales pone la casación para mantener la *exacta observancia* de la ley (L. org. priv. art. 122) (1). Pero en realidad el juez no es creador de derecho ni aun cuando resulta dudosa la existencia de la norma abstracta; para declararla nuestro juez debe acudir a la analogía o a los principios generales de derecho (Código civ. art. 3. disp. prel.); y una y otras existen antes de la sentencia y son afirmadas existentes como ley por el juez.

Es verdad que la interpretación de la ley puede entenderse más o menos ampliamente. Desde hace mucho tiempo viene discutiéndose si debe rebuscarse el pensamiento del *legislador* o el de la *ley*, tal como resulta de su expresión objetivamente considerada: de aquí la diversa manera de apreciar los trabajos preliminares como medio de interpretación (2). Los trabajos preliminares tienen siempre esta importancia: la opinión de los compiladores es muy probable que haya devenido pensamiento de la ley, más o menos, según que se trate de relaciones o discusiones: en cada caso ha de investigarse si aquella probabilidad ha tenido efecto. Pero cuando se habla de *interpretación* admítase en la ley un pensamiento que el juez no hace sino aplicar. Sin embargo, la cuestión hoy se presenta con caracteres de mayor gravedad, ¿debe investigarse el pensamiento de la ley en el tiempo en que fué hecha o en el instante en que se examina, teniendo en cuenta el cambio habido en las condiciones económicas y sociales y en las doctrinas dominantes? La interpretación histórica ¿debe

(1) WACH en la *Rev. para el proc. al.* vol. 32, pág. 10 y HELLWIG, II, pág. 168 objetan a BÜLOW que su teoría conduciría a la consecuencia de sostener que no existe derecho, sino por acuerdo de las partes o en virtud de sentencia. Parecidas objeciones le hemos hecho también a Bülow en *L'Azione nel sistema dei diritti* cit. pág. 128. Nuestro MORTARA. *Commentario* II, n.º 420 y sgs. partiendo de ideas análogas a las que sostiene BÜLOW llega explícitamente a aquella conclusión. Sobre esto *Azione nel sistema dei diritti* cit. p. 59 y sgs. HELLWIG objeta, aún, II p. 168, nota 25 que partiendo del concepto de BÜLOW se puede concluir afirmando que el juez da normas jurídicas con carácter retroactivo: y es precisamente lo que termina sosteniendo MORTARA, II, n.º 424 al fin.

(2) FILOMUSI-GUELFI, § 38; MORTARA, *Comm.* I n. 75; SIMONCELLI *Lezioni* cit. § 10; HELLWIG, II p. 169 y sgs.

estancarse en el día en que la ley fué formulada: o debe adaptarse a las exigencias cambiadas? Basta observar que el que quiera aceptar el segundo método, que se llama de *adaptación histórica* y que, además, no puede nunca aplicarse *contra* la ley, sino solo en caso de duda o de falta de norma precisa (1) no puede deducir de ahí que el *juez* sea un creador de la ley. La interpretación es obra de la doctrina, no del juez: y si la interpretación debe considerarse como fuente del derecho, es evidente que el juez no hace más *que formularla*. En la doctrina de BüLOW ocúltese un equívoco, que nace del hecho de que el juez moderno es al mismo tiempo un jurisperito: como tal *contribuye* a la interpretación, pero como juez *actúa* la ley según la interpretación que su cultura le sugiere, y precisamente la tendencia más autorizada en el método de adaptación histórica quiere que la función del juez esté preparada para cualquier hipótesis nueva en la ciencia jurídica (2).

(1) En realidad el método histórico, considerado como método de adaptación jurídica, exige el *respeto absoluto de las soluciones* positivas reglamentadas por un texto cierto cuyo sentido no ofrezca dudas; pero para todos los casos en que la duda exista e igualmente para aquellos en que el texto es defectuoso, atribuye al juez una misión social muy alta que consiste en rebuscar, no en un sistema de justicia ideal, sino en la objetividad de las realidades económicas y sociales, las creaciones jurídicas susceptibles de adaptarse a la totalidad de la ley y a solicitar, al mismo tiempo, la adaptación de la ley a su nueva fórmula científica, en vista de la utilidad social y del progreso de la idea de justicia. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, cit. p. 21.

(2) Mais ce rôle du juge ne peut s'exercer d'emblée et spontanément sans antre préparation générale. S'il est seul a pourvoir á ces nécessités, d'adaptation sociale il risque fort á côté d'une justice excellente, *de faire beaucoup de justice arbitraire*. Cette fonction de caractère historique dus juge, n'est possible que si elle est préparée par une puissante, longue et abondante doctrine scientifique, sur la base de l'histoire. *Ce que les historiens déterministes attendent [du juge, c'est le juge, au contraire qui doit l'attendre des jurisconsultes historiens*. SALEILLES-1 cit. Existen normas y series de normas jurídicas dictadas al juez por la doctrina. Así parte de las que hallaremos más adelante sobre el gravamen de la prueba (§ 55), sobre la iniciativa de las partes y del juez (§ 47) sobre la excepción (§ 11) y otras. Es al mismo tiempo innegable que, conceptos representados por una cierta palabra pueden modificarse en la práctica jurídica (así el

Cierto que el nuevo código civil suizo, siguiendo las modernas tendencias dice «En l'absence d'un texte légal applicable le juge prononce selon le droit coutumier, et en l'absence d'un droit coutumier, suivant la doctrine et la jurisprudence. A défaut de ces sources, il appliquera les règles *qu'il edicterait, s'il avait a faire office de législateur*» (art. 1) y los *motivos* del proyecto lo explican: La seule direction que la loi puisse alors lui fournir c'est qu'il ne doit pas statuer arbitrairement, sous l'influence de circonstances momentanées, pitié, indignation, animosité personnelle, mais agir comme si, faisant office de législateur, il avait a edicter une règle *pour l'appliquer* ensuite a l'espèce qui lui est deferée. Il prononce en se fondant non sur une loi qui serait absolument complete, *mais sur le droit qui doit l'etre*, et il cree lui meme la norme qu'il estimerait juste et sage, *dans le cadre de l'ordre juridique existant...* (1)

Pero de todas maneras, diferente este principio del de nuestra ley, aun no ha sido contrastado por la práctica, única que podrá garantizar que no sea peligroso. Observamos únicamente, que si bien radical en apariencia no puede menos de reproducir el dualismo entre jurisperito —«vicelegislador» para *el caso concreto*— y juez. No se reconoce aquí al *juez* un nuevo oficio sino todo lo más una fuente nueva de derecho, un derecho ni escrito ni contenido en el escrito, un derecho en *estado inorgánico* que el juez ha de reconocer y aplicar: el peligro está en la indeterminación de esta fuente puesto que si hasta la aplicación de normas evidentes puede resultar defectuosa dejada en manos de un juez inculto o de

concepto de cosa, de culpa, de persona jurídica, etc.) Lo cual explica cómo una misma norma puede recibir en diferentes tiempos distintas interpretaciones. Ni siquiera es negable que estas modificaciones de la práctica puedan ser determinadas también por la necesidad de corregir un derecho deficiente. Es una obra inconsciente del tiempo que es necesario limitarse a constatar como hecho, ni puede de cualquier modo considerarse una función del juez.

(1) HUBER *Exposé des motifs* etc., Berna, 1902, p. 31; GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Berna, 1908, y sobre esto WIELAND, en la *Rheinische Zeitschrift*, I (909, página 583 y sgs; RÜMELIN, *Das neue Schweiz Zivilgesetzbuch and seine Bedeutung für uns*, Tübingen, 1908; SCHMIDT, *Die Richtervereine*, 1911 página 73.

mala fé ¿qué ocurriría con la aplicación de normas tan inciertas y elásticas como aquellas que el juez estaría autorizado a desenvolver por su exclusivo y propio criterio?

Más peligrosas aun son algunas doctrinas recientes inspiradas en el principio de la mayor libertad del juzgador (escuela llamada del *derecho libre*), y que exageran esta libertad hasta las facultades de corrección de la ley (1)

(1) EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (Libre Judicatura y libre ciencia del derecho)*, 1903; RUMPF, en los *Jahrbücher de Ihering*, vol. 49, p. 404 y sgs; STAMPÉ, en *Deutsche Juristenzeitung*, (5 noviembre 1903 p. 1017 y sgs; GNAEUS, FLAVIUS (MAX KANTOROWICZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, (trad. it. MAJETTI) a los cuales se adhiere en Italia GALDI en la *Rivista giuridica e sociale*, 1906, página 493. Desde la publicación de las dos primeras ediciones de estos «Principii» los escritos en pro y en contra de este movimiento en favor del derecho libre (*Freirechtsbewegung*) se han venido multiplicando. Aun no hemos hallado nada que añadir a cuanto escribimos en el texto ante todo el problema como nosotros lo entendemos mas pertenece a la doctrina general del derecho (teoría de las fuentes) que al derecho procesal. En segundo lugar la importancia intrínseca de este movimiento—que por lo demás, puede ahora decirse próximo a un fin—no guarda proporción con el sonorido que le ha acompañado. Lo que tiene de bueno y verdadero no se diferencia en mucho de problemas conocidos ya en todos los tiempos. Pero en cuanto tiende (como le atribuye UNGER en la *Deutsche Juristenzeitung*, 11, pág. 781) a la «liberación del derecho de la ciencia» es el fruto de una observación unilateral y tendenciosa que exalta las ventajas de la interpretación libre, elástica, individual, olvidando sus peligros, esto es, la incertidumbre jurídica y la arbitrariedad. La codificación y el método científico de la interpretación van ligados como todas las conquistas cuanto más nos alejamos en el tiempo de los motivos que las determinaron, a movimientos de reacción. Nos limitamos a citar algunos entre los más notables escritores de esta cuestión (además de los recordados en las notas precedentes). En la literatura alemana: MÜLLER ERZBACH (favorable al movimiento) en la *Deutsche Juristenzeitung*, 11, p. 1235 y sgs; MICHAELIS (contrario) íd. página 394 y sgs; GOLDMANN *Der Richterstand und die sozialen Aufgaben der Gegenwart* (contrario), 1907. KLEIN (contrario) en el *Recht*, 10, p. 915 y sgs; FUCHS (el más exagerado partidario) en numerosos trabajos que pueden verse citados en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 39, p. 142; 40, p. 359; 41, p. 443; BOZI, *Die Weltanschauung der Jurisprudenz* (favorable), 1907; BRÜTT, *Die Kunst der Rechtsanwendung* (sustancialmente contrario), 1907; JUNG, *Positives Recht* en los trabajos en honor de la Uni-

Basté haber afirmado enérgicamente que tales poderes como contrarios a la ley y fáciles a la confusión y la arbitrariedad, deben negarse a nuestro juez (1).

versidad de Giessen, 1907; STERNBERG, *Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft*, 1907; STIER SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, en los trabajos en honor de LABAND, vol. 2 página 445 (contrario), 1908; VIERHAUS, *Die Freirechtsschule und die heutige Rechtspflege* (contrario) en *Deutsche Juristenzeitung*, 14, p. 1169 y siguientes; SPIEGEL, *Jurisprudenz und Sozialwissenschaft* (favorable) en la *Zeitschrift für Priv. und off. Recht*, XXXV (1910); OERTMANN *Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, 1910; *Soziologische Rechtsfindung* en la *Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen*, 1911 (contrario); BEROLZHEIMER, *Gefahren der Gefühljurisprudenz* (favorable, pero preocupado por los peligros) 1911, y por último (contrario) SCHMIDT, *Die Richtervereine* páginas 70-105, 1911; y NEUKAMP, (contrario), *Der gegenwärtige Stand der Freirechtswegung*, en la *Deutsche Juristenzeitung*, 1912, p. 44 y sgs. Cítese otras obras en SCHMIDT cit. y en la *Zeitschrift für D. Zivilprozess*-41, (1911), p. 443. En la literatura italiana (contraria casi unánimemente, sea frente al problema general, sea frente a nuestro derecho positivo): CHIOVENDA, *Del sistema negli studii del processo civile* en la *Rivista italiana per le Scienze giur.*, 1908 (reproducida en los *Nuovi saggi di diritto processuale*, (Nápoles 1912), GRISÓSTOMI, *Di alcune recenti teorie sulle fonti e sulle interpretazione nel diritto privato* 1904; REDENTI, en la *Rivista de diritto commerciale*, 1906, II, p. 7; *Giudizii con pluralità di parti*, 1911, página 38; COVIELLO-L. *Del moderni metodi d'interpretazione della legge* 1908. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, p. 203, 1908; POLACCO V. *Le cabale del mondo legale* (Atti dell'Istituto veneto), 1908; *Di alcune deviazioni dal diritto comune conseguite al terremoto calabrosicula* (Atti dell'Istituto veneto) 1909; CATELLANI, en la *Rivista de diritto internazionale*, 1908, p. 31 y sgs; COVIELLO N. *Manuale di diritto civile*, I, p. 36; DONATI *Il problema delle lacune nell ordinamento giuridico*, 1910, p. 175 y sgs FERRARA FR. *Potere del legislatore e funzione del giudice*, en la *Rivista di diritto civile*, 1911, p. 490 y sgs; SCIALOJA V. *Per un programma di studii del Circolo giuridico*, en el *Bolletino del Circolo giuridico di Roma*, 1911; DONATI B. *Dottrina pitagórica e aristotélica della giustizia*, 1911, p. 39 y sgs. Referente a la antigüedad del problema, puede verse precisamente este último trabajo que encuentra su exposición en Aristóteles; y SCHMIDT, *Richtervereine* cit. que también (p. 77, 84 y sgs) busca sus precedentes en la historia de la filosofía a partir de Sto. Tomás (*Somma, Prima secundae*, p. 96).

(1) Contra estas exageraciones manifiéstase el mismo BÜLOW en su

2.º *Determinación del hecho.*—El juez, considerando existentes algunos hechos, determínase a actuar la ley. Estos hechos no siempre corresponden a la realidad. La convicción del juez puede ser fruto de error, de dolo, de pruebas insuficientes; a veces la ley ordena el juez, considerar *como existentes* determinados hechos (hechos no contradichos, confesados, jurados). Aún más; en interés del bienestar social, la ley pone límites a la revisión de la sentencia; agotadas algunas reclamaciones o fenecidos algunos términos, la sentencia tiene calidad de cosa juzgada, deviene *res iudicata*, esto es indiscutible, pese a los errores de hecho y de derecho que han viciado la fundamentación del juez.

Esto indujo a algunos autores, como vimos, a negar la existencia de la acción como derecho anterior al proceso (v. p.). Por consecuencia, los mismos autores niegan que el proceso sea actuación de la ley, con esta argumentación: puesto que la sentencia del juez puede *de hecho* modificar el derecho existente, no cabe decir que *el proceso* sea actuación del derecho, sino que precisase distinguir el período de conocimiento del de ejecución: en el primero se *determina* cual es el derecho entre las partes, en el segundo, en cambio, *se actúa*.

Ahora bien, conviene reconocer que la posible diferencia entre el hecho admitido por el juez y el hecho *efectivo* puede oscurecer la visión exácta del fin del proceso, de la función de la sentencia. Esto lleva a muchos a hablar de verdad formal, de verdad *material*, de derecho *justo* y de derecho *injusto*, a explicar la cosa juzgada como una *ficción*, como una *presunción*, como una *subrogación* de la verdad. E induce también a muchos a atribuir a la sentencia una eficacia más bien *constitutiva* que meramente *declarativa* del derecho. Otros, en cambio, como HELLWIG (1) sin perjuicio de admitir el derecho de acción y la naturaleza *declarativa* de la sentencia, afirma que siendo esta un acto meramente procesal no tiene ninguna influencia en la existencia o no existen-

trabajo *Sobre la relación entre la sentencia y la ley*, en la revista *Das Recht* 1906 p. 769, y ahora el mismo KANTOROWICZ, rechaza enérgicamente la afirmación de que su teoría admita decisiones *contra legem*. v. SCHMIDT *Die Richtervereine*, 1911, p. 77.

(1) *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft (Esencia y límites subjetivos de la cosa juzgada)* Leipzig 1901, p. 10 y siguientes.

cia de la relación jurídica sustancial: la sentencia injusta no satisface el derecho de acción; por lo mismo este sobrevive. Pero la admisión de este derecho sobreviviente carece de importancia práctica, porque es un derecho *que ya no puede hacerse valer más* (§ 78). Admitir como hacen muchos (1) que la relación jurídica *efectiva* sobrevive en estado de obligación natural, tendría importancia práctica, pero es contraria a la institución de la cosa juzgada.

Pero ¿qué es el derecho *efectivo*? El conocimiento humano es relativo: esto sucede también en el campo de las ciencias, donde, la investigación de la verdad no tiene límites; en el campo práctico del derecho, esta relatividad es mayor porque las exigencias de la paz social señalan límites a la investigación. El fin *fundamental* del proceso mantiene la *actuación* de la ley existente: no pueden considerarse los límites que tiene en la práctica como un segundo fin del proceso y menos como un fin predominante o único, cual si el proceso debiese dar vida a un derecho cualquiera para obtener la paz social.

Jurídicamente la voluntad de la ley es *aquello que el juez afirma ser la voluntad de la ley*. Ni esta afirmación del juez puede llamarse una *verdad formal*: frase que supone un confronto entre lo que el juez *afirma* y lo que *podría afirmar*, el derecho no admite esta confrontación, y nosotros al buscar la esencia de una *institución* jurídica debemos colocarnos en el punto de vista del derecho. Con razón observa WACH (2) que la *idea* de una institución debe encontrarse en su fin fundamental, no en su funcionamiento práctico. Esto corresponde a la voluntad de las partes y del juez: ni aquéllas desean ni éste afirma un derecho nuevo, sino un derecho ya existente. Y esto concuerda con el pensamiento común, porque todos ven el proceso, desde su punto de vista individual, como un medio de conseguir bienes de la vida, a través de la actuación de la ley que los garantiza.

Antes de recaer la sentencia, el derecho es *incierto*, no *inexis-*

(1) VITI, *Commento* páginas 83-96.

(2) En el *Manuale*, p. 8, nota 7, y en el artículo «*Sul diritto alla tutela giuridica en la Rivista pel proc. civ. ted.* vol. 32, p. 5 y sgs. Nosotros hemos preferido siempre hablar de *actuación de la ley*, mejor que de *tutela jurídica*.

tente: el derecho preexiste a la sentencia, porque preexiste al proceso la voluntad de la ley de ser interpretada y aplicada por el juez. De aquí deriva que el bien garantizado por la ley sea considerado por el juez en un momento anterior al proceso o, al menos, a la sentencia; esto no es, pues, consecuencia del hecho de que la sentencia obre retroactivamente (p. 90, nota).

Sin embargo, debe notarse que el juez declara como indiscutible la voluntad concreta de la ley, pero no declara efectivamente existentes los hechos que produjeron la concreta la voluntad de la ley, los hechos son lo que son, y el Estado no puede pretender darlos por verdaderos: no hay ahí una lógica del Estado. La sentencia vale *como expresión de voluntad del Estado, y no por sus premisas lógicas*: éstas deben ser desenvueltas por el juez en los *motivos* para garantía de los ciudadanos, pero no *pasan* en calidad de *cosa juzgada*. La *cosa juzgada* consiste en que el bien inmediata o potencialmente conseguido en virtud de la sentencia no debe ser prejuzgado de ninguna manera; queda por consecuencia en libertad la discusión de los hechos declarados por el juez, con tal que no tienda a disminuir o suprimir aquel bien (§§ 78, 79). La inferior importancia reconocida al elemento lógico, al razonamiento frente al acto de la voluntad, a la formulación de la voluntad de la ley en el proceso, es una de las características fundamentales de la doctrina del proceso moderno respecto al de otros tiempos (1).

Síguese de todo esto, que el *conocimiento* y la *ejecución*, aunque estadios autónomos procesales, cada uno de los cuales puede subsistir sin el otro, no están encaminados a diversos fines, sino a un fin *común* si bien en diferente medida. Síguese también que el proceso tiene un carácter de medio a fin; pero esto no quiere decir que esté *subordinado* al derecho sustancial: es un medio *autónomo* de conseguir bienes de la vida garantizados por la ley.

III. *Fines anormales del proceso*. A veces las partes utilizan el proceso para un fin diverso del suyo fundamental. Suele distin-

(1) V. nuestra publicación *Sulla cosa giudicata*, en la *Rivista italiana per le scienze giur* 1907, reproducido en los *Nuovi saggi di diritto e proc. civ.*, Nápoles, 1912, p. 81 y sgs. V. adelante § 58, 78. La importancia práctica de esta observación aparecerá frecuentemente en adelante.

guirse a este respecto entre el proceso *aparente* y el *simulado* (1).

El proceso *aparente* es una figura meramente histórica: es el empleo de formas procesales con el fin de constituir negocios jurídicos, como medio, consentido por el derecho mismo; de suplir las imperfecciones del derecho. Ejemplo: la *in jure cessio* romana; declaración de deuda bajo la forma de confesión judicial, para tener un título ejecutivo, origen de los instrumentos *garantizados* (2).

Por el contrario, el proceso *simulado* es el empleo del juicio con el fin de obtener el resultado práctico correspondiente a un negocio que no se puede constituir válidamente (ejemplo, donación entre cónyuges): o con el fin de hacer creer la existencia de un estado jurídico que las partes entre sí reconocen inexistente (convenio en daño de deudores, Cód. proc. civil, art. 512). El juez que observe el ánimo de simular rechazará la demanda. Sobre los efectos de la simulación véase §§ 4, 11.

IV. *Diferentes maneras de actuar la ley.*—Ya hemos visto como el proceso puede adoptar formas diversas según la clase de acción empleada (antes p. 66 y 73). Puede haber, pues, conocimiento y ejecución. Puede existir conocimiento con condena, con simple declaración, con constitución de efectos jurídicos, conocimiento completo o sumario, conocimiento con fines de ejecución o de conservación. Puede darse ejecución a base de sentencia u otra resolución o a base de títulos ejecutivos contractuales. No todas estas figuras son constantes y necesarias. El proceso de mera declaración, el conocimiento sumario, las medidas previsoras, la ejecución sobre títulos contractuales, por ejemplo, pueden o no existir como las acciones correspondientes, según la ley del tiempo y del lugar del proceso. Respecto de una misma obligación pueden, pues, darse diferentes formas de proceso, según el tiempo y el lugar donde el proceso se desarrolla. El hecho de que el derecho sustancial reconozca una obligación exige solamente que la ley proce-

(1) SINTENIS, *Der simulirte Prozess (El Proceso simulado)* en la *Riv. pel. proc. civ. ted.*, vol. 30, p. 358 y sgs.; MESSINA *Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902.

(2) BRIEGLEB, *Geschichte des Executiv-Prozesses*, 2.^a ed. 1845, p. 54 y siguientes.

sal conceda un modo de conseguir el bien correspondiente prescindiendo de la voluntad del obligado, en cuanto esto sea posible. Este mínimo necesario de correspondencia entre el derecho y el proceso se deriva de la naturaleza misma de la organización jurídica y de la existencia del proceso: *el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que él tiene derecho de conseguir*. Un principio tan general no está ni precisa estar formulado, en parte alguna. No existe norma expresa que asegure la acción al acreedor no pagado de un capital prestado: las normas del Código civil sobre el mutuo refiérense a las *obligaciones* de las partes, no a las acciones; los arts. 35 y 36 del Código de procedimiento civil presuponen una norma más general que conceda la acción, pero no la contienen; tampoco duda nadie que la acción exista. El proceso como organismo público de actuación de la ley es por sí mismo la fuente de todas las acciones prácticamente posibles, que se encaminen a la actuación de una voluntad de ley.

Esta tendencia del proceso a dar todo lo más que pueda concederse al acreedor tiene naturalmente dos límites: límites de derecho, y límites de hecho. Los primeros se manifiestan particularmente en la posibilidad o admisibilidad de los *medios ejecutivos*, ya que algunos medios ejecutivos, y precisamente los que significan limitación de la libertad personal, como el arresto personal, o del derecho de propiedad, como el embargo de naturaleza coercitiva, o que tienen un carácter penal, si bien atenuado, como las multas judiciales, no son posibles *si la ley no los admite formalmente*, pero esto por principios más generales a los que la misma tendencia del proceso está subordinada (Constitución, art. 26, 29; Cód. civ. disp. prel. art. 4; Cód. pen. art. 1).

Además, un proceso puede limitar expresamente, por razones especiales de tiempo y de lugar, las formas de actuación de la ley lógicamente posibles. Un proceso puede admitir la acción de condena y prohibir la de mera declaración; puede admitir la ejecución forzosa y excluir las medidas previsoras. La ley procesal, aun no pudiendo—sin contradicción—negar la acción en los casos en que el derecho garantiza a alguien un bien, puede, sin embargo, limitar la función del proceso a este oficio sustitutivo de la prestación de los obligados, y negar que el proceso sirva para la producción de bienes no alcanzables fuera del proceso, como la

certidumbre jurídica, la seguridad de los créditos dudosos, etcétera, etcétera.

Faltando estos límites jurídicos, la tendencia del proceso sigue su natural expansión, y no se detiene de nuevo más que frente a la imposibilidad de hecho. Cuando el proceso es de hecho impotente para actuar la ley, tendremos voluntades de ley que permanecen inactuadas, o voluntades que se transforman, en cuanto suceden a los derechos originarios derechos derivados, como el derecho al resarcimiento de daños.

Resumiendo: *todas las formas de actuar la ley (y todos los medios ejecutivos) que sean prácticamente posibles y no contrarios a una norma general o especial de derecho, deben considerarse admisibles (1).*

V. *Objeto del proceso.*—De cuanto queda expuesto, resulta que es objeto del proceso la voluntad concreta de ley de cuya existencia y actuación se trata, y el poder de pedir su actuación, esto es, la acción.

Si una relación jurídica comprende distintas voluntades de ley, puede ser objeto del proceso la particular voluntad o el complejo de las voluntades, según la demanda. Deducida en un pleito una sola voluntad puede ser deducido sucesivamente en el pleito el complejo de las voluntades, mediante una demanda de declaración incidental (§ 93).

(1) Más adelante veremos la importancia práctica de este principio. El justifica la acción de declaración como figura general (v. § 7); la acción para obtener—en caso de incumplimiento de un contrato preliminar—el equivalente jurídico de la falta de declaración de voluntad (§ 8); la acción aseguradora como figura general (§ 9).

APENDICE AL § 2

Referencias al Derecho español

Código civil.—Artículos 592 (distancias respecto de las plantaciones), 612 (ocupación de un enjambre), 1780 (obligaciones del depositante), 6 (normas de aplicación del derecho).

Ley de Enjuiciamiento civil.—Artículos 1 (comparecencia en juicio), 460 y siguientes (de los actos de conciliación) 487 y 790 y siguientes (árbitros y amigables componedores).

Código penal.—Artículo 1 (delitos o faltas: conceptos).

Constitución de la Monarquía.—Artículo 76 (poder judicial).

§ 3

El proceso como relación jurídica.

Análisis del procedimiento (1).—Entre el momento en que es pide la actuación de la ley y aquel en que se verifica de cualquiera de los modos expresados, sucede una serie de actos que *proceden* hacia el acto final, de aquí el nombre de *procedimiento* y *proceso*. Estudiamos el procedimiento de *conocimiento* típico, el de los pleitos ante el *Tribunal* civil.

Este comienza generalmente por la citación, la cual realizase de ordinario por medio de la notificación de un escrito, que contiene la designación del bien a que se aspira y de la norma que lo garantiza. Precisa añadir a esto, en cuanto sea necesaria, la indicación del valor del pleito que puede ser también implícita (art. 35, 37, 132, 134, 80 Cód. proc. civ.)

Además la citación debe contener aquello que le da el nombre, el llamamiento a juicio (*vocatio in ius*) del demandado a una audiencia determinada, que en otros sistemas se fija por el presidente del colegio judicial (sistema del reglamento alemán (2), en el nuestro, por el contrario, se determina libremente por el autor. En los pleitos en que es precisa la intervención de procurador, la citación debe indicar el nombre y apellido del procurador del actor. (Código proc. cit. art. 134).

La citación no solo debe notificarse antes de la audiencia, sino que entre la notificación y la audiencia debe mediar un término mínimo, llamado «término para comparecer»: este, no siendo reducido por el juez, es de diez días (o más según las distancias) en los pleitos que se ventilan ante los tribunales, y más breve en los que tienen lugar ante los pretores y conciliadores. El actor puede:

(1) V. KOHLER, *Civil prozessrech*, p. 58 y sigs. WEISMANN, *Manual* página 390 y sigs.

(2) Sobre el sistema francés y sobre el nuestro anterior a la ley 3^a Marzo 1905 véase, adelante § 41 V. B.

fijar un término mayor del ordinario; pero en este caso el demandado, puede «contracitar» fijando una audiencia más próxima, salvo el término mínimo (Cód. proc. civ. art. 147 y sigs; L. 31 Marzo 1901, art. 1).

Según otros sistemas (Reglamento alemán) durante el término para comparecer tiene lugar un cambio de derechos preparatorios. El actor notifica primero un acto en el cual indica los hechos y las pruebas que producirá, pero ordinariamente este primer escrito está englobado en la citación. El demandado responde. Al escrito del demandado puede hacer seguir el actor otro de «réplica» (1). En nuestro sistema (L. 31 Marzo 1901 y Real decreto 31 Agosto 1901) por el contrario llégase sin más a la audiencia, y en ella se cambian los escritos, a la audiencia se va mediante la previa *inscripción de matrícula o inmatriculación (iscrizione a ruolo)* del pleito, a base de la cual es *llamado* aquel a la audiencia.

En la audiencia tiene lugar el examen *oral*. Los defensores, o sea los abogados o procuradores, exponen oralmente los hechos, luego leen sus conclusiones y después desarrollan los motivos sobre que se fundan. Las partes asistidas de sus procuradores, pueden defenderse por sí mismas (Cód. proc. civ. art. 349, 350). La exposición oral del hecho y de los fundamentos puede también omitirse y ordinariamente se omite, refiriéndose las partes a las defensas escritas.

Puede ocurrir que en esta discusión se presenten cuestiones procesales, especialmente sobre la competencia del juez. Estas cuestiones se discuten de ordinario en vía preliminar, pero juntas con las cuestiones fundamentales: esto no impide que la discusión pueda limitarse a las cuestiones preliminares. A base de estas se produce la sentencia que, si reconoce la irregularidad procesal, la declara y resuelve el juicio *absolutio ab instantia o ab observatione iudicii*; y si nó declara perfecto el procedimiento y pronuncia en el fondo, u ordena la continuación del pleito en el fondo. Si no surgen cuestiones procesales, pásase, sin más al fondo.

Si el pleito no se termina en una audiencia, fija el juez otra para su continuación, y en la nueva audiencia se procede del mismo modo; así puede haber varias audiencias. El aplazamiento (*rinvio*) puede tener lugar porque el hecho no esté suficientemente es-

(1) Respecto al sistema francés V. adel. § 44, IV.

tablecido: en este caso en la nueva audiencia, el hecho se expone de nuevo y no es preciso, para esto, que intervengan los mismos jueces que han estado presentes a la primera audiencia: pero si el pleito fué aplazado por no haberse terminado la discusión, precisase que los jueces sean los mismos; no bastaría (como en el sistema germánico), presentar a los nuevos jueces el resumen de la precedente discusión estudio. (Cód. proc. civ. art. 349 Reg. general jud. art. 255).

Después de la discusión del pleito, los jueces deben deliberar. Pero pueden declarar que el pleito no se encuentra bastante preparado; así pueden, sin embargo, dictar sentencia sobre una de las partes de la demanda, reservando las otras para la continuación del juicio.

Puede ocurrir que los hechos que han de servir de fundamento a la decisión del juez, sean inciertos; en este caso debe examinar los medios de prueba propuestos por las partes y disponer que tengan lugar aquéllos que le parezcan adecuados para ilustrarlo; cosa que en algunos casos podrá hacer de oficio. Este pronunciamiento se da con sentencia *interlocutoria*. No obstante, las partes, aún antes de comenzar la discusión oral, podrían convenirse de la necesidad de experimentar ciertos medios de prueba y estar de acuerdo sobre su admisión; en tal caso, la admisión de las pruebas, en cuanto el acuerdo sea aceptable, tiene lugar antes de la discusión, mediante simple *orden (ordinanza)* del presidente. Otras resoluciones se toman con simple acuerdo del presidente, hasta a veces sobre una excepción de incompetencia, si las partes lo convienen así. El caso más frecuente de estas providencias es el aplazamiento puro y simple del pleito, antes de la discusión oral. Para todas estas providencias se destina la primera fase de la audiencia, que se desarrolla ante el presidente tan solo. (L. 31 Marzo 1901, art. 4; R. D. 31 Agosto 1901, art. 24 y sigs.) admitidas las pruebas, se practican. Por ejemplo son citados los testigos por la parte que los induce, y oídos bajo juramento. Pueden oírse peritos, que también prestan juramento sobre las cuestiones enunciadas por el juez. Si la prueba se funda en documentos, éstos se presentan al juez con los actos del pleito (en dos piezas separadas) después de comunicarse al adversario. Si los documentos a cuya exhibición se tiene derecho, están en poder del adversario, o de un depositario público que se niegue a dar copia de ellos, o de un

tercero, puede pedirse al juez que ordene la exhibición del documento o conceda un término para pedir contra el tercero el documento o la exhibición de la copia. La ejecución completa de estas pruebas debería realizarse verdaderamente *ante el colegio*; y el ideal sería que inmediatamente después de realizarse la discusión oral y la sentencia. Permítase, no obstante, comisionar para la recepción de la prueba a un miembro del colegio (juez delegado): y a veces es necesario confiar esa misión a un miembro extraño a aquél. De las pruebas hácese proceso de actas y basándose en éste, los defensores en la discusión oral seleccionan los resultados de la prueba; y sobre él se funda la sentencia (Cód. proc. civ. art. 208 y sigs.).

Cuando el juramento es deferido a una parte, en Alemania ordinariamente se pronuncia sobre el fondo con la sentencia misma que defiende el juramento, condicionando la decisión al caso que el juramento sea o no prestado: cuando esta sentencia ha pasado en calidad de cosa juzgada, entonces únicamente se asume el juramento, y una segunda sentencia completa la primera, haciéndola incondicionada. Esto se practica en algún tribunal italiano, aunque con alguna variante.

Sería de desear que la sentencia se pronunciara en la misma audiencia, enseguida, bajo la reciente impresión de la discusión oral. La ley, sin embargo, permite aplazar el pronunciamiento a una audiencia entre las próximas y así se hace habitualmente. La ley señala un término sólo a los pretores: no más tarde de la *cuarta* audiencia (Cód. proc. civ. art. 356 y sigs. Reg. gen. jud. art. 197).

La sentencia liga al juez cuando ha sido *publicada*: no puede entonces modificarla. Las partes, por el contrario, pueden provocar la modificación, valiéndose de los medios de impugnación: principalmente la *apelación*, la cual contra las sentencias del tribunal llévase a la Corte de apelación. La apelación se propone mediante notificación de un acto escrito que contiene la indicación de la sentencia apelada, la declaración de la voluntad de apelar y la citación ante la Corte de apelación para una audiencia fijada por el apelante. En ella, el apelante debe presentar la sentencia apelada y los actos del primer juicio (Cód. proc. civ. art. 481 y sigs.).

La Corte puede examinar de nuevo el pleito con la mayor amplitud; pueden las partes deducir nuevos hechos, nuevas pruebas (no nuevas demandas). La Corte decide reformando o confirman-

do la sentencia; puede reformarla ordenando nuevos actos de instrucción, y en tal caso retener el pleito o remitirla a los primeros jueces. En nuestro sistema son apelables también las sentencias interlocutorias. Si la Corte confirma una sentencia interlocutoria, el pleito vuelve a los primeros jueces: Si la reforma, puede al mismo tiempo decidir definitivamente sobre el fondo, en otro caso debe remitirla en cuanto al fondo a los primeros jueces. Si en primera instancia se ha pronunciado solo sobre la competencia, en apelación se pronuncia nada más que sobre ésta. Si en primera instancia se pronunció también sobre el fondo, la Corte que declare incompetentes a los primeros jueces, no puede conocer del fondo (Cód. proc. civ. arts. 490, 492 y 493),

Contra las sentencias de apelación, se admite el recurso a la Corte de *Casación* sin límite de valor (límite administrativo en Alemania). La Casación no puede ocuparse sinó de violaciones de ley, y de altos vicios de la sentencia, rigurosamente determinados por la ley (art. 517). Si reconoce la existencia de uno de tales vicios, no decide nuevamente el pleito, sinó que casa y envía a un juez de grado igual a aquel que pronunció la sentencia casada, para una nueva decisión. Si casa porque la autoridad judicial no podía pronunciar, casa sin enviarla. Si casa por violación de las normas sobre competencia, estatuye sobre ésta. Contra la sentencia de remisión o envío (*rinvio*) se admite nuevo recurso por los mismos o por diferentes motivos: en el primer caso la Corte pronuncia en Secciones reunidas, y la nueva sentencia de casación causa estado sobre el punto de derecho decidido, en el sentido de que el nuevo juez de *rinvio* debe conformarse con ella (Código proc. civ. art. 544 y siguientes).

Una sentencia de segundo grado y a veces una de primer grado, en casos determinados y por determinados motivos, puede ser impugnada también con la *demand*a de *revocación*, la cual se lleva al mismo juez que ha pronunciado la sentencia (art. 494 y siguientes). Una sentencia puede ser también impugnada por un tercero (*oposición* de tercero), en cuanto perjudique a sus derechos (art. 510 y sigs.); también esta impugnación se lleva al mismo juez que ha pronunciado la sentencia.

Cuando el demandado no comparezca, se procede en su rebeldía. En tal caso el actor debe probar los hechos del pleito; al contrario, según otros sistemas (por ejemplo el germánico) en re-

rebeldía del demandado, se dan por admitidos los hechos. El demandado rebelde que no fuese personalmente citado (esto es, mediante entrega de la citación en sus manos) o al cual no se haya renovado la citación, puede hacer «oposición» a la sentencia en rebeldía. La oposición se ventila ante el mismo juez y se procede por los trámites ordinarios. Si al contrario es el actor el rebelde, el demandado puede pedir ser absuelto simplemente del seguimiento del juicio, o que sea decidido en el fondo el pleito (Código proc. civ. arts, 380 y sgs.)

Es distinto el procedimiento *formal*, más complicado y fundado en la división en dos estadios, uno impeditivo (preclusivo) para la instrucción, que se realiza por escrito (fuera de audiencia), y otro para la discusión oral (en la audiencia); pero es hoy de rara aplicación. También es diferente el procedimiento en los pleitos menores, ante los pretores y conciliadores. Aquí no es *necesaria* la gestión del procurador; las partes pueden comparecer personalmente, aún sin citación; no son necesarios los emplazamientos; las demandas y las contestaciones pueden hacerse oralmente, en cuyo caso se levanta acta de ellas por el secretario. El pretor y el conciliador deben tratar de conciliar a las partes y pueden ordenar su comparecencia personal para interrogarles, cuando hayan comparecido mediante procurador (Cód. proc. civ. art. 415 y siguientes, art. 448 y siguientes).

Contra la sentencia del pretor puede apelarse al Tribunal, cuya sentencia (a diferencia del sistema germánico) es impugnabile, en este caso, en casación. Contra la sentencia del conciliador, en los pleitos de cuantía superior a 50 liras, existe la apelación ante el pretor, cuya sentencia puede también impugnarse, en este caso, en casación; las sentencias del conciliador en los pleitos de cuantía inferior a 50 liras son inapelables, excepto por motivo de incompetencia (L. 16 junio 1892, L. 28 julio 1895, sobre conciliadores).

Normas especiales rigen para el procedimiento en los pleitos comerciales (Cód. proc. civ. art. 393 y sigs.) y para varios procedimientos especiales, sobre todo en los pleitos matrimoniales (Código proc. civ. art. 797 y sigs), así para los procedimientos sumarios en sentido estricto, como el procedimiento cambiario (Cód. com. artículo 324) el procedimiento monitorio (Cód. proc. civ. art. 379); así para los procedimientos encaminados a obtener medidas preventivas como el embargo (Cód. proc. art. 924) etc.

En fin, también la ejecución forzosa presenta un procedimiento que parte de una demanda basada en «título ejecutivo» (Código proc. civ. art. 553 y sigs.) y llega hasta el agotamiento de las medidas ejecutivas que se han pedido, por una serie de actos, diferentes según la naturaleza del bien a que el solicitante aspira (pago de una cantidad, entrega de una cosa, prestación de hacer o no hacer) y de los correspondientes medios ejecutivos (expropiación de muebles o inmuebles). Si surgen oposiciones se resuelven por el procedimiento empleado para el conocimiento, pero con algunas normas particulares.

II. *La relación jurídico procesal.* Esta serie de actos no es sino la forma de desarrollarse, la vestimenta exterior, de una relación jurídica, que se llama *relación jurídica procesal*.

Antes de que pueda ser juzgada la demanda de actuación de la ley, debe ser examinada: esto produce un *estado de incertidumbre* en el cual no se sabe si la demanda es o no fundada, pero se hace lo necesario para saberlo. Durante este interin, las partes (actor y demandado) deben ser puestas en situación de hacer valer sus correspondientes razones o derechos: hay *deberes y derechos*. De aquí la sencillísima, pero fundamental idea, notada por HEGEL (1), afirmada por BETHMANN-HOLLWEG (2) y desenvuelta principalmente por OSKAR BÜLOW (3) y más tarde por KOHLER (4) y por otros muchos

(1) *Filosofía del diritto*, § 212.

(2) *Il processo civile*, vol. I, p. 22. Por lo demás, la idea de que el proceso sea una sola relación compleja, encuéntrase más o menos clara también en otros autores. V. HARSCHER VON ALMENDIGEN, *Metaphisik des Civil processes*, 1808, p. 172 y sigs.; para el derecho romano, PUCHTA, *Istituzioni* § 150.

(3) *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. (La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales). Giessen, 1868; y después en el artículo. *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts* (La nueva ciencia procesal y el sistema del proceso civil) en la *Rivista pel processo civile tedesco*, vol. 27, p. 201 y sigs. En contra SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess*. 1883, página 48, nota; 285 y sigs.

(4) *Prozess als Rechtsverhältniss* (El proceso como relación jurídica) Mannheim, 1888, y en la *Enciclopedia* de Holtzendorff, 6.^a ed. II páginas 52, 103 y sigs. La idea de que el proceso sea una relación jurídica inter-

incluso en Italia (1): *El proceso civil contiene una relación jurídica*. Es la idea inherente ya al *judicium* romano: y a la definición que de él daban nuestros procesalistas medioevales: *Judicium est actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*.

Todos los actos procesales hasta aquí analizados tienen importancia jurídica en cuanto pertenecen a esta relación fundamental. Esto, servirá pues, además del concepto de acción, de base sistemática a nuestros estudios (2). El tratado del proceso se divide así naturalmente en dos grandes partes.

En la relación procesal, como en cualquier relación jurídica, debe examinarse:

a) *Naturaleza de la relación procesal*. La relación procesal es una relación *autónoma y compleja* que pertenece al derecho público. *Autónoma* en cuanto tiene vida y condiciones propias, independientes de la existencia de la voluntad concreta de ley afirmada por las partes, puesto que se funda en otra voluntad de ley, en la norma que obliga al juez a proveer a las demandas de las

prétase de maneras diversas: acerca de las opiniones sobre su naturaleza, su contenido, sus condiciones, los sujetos entre los cuales se desarrollan, puede verse nuestra obra citada *L'azione nel sistema dei diritti* página 34 y sigs., pág. 63 y sigs., pág. 103 y sigs. Añádase, HELLWIG *Klagrecht und Klagmöglichkeit (Derecho de obrar y posibilidad de obrar)*. Leipzig, 1905 pág. 76 y sigs.; *Lehrbuch*, II págs. 152; WEISMANN, I p. 9 y sigs. 385; KLEINFELLER, § 12; KREMER, *Zur Konstruktion des Zivilprozesses*, en la *Rivista* de GRÜNHUT, vol. 33 (1906) p. 289 y sigs. (especialmente en la pág. 338 y sigs.). KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, 1909, I, pág. 16 no admite el concepto de relación procesal sino en un sentido absolutamente especial (*Ein Zustand der Gebundenheit*, condición de vínculo).

(1) DIANA, *Del rapporti processuali*, en el *Monitore dei Tribunali*, 1901, n. 9; SIMONCELLI, *Lezioni*, cit. RISPOLI, *Il rapporto giuridico processuale di cognizione*, en el *Archivio giuridico*, 1910; REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, 1911, p. 19 texto y notas. También MORTARA, ha asumido el concepto de relación procesal, si bien en un significado absolutamente especial, en el *Commentario*, vol. II, n. 414, y desde este punto hizo, la base sistemática de su exposición.

(2) V. CHIOVENDA. *Del sistema negli studii del processo civile*, en la *Rivista ital. per le scienze giur.*, 1907. reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, 1912 p. 3 y sigs.

partes cualesquiera que ellas sean: UNA COSA ES LA ACCIÓN Y OTRA ES LA RELACIÓN PROCESAL; aquélla corresponde a la parte *que tiene razón*, ésta es fuente de derechos para *todas* las partes. *Compleja* en cuanto no comprende un sólo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos como sucede con muchas relaciones aun de derecho civil (por ej. la sociedad); pero todos estos derechos coordinados a un fin común, que recoge en unidad todos los actos procesales: por esto la nulidad inicial de la relación vicia todos los actos realizados después; por esto puede haber allí *sucesión* en el proceso, etc. Pertenciente al derecho *público* porque derivase de normas que regulan una actividad pública.

b) *Contenido*. El deber fundamental que constituye como el esqueleto de toda relación procesal, es el deber del juez o de otro órgano jurisdiccional de proveer las demandas de las partes. A éste corresponde el deber de hacer todo lo necesario en el caso concreto para proveer (oir las partes, asumir las pruebas, etc.); esto es, para aceptar o rechazar en el fondo, mediante la actuación de la ley, la demanda. Este deber forma parte del oficio del juez, corresponde al juez con relación al Estado, y está garantizado por la responsabilidad penal y civil del juez que se niega a proveer, aun bajo pretexto de silencio, obscuridad, contradicción o insuficiencia de la ley (Cód. pen. art. 178; Cód. proc. civ. art. 783 y siguientes); nuestro juez no puede decir, como el juez romano: *Non liquet* (AULO GELLIO, *Notti. Att.*, 14. 2) (1). Además es prácticamente inútil discutir si el juez está obligado *también respecto de las partes*, y si el juez está obligado frente a ellas como persona o como órgano del Estado. Ciertamente las partes tienen frente al juez, como persona, el *poder jurídico* de ponerlo (con sus demandas) en la necesidad jurídica de proveer; y esto nos basta. Que las partes tengan luego *deberes* respecto del juez, y derechos y deberes entre sí, ya lo veremos oportunamente (§ 48).

c) *Sujetos*. De cuanto hemos dicho resulta que la relación procesal tiene tres sujetos: el órgano jurisdiccional de una parte, y de la otra las partes (actor y demandado). Esto en su forma más simple. A veces encontramos más personas como actores o como demandados (*litisconsorcio activo o pasivo*, Cód. proc. civ. artículo 74, 98, 376, 469); otras un interesado interviene en una rela-

(1) Cons. aquí HELLWIG II, p. 164.

ción pendiente entre dos y pide por su cuenta y en favor propio la actuación de una voluntad de ley (*intervención* principal, Código proc. civ. art. 201); o es llamado por una parte para que, si la ley debe actuarse contra ésta, otra voluntad de ley actúe contra el llamado (*llamamiento en garantía*, Cód. proc. civ. art. 193 y siguientes). Entre las mismas partes puede también pedirse en el mismo proceso la actuación de la ley para la consecución de otros bienes (Cód. proc. civ. art. 73, 100, n. 3). En estos casos tenemos una relación con *multiplicidad de sujetos* o, por lo menos, de *intereses*.

d) *Constitución*. La relación procesal se constituye con la demanda judicial en el momento en que es comunicada a la otra parte (Cód. proc. civ. art. 38) puesto que no se puede *estatuir* si no es oída o citada la parte contra quien se ha propuesto la demanda. La preparación de la resolución del juez hácese normalmente mediante la actividad contraria de las partes cuyos intereses están en oposición. El contraste puede faltar de hecho: basta que se haya cumplido cuanto la ley exige para hacerlo posible. Ordinariamente, pues, aún hoy es el proceso una lucha (intelectual) regulada por el derecho. Existe excepcionalmente proceso no fundado en el conflicto de partes, sino regido por principios especiales, un proceso *inquisitorio*, en el que predomina la iniciativa del juez, como el proceso de interdicción (Cód. proc. civ. art. 836 y sigs.).

Para que pueda constituirse la obligación del juez de proveer a las demandas, se requieren (además de la existencia de una demanda perfecta y regularmente notificada, que es el acto constitutivo), algunas condiciones que se llaman *presupuestos procesales*. No sólo deben existir los tres sujetos, un órgano investido de jurisdicción ordinaria (según las normas reguladoras de la *jurisdicción y de la organización judicial*) y dos partes reconocidas por el derecho como *sujetos de derecho* (*capacidad para ser parte*); sino que deben tener ciertos requisitos de capacidad (*competencia* de los órganos jurisdiccionales; *capacidad procesal* de las partes y en algunos casos el poder de pedir *en nombre propio* la actuación de una voluntad de ley que garantice un bien *a otros*, lo que se llama *sustitución procesal*).

Hay, además, presupuestos especiales a determinadas demandas, así la demanda propuesta por vía de *reconvención*, (Código procesal civ. art. 100 núm. 3) las demandas de reforma de una

sentencia tienen sus presupuestos procesales aparte. También se dan algunas circunstancias que una parte *puede hacer valer* como impedimento a la constitución de la relación procesal (*litispendencia; compromiso; obligación de intentar* la conciliación, de *prestar una fianza*, de pagar los *gastos* de un *juicio precedente*).

Faltando una de estas condiciones, no nace la obligación del juez de proveer en el fondo. Aún en este caso tiene una obligación el juez: la de declarar la razón por la cual no puede proveer; existe, pues, aún entonces una relación jurídica. (Ej. Cód. procesal civil art. 493). Esta relación procesal más estricta no exige como presupuestos más que la existencia *de un órgano* jurisdiccional y *de una demanda*; sin estas no es siquiera concebible una *sentencia* que declare *no proveer* al fondo de la demanda (1).

Para que, una vez constituida, la relación procesal pueda *desarrollarse* válidamente se requieren otras condiciones. Cada acto procesal tiene la suya. Dos condiciones *generales* son: *a)* que la persona física a la cual se dirigen los actos como órgano jurisdiccional sea *subjetivamente* capaz, esto es, no interesada personalmente en el acto; *b)* que, cuando sea exigida la intervención de los procuradores las partes estén *representadas* por ellos. Para simplificar, comprendemos entre los presupuestos procesales también estas dos condiciones, pero debe observarse que los presupuestos procesales deben existir en *el momento de la demanda*, y por tanto su falta produce la nulidad o anulabilidad de la demanda, mientras que estas condiciones son necesarias para *el desarrollo* de la relación procesal, por eso su falta impide tal desarrollo pero no hace desaparecer el proceso.

c) Desarrollo, trámites y fin. La relación procesal es una relación *en movimiento, en acción*: mientras las partes y el juez se ocupan de la relación sustancial que es objeto del juicio, viven ellos mismos en una relación que desarrollan con su actividad. Lo primero que debe llamar la atención de las partes y del juez es si esta relación está válidamente constituida: antes de actuar la ley acogiendo o rechazando la demanda, el juez debe examinar si existen las condiciones para proceder a esta operación. En el pro-

(1) Se concibe, sin embargo, una sentencia de fondo sin demanda precedente, y por lo mismo sin *precedente* relación procesal. Más adelante (§ 41 bis, II), veremos como puede ocurrir y como puede regularse este caso.

ceso está, pues, contenido un *procedimiento preliminar*. En los procesos antiguos preséntase diferente este estadio; en Roma por una parte del procedimiento *in jure* (es la *contentio de ordinando iudicio*); en el proceso germánico y alemán-medioeval existe un estadio especial en que se discute acerca de la obligación de contestar en el fondo: en el proceso italiano medioeval en el período anterior a la *litis contestatio* se agotan los *praeparatoria iudicii*. En los procesos modernos este procedimiento preliminar se confunde ordinariamente con el procedimiento de fondo. Pero algún proceso reciente, como el austriaco, inclínase al resurgimiento de aquella distinción bajo la forma de *audiencia preliminar*, que además de otros fines, tiene el de resolver algunas cuestiones procesales. Observemos que la sentencia con que el juez declara proceder o no proceder al conocimiento del fondo, tiene una naturaleza profundamente distinta de la sentencia con que provee sobre el fondo. Con aquella el juez pronuncia *sobre la actividad propia*, con esta juzga *sobre la actividad ajena* (V. §§ 13, 76, 78).

La relación procesal se desarrolla mediante aquella serie de *actividades* de las partes y del tribunal, determinada por la ley, que hemos analizado. En su mayor parte son *actos jurídicos*: pero también en la relación procesal pueden hallarse *actos no jurídicos*, además de simples *hechos jurídicos*. La relación procesal puede *transformarse*, objetivamente (si se cambia el objeto de la controversia) o subjetivamente (en caso de sucesión de las partes o paso de un juez a otro: Cód. proc. civ. art. 336, 468, 101, 102) y puede interrumpirse (por ej. por muerte de una de las partes, Código proc. civ. 332 y sigs. art. 468).

A los dos estadios del proceso (conocimiento y ejecución) corresponden dos relaciones procesales, que lo mismo que aquellos pueden sostenerse independientemente o desarrollarse ambas de modo sucesivo: la relación de conocimiento concluye normalmente con la *sentencia* que pronuncia sobre el fondo, y excepcionalmente con la *amigable componenda* (Cód. proc. civ. art. 417), la *renuncia a los actos* (Cód. proc. civ. art. 343 y sigs.) o la *perentoriedad* (Cód. proc. civ. art. 338 y sigs.). Al procedimiento cerrado por la sentencia, puede no obstante, seguir un *procedimiento* de oposición, o de apelación y después de casación, quedando siempre el proceso uno; aquí vemos la diferencia entre *procedi-*

miento y proceso: aquél es una *fase* de éste (Cód. proc. civ. artículo 805).

f) *La relación procesal de ejecución*. Se constituye con la demanda de una medida ejecutiva: en muchos casos se hace oralmente al órgano ejecutivo y no se comunica al adversario; este tiene noticia de ella por la comunicación de actos que ya pertenecen al desarrollo de la relación ejecutiva y al procedimiento ejecutivo. La relación ejecutiva tiene pues, un carácter propio originado por el hecho de que procediendo de una *declaración* (título ejecutivo), la convicción de los órganos ejecutivos acerca de la actuación de una voluntad de ley está ya formada. Sin embargo, hasta que la medida ejecutiva se realice, nos encontramos aquí también en un *estado de suspensión*, teniendo el deudor derecho de oposición ya sea por falta de título ejecutivo ya por inadmisibilidad de la medida interesada; a veces el deudor es citado como en la relación de conocimiento. La relación ejecutiva tiene además sus presupuestos, que en parte son comunes a la relación de conocimiento, y en parte especiales (por ejemplo Cód. proc. civ. art. 662); tiene su desarrollo por medio de la actividad de los órganos públicos y de las partes; su desarrollo y su fin parecidos a la relación de conocimiento (Cód. proc. civ. arts. 560, 569, 614, 566, 581. etc.)

III *Diferencias entre las condiciones de actuación de la ley (condiciones de la acción) y las condiciones de existencia de la relación procesal (presupuestos procesales) (1)*.

Llamáanse *condiciones de actuación de la ley* (o lo que es igual, condiciones de la *acción*) las condiciones necesarias para obtener una resolución FAVORABLE; y varían según la naturaleza de la resolución. Así, si se ha pedido una sentencia de condena, veremos que las condiciones para obtenerla son normalmente: 1.º la existencia de una voluntad de la ley que garantice a alguno un bien obligando al demandado a una prestación; 2.º la *calidad*, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley y de la persona del demandado con la persona obligada; 3.º el *interés* de conseguir el bien mediante los órganos públicos.

(1) WACH *Feststellungsanspruch*, 1889; SCHMIDT, 2.ª ed. párrafo 104; HELLWIG, *Klagrecht und, Klagsmöglichkeit cit; Lehrbuch*, I §§ 22 y siguientes; II, §§ 66 y siguientes; WEISMANN, I, §§ 22, 89.

Llámanse *presupuestos procesales*, como vimos, las condiciones por las que se obtiene cualquiera resolución FAVORABLE O DESFAVORABLE, sobre la demanda (competencia, capacidad etc.).

Existe naturalmente entre las condiciones de la acción y los presupuestos procesales la misma diferencia que entre la acción y la relación procesal: estos deben existir independientemente de la existencia de aquéllas. Para que pueda pronunciarse sobre la demanda *acogiéndola* o *rechazándola*, conviene que intervenga un juez competente, partes capaces jurídica y procesalmente etc., etc.

Lógicamente, pues, antes de investigar si existen o no las condiciones de la acción, conviene que el juez busque si existen los presupuestos procesales, lo cual debe hacer de oficio (v. mas ad. párrafos 41 bis y 47). Los presupuestos procesales deben existir en el momento de la demanda y están regulados por la ley procesal. *Negando la existencia de los presupuestos procesales, no se niega la existencia de la acción.* Se niega que la acción, en la hipótesis de que exista, pueda hacerse valer *en este proceso*; pero no se niega que puede hacerse valer incluso inmediatamente *en otro proceso*. La sentencia que pronuncia solo sobre presupuestos procesales, esto es, que declara que ha lugar a proveer sobre la demanda o absuelve del *seguimiento del juicio*, no es favorable ni al actor ni al demandado; ni concede ni niega algún bien; por esto, veremos que ordinariamente no debe contener condena en las costas (v. párrafo 77) y que no produce cosa juzgada *sustancial* (v. p. 97. y párrafos 26, 78). En cuanto a la *capacidad para ser parte* (para ser sujeto de derechos) afirman algunos (HELLWIG) que se trata de una condición de la acción, más que de un presupuesto procesal, porque negando la capacidad para ser parte, dicese, se niega la acción. Pero verdaderamente en este caso no se niega la acción, sino la existencia de una parte, esto es, una condición necesaria tanto para poder tener razón, como para lo contrario. Estamos pues, en el campo de los presupuestos procesales (1); la sentencia que niega la existencia de una parte, no tiende al reconocimiento de algún bien a la otra; si se ha negado la capacidad para ser parte al actor, el demandado por esto será prácticamente favorecido, *de rechazo*, pero no porque la

(1) V. WACH, I. p. 519.

sentencia le sea favorable. Análogamente, el mismo autor encasilla el poder de *sustitución procesal* (v. antes) entre las condiciones de la acción: Si X pide *en nombre propio* la actuación de la ley que garantiza un bien a Z, debe probar dos cosas: a) la relación que le da derecho de obrar en nombre propio; b) las condiciones de la acción que debería probar el mismo Z, si obrase. Quiere decir que existen dos condiciones diferentes, sobre el derecho de X y sobre el de Z, la primera cuestión debe resolverse necesariamente antes de la segunda: la existencia del derecho de X es una condición para proveer acerca del derecho de Z sea en su pro o en su contra. Lo mismo puede decirse cuando la sustitución procesal tiene lugar con relación al demandado. Por esto hemos considerado la *sustitución procesal* entre los presupuestos procesales (v. párrafo 36). Debemos sin embargo reconocer que este supuesto es autónomo.

Entre los presupuestos procesales hemos considerado aparte algunos que no son *necesarios* para la existencia de la relación procesal hasta el extremo de que el juez deba *de oficio* pronunciar sobre ellos. Solo se atribuye al demandado pedir que no se proceda. Así ocurre si el pleito está ya *pendiente* en virtud de una demanda anterior (Cód. proc. civ. arts. 104, 108); o si ha habido un *compromiso* (Cód. proc. civ. art. 8 y siguientes), o si el actor antes de obrar debe *cumplir* una sentencia precedente (Código proc. civ. art. 445) el demandado puede *excepcionar* que el juez no debe proveer sobre la demanda.

Por esto algunos estudian justamente tales presupuestos autónomos, bajo el nombre de *excepciones procesales* (1). La sentencia que admite una de estas excepciones, no niega que exista la acción, sino que puede hacerse valer *también en otro proceso* mientras dura un cierto estado de cosas (la litispendencia, el compromiso, la inejecución de la sentencia precedente etc.) La sentencia pues, en el segundo y en el tercer caso, es parcialmente *favorable* al demandado, le reconoce un bien (como es la exención temporal de la acción adversaria) y puede por esto producir cosa juzgada. El demandado tiene la carga de probar la excepción procesal.

En cuanto a las condiciones de la acción, basta ordinariamente

(1) HELLWIG, I, p. 143 y siguientes.

que subsistan en el momento de la sentencia (más exactamente del cierre de la discusión: ad. párrafo 5) y están reguladas por la ley sustancial, pero solo en cuanto es la ley sustancial la que informa sobre la existencia de una obligación acerca del estado de incumplimiento, acerca de la pertenencia subjetiva de los derechos (1). Además de las condiciones de la acción señaladas por nosotros, alguno (HELLWIG) enumera también la *competencia de la autoridad judicial*, frente: *a)* a otros *órganos del Estado*; *b)* a los *extranjeros*. En principio esto es exacto, pero en cuanto al derecho italiano hay que observar: *a)* respecto de la competencia frente a otros órganos del Estado, si se trata de *otros órganos jurisdiccionales* (especiales) es un presupuesto procesal; si se trata de órganos *administrativos*, es una condición de la acción, pero cuadra bien a la primera de las condiciones admitidas por nosotros, porque negar la competencia de la autoridad judicial frente a la administración, en Italia equivale a negar la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien del actor (v. párrafos 5, 14 y 16); *b)* acerca de la competencia respecto de los extranjeros, es también una condición de la acción que encaja en la primera condición dicha; porque negar la competencia de la autoridad judicial en cuanto a los extranjeros, es lo mismo que negar la existencia de una voluntad de ley *del Estado*, que garantice un bien al actor (v. párrafos 4, 5 y 30).

La sentencia que *pronuncia sobre la demanda* puede negar la acción por falta de *interés o de calidad* o de un *bien* garantizado por la ley; en los tres casos es *favorable* al demandado, le reconoce un bien y produce la cosa juzgada, pero en diferente grado. Si niega la acción por defecto de interés, no niega que la acción pueda nacer después respecto al mismo derecho ya deducido en pleito y a base de un nuevo interés (por ejemplo nueva lesión del derecho, caducidad efectiva del término). Si niega la acción por defecto de calidad, no niega que el actor pueda volver a deducir la demanda, respecto del mismo derecho, a base de un nuevo hecho que le de la calidad (cesión, sucesión, etc.). Si, por el contrario, niega la acción por defecto de una voluntad de ley que

(1) Esto no excluye, naturalmente, que sea norma procesal la que, dado el concurso de ciertas condiciones por ella determinadas, concede la acción (v. § siguiente).

garantice un bien, la absolución del demandado es completa y definitiva: es el máximo favor que puede corresponder al demandado. El actor en este caso no podrá obrar más, sino probando que la voluntad de ley, que no existía antes, ha surgido para razón de un hecho nuevo.

De todas las cuestiones de un proceso, la última y más importante es, según vemos, la cuestión acerca de una voluntad de ley que garantice un bien a determinado sujeto. Las demás se presentan todas en un orden lógico como *preliminares*, una de la otra y todas de la última, o como *prejudiciales* en sentido amplio, esto es, en el sentido de que una debe conocerse antes de la otra, o que la solución de una puede hacer inútil pasar a la otra. Pero este orden lógico no es siempre obligatorio por ley (§§ 69 y 70) una clara oposición existe ciertamente entre presupuestos procesales y condiciones de la acción (1).

Las cuestiones sobre las condiciones de la acción llámense cuestiones de *fondo* «de mérito» (*méríta causae*), frente las cuestiones sobre los presupuestos procesales (Cód. proc. civ. artículo 492 y 493, 803, etc.) (2).

Comenzamos por las cuestiones de mérito, siguiendo el razonamiento lógico que hace el que se propone obrar en juicio.

(1) En todo esto se manifiesta la diferencia entre nuestra doctrina y aquéllas que identifican derecho y acción. Sus partidarios suelen identificar también el interés de obrar con el interés que es contenido del derecho; o—reconociendo la autonomía del interés en obrar—hacen de él una condición de *admisibilidad* de la acción. Así piensan entre los italianos TEA, *Interesse ad agire*, 1917, quien mostrándose convencido (p. 111) de la verdad de nuestras observaciones (§ 5, VI) sobre la independencia del interés en obrar, no ha sabido, no obstante, renunciar a la concepción tradicional de la acción. Que el interés en obrar no es condición de *admisibilidad* de la acción, sino condición específica de *existencia* de la acción, resulta de cuanto hemos dicho sobre la acción, y está demostrado con claridad insuperable por WACH. *Feststellungsanspruch*, cit. p. 25 y sigs.

(2) A veces la ley habla de fondo de la controversia para contraponer la actuación de la voluntad provisional de la ley a la actuación de la definitiva (Cód. proc. civ. art. 940); o para contraponer la cuestión sobre la anulación de un pronunciamiento precedente, a la que fué objeto de ésta (Código proc. civ. art. 33, 508).

APÉNDICE AL § 3

Referencias al derecho español

En el estudio del procedimiento que corresponda a cada juicio en particular—dentro de nuestra ley de enjuiciamiento civil—hallaremos aplicación de la doctrina del capítulo precedente; y correspondencia de las citas legales que refiriéndose a los códigos italianos hace allí el autor.

Por creerlos de más inmediata relación con aquellas doctrinas y, desde luego, más integralmente básica nos parece oportuna en este lugar la referencia a los arts. 1 (comparecencia en juicio), 524 y siguientes (juicio declarativo ordinario de mayor cuantía), 260 y siguientes (notificaciones, citaciones, etc.), 489 y siguientes (cuantía de las demandas), 578 y siguientes (prueba), 840 y siguientes (de la segunda instancia), 1686 y siguientes (recursos de casación), 762 y siguientes (juicios en rebeldía), 919 y siguientes (ejecución de las sentencias), 533 (excepciones dilatorias) y 790 y siguientes (juicios de árbitros y amigables componedores) de la ley de Enjuiciamiento civil, y el 6 del Código civil, en relación con el 368 del penal que se refiere a la obligación del juez de fallar las controversias a él sometidas.

§ 4

La ley procesal (1)

I. *Objeto de la ley procesal.*—Llámase ley procesal la que regula la actuación de la ley en el proceso y particularmente la que regula la relación procesal. Es la resultante, según se ha visto en la introducción, de un conjunto de normas contenidas, parte en la ley procesal fundamental (Código de procedimiento), parte en leyes procesales modificadoras o complementarias y parte dispersas en leyes que regulan otras relaciones ya públicas, ya privadas; algunos de sus principios, como ya hemos visto, derivanse directamente de la existencia del proceso. La naturaleza procesal de una ley no debe, pues, deducirse del lugar en que aparece incluida, sino de su *objeto*. La ley procesal puede tener dos objetos, y todas las normas procesales se hallan ligadas a uno u otro de ellos:

a) Regular la *formación* de los órganos jurisdiccionales, su *condición* jurídica (disciplina, garantías); la *capacidad* de los órganos públicos y de las partes para realizar actos jurídicos en el proceso.

b) Regular las *formas de actuación* de la ley, los *derechos y deberes* de los órganos públicos y de las partes en el proceso, los *efectos* de los actos y medios jurídicos procesales (incluso los principios sobre la acción, la carga de la prueba, admisibilidad de la misma, y sobre la eficacia probatoria de los medios de prueba; sobre la cosa juzgada, ejecución, etc.); en fin, la *forma* de los actos procesales.

Aunque habitualmente se contraponen la ley sustancial a la ley

(1) Sobre esta materia, especialmente; BÜLOW, *Dispositives Civilprozessrecht* (Derecho procesal dispositivo) en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 64, p. 1 y siguientes; WACH, I, p. p. 114, 129, 206, 254; POLLAK, I, páginas 115 y siguientes.

procesal, sería erróneo creer que la segunda tiene siempre carácter *formal*, porque garantiza un bien de vida que frecuentemente, como se ha visto hablando de la acción, no podría conseguirse sino en el proceso; pero es *procesal* porque se funda en la existencia del proceso, y deriva de ella. En todo conjunto de normas que regulan una figura procesal (sentencia de condena, sentencia de declaración, proceso documental y monitorio, embargo, ejecución sobre títulos contractuales, etc.) existe como base, expresa o tácita, una norma que concede las correspondientes acciones, que dispone por ejemplo: quien tenga un crédito en estado de incumplimiento tiene el poder de pedir una sentencia de condena; quien sea acreedor por una letra de cambio vencida tiene la facultad de pedir la ejecución forzosa inmediata, y así en casos análogos. Existe, pues, un derecho procesal *sustancial y formal*.

Para regular algunas de estas materias puede *referirse* también la ley procesal a las leyes reguladoras de otras relaciones, como ocurre para el estado y capacidad de las partes (Cód. proc. civ. artículo 36), y es meramente procesal la institución del procurador para pleitos (art. 156). Frecuentemente la norma procesal hállase ligada a instituciones y principios de derecho privado (a si la norma que concede la acción de condena se refiere al derecho civil por cuanto hace relación al concepto de *crédito* y al *estado de incumplimiento*; la norma de que el juez debe abstenerse cuando es *pariente* de una de las partes; la de que el que pretende haber sido liberado de una obligación debe probar el *hecho extintivo*). Análogamente muchas normas se conexionan al derecho constitucional y administrativo.

Entre los dos objetos de la ley procesal existe una íntima ligación; así veremos que según la conformación y la condición jurídica de los órganos jurisdiccionales, las formas procesales pueden ser reguladas más o menos rigurosamente (§ 43). No sólo esto; del mismo modo que en el Estado moderno el ejercicio del poder constitucional se considera exclusivamente como *función esencial* de la soberanía, y las personas investidas de la jurisdicción no son sino *funcionarios* del Estado, así las leyes y la doctrina procesal moderna consideran preferentemente en el proceso la actividad pública; y las instituciones procesales sobre todo desde el punto de vista del interés general lo cual explica también algunas fundamentales diferencias entre la doctrina moderna y la an-

lo 192); cuando la ley guarda silencio la nulidad no puede pronunciarse sino a instancia de una parte (art. 56). Entiéndase que esto se aplica sólo a la inobservancia de aquellas normas que se refieren a particulares actos del proceso; en cuanto a los presupuestos procesales, que son condiciones de regularidad no sólo del acto de citación, ni de tal o cual acto, sino de la serie completa de los actos procesales, el juez puede siempre poner de manifiesto, de oficio, su falta, porque el defecto no tiene únicamente importancia respecto de los actos ya realizados, sino también de los que se realizarán. Ni siquiera la parte puede oponer la nulidad cuando ella misma haya sido la causa, o cuando la norma violada fuere establecida sólo en interés de la otra parte (art. 57). La nulidad de los particulares actos de procedimiento queda subsanada, cuando la parte que podía oponerla, renuncia o no la opone en tiempo (artículo 57 y 191).

No se deduce de estas reglas sobre *nulidad*, que las partes puedan *anticipadamente* ponerse de acuerdo para no observar una norma procesal, sólo porque la inobservancia realizada no pueda, de oficio, ser puesta en evidencia por el juez. Con tal doctrina caeríamos en el proceso *convencional*. Una cosa es renunciar a oponer una nulidad *ya incurrida*, y otra es disponer un proceso convencional. Las normas procesales, pues, pueden ser:

1. Normas *dispositivas*, cuya inobservancia puede ser válidamente consentida por las partes.

2. Normas *absolutas*, cuya observancia es obligatoria, pero diferentes, a su vez, según que:

a) La inobservancia no puede ser puesta de manifiesto una vez realizada;

b) La inobservancia no puede ser relevada de oficio;

c) La inobservancia debe ser relevada de oficio, pero si no lo fué, es subsanable;

d) La inobservancia debe relevarse de oficio y es irremediable (y esta cualidad puede ser relativa, que desaparece con la sentencia o absoluta, que impide la sentencia).

Las normas dispositivas, cuando no existe derogación consensual, valen como normas absolutas (sobre todo esto v. §§ 41 bis, 43, 76).

III. *Contratos procesales* (1). *Compromiso*. La presencia de un órgano del Estado en el proceso hace que solo en pocos casos tengan validez los acuerdos de las partes para regular a su manera la relación procesal, de suerte que las partes puedan recíprocamente exigirse el cumplimiento del acuerdo, puesto que el acuerdo procesal por su naturaleza mira siempre de modo más o menos directo a la actividad del juez, que en virtud del mismo acuerdo viene limitada frente a la otra parte. Ni todas las derogaciones de normas dispositivas, ni solo ellas, constituyen contratos procesales. Frecuentemente el acuerdo de las partes es un simple presupuesto de la resolución del juez y debe existir en el momento en que ésta es pedida; si el convenio se ha formulado anteriormente, debe ser mantenido hasta este momento, de otro modo no tiene eficacia ni importancia jurídica; hay entonces acuerdo de voluntad pero no contratos procesales (§ 47, VII). Otras veces tenemos declaraciones de voluntad autónomas unilaterales y bilaterales, con eficacia dispositiva, pero constituyendo ellas mismas un acto procesal (§ 52, II). El contrato procesal, en cambio, no es en sí mismo un acto procesal (tanto que ordinariamente tiene lugar con vista a un proceso *futuro*); y tiene por contenido la reglamentación convencional del proceso (ejemplo típico el *pactum de foro prorogando*) o la renuncia de derechos que se hacen valer mediante el proceso (ejemplo, *pactum de non petendo*, compromiso). Es característica constante de los contratos procesales, la de desarrollar posteriormente su eficacia en el proceso futuro o pendiente, de manera que la parte puede obtener su actuación contra la parte u oponerse a cuanto se intentare hacer contraviniendo el contrato. El campo de estos contratos es limitadísimo. El acuerdo de comparecer espontáneamente en juicio, sin citación (Cód. proc. civ. artículo 37) está reconocido por la ley, pero es por su naturaleza in-

(1) Sobre esta materia, especialmente KOHLER, *Ueber prozessrechtliche Verträge und Creationen*. (Sobre los contratos y creaciones procesales) en el volumen de *Contribuciones al derecho procesal civil*, Berlín 1894, páginas 127-239, 253-259. Y en sentido muy diferente; BUNSEN, *Prozessrechtsgeschäfte* (Negocios jurídicos procesales) en la *Rivista pel proc. civ. tedesco*. vol. 35 (Marzo 1906) p. 401 y sigs. Por último FERRARA L. en *Foro italiano* 1907 p. 496 y sigs.

coercible, porque el no compareciente no podría juzgarse *rebelde*. Al contrario, en el caso de convenio de *no comparecer* en cierta audiencia, es discutible si el incumplimiento da lugar sólo al resarcimiento de los daños, como cree KOHLER o si lo actuado compareciendo contra el convenio es nulo (como ha estimado el Tribunal Supremo del Imperio alemán).

Ineficaces porque tienden a regular una actividad pública de manera distinta de la legal, son los contratos relativos *a la prueba*, que se dirigen a atribuir valor a ciertos medios de prueba o a excluir algunos o a dispensar de alguna formalidad en la asunción de las pruebas. El derecho común, en cambio, admitía estos contratos (1); la observación antes hecha (pág. 121 y 122) explica esta diferencia. Por lo demás muchas veces se llaman *contratos de prueba* a ciertas cláusulas contractuales que realmente tienen un contenido de derecho sustancial. Así la cláusula de que la existencia de objetos asegurados *no pueda probarse* en caso de siniestro sino con una escritura es, en realidad, una limitación de la responsabilidad del asegurador a las cosas que resultan de la escritura; la cláusula que determina que un recibo *haga prueba* únicamente del pago del último plazo vencido de una deuda, es una declaración de voluntad con la que se reserva toda cuestión respecto a los plazos anteriores.

No tenemos nosotros la *sumisión convencional* a la ejecución que se usa en Alemania añadiéndola a los contratos notariales para dispensar al acreedor del período de conocimiento; puesto que nuestros contratos notariales, como los franceses, son por sí mismos ejecutivos (Cód. proc. civ. art. 554 n. 3). Pero tenemos y admitimos como válido el pacto *de no cumplir* un título ejecutivo, como es válido el pacto más general de no hacer valer en juicio un determinado derecho (*pactum de non petendo*); aquí sólo existe una renuncia a un derecho individual. Pero no es válido el pacto de proceder contra el deudor, *sólo por vías ordinarias*, renunciando a pedir la declaración de quiebra, porque la facultad de

(1) *Partes possunt convenire et facere, quod probationes invalidae et attestations non rite receptae valeant et plene probent: GIASONE DEL MAINO (1435-1519), ad. l. 31 de jurejur, n. 103. Cons. KOHLER, civilprozessrecht, pág. 131.*

elegir el procedimiento de concurso, se concede al acreedor en beneficio del interés general (1).

Así no puede hacerse reconocer ni valer en juicio el acuerdo de *simular* un proceso (p. 97); porque en el proceso entra la persona pública que no puede ser partícipe de la simulación.

La ley reconoce, en cambio, como ya hemos notado, un importantísimo contrato, que pertenece propiamente al derecho privado, pero que tiene una *importancia procesal negativa*; en cuanto da a las partes una excepción procesal, es el *compromiso*, o sea el acuerdo de las partes, de deferir la definición de las controversias a uno o más particulares (*árbitros*): Cód. proc. civ. artículo 8 y sigs (2).

El compromiso implica; pues, una renuncia «al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial». Si una de las partes comprometidas, citase a la otra ante el juez, el demandado puede impedir el examen del fondo mediante la excepción de compromiso, que no es ni de incompetencia ni de litispendencia, sino de renuncia al procedimiento de conocer por la autoridad judicial. Lo que las partes sustituyen al proceso es afín al proceso en su figura lógica, es una *definición* de controversias, mediante un juicio *ajeno*: pero el árbitro no es funcionario del Estado,

(1) KOHLER, en un artículo en la *Rivista pel proc. civ. ted.* vol. 11, pág. 309 y sigs. y en el citado volumen de *Contributi*, p. 248.

(2) MORTARA, *Comment*, III, n.º 34 y sigs. V. n.º 43; MATTIROLO, *Trattato*, I, n.º 717 y sigs.; TRIANI. *Del compromesso*, en las *Studii ed appunti di diritto giudiziario*, 1883, p. 255 y sigs.; RIVALTA, *I. giudizi d' arbitri*, 1885; AMAR, *Giudizii arbitrali*, 2.ª ed. 879; CODOVILLA, *Del compromesso et del giudizio arbitrale*, 1889; DE POLO, *Titolo esecutivo*, 1901, p. 156 y sigs.; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit. páginas 29, 21; ROCCO *La sentenza civile*, cit. p. 38 y sigs.; BONFANTE, en la *Riv. di dir-comm.*, III, 1905, 2, p. 45 y sigs. GALANTE, *Sentenze arbitrali*, en el *Digesto italiano*; Id, *La funzione degli arbitri*, en la *Legge* 1906, página 1594; Id., *Natura ed efficacia delle sentenze degli arbitri*: en los escritos en honor de CARLO FADDA; *Lezioni di Dir. proc. civ.*, 2.ª ed. p. 85 y sigs.; CASAVOLA, *L'elemento formale nel compromesso*, 1905; FERRARA, *Le pronuncie arbitrali straniere* en los *Studii di dir. proc. civ.* Nápoles 1908, p. 455 y sigs.; COGNETTI DE MARTIIS, *Il compromesso*, Turín, 1906; FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto procesuale civile internazionale*, Palermo. 1908; GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto procesuale civile internazio-*

no tiene jurisdicción, ni propia ni delegada, no actúa la ley, no obra (1); sus facultades se derivan de la voluntad de las partes ex-

nale, en la *Riv. di dir. civile*, 1910, p. 674 y sigs.; GALGANO, *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, en la *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, 1910-11; SIMON, *Du compromis*, 1886; WEILL, *Les sentences arbitrales en droit international privé*, 1906; WACH, I, p. 64 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed. § 26; WEISMANN, II, § 190; WINDSCHEID, § 415 y sigs.; WADLINGER, *Die Zwangs vollstreckung ausländischer Schiedsprüche nach der Reichsivilprozessordnung*, Munich, 1896; WEIZSACKER, *Das römische Schiedsrichteramt*, 1879; BORNHAK, *Schiedsvertrag und Schiedsgericht nach geschichtlicher Entwicklung und geltendem Rechte*, en la *Rivista per proc. civ. ted.*, vol. XXX (1902), p. 1 y siguientes; DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani*, en el *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, año V. página 49 y sigs, particularmente págs. 49, 82.

(1) La naturaleza privada del arbitraje y del laudo en la más reciente doctrina italiana fué afirmada primeramente por nosotros en la monografía sobre la *Azione*, citada en la nota precedente, contra DE PALO y MORTARA, obras citadas. La tesis fué desenvuelta después ampliamente por ROCCO ALFREDO, *Sentenza civ.* citada. Pero ROCCO, creemos, la exageró de tal manera que las críticas de los más recientes adversarios (GALANTE, FEDOZZI, GHIRARDINI, GALGANO) no son del todo injustificadas. ROCCO lleva el arbitraje a los casos en que el árbitro del tercero es *elemento de determinación de la voluntad privada*. Esto puede decirse del *arbitrator* (V. más adelante el texto) pero no del árbitro. Las partes piden al árbitro no cual *deba* ser su voluntad, sino cual *es* la voluntad *de la ley* que regula su relación. No existe en el compromiso la manifestación de una voluntad incompleta, que el árbitro deba integrar. Decir que el laudo integra la voluntad de las partes, sino repetir la falta de sentidos de escritores menos modernos, según los cuales el laudo es una *convención*, es con todo erróneo: el laudo es por sí una obra de lógica jurídica afin al dictamen del jurista, a la pericia del técnico, y no integra la voluntad de las partes comprometidas más de lo que el cuadro, la novela, la obra musical, creada por el artista integra la voluntad de las partes en el contrato en virtud del que fué realizada. Pero cuando esta obra jurídica se realiza en las materias permitidas por la ley, por personas elegidas según las prescripciones legales, observando las formas queridas por la ley, el Estado consiente en tomar de este trabajo lógico de un particular, la materia prima de una *sentencia*. Para entender esto, conviene considerar que en la sentencia el elemento lógico no tiene más valor que el de preparación del acto de voluntad con el cual el juez formula la voluntad de la ley y en el que el acto jurisdiccional,

presadas de conformidad con la ley; su decisión (sentencia arbitral

la *sentencia*, consiste. La mera preparación lógica de la sentencia no es por sí misma acto jurisdiccional, sino en cuanto se realiza por un órgano jurisdiccional. Por esto cuando la ley consiente que el órgano del Estado formule la voluntad de la ley deduciendo su tenor del trabajo lógico realizado por un particular (lo cual en la realidad puede tomar la forma de una simple sentencia, o también de un simple decreto, de ejecutoriedad del laudo) no por esto atribuye carácter jurisdiccional al laudo y mucho menos a la actividad ejercida por los árbitros para ponerse en situación de producirlo. El carácter jurisdiccional debería aparecer *durante* el arbitraje, pero es precisamente durante el arbitraje cuando la naturaleza puramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la carencia de todo *poder* que consienta a los árbitros examinar coactivamente testigos, realizar coactivamente una inspección ocular, etc., etc. (V. § 18). Por esto repetimos; el laudo es y permanece acto privado porque *es acto de un particular*, y cuando deviene ejecutivo es elevado *al nivel* de un acto jurisdiccional; en otros términos, laudo ejecutivo quiere decir un acto complejo en el que el acto particular tiene la materia lógica y el acto del órgano público la materia jurisdiccional de una sentencia. Esto será mágico (como afirma FEDOZZI, *ob. cit.*, p. 19 refiriendo una exclamación de LAINE, *De l'execution en France des sentences arbitrales étrangères*, en *Clunet*, 1899, p. 651, repetida después a través de FEDOZZI por GHIRARDINI, *ob. cit.*, p. 680), pero es real.

La doctrina de FEDOZZI que ha extremado la tesis menos concreta de MORTARA sobre la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, parte del concepto de que la sentencia es esencialmente un juicio lógico, y por esto encuentra en el laudo una sentencia perfecta «de pura declaración» que devendrá «sentencia de condena» cuando se le añada con el decreto del pretor el acto de voluntad (p. 39), FEDOZZI se inspira en la opinión sostenida entre nosotros por ROCCO (*Sentenza civile*, p. 34), que exagerando el carácter meramente *declarativo* de la sentencia, considera como esencial en la sentencia solo el juicio lógico con el *que* se afirma la existencia de una voluntad de ley. Verdaderamente ROCCO no supuso que esta opinión pudiera ser sostenida en favor de la naturaleza jurisdiccional del laudo, combatida por él; habiendo aclarado bien (p. 35) que para tener *sentencia* precisase que el juicio lógico sea realizado por un *juez*. Pero ciertamente su tesis se prestaba a ulteriores exageraciones.

Lo exacto, a nuestro entender, es que la sentencia—ya sea de declaración, ya de condena—es esencialmente un acto de voluntad del órgano público, que *debe* tener por contenido la formulación de la voluntad de la ley (ad. 63). De aquí que el razonamiento tiene una función meramente prepa-

o laudo) es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es eje-

ratoria (V. antes en esta nota y en el texto, p. 95), y el juicio lógico sobre la existencia de una voluntad de ley no atribuye por sí mismo *al particular* que lo realiza oficio, jurisdiccional. Es verdad que puede darse una ley opuesta; que no solo permita a las partes confiar a los particulares la preparación de la materia lógica de una sentencia, sino que considere a estos particulares como órganos jurisdiccionales, pero esto debe, ante todo, manifestarse con la concesión de *poderes jurisdiccionales* a aquéllos. Ahora bien—sin afirmar que esto fuese contrario a la esencia de nuestras organizaciones judiciales, ni reclamado, ni permitido por nuestras condiciones político-sociales—basta observar que nuestra ley *no concede* a los árbitros poderes jurisdiccionales. Y cuando FEDOZZI, para mejor demostrar la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, acude a la comparación con los casos en que el particular está investido de funcionarios públicos, como cuando el art. 65 Cód. proc. pen. lo autoriza PARA DETENER a cualquier individuo sorprendido en flagrante delito, da la mejor prueba, con esto de la razón contraria, por que el particular en este caso (prescindiendo de cualquier otra observación sobre el asunto, cons. GHIRARDINI, ob. cit., p. 677) recibe de la ley un PODER que de otra manera no tiene, y es el uso de la fuerza contra el delincuente. Pero los árbitros no reciben de la ley NINGÚN PODER. No pueden examinar testigos, sino con el consentimiento de ellos, visitar lugares, sino con el acuerdo de las partes y de los terceros. En una palabra, la ley deja libres a las partes, ya que conocen las condiciones y las exigencias del caso concreto para convenir que la materia lógica de la decisión sea preparada *sin uso de poderes jurisdiccionales*. La historia nos presenta muchos ejemplos de procesos en los que las operaciones de juzgar son confiadas a diferentes personas (§ 20, V.): el mismo derecho italiano moderno conserva de ello un ejemplo en el jurado. El arbitraje es otro caso de perfeccionamiento de las operaciones del juicio y tiene precisamente por característica la exclusión de los poderes jurisdiccionales de las operaciones meramente lógicas confiadas a los árbitros. Puede existir una ley que no exija ni siquiera la sentencia o decreto de ejecutoriedad del laudo (tal ocurre en muchas leyes suizas: V. FEHR, *Das Schiedsgericht in der Schweizerischen Zivilprozessgesetzgebung*, Zurich, 1903, p. 81). Pero ni aún en esta ley el laudo y el arbitraje tendría carácter jurisdiccional, a menos que los árbitros tuvieran los poderes jurisdiccionales. Faltando éstos, su actividad y su decisión, aún *parificada* en los principales efectos a una sentencia incluso ejecutoria, no sería jurisdiccional. De los dos escritores italianos que más recientemente se ocuparon de este asunto, GHIRARDINI, ob. cit. rechaza la doctrina de FEDOZZI y se adhiere a la de MORTARA; pero define luego el laudo un acto jurisdiccional *en potencia* (p. 679) y la

cutiva (1). El Estado *hace ejecutivo* el laudo, mediante un acto de un órgano jurisdiccional (Cód. proc. civ. art. 24); este acto de jurisdicción respeta la naturaleza privada del laudo en sus orígenes y en su ejecutoriedad, pero asume su contenido como fundamento: con esto, el laudo ya ejecutivo es equiparado al acto jurisdiccional (2). El Estado, pues, aviva la consideración del interés individual en el proceso civil hasta consentir que las partes confíen a un particular, antes que a los jueces, la preparación de la materia lógica de una sentencia, y esto en previsión de que en el caso concreto, esta manera de definir las controversias pueda responder mejor a la confianza y a las necesidades de las partes.

Por eso el Estado somete normalmente un importantísimo grupo de sus controversias con los particulares al conocimiento ar-

función de los árbitros una *jurisdictio minus plena* de cuyas expresiones la primera encierra una contradicción en los términos y la segunda recuerda una distinción que hoy ya no tiene significado. GALGANO, por el contrario toma y desarrolla con mayor amplitud la tesis de FEDOZZI (ob. cit. p. 50 y sigs.) considerando el arbitraje como un caso de asunción particular de funciones públicas. A lo cual basta oponer cuanto hemos dicho en otras ocasiones; el particular que asume una función pública recibe los poderes inherentes a la función; los árbitros no reciben poderes especiales, ni en el acto de juzgar, ni (lo que también importa) durante el procedimiento destinado a situarle en grado de juzgar.

(1) Que los árbitros a los efectos de la ley penal (y siempre que se trate de los árbitros privados, y no de los que tienen funciones públicas, como los conciliadores, los árbitros peritos, a que se refiere el art. 378 del Arancel civil, los árbitros necesarios) sean *equiparados* a funcionarios públicos (Cód. pen., art. 207) significa tan poco en ayuda de la naturaleza pública de su función como la equiparación del testamento ológrafo y de la letra de cambio a un acto público (Cód. pen., art. 284) significa en favor de la naturaleza pública de tales actos. Y también el argumento derivado del artículo 207 del Cód. pen., parece convincente a muchos defensores de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. V. además de GALANTE. ob. cit. y CASAVOLA, ob. cit., p. 52 nota, LONGHI, *Legittimità della resistenza agli atti dell'autorità*, Milán, 1908, p. 253 nota.

(2) Que el laudo en sí sea escritura privada, no quiere decir que la parte contra quien se haya hecho valer pueda limitarse a desconocer esta escritura. Se interpone ahí un acto público, el decreto del pretor, y si existe un interesado en anularlo debe antes probar el defecto de los presupuestos de este acto.

bitral (1). Pero al conceder esta facultad a las partes, la ley no renuncia a regular su ejercicio, determinando las condiciones de validéz del compromiso, del procedimiento y de la sentencia arbitral y permitiendo impugnarla ante los órganos de la jurisdicción, *aun mediando cualquiera renuncia* (arts. 30 y 32, Cód. proc. civ.) (2). Con esto muchas veces las controversias antes que simplificarse se complican. Tan exagerado es considerar esta institución como un mero residuo del pasado, como un augurio de mejor justicia futura (3).

A veces la ley llama *árbitros* también a órganos especiales de jurisdicción que las partes no *acuerdan* aceptar, sinó que deben acatar por mandato de la ley (*árbitros necesarios*). Y la ley dispone que las decisiones de estos órganos sean o no ejecutorias como el laudo (4).

Desde hace tiempo que se discute doctrinalmente la diferencia entre *árbitro y arbitrador* (5). El árbitro conoce de una relación litigiosa, como de ella conocería el juez: el *arbitrador* del derecho común es un *amicabilis compositor* llamado a determinar en una relación jurídica pacífica en si misma, un elemento no definido por las partes (por ejemplo, el precio de una venta, la partici-

(1) V. *Capitolato generale* 28 Mayo 1895, para las contratas de las obras dependientes del Ministerio de obras públicas, art. 41 a 50.

(2) De aquí que estas normas y estas inderogables impugnaciones, nada argumentan en favor de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje; significan solo las condiciones, bajo las cuales consiente la ley que la preparación lógica de una sentencia sea resultado *particular* de una actividad *particular*.

(3) También según MANCINI (MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA II, p. 12) «el juez del porvenir volverá a parecerse al árbitro bajo la triple relación de economía, sencillez y confianza de los litigantes. Pero éste árbitro se diferenciará del antiguo en que tras él estará ahora el poder social en la plena posesión de toda la fuerza necesaria para la realización de sus decisiones».

(4) V. MORTARA, *Commentario*, I, núm. 432 y siguientes.

(5) DURANTI, *Speculum iudiciale*, lib. I, part. I de *árbitro et arbitratore*; WEISMANN, en el *Archivio per la pratica civile*, vol 72, p. 269 y siguientes. vol. 74, p. 422 y siguientes, y en el *Manuale*, II, p. 261; KOHLER en el vol. citado de *Contributi* p. 259 y siguientes; ASCOLI, en la *Rivista di diritto commerciale ind e mar*, 1904, II, p. 386 BONFANTE en la *Rivista ci-*

pación de un socio en una sociedad), tanto en uno como en otro caso las partes se obligan a pasar por la decisión del tercero, pero la decisión del *arbitrador* puede impugnarse cuando es evidentemente injusta. El *arbitrador*, pues, no *declara* derechos existentes, sino que *completa* relaciones jurídicas, lo cual no tiene importancia sino para el derecho civil. Nuestra ley admite el *arbitrador*, ya concediendo la impugnación de sus determinaciones (Código civil, art. 1718) ya prohibiéndola (Cód. civ. art. 1454), y de esta institución hace uso frecuente la práctica, hoy principalmente bajo la forma de acuerdos entre obreros y empresarios. Admite la ley además una figura intermedia, entre el *arbiter* y el *arbitrador*, o sea el árbitro *amigable componedor*, que decide relaciones litigiosas, lo cual lo asimila al árbitro, pero no necesariamente *según el derecho* (Cód. proc. civ. art. 20) lo que le da un poder modificativo o constitutivo de las relaciones.

La distinción entre *arbiter* y *arbitrador*—que prácticamente es importante por la diferencia de las normas que rigen ambas instituciones—puede dar lugar a graves dudas, cuando se confía a un tercero la simple determinación de la importancia de un valor o de un daño. En la duda ha de entenderse que se trata de árbitro y de compromiso cuando el acuerdo de acudir al tercero es posterior al momento desde el cual el valor o el daño es debido (1).

En cambio no ofrece dificultad la diferencia entre árbitro y *árbitro-conciliador* (Cód. proc. civ. art. 402).

ARBITRAJE. Solo puede constituirse por contrato (mientras otras leyes, como la alemana, admiten otros actos, como el testamento). El compromiso debe contener la *determinación de las controver-*

zada, 1905, II, p. 45 y siguientes; MESSINA en la *Rivista* cit. 1904, I, p. 488 y siguientes; SRAFFA, en la *Rivista* cit. 1907, I, p. 429; GALANTE, *Natura ed efficacia* etc. p. 32 y siguientes del extracto.

(1) A veces la determinación de un valor es sustraída *por la ley* a la autoridad judicial y remitida a peritos o árbitros, cuya resolución es definitiva sin que por esto tenga carácter jurisdiccional; tal ocurre para la determinación del valor de los inmuebles a los fines fiscales (L. 20 Mayo 1897, art. 24 y siguientes); para la determinación del valor de los objetos de arte o antigüedad con el fin de fijar el impuesto de exportación y precio de adquisición por parte del Estado (L. 20 Junio 1909, arts. 9 y 10).

sias; el compromiso *genérico* (convenio de someter al compromiso todas las controversias posibles o las de determinada naturaleza entre A y B) es nulo; es lícito, sin embargo, comprometer todas las cuestiones que *pueden* nacer de un determinado contrato ya concluido (cláusula compromisoria) Cód. proc. civ. art. 11 y 12. Las cuestiones que se comprometan deben ser *transigibles*: exclúyense, las de estado y separación personal (art. 8), debiendo, en cambio considerarse admitida la cuestión de alimentos. Siendo una renuncia al conocimiento por la autoridad judicial, el compromiso es acto de disposición afín a la transacción pero aun más importante; por eso la capacidad para comprometer supone la de transigir (art. 9), pero la facultad de hacer transacciones no implica la de hacer compromisos (Cód. civ. art. 1742).

Como *forma* del compromiso requiere nuestra ley (*ad solemnitatem*) el acto publico o la escritura privada (Cód. proc. civ. artículo 11); la ley alemana admite también la forma oral. El compromiso debe contener el nombre y apellido de las partes y de los árbitros (uno o más, en número impar; ciudadanos o extranjeros, excluyendo las mujeres, (1) los menores, los sometidos a interdicción y los excluidos por condena penal del cargo de jurado, no rehabilitados; arts. 8, 10 y 11). Pero la determinación de la persona física del árbitro no pertenece a la esencia del compromiso como la determinación del objeto. Esta diferencia obsérvase más claramente en el compromiso para controversias futuras; aquí la ley misma prevé que los árbitros no nombrados o que después faltaren sean nombrados por la autoridad judicial o del modo convenido por las partes (art. 12), pero también en el compromiso para controversias actuales debe considerarse válido el pacto que se defiere el nombramiento de los árbitros a un tercero o a dos árbitros nombrados atribuye el nombramiento del tercero y la sustitución (artículo 44, núm. 2). Es necesaria la aceptación *escrita* de los árbitros (artículo 13, *receptum arbitri*).

Los *efectos jurídicos* del compromiso consisten: a) en la excepción de renuncia al conocimiento judicial; b) en la acción para la constitución del juez arbitral mediante nombramiento de los

(1) Hoy no existe esta exclusión en virtud de la ley 17 Julio 1919.
(Nota del Traductor)

árbitros que falten. La aceptación del nombramiento por parte de los árbitros produce: *a)* la obligación de los árbitros de pronunciar sentencia en el término establecido, bajo pena de responsabilidad por daños, salvo causa justa (art. 34, últ. parr.); *b)* el derecho de los árbitros a una remuneración (1).

El procedimiento arbitral apenas tiene formalidades; se regula en el compromiso y, en su defecto, por el criterio de los árbitros (art. 14 y 17). Los árbitros, como personas privadas, no tienen para la instrucción del pleito los poderes coercitivos que estudiaremos inherentes a la jurisdicción (V. nota a la pág. 28 y cap. 18). Las normas señaladas por la ley son dispositivas en su mayor parte; unas veces por su declaración expresa (art. 18 y 34, núm. 3); en otros casos precisase tener en cuenta la compatibilidad de una convención contraria con el *fin* de la norma particular. Surgiendo cuestiones prejudiciales *no transigibles* o relativas a un hecho que pueda dar lugar a acción penal, los árbitros *deben* enviar a las partes a la autoridad judicial competente, y el arbitraje queda en suspenso (art. 19).

El *fin* normal del arbitraje es el pronunciamiento del laudo o sentencia arbitral. No obstante, ésta puede ser simplemente interlocutoria, en cuyo caso hace correr un *nuevo* plazo igual al término establecido en el compromiso, o en su defecto, en la ley (90 días), para pronunciar la definitiva o una nueva interlocutoria (art. 34). Cesa anormalmente el arbitraje: *a)* por consentimiento de las partes. Si revocan por escritura pública o privada el nombramiento de los árbitros; *b)* por muerte, recusación, desistimiento, su capacidad de uno de los árbitros, salvo que las partes hayan pactado lo contrario en este caso; *c)* por transcurso del término sin que se haya pronunciado el laudo (art. 34).

El *laudo* debe ser deliberado después de *conferenciar personalmente los árbitros*; pronunciado en el Reino (2); suscrito, por

(1) Discútese si este derecho comprende la facultad en los árbitros de liquidar por sí mismo la retribución V. CHIOVENDA, *Condanna nelle spese giudiziali*, 1901, pág. 405. Pero admitido el derecho de los árbitros a la remuneración, su liquidación es una cuestión de gastos implícitamente deferida a los mismos árbitros.

(2) Esta disposición del art. 22, sólo es aplicable a los laudos *italianos*, o sea a los regulados por la ley italiana que deben ser ejecutivos en Italia,

lo menos, por la mayoría que, en su caso, mencionará los motivos por los cuales la minoría rehusó suscribirlo; y contener nombre y apellido, domicilio o residencia de las partes, indicación de la escritura de compromiso, la parte dispositiva precedida de los motivos de hecho y de derecho, la fecha y el lugar del pronunciamiento (art. 21 y 22). En cuanto al *contenido* de aquel, los árbitros no obran distintamente de los jueces, a no ser que decidan como amigables compondores (art. 20). Pueden, lo mismo que los jueces, declarar provisionalmente ejecutiva la sentencia (art. 23) y *a fortiori* están sujetos a las limitaciones que la ley impone al oficio de los jueces (por ejemplo, conociendo de un acto administra-

conforme al art. 24. Carece de fundamento la opinión que deduce de aquí la invalidez del compromiso o cláusula compromisoria estipulada en Italia entre italianos, o entre italianos y extranjeros, para deferir controversias a árbitros extranjeros que pronunciarán en el extranjero (en tal sentido alguna sentencia italiana: Casación de Turín 24 Mayo y 3 Junio 1907 *Foro it.* 1907 pág. 1261, 1267; 29 Agosto 1911 en *Foro it.* 1911 pág. 1485; Apelación de Genova 9 Enero 1905, 6 y 16 Marzo 1906 en la *Rivista di dir int* 1906 p. 467). Ni la invalidez puede derivarse incondicionalmente de un principio general. Las partes que pueden comprometer son libres de someter el arbitraje a una u otra ley, la cual dedúcese principalmente del *domicilio* (sede) que han asignado al arbitraje, y éste a su vez, en silencio de las partes, del domicilio del árbitro. No es bastante la consideración de que el compromiso sea hecho en Italia y regulado por la ley italiana, para deducir que el arbitraje deba regirse por la ley italiana y desarrollarse en Italia. Ni menos conduce a tal consecuencia el hecho de que el compromiso se refiera a contrato cumplido o que deba cumplirse en el Reino. Cuando se dice (Sentencias citadas y notas en *Giurisp. ital.* 1907 p. 801 y 920 y 1911 p. 1305), que en este caso el contrato *está sometido* a la jurisdicción italiana (art. 105 número 2, Cód. proc. civ.), y que ésta conforme al art. 69 Cód. proc. civ. puede ser subrogada únicamente con un arbitraje italiano, confúndese ante todo la competencia genérica con la competencia *exclusiva* de la autoridad italiana; en segundo lugar, se considera equivocadamente el compromiso como un caso de *prórroga* de jurisdicción. La prórroga supone dos actividades jurisdiccionales, una sustituida por otra, y en el arbitraje ocurre algo diferente. En las normas referentes al compromiso hay que distinguir un principio general de derecho público interno que admite que la voluntad de las partes confíe a la actividad privada la resolución meramente lógica de ciertas controversias; y las normas que regulan esta actividad y su eficacia, *en cuanto se desenvuelve en Italia*. Una vez reconocido tal prin-

tivo no pueden declarar que deba revocarse o modificarse por el art. 4.º de la ley 20 de Marzo de 1865, anp. E. someter por el artículo 48 de las Condiciones generales para las subastas de obras públicas).

La sentencia arbitral debe *convertirse* en ejecutiva por el pretor del departamento en el cual fué pronunciada y a tal fin se deposita con el compromiso, dentro de los cinco días siguientes a su pronunciamiento, por uno de los árbitros o por un mandatario suyo especial en la cancillería de ese tribunal (art. 24). La inobservancia de esta disposición (cuyo carácter absoluto o dispositivo se discute), hace inútil el arbitraje y el compromiso. La norma es común a las sentencias definitivas e interlocutorias; hasta que se observa, la sentencia no es ejecutiva, no solo en el sentido de no ser título de ejecución forzosa, sino en el de que carece de efecto jurídico, fuera del derecho de las partes a que se haga ejecutiva. Con el decreto del pretor el laudo adquiere la eficacia de la sentencia de los jueces (o sea idoneidad, si no es impugnada, para adquirir fuerza de cosa juzgada, fuerza ejecutiva), pero la paridad del laudo ejecutivo y del acto jurisdiccional, no es absoluta; el fundamento de la irrevocabilidad del laudo existe en la voluntad de las partes; estas pueden *convenir* no someterse a un laudo aunque sea ejecutivo y someter la controversia nuevamente a los jueces, lo cual como veremos, no puede hacerse con una sentencia (§ 78) (1).

cipio general, no pueden señalarse límites a la libertad de las partes, respecto al lugar en que ha de desarrollarse el arbitraje, que jamás la ley ha pensado señalar, y que no podía señalar sin contradecirse, puesto que este reconocimiento de la voluntad de las partes está determinado por la consideración de las posibles modificaciones y de las posibles exigencias *del caso concreto*; y éstas pueden ser tales que requieran (especialmente en las relaciones entre italianos y extranjeros), que el arbitraje se desarrolle en el extranjero. Para la validez del compromiso en cuestión. Véase: ANZILOTTI en la *Riv. di dir internaz*, 1906 p. 467 y sigs. 1907 p. 35.; RISSETTI, en el *Foro it* 1907 p. 1261; FEDOZZI, *L'arbitrato* cit. p. 119 y sigs. La validez del pacto, defendida por nosotros en el pleito de la Sociedad Humboldt contra la Sociedad Solfati; fué reconocida en tres sentencias conformes del Tribunal, Corte de apelación y Corte de Casación de Roma (V. esta última en *Foro it* 1911 p. 1444, nota.

(1) En esto se manifiesta la diferencia fundamental entre un *laudo* ejecutivo y la *sentencia* del Estado: el Estado puede reconocer aquel, en cuan-

El *conocimiento del pretor*, llamado a hacer ejecutivo el laudo, no puede limitarse en su *extensión*, como frecuentemente tratan de hacer los escritores, ya negando ya permitiendo al pretor las investigaciones sobre la capacidad de los contratantes, la naturaleza de la prestación, etc., es un conocimiento limitado solo en la *intensidad* como el que en muchísimos casos precede a la concesión de un acto de poder público a la parte interesada; ordinariamente se limitará a la regularidad exterior del laudo pero no se podría constreñir al pretor a reconocer la sentencia arbitral fundada en un compromiso que en su conocimiento sumario apareciese ciertamente contrario a la ley. Este acuerdo del pretor, positivo o negativo, puede ser objeto de conocimiento completo por parte del tribunal (art. 25); el resultado de este juicio puede ser la definitiva negación de la ejecutoriedad del laudo y, por consecuencia, su nulidad. El laudo en sí mismo puede, además, ser objeto de impugnación ante la autoridad judicial, con recursos comunes a las sentencias como la apelación y el recurso de casación (con las limitaciones de los arts. 28 y 31) y la demanda de revocación (artículo 30) y aun con un medio *especial*, la «demanda de nulidad» que se funda en la nulidad del compromiso o en su cesación (artículo 32, número 1), o en la incapacidad de los árbitros (art. 32, número 3), o en la falta de pronunciamiento, o en el pronunciamiento contradictorio, o que excede los límites del compromiso (art. 32, números 1 y 2), o en la violación de formas (art. 32, números 4 y 5). Es competente para conocer de la demanda de nulidad o de revocación, la autoridad que hubiese sido competente para conocer de la controversia (arts. 30 y 33). Nada dice la ley referente a los otros medios; sin embargo discútese vivamente en nuestra doctrina si debe considerarse competente por razón de territorio la autoridad que sería competente para conocer de la apelación si el pleito de primera instancia fuese propuesto ante la autoridad judicial, o la autoridad judicial del lugar donde fué pronunciado y depositado el laudo (1).

to *querido* por las partes, pero no ver en él comprometida la *propia* autoridad como en las sentencias *propias*.

(1) En el primer sentido CUZZERI, BORSARI y GARGIULO, en sus respectivos comentarios: MATTIROLO, *Trattato*, I, núm. 791. Contrarios MORTARA, *Comm.* III, núm. 186. No se conocen sentencias sobre este particular

En fin, aun antes de que surja el laudo, suscitándose dudas acerca de la validez del compromiso pueden las partes provocar una declaración del magistrado. En tal caso puede resolverse la cuestión a base de una *excepción de compromiso* presentada en un juicio ordinario.

La coordinación entre la actividad arbitral y la jurisdiccional es mucho más sencilla en el sistema germánico; los efectos de la cosa juzgada corresponden al laudo sin que este sea ejecutivo; solo para la ejecución forzosa es necesaria una *sentencia* que reconozca la validez del laudo; aun antes de ser solicitada esta sentencia la validez del laudo puede ser impugnada; el conocimiento del magistrado en ambos casos es idéntico, y corresponde al magistrado que fuese competente para conocer de la controversia.

IV. *Eficacia de la ley procesal en el tiempo* (1). Más que llevar una norma procesal al campo del derecho público, conducir las particulares instituciones a la ley procesal mejor que a la civil tiene importancia práctica también con referencia al problema de la eficacia de la norma en el tiempo y en el espacio (2).

anteriores a la de 12 Diciembre 1905 (*Foro Italiano*, 1906, pág. 232) de la Casación de Turín, que se adhirió a la segunda opinión.

(1) GABBA, *Teoria de la retroattività delle leggi*, vol. IV, 3.^a ed., página 427 y sigs.; MORTARA, *Principii di procedura civile*, núm. 7; LESSONA, *Teoria delle prove*, vol. I; SIMONCELLI, *Sulla restituzione delle scorte nella mezzadria* (*Legge*, 1903); PASINI, *Sulla retroattività delle leggi processuali civili*, Perusa, 1906; SICILIANI, *La retroattività delle leggi processuali civili*, en la *Giurispr. ital.* 1908; CHIOVENDA, *Le norme sulla prova rispetto alla loro efficacia nel tempo*, en el *Foro ital.* 1912; WACH, I, pág. 211 y siguientes; MENGER, pág. 188 y sigs.; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, página 206; SCHMIDT, 2.^a ed., § 23; HELLWIG, I, pág. 29; WEISMANN, I, página 21.

(2) El período de duración de la ley procesal se determina según los principios generales referentes a la obligatoriedad y a la derogación de las leyes. Hubo leyes procesales de los precedentes Estados italianos que continuaron en vigor: así las leyes para las exacciones privilegiadas de los ingresos municipales (Reglamento gregoriano, cap. §§ 1655 y sigs.; decreto napolitano de 30 Enero 1817, art. 67, etc.), se mantuvieron en vigor hasta la ley 24 Diciembre 1908, sobre el procedimiento coactivo, actualmente texto único de 14 Abril 1910.

En el proceso se desarrollan *actividades públicas* y actividades privadas coordinadas a las públicas y como tales no pueden estar normalmente reguladas más que por una ley, la del tiempo y la del lugar en que se desenvuelven. La validez y la eficacia de un acto procesal realizado júzgase pues, según la ley procesal del tiempo y del lugar en que se ha realizado; la de un acto a realizarse, según la ley actual del lugar donde ha de tener realización.

El tiempo y el lugar en que ha nacido el derecho deducido en juicio no tiene por tanto importancia en lo que se refiere a la ley procesal que deberá aplicarse. Esta no podrá ser sino la del momento y del lugar en que—como la ley expresa—*se hace valer* aquel derecho en juicio. Este principio derivase de la separación substancial entre el derecho y el proceso (pág. 114). La misma acción, fundándose en la existencia del proceso, en tanto puede proponerse en cuanto la ley procesal, en el momento y en el lugar en que se propone, la reconoce (pág. 63). Solo la ley del proceso del tiempo y del lugar pueden decir lo que es lícito buscar en el proceso. Lo cual, como ya se ha observado (págs. 63, 98 y siguientes), aparece poco evidente cuando se piensa en las acciones que tienden a la consecución de un bien que podría obtenerse también fuera del proceso mediante la prestación de un obligado; puesto que cuando es admitido el derecho a una cierta prestación, es admitida paralelamente una acción para conseguir el bien correspondiente con los medios concedidos por el proceso del tiempo y del lugar. Pero si se piensa en las acciones que se refieren a bienes no conseguibles sino mediante el proceso (certidumbre jurídica, tutela posesoria, seguridad de créditos), véase como las acciones pueden o no existir en cuanto a la misma relación jurídica, según que la ley procesal del tiempo y del lugar admita o no las correspondientes formas de actuación de la ley.

Estos principios que no son sino la consecuencia de la autonomía de la acción y del proceso, significan todo lo que tienen de común las normas sobre la eficacia de la ley procesal en el tiempo y en el espacio. Pero además, estas dos órdenes de normas presentan profundas diferencias de naturaleza, para entender las cuales basta considerar que unas van dirigidas a regular la relación entre el presente y el pasado, y otras, por el contrario, a regular la relación entre las normas *coexistentes* de diversos territorios jurídicos. De aquí las desviaciones de aquellos comunes principios fun-

damentales, los cuales se encuentran en ambos órdenes de normas pueden ser dictadas por consideraciones de diversa naturaleza, lo que excluye que sean, sin más, aplicables por analogía (1).

Por lo que se refiere a la eficacia de la ley procesal en el tiempo, supongamos ante todo el caso de una ley procesal que suprima algunos modos de actuación de la ley o algunos medios de actuarla. En este caso desaparece también el poder jurídico de pedir su aplicación, por esto bajo el imperio de la ley nueva no se puede pedir la actuación de la ley con aquellos medios y en aquella forma, y todo esto sin consideración alguna al tiempo en que había nacido el derecho de pedirla. Así la ley que abolió la detención personal (pág. 18) ha suprimido este medio ejecutivo aun a los acreedores preexistentes. Lo mismo debería decirse de una ley que aboliese el embargo conservador, o de una ley que aboliese la actuación de la ley mediante *mera* declaración, si bien algunos consideran exceptuadas en este caso las acciones de declaración surgidas durante la ley antigua (2). Poco importa que la acción de declaración en sí misma sea un derecho y que se conciba como un derecho público o privado puesto que las leyes que abolen completamente una institución jurídica, como sería una cierta forma de tutela jurídica, tienen siempre en sí mismas un elemento de orden público de tal naturaleza que impone el sacrificio de los derechos preexistentes aunque sean privados (3). Así también si la ley nueva no admite la acción posesoria para la posesión de algunos derechos, no podrá utilizarse la acción posesoria concedida por leyes preexistentes ni siquiera para hechos anteriores (4). Por el contrario, si la ley nueva se limita a suprimir la acción en determinados casos, por ejemplo en los créditos provenientes del juego, esto no quiere decir que las obligaciones ya contraídas se reduzcan al es-

(1) En contra SICILIANI, loc. cit. § 1.

(2) SCHMIDT, *Manuale*, pág. 104.

(3) SIMONCELLI, *Sui limiti della legge nel tempo* (en el vol. I de los Estudios en honor de Víctor Scialoja, pág. 374 y sigs. Milán 1905.

(4) La Corte de apelación de Aguila ha considerado lo contrario (17 Enero 1903, en *Foro Italiano*, 1903, 221), partiendo de la idea de la acción posesoria como *derecho a la posesión*, y aunque la pretendida perturbación (negativa de corresponder una prestación) tuviese lugar bajo la ley nueva.

tado de obligaciones naturales, una *condena* en dinero es aun posible, si bien la causa origen de la deuda esté reconocida por la ley.

En cambio, si la ley admite nuevas formas de actuación de la ley o extiende las ya existentes a casos no admitidos antes, o introduce nuevos medios ejecutivos pueden servirse de la extensión también los titulares de derechos preexistentes; así, puesto en vigor el código procesal de 1865 que atribuye carácter de título ejecutivo a los actos contractuales públicos, adquirieron carácter de título ejecutivo también los estipulados antes (Real decreto 30 Noviembre 1865, art. 13; Real decreto 25 Junio 1871, art. 69). Y lo mismo podría resolverse en cuanto a las letras de cambio, desde que el nuevo Código de comercio atribuyoles efectos de título ejecutivo si la misma ley no hubiere prescrito lo contrario (art. 9, disposición transitoria para el Código de comercio) impulsada por la idea de que la reforma dirigida a favorecer la función de la letra de cambio podía limitarse a las letras *futuras*, también en vista de la corta vida *normal* de las letras de cambio que se encontraban emitidas en el momento de la actuación de la ley.

Bajo la ley nueva caen, según esta, los presupuestos procesales (competencia, capacidad (1), etc.), las excepciones procesales, los derechos y deberes de las partes, la forma y los efectos de los actos procesales.

Y lo mismo debe decirse de las *pruebas* no solo desde el punto de vista de su ejecución sino de su *admisibilidad*. Ya no puede dudarse hoy que las normas sobre la admisibilidad de las pruebas corresponden a la ley procesal. Ni puede inducirnos a creer lo contrario verlas incluidas en los códigos de derecho sustancial, pues sabemos que la naturaleza de una norma derivase de su *objeto*, no del *lugar donde se encuentre* (pág. 120) y que la historia

(1) Ya se entiende que en cuanto la ley procesal remite a la ley sustancial por lo que se refiere al estado y capacidad de las partes (Cód. Proc. Civ. art. 36; antes pág. 121, adelante § 35) pueden permanecer en vigor las normas anteriores, pero en virtud de una nueva norma de remisión (rinvio) de la *nueva* ley procesal. Si la norma de la ley procesal sobre capacidad tiene un contenido propio (como ocurre en el *jus postulandi*) la aplicación de cuanto llevamos dicho en el texto es más evidente.

del proceso francés nos explica porque el *code de procedure* no acoge sino las normas procesales de carácter *formal* (pág. 12). No se puede ligar a la tradición y al espíritu de raza lo que únicamente es una costumbre hoy abandonada. Análogamente no es recomendable acudir en estas materias a las doctrinas del derecho común que se hallan todavía bajo la influencia de una concepción enteramente privada de las instituciones procesales, hasta el punto de admitir la validez de *contratos* sobre la prueba (páginas 122 y 126).

Encaminadas las pruebas a formar la convicción del juez, pertenecen al derecho procesal y solo pueden admitirse de acuerdo con la ley del momento en que devienen necesarias, porque solo esta ley puede determinar cuáles son los medios idóneos para formar *actualmente* la convicción del juez. No es posible que el mismo juez, en la misma audiencia admita en un proceso un medio de prueba y lo excluya en otro de la misma naturaleza solo porque los derechos de que se trata han nacido en tiempos diversos. La convicción del juez no es el producto de una operación formal y mecánica cuyos instrumentos puedan adquirirse mucho tiempo antes; es el resultado de un trabajo lógico que encuentra sus instrumentos en las convicciones de la sociedad, de la civilización y del pensamiento del *tiempo en que se desenvuelve*; en cuyas condiciones precisamente se inspira la ley procesal que en interés de la mejor marcha de la función jurisdiccional determina los medios de prueba adecuados en el tiempo del juicio. Si, pues, realmente un derecho subjetivo no puede probarse sino *con un solo* medio de prueba y este viene suprimido por la nueva ley, débese esto al cambio de condiciones de tiempo (económicas, morales, religiosas), a las cuales precisamente acomódase bien o mal la nueva ley. Abolido el juramento por la abundancia de perjurios y la disminución de la fe, nadie podría invocarlo para la prueba de su derecho, aunque este hubiese nacido bajo el imperio de la ley anterior en condiciones de no poderse probar de otra manera. No negamos por tanto que entre derecho y prueba existan íntimas relaciones, pero son relaciones de hecho, de las cuales no se deriva que el derecho deba ser acompañado hasta la muerte, a través de cualquier cambio de ley y costumbres de los medios de prueba empleados cuando ha nacido; esto demostraría que el derecho subjetivo es cosa inviolable o indefectible, aislada de las condiciones del tiem-

po, mientras, por el contrario, si de una parte es verdad que su suerte está íntimamente ligada a la de la sociedad en que vive, por otra la prescripción demuestra que el tiempo puede proporcionarle cualquier otro perjuicio que el de privarlo—tal vez solo temporalmente—de la prueba.

Esto sentado, no puede reprobarse la doctrina que seguimos culpándola de olvidar las atenciones debidas a la voluntad de las partes, las cuales, dícese, tienen presentes los medios de prueba admitidos por la ley del tiempo en que dan vida a relaciones jurídicas. Prescindiendo de considerar que esta objeción no puede referirse a las relaciones nacidas de *hechos jurídicos* diferentes de los *negocios jurídicos*, prescindiendo del hecho de que en la grandísima mayoría de los casos las personas que realizan negocios nada se preocupan de su prueba y mucho menos de las leyes sobre la prueba, que ordinariamente ignoran, la cuestión estriba precisamente en saber si las partes que piensan en las normas concernientes a la prueba deban considerarlas como normas inmutables del negocio que realizan o como la expresión de condiciones sociales extrínsecas al negocio y sujetas a cambios.

Además, la manera más frecuentemente adoptada por las partes para expresar su preocupación respecto de la prueba es la redacción de un escrito; pero a esto no llegan en consideración de la ley del tiempo y de la futura, sino de las ventajas propias de la ley escrita en relación con el valor del negocio y de la probable duración de sus efectos. ¡Si prescinden del escrito no es porque piensen que en caso de litigio la ley admita la prueba testifical sino porque piensan evidentemente en la posibilidad del pleito!

No es, pues, lícito argumentar contra el art. 10, párrf. 2.º, disp. prel. Cód. civ. («Los medios de prueba de las obligaciones los determina la ley DEL LUGAR en que el hecho fué realizado»). Ya se ha observado antes que a la aplicación analógica de las normas de derecho internacional en el campo del derecho transitorio opónese la diversa naturaleza de las consideraciones o referencias en que se inspiran ambos órdenes de normas (1). Pero en

(1) El juez extranjero exigiendo un acto en el reino, puede pedir que sea cumplido con las formas de la *ley extranjera* (Convenio de La Haya acerca de procedimiento, art. 10). He ahí una norma inspirada en la consideración de la autoridad judicial y al proceso extranjero, no solamente

realidad el art. 10, sirve más bien para confirmar que para contradecir nuestra doctrina. En efecto, el art. 10 no dice que las pruebas de la obligación están reguladas por la ley de la obligación, sino por la ley *del lugar* donde el acto se ha realizado, que puede no coincidir con la ley de la obligación. Es precisamente el artículo 10 el que distingue la ley de la prueba y la ley de la obligación. Y las normas de la prueba derivan de la ley del lugar donde fué verificado el acto, porque este lugar es aquel que suele proporcionar las pruebas del acto; por eso es justo que sean reguladas por la ley que expresa las condiciones sociales del lugar del cual se derivan las pruebas.

Ni aún puede argumentarse con el art. 1.º del Real decreto de 30 de Noviembre de 1865 (Disp. trans. para el Cód. de proc. civil) que dispone que «los actos y las pruebas ya comenzados con arreglo a las formas anteriormente prescritas podrán verificarse con arreglo a las mismas formas»; porque esta norma dictada para la actuación del Cód. de proc. civil, no podía referirse más que a las normas contenidas en éste, y además aquella no tiene otro fin que el de regular, desde el punto de vista formal los *juicios pendientes*, ni se refiere en algún modo a la admisibilidad de las pruebas (1).

Más bien precisase considerar que no todas las normas que se refieren a las pruebas son normas *sobre las pruebas*, pertenecientes a la ley procesal. Esto explica porque los mantenedores de doctrinas opuestas llegan en algunos casos a los mismos resultados prácticos. A veces la documentación escrita de un acto es considerada por la ley tan esencial que hace de ella una condición de validez del acto (escritura pedida *ad substantiam* o *ad solemnitatem*); en este caso la norma relativa a la prueba (nuestro ar-

te a las partes que en él litigan, y evidentemente contraria al principio de la autonomía de la acción que, por el contrario, aplícase rigurosamente por esta consideración en el derecho transitorio.

(1) Análogamente el art. 18 del mismo Real decreto es extraño al asunto, porque mientras extiende el principio de la libertad de nuevas pruebas en apelación (art. 490, Cód. proc. civ.) a los juicios de apelación pendientes en Lombardía y regulados por el principio opuesto del (viejo) reglamento austriaco (§ 323 del texto italiano) exceptúa «los efectos jurídicos de las pruebas ya realizadas conforme a la legislación antigua.

título 1314 del Código civil figura entre las normas relativas a la prueba) no se dirige a regular la formación del convencimiento del juez sino la existencia del acto jurídico; es, pues, norma de derecho sustancial a la cual se aplica el principio *tempus regit actum*. Análogamente en la mayor parte de los casos las normas concernientes a las pruebas dictadas en vista de *particulares relaciones jurídicas* son normas de derecho sustancial porque nacen de razones substanciales, por ejemplo, del deseo de facilitar o salvaguardar las condiciones de particulares relaciones o negocios jurídicos. Conviene, pues, en todo caso investigar la razón de la norma relativa a la prueba. La norma *general* que limita la prueba testifical de las *convenciones* (art. 1341, Código civil), es sin duda una norma procesal porque está determinada por razones evidentemente procesales como el temor de que la convicción del juez pueda falsearse, dada la poca credibilidad del hecho que las partes (en tiempos en que el uso de la escritura está tan difundido) lleguen a convenciones de cierto valor apoyándose únicamente en la prueba testifical, y la poca idoneidad de los testigos para repetir las fórmulas de una convención ocurrida tal vez mucho tiempo antes (1). Pero la norma *especial* que limita la prueba testifical de la maternidad (art. 190, Código civil), no es procesal porque no se inspira en el temor de que en este caso la prueba de testigos sea *más* falaz que en los otros casos sino en el temor de la *particular gravedad* de las consecuencias que tendría *en este caso* para la mujer o para la sociedad un testimonio contrario a la verdad. De aquí que esta norma no se aplique a los hijos nacidos o concebidos antes de su actuación (art. 7.º de las disposiciones transitorias 1865; art. 6.º de las de 1871); porque esta solicitud para la mujer y para la sociedad mira únicamente al futuro. Y lo mismo debe considerarse para la norma del art. 174 Código

(1) El art. 154 de la ordenanza de Moulins (1566), de la cual deriva nuestro art. 1341 a través del 1341 del Código francés y el art. 2.º, título XX de la ordenanza 1667, fué determinado por otra razón pero también estrictamente procesal; la necesidad de concluir con las interminables dilaciones de la encuesta testifical del antiguo proceso francés. Véase CHIOVENDA, *Le norme sulla prova rispetto alla loro efficacia nel tempo*, cit, y los que en ella se citan.

civil sobre prueba del estado legítimo aunque a este respecto nada dicen las disposiciones transitorias (1).

De la misma naturaleza son las normas que contienen *præsumptiones juris*, las cuales aunque relativas a la carga de la prueba (art. 1352 Cód. civ.) no tienen naturaleza procesal porque no se encaminan a mantener la igualdad de las partes repartiendo entre ellas, en general, la carga de la prueba según el principio de la normalidad, de la mayor facilidad de la prueba, etc., etc., § 55), sino que—inspirándose también de ordinario en lo que comúnmente ocurre—establecen qué hechos deben considerarse en determinadas relaciones jurídicas como constitutivos o impeditivos, *salvo prueba en contrario*, con el fin no tanto de ajustar a la verdad la convicción del juez como de facilitar ciertas condiciones jurídicas (de hijo, de propietario, de poseedor, de acreedor, etc.). Aquellas pertenecen pues al derecho substancial (2).

En cuanto a los procesos *terminados* bajo la ley precedente es cierto que no están influidos por el derecho nuevo; los efectos por ellos producidos quedan firmes aunque tengan relaciones con actos aún no cumplidos. La cosa juzgada permanece, aunque en el juicio hayan sido usados medios de prueba que la ley nueva no admite: porque la cosa juzgada por su misma naturaleza impide el análisis de su formación. Lo que se ha logrado en virtud de medios ejecutivos, que la ley nueva ya no reconoce, no se debe restituir, porque el inconveniente que la ley nueva quiere reparar no

(1) Véase CHIOVENDA, Ob. cit. en la nota precedente y decisiones en ella mencionadas. La Casación de Roma estima inaplicable el art. 174 a la reclamación de estado legítimo por parte de quien ha nacido en el Lombardoveneto bajo el imperio de la ley austriaca que admite sin límites la prueba testifical: parte aquella de la afirmación de que las leyes sobre pruebas no se aplican a la prueba de derechos nacidos bajo la ley precedente. Al mismo resultado llegamos nosotros partiendo de la afirmación opuesta, pero negando que en tal caso se trate de ley *sobre la prueba*.

(2) WACH, pág. 127; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, pág. 247. Por esto estamos conformes con SIMONCELLI, *La restituzione delle scorte* etcétera, cit. en cuanto considera aplicable la presunción contenida en el Estatuto de Milán a los juicios actuales concernientes a colonatos milaneses antiguos; pero, como en el caso de la nota precedente, partimos de premisas opuestas.

es el de que el acreedor consiga lo suyo sino que lo consiga mediante el uso de ciertos medios y el uso de estos en tiempo pasado es un inconveniente irreparable.

En cambio es difícil la cuestión por lo que se refiere a los procesos que se encuentran *pendientes* en el momento en que se pone en vigor la ley nueva. Teóricamente son posibles dos soluciones extremas: aplicar la ley antigua hasta el término del proceso (solución sugerida por el deseo de evitar perturbaciones y complicaciones); o aplicar la nueva a los actos sucesivos (aplicación rigurosa de la autonomía de la acción). Una solución intermedia puede encontrarse en la división del pleito en períodos, de suerte que hasta el término de un período se aplique la ley antigua y después la nueva. Deben respetarse en todo caso los actos ya realizados: en cuanto a los no cumplidos, normalmente se aplicará la ley nueva, siempre que la ley no provea a este extremo. Pero la cuestión suele estar resuelta por el derecho positivo (disposiciones transitorias) ya de una manera ya de otra, según la naturaleza de los actos y de las innovaciones. El R. D. 30 Noviembre 1865 ha prescrito la aplicación inmediata de las leyes nuevas en cuanto a los presupuestos procesales (representación obligatoria, competencia; pero en cuanto a esta ha sustraído al juez inferior los pleitos devenidos de competencia del superior, no viceversa (1), y en cuanto al procedimiento (art. 1.º y 2.º) ha mantenido en vigor las leyes precedentes para los medios de impugnación contra las sentencias *ya pronunciadas*, para los juicios arbitrales, para los juicios de cesión de bienes, para las ejecuciones ya emprendidas (arts. 3.º, 5.º, 6.º y 9.º), ha adoptado la división en períodos para los juicios de graduación y de concurso (art. 11) etc. Así el R. D. 31 Agosto 1901, ha seguido en parte el sistema de la división en períodos (art. 56); en parte el de la aplicación inmediata (art. 57). El R. D. 19 Diciembre de 1901 (art. 15) estableció que hasta la sentencia definitiva la defensa en las preturas pudiese ser continuada por la persona a quien se había confiado aunque carezca de los requisitos exigidos por la ley 7 Julio 1901.

Entre los efectos de los actos ya realizados que permanecen in-

(1) Otras leyes por el contrario han respetado para los pleitos pendientes también la competencia del juez inferior; véanse las disp. trans. para el Cód. estense (art. 2).

variables debe comprenderse el derecho del procurador a los honorarios que le son debidos. A los actos ya terminados no es aplicable la tarifa nueva (1).

V. *Eficacia de la ley procesal en el espacio* (2). Como ley reguladora de las actividades procesales, la procesal tiene una aplicación limitada *al territorio* del Estado donde aquellas actividades se desarrollan (y de sus colonias si no están regidas por leyes especiales). Nuestra ley admite incondicionalmente a los extranjeros obrando en Italia (Cód. civ. art. 3), pero ante las autoridades italianas se procede según la ley procesal italiana aunque los litigantes sean extranjeros (*Lex Fori*, Cód. civ. disp. prel. artículo 10). Para la capacidad de las partes (art. 6.º disp. prel. Código civ. referido implícitamente por el art. 36 Cód. proc. civ.) tiénesse en cuenta su ley nacional, el *jus postulandi*, por el contrario, se regula según la *lex fori*; el extranjero podrá comparecer en juicio ante el tribunal aun antes de los 21 años si por su ley alcanza antes la mayor edad, pero deberá ser representado por procurador aunque su ley procesal no lo exija. La competencia y las formas de los procedimientos régulanse por la ley italiana (disps. prels. Cód. civ. art. 10). Análogamente los derechos y deberes de las partes y lo mismo la carga de la prueba (3).

A este principio general pueden oponerse excepciones. Así el art. 10 antes citado dispone que los «*medios de prueba* de las obligaciones se determinan por las leyes *del lugar en que el hecho fué realizado*»; y ya se ha explicado antes la razón de esta norma. Entiéndese que la ley del lugar donde el hecho se realizó

(1) Así decidieron las Cortes de apelación de Nápoles y de Florencia respecto de la nueva tarifa 7 Julio 1901. Lo contrario ha resuelto la Corte de apelación de Palermo 16 Septiembre 1905 (*Foro italiano*, 1905 página 1472).

(2) FEDOZZI. *Il diritto processuale civile internazionale*, Bolonia 1905, vol. I; WACH, I, pág. 219 y sigtes.; GIERKE. *Deutsches Privatrecht* I, página 247; VON BAR, *Intern. Privatrecht*, II §§ 388-474; SCHMIDT, 2.ª ed., § 23; MENGER, *Sistema*, págs. 128-187; POLLAK, I, pág. 113; MEILI, *Das internationale Zivilprozessrecht*, 3 vol. Zurich, 1904-1906.

(3) WACH, I pág. 125 y sigs. En contra, estimando la carga de la prueba sometida a la ley sustancial GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I pág. 247.

(lex loci actus) se aplica en cuanto sea ley *procesal*; pero si la ley de la obligación (que como ya se ha observado puede no coincidir con la ley del lugar donde el hecho fué realizado) contuviese normas relativas a la prueba, si bien determinadas por razones no procesales, estas encontrarán aplicación; así debe entenderse para las *praesumptiones juris*. De aquí que pueda suceder que frente a la ley de la relación sustancial se encuentren dos leyes procesales diversas, la del lugar en que se tramita el proceso y la del lugar donde el hecho fué realizado. Además según el art. 14 de la Convención Internacional de La Haya al ejecutar el juez un acto por rogatoria del juez extranjero puede, si se le pide, seguir las formas procesales extranjeras siempre que no estén *prohibidas* por la ley del Estado. Así también en muchos casos el derecho procesal se funda en la ley extranjera, como ocurre en las leyes sobre capacidad de las partes (art. 6 citado). En cuanto a la ley reguladora de la relación discutida (*lex rei*) puede ser italiana o extranjera. En estos casos la ley extranjera recíbese como ley interior en virtud de la norma que impone su aplicación al juez (§§ 13. III 81). Es afín al principio que se refiere a la eficacia de la ley procesal en el tiempo, el principio según el cual el Estado regula él solo el problema de la actuación de la ley en el interior; y por consecuencia no concede otras formas de actuación de la ley que los reconocidos por sus leyes. Así en Italia no podría pedirse la quiebra de un extranjero no comerciante, ni la detención del deudor sospechoso de fuga (Convención de La Haya, art. 24). Pero por otra parte el Estado permite a los extranjeros pedir la actuación de la ley en todas las formas que él reconoce, aunque no sean reconocidas en el extranjero. Así ocurre con el embargo conservador (1). Lo mismo con la ejecución (Cód. civ. disp. prels. artículo 10, último párr.). Y también las *condiciones* del derecho de pedir la ejecución hállanse reguladas por la ley interior: por ejemplo nuestra ley admite la ejecución forzosa basada en una simple letra de cambio; esto sirve también para las letras expedidas en el

(1) En contra apelación de Lucca, 20 Diciembre 1907 (en la *Rivista de Dir. internaz.* 1908, pág. 181, con nota de ANZILOTTI, conforme con el texto).

extranjero, aunque la ley extranjera no reconozca la letra de cambio como título ejecutivo (1).

En cuanto a los actos procesales cumplidos en el extranjero, sus condiciones, su forma, su efecto están regulados por la ley del lugar (*locus regit actum*). Pero si deben desarrollar estos efectos en el interior en un proceso pendiente en el interior, los efectos son regulados por la *lex fori*. Así un contrato procesal extranjero (por ejemplo, un *pactum de foro prorogando*) no puede tener influencia en un proceso italiano sino según la ley italiana: una citación hecha en el extranjero para comparecer en Italia produce únicamente los efectos previstos por la ley italiana. Los efectos que la existencia de una relación procesal en un Estado, y el acto de la autoridad que la define, pueden desarrollar en los demás Estados, implican una cuestión resuelta de modo distinto por cada legislación en particular y de la cual nos ocuparemos más adelante (§ § 13, III, 38 y 81).

VI. *Interpretación de la ley procesal* (2).—Nuestro Código de procedimiento no tiene normas especiales para la interpretación; aplicándose las generales contenidas en el Código civil (artículos 3 y 4 disps. prels.) (3). También en esta materia frecuentemente es preciso hacer uso de la analogía. Conviene observar que en el cuadro general de la interpretación a cada ley corresponde

(1) WACH. *Feststellungsanspruch*, pág. 17. Entiéndese comunmente lo contrario considerando el derecho a la ejecución como un efecto de la obligación regulado por tanto por la *lex rei* (art. 9 disps. prels.) Pero la ejecutoriedad está concedida inmediatamente por la ley sin ninguna consideración a la voluntad de las partes. Y no puede argumentarse en contrario con la norma de derecho transitorio que excluye la eficacia ejecutiva de las letras de cambio emitidas bajo la precedente (disp. trans. del Cód. de Com. art. 9) puesto que la razón especial de esta derogación de los principios (antes pág. 142) no tiene lugar en el derecho internacional privado; también las letras de cambio extranjeras, en cuanto circulan en el Estado, cumplen la función de la letra de cambio que la ley ha querido favorecer. Más adelante § 10 III.

(2) MENGES, *Sistema*, páginas 106-126; ROCCO, *L'interpretazione delle leggi processuali*, en el *Archivio giuridico*, 1906.

(3) Conéctese WEISMANN, *loc. cit.* 22; HELLWIG, II; página 174.

una posición especial, según su naturaleza. Así ocurre a la ley procesal. Entre las instituciones jurídicas el proceso civil es el organismo más delicado: como medio de atribuir los bienes de la vida mediante la actuación de la ley ocupa un lugar medio entre las instituciones de derecho privado y las de derecho público; y como es una relación tan compleja que en ella vive tanto la parte jurídica como la política y social, los cambios más leves de las condiciones morales, políticas y sociales del tiempo (de la época), refléjanse en su funcionamiento. Por ejemplo, cuanto más domina en las relaciones sociales la corrección y la buena fe, cuanto más reina en las relaciones políticas la confianza entre los ciudadanos y los poderes públicos, cuanto más difundida está la costumbre de mirar la substancia de las cosas y menos difundido el espíritu del formalismo tanto más los pleitos podrán proceder expeditos y necesitarán menos garantías formales. Esto hace más fácil que en cualquier otro campo la desarmonía entre una norma y las necesidades de la práctica, porque formas creadas para un cierto momento no son adaptables a otro, mientras que las clases forenses en cuanto al tecnicismo procesal son eminentemente conservadoras. De aquí se deriva la especial importancia de la interpretación histórica de la ley procesal (1). Existen normas procesales que perdieron toda razón de ser histórica y no por esto el intérprete puede rechazar su aplicación, sino que debe señalarlas al legislador para las reformas oportunas. Otras normas pueden responder aún a las condiciones actuales pero entiéndense hoy de distintamente, que en épocas pasadas, no en cuanto a su contenido (esto equivaldría a modificarlas) sino en cuanto a los fines a que tienden; y esto puede influir en los límites y formas de su aplicación y además nos advierte y precave en el uso de la doctrina antigua. Tal ocurre en muchas normas sobre la competencia. Existen, finalmente, normas que literalmente entendidas son contrarias, no tanto a las condiciones cambiadas sino al mismo sistema de la ley que ya se ha adaptado a los cambios ocurridos y en este caso la interpretación

(1) CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, páginas 198, 304 y siguientes. *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, en la *Rivista giuridica e sociale*, 1907, reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale*, 1912, pág. 95 y siguientes; ROCCO, loc. cit., número 17.

lógica puede también corregir la expresión material de la ley. Esta facultad no puede usarse sino en casos excepcionales y con mucho tino. La mejor garantía contra las libertades de las interpretaciones subjetivas es la regla según la que, en general, ante el conflicto simple entre la letra y el espíritu de la ley, debe prevalecer aquella.

Una exigencia especial de la ley procesal sería la *unidad* de su interpretación: la incertidumbre y la mutabilidad es este campo tiene las desventajas y carece de las ventajas que en otros campos puede tener. Por esto se comprende que muchas leyes procesales en caso de duda en la norma que deba seguirse remitiesen al juez a la decisión del Príncipe o de un supremo tribunal que debería estimarse a veces en lo futuro como declaración auténtica de la ley (1). Este sistema está hoy condenado pero júzgase de muy diferente manera por lo que respecta al derecho sustancial o al procesal, puesto que la relación procesal es una relación en movimiento, no es *objeto del juicio*; respecto a ella el juez es *órgano activo*, no juez (§ 78).

En la interpretación de la ley procesal desempeña la doctrina un importante papel: hay materias en que la ley no puede dar criterios al juez, porque dictar normas generales es tan difícil como descender a los particulares. Así los criterios para el reparto de la carga de la prueba están determinados en gran parte por la doctrina (2). La doctrina elevase en estos casos a los principios generales. Todas las leyes procesales modernas infórmanse o tratan de informarse en algunos principios fundamentales. P. S. MANCINI formulaba así los cuatro principales (3).

I. El principio *lógico* del proceso está representado por esta fórmula: *Selección de los medios más seguros y expeditos para buscar y descubrir la verdad y evitar el error.*

II. El principio *jurídico* tiende a proporcionar a los litigantes la igualdad en la contienda y la justicia en la decisión.

III. El principio *político* propónese introducir en el proceso

(1) Reglamento general austriaco, texto italiano del 1785, § 451; Cód. de Barbacobi §§ 4 y 5; Reglamento judicial parmense de 1804, art. IV, disp. prel.

(2) En el proyecto de Código civil germánico pensóse en adoptar criterios generales, pero después han sido abandonados.

(3) *Comentario al Código sardo*, vol. II, pág. 10.

la máxima garantía social de los derechos con el menor sacrificio individual de libertad.

IV. Por último, el principio *económico* exige que los pleitos no sean materia de graves impuestos, ni que por su extensión y por los gastos sean accesibles únicamente a algunos ciudadanos privilegiados por la riqueza.»

Pero puede añadirse a éstos un principio más general que no es sino la aplicación del principio del *mínimo medio* a la actividad jurisdiccional y no solamente en el proceso particular sino también en cuanto a otros procesos en su recíproca relación: *conviene obtener el resultado máximo en la actuación de la ley con el menor empleo posible de actividad jurisdiccional* (principio de la *economía de los juicios*).

APÉNDICE AL § 4

Referencias al derecho español.

El capítulo que precede tiene por contenido una de las doctrinas más interesantes de la ciencia procesal civil. Al adaptar las referencias legales al derecho español nos fijaremos con atención más concreta en los *contratos procesales*, sin perjuicio de aludir con notas de nuestros Códigos a las cuestiones que principalmente estudia en el capítulo el Prof. Chiovenda.

CONTRATOS PROCESALES.—La ley de enjuiciamiento civil consagra un título—es el V del lib. II—a los *juicios de árbitros y de amigables componedores*, respetando la distinción ya expresada con claridad en las Partidas, entre *árbitros de derecho y arbitra-dores o amigables componedores* (ley 23, tít. IV. Part. 3.^ª). Y esta es la única fundamental diferencia que separa ambas clases de juicios. Las demás, que de ordinario se citan, son, como veremos distinciones de procedimiento.

a) *Cuestiones que pueden ser objeto de estos juicios.* Es fundamental la doctrina del art. 487. Toda contestación entre partes, antes o después de deducida en juicio, y cualesquiera que sea su estado, puede someterse al juicio arbitral o al de amigables componedores por voluntad de todos los interesados, con las únicas excepciones de las demandas relativas a derechos políticos u honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas; y las cuestiones en que deben intervenir el Ministerio fiscal o la Abogacía del Estado (V. también el art. 1821 en relación con los 1810 a 1812 del Código civil).

b) *Partes.* Solo pueden valerse de este procedimiento las personas que tengan aptitud legal para contraer el compromiso (artículo 487).

c) *Jueces: capacidad, número.* El juicio *arbitral* exige en los jueces la calidad de letrados, mayores de 25 años, que estén en

pleno ejercicio de los derechos civiles. En el juicio de *amigables componedores*, basta para ser juez la mayoría de edad, el pleno goce de los derechos civiles y saber leer y escribir.

En ambos juicios el número de los jueces será siempre impar y si las partes conviniesen que sea *uno solo*, lo elegirán de común acuerdo.

También mediará acuerdo para la elección de todos o por lo menos del tercero, si se conviniere en que sean tres o cinco, de cuyo número no podrá pasarse; los interesados no podrán conferir a una tercera persona la facultad de hacer la elección de ninguno de los árbitros, y aún sería nulo conforme tiene establecido el Trib. Sup. (Sent. 17 Mayo 1904) el pacto en que se dejase a *una de las partes* la designación del tercero.

d) *Contrato*. El compromiso para el juicio *arbitral* se formalizará en escritura pública que habrá de contener bajo pena de nulidad los nombres, profesión y domicilios de los que la otorguen y de los árbitros, la designación del negocio que se someta al fallo arbitral, el plazo en que los árbitros han de pronunciar la sentencia, la estipulación de una multa, que habrá de pagar la parte que deje de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso, y de otra, que pagará el que se alce del fallo al que se conforme con él para ser oído, la designación del lugar en que habrá de seguirse el juicio y la fecha del otorgamiento del compromiso.

En el juicio de *amigables componedores* el compromiso contendrá de las circunstancias anteriormente relacionadas las referentes a las partes, jueces, objeto, plazo y fecha del otorgamiento.

El compromiso, en ambos juicios, cesa en sus efectos por la voluntad unánime de los que lo contrajeron y por el transcurso del término señalado en el compromiso, o de la prórroga, cuando haya tenido lugar.

Si falleciesen los árbitros o alguno de ellos, los interesados se pondrán de acuerdo para reemplazarlos en la forma designada para su nombramiento, a no ser que convengan en que dicten el fallo los que queden.

e) *Procedimiento*.—*Juicio arbitral*. Las actuaciones se verificarán ante el Secretario del juzgado de primera instancia, elegido por los árbitros, si no lo hubiesen designado los interesados de común acuerdo.

Los árbitros fijarán a los interesados un plazo, que no podrá exceder de la cuarta parte del marcado en la escritura, para formular sus pretensiones y presentar los documentos en que las apoyen. Si alguno no lo hiciere continuará el juicio en su rebeldía, sin perjuicio de exigirle la multa estipulada por haber dejado de cumplir con los actos indispensables, para la realización del compromiso. En cualquier estado del juicio en que comparezca el rebelde será oído, pero sin que en ningún caso pueda retroceder la sustanciación del pleito.

Las pretensiones y documentos que se presentaren, se comunicarán mutuamente a las partes por medio de las copias que han de acompañarse, concediéndoles para impugnarlas un término que no podrá exceder de la cuarta parte del señalado para formularlas.

Dentro de este término, cada interesado podrá impugnar las pretensiones del contrario y presentar los documentos que creyere necesarios al efecto. En estos escritos manifestarán si estiman o no necesario el recibimiento a prueba.

Transcurridos aquellos términos, se recibirá el pleito a prueba si lo hubiesen solicitado ambas partes, o si no hubiere conformidad entre ellas sobre hechos de directa y conocida influencia en las cuestiones objeto del pleito; y aunque ninguna de las partes hubiese pedido el recibimiento a prueba, los árbitros podrán acordarlo, determinando los hechos a que deba contraerse.

El término de prueba no excederá de la cuarta parte del señalado en el compromiso. Será común para proponerla y practicarla.

Concluido el término de prueba y unidas a los autos las practicadas, los árbitros citarán a las partes para sentencia; y antes de pronunciarla podrán oírlas o a sus letrados, si lo creen necesario o aquellas lo solicitan.

También podrán los árbitros, antes de fallar, acordar para mejor proveer la práctica de cualquiera de las diligencias que autoriza el art. 340 de la ley a los jueces y tribunales en caso análogo.

La sentencia se pronunciará dentro del plazo que reste por correr del señalado en el compromiso, o de su prórroga, si se hubiere otorgado. Se dictará con las solemnidades prevenidas para las de los juicios ordinarios. El voto de la mayoría absoluta hará sentencia cuando sean más de uno los árbitros. Si no hubiere mayoría

de votos conformes, se extenderá en los autos el voto de cada árbitro en forma de sentencia, y los puntos en que discordaren se someterán a la resolución del juez de primera instancia del partido, y será sentencia lo que éste acordare, fuere o no conforme con el voto de cualquiera de los árbitros.

La sentencia será apelable en ambos efectos para ante la Audiencia del distrito. Pero al interponer la apelación, o dentro de los tres días siguientes deberá el apelante acreditar que ha satisfecho a la parte que se hubiere conformado con el fallo, la multa estipulada, o consignarla en la Secretaría para que le sea entregada.

Si las dos partes apelan, ninguna pagará la multa; y si el apelado después de haberla recibido, se adhiriere a la apelación en el Tribunal Superior, la devolverá al apelante con el interés legal.

Contra las providencias dictadas por los árbitros durante la substanciación del juicio no se dará otro recurso que el de reposición. Si ésta fuere desestimada, y la reclamación versare sobre defectos en la forma del compromiso o en los procedimientos, que puedan afectar a la validez del juicio, podrá interponerse el recurso de nulidad juntamente con el de apelación de la sentencia.

La substanciación de estas apelaciones se acomodará a las reglas establecidas para las de sentencias definitivas en juicios de mayor cuantía.

Contra la Sentencia de la Audiencia se dará el recurso de casación en los casos y en la forma en que procede en dichos juicios.

Los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los demás jueces.

Juicio de amigables componedores.—Su procedimiento distinguiese del que acabamos de exponer:

1.º Los amigables componedores decidirán las cuestiones sometidas a su fallo, *sin sujeción a formas legales* y según su leal saber y entender.

2.º Para que haya sentencia se necesitará mayoría absoluta de votos, y no habiéndola quedará sin efecto el compromiso.

3.º La sentencia se dictará precisamente ante Notario, el cual la notificará a los interesados entregándoles copia autorizada de ella, en la que expresará la fecha de la notificación y entrega, circunstancia que acreditará además a continuación de la sentencia original, por diligencia que firmarán los interesados.

4.º Contra las sentencias de amigables componedores no se

dará otro recurso que el de casación por los motivos y en el tiempo y forma establecidos en la ley.

5.º Los amigables componedores no podrán ser recusados sino por causa posterior al compromiso, o que se ignorase al celebrarlo.

Sólo podrán estimarse como causas legales para dicha recusación: tener interés en el asunto que sea objeto del juicio o enemistad manifiesta con alguno de los interesados.

La ejecución de la sentencia de los amigables componedores se pedirá al Juez acompañando testimonio de la escritura de compromiso y de la sentencia, librados por el Notario autorizante; y aquel la decretará si se pidiere después de transcurridos los veinte días que la ley concede para interponer el recurso de casación; pero si el condenado por ella acreditare haber sido interpuesto y admitido dicho recurso a su instancia, dejará el juez sin efecto todo lo actuado, imponiendo las costas al que instare la ejecución, a no ser que éste diere fianza bastante a satisfacción del Juez, para responder de lo que hubiere recibido y de las costas, en el caso de que llegara a declararse la casación.

OTRAS REFERENCIAS (1).—Ley de enjuiciamiento civil, arts. 306 y siguientes (términos judiciales), 54 (competencia), 56 y siguientes (idem), 647 y Ley 24 Noviembre 1910 (juramento), 279 (nulidad de diligencias), 1429 (título ejecutivo).

Además; disposición final de la misma ley; R. D. 3 febrero 1881. Título preliminar del Código civil y disposiciones transitorias del mismo.

(1) Nos ocupamos solamente del arbitraje regulado en la ley de Enjuiciamiento. En diversas leyes especiales—sob e todo del trabajo—repíten-se los casos de *arbitrajes* de concepción más o menos pura. V. nuestra monografía *La jurisdicción del trabajo*—Madrid—1920 y los allí citados.

SEGUNDA PARTE

La actuación de la ley en el proceso civil. Sus formas y condiciones (Condiciones de la acción).

§ 5.

La actuación de la ley en favor del actor.

I. Sentencia estimatoria de la demanda.

I. *Concepto de la sentencia* (1).—Hemos visto (págs. 103, 113 y 116) que bajo el nombre de *sentencia* compréndense resoluciones judiciales substancialmente diversas entre sí. En este lugar nos ocupamos únicamente de la sentencia que resuelve sobre el *fondo* de la demanda. Recordando cuanto hemos dicho acerca de la acción y del destino del proceso podemos dar un concepto elemental de la sentencia de fondo, común a sus diversas formas: La *sentencia de fondo es la resolución del juez que estima o rechaza la demanda del actor dirigida a obtener la declaración de la existencia de una voluntad de ley que le garantice un bien, o de la inexistencia de una voluntad de ley que lo garantice al demandado.*

(1) KISCK, *Beiträge zur Urteilslehre* (Contribución a la teoría de la sentencia), Leipzig, 1903; ROCCO, *Sentenza civile*, cit.; MORTARA, *Comin.* II, número 415 y siguientes; IV, número 32 y siguientes, MATTIROLO, *Trattato*, IV, número 1 y siguientes; SCHMIDT, 2.^a ed. pág. 727; KLEINFELLER, § 66; WEISMANN, I, § 54 y siguientes.

Estimar la demanda del actor significa, pues, actuar la ley en favor del actor de un modo positivo o negativo según los casos o sea *afirmando la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al actor o negando la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al demandado*. Y análogamente *rechazar* la demanda, significa actuar la ley de un modo negativo o positivo según los casos, *negando la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al actor o afirmando la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al demandado*. Nos ocuparemos antes de la sentencia que *estima* la demanda del actor y de sus condiciones. Establezcamos algunos principios generales que se refieren, especialmente, a la forma más común de sentencia favorable al actor, a la que tiene un contenido *positivo*.

II. *Correspondencia entre la demanda judicial y la sentencia* (1).—Trataremos ante todo de la demanda judicial como acto

(1) La materia aquí estudiada llévase ordinariamente al campo del derecho substancial (parte general del derecho civil), véase WINDSCHEID, § 123 y siguientes, y las notas de FADDA y BENSA a dichos §§; CROME, *Parte generale del diritto privato francese*, § 46, y allí las notas de ASCOLI y CAMMEO. El tema ha sido, sin embargo, objeto de notables tratados especiales: BUCHKA, *Die lehre von Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss (La teoría de la influencia del proceso en la relación jurídica substancial)*, Rostock, 1846, 1847; ROSSHIRT, *Zur Lehre von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht (Teoría de los efectos del proceso en derecho substancial)*, Heidelberg, 1848; KOHLER, *Prozesshandlungen mit Civilrechtswirkung (Actos procesales con efectos de derecho civil)*, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, vol. 29. p. 1 y siguientes. Deben verse además en general las obras de derecho romano acerca de la *litis contestatio* y la *consumación procesal* (SAVIGNY, KELLER, BEKKER, WLASSAK, etc.) En los tratados de derecho procesal esta materia encuentra lugar más o menos ampliamente en el desenvolvimiento del proceso, y según los diferentes procesos y los diversos sistemas de tramitación o bajo el tema «efectos substanciales del acto de citación» (MORTARA, *Comm*, III, número 227 y siguientes; SIMONCELLI, *Lezioni*, cit. pág. 515 y siguientes), o bajo el tema «efectos del primer decreto» (BAYER §. 174), «efectos de la *litis contestatio*» WETZEL, pág. 123 y siguientes), «efectos de la litispendencia» SCHMIDT, 2.^a ed. § 69, página 413; WEISMANN, I, § 88).

constitutivo de la relación procesal sin consideración del hecho de que sea fundada o infundada (véanse §§ 41 y 42). Aquí hablamos de la demanda judicial *fundada* o sea como acto de ejercicio de una acción que efectivamente corresponde (*spettante*). Como tal es la *declaración de voluntad del actor de que sea actuada en favor suyo la ley* (véase pág. 75), y puesto que, y en cuanto esto se da con la sentencia, la demanda y la sentencia hállanse en una relación estrecha, las condiciones de la sentencia favorables al actor y las condiciones de la acción (como exactamente se les llama en nuestra doctrina) son lo mismo.

Pero todavía hay más. Esta relación entre la demanda y la sentencia origina una serie de fenómenos que comúnmente se llaman *efectos substanciales de la demanda judicial*, y más propiamente *efectos del proceso*. Suele hablarse también de influencia del proceso *en el derecho substancial*. Pero conviene tener presente que la relación entre el derecho y el proceso moderno difiere mucho de la que existía en los derechos antiguos. En el derecho romano clásico, la constitución del juicio mediante la *litis contestatio* tiene este efecto en gran número de relaciones: la relación originaria se desvanece, *se consuma* y se sustituye por un derecho nuevo que se identifica con el proceso y hace independientes sus destinos (principio de la *consumación procesal*). Aún terminando el pleito sin una decisión de fondo, la acción originaria no podía reproducirse (*de eadem re ne bis sit actio*). Un principio análogo presenta el antiguo proceso germánico.

En cambio hoy observamos una perfecta separación entre el derecho como espectación de un bien y el *proceso* como medio de conseguirlo independientemente de la voluntad del adversario. La vida del primero permanece *inmutable* mientras pende el segundo. Por esto no es rigurosamente exacto hablar de la influencia del proceso en el derecho.

Los efectos procesales de que hablamos se reconducen al siguiente principio, que pertenece al derecho procesal, porque está determinado por razones procesales aunque manifieste sus efectos en el campo del derecho substancial (1). La acción es un poder

(1) No es este caso el único. Análogamente es procesal el principio que deja a salvo los derechos de los terceros en caso de reforma extraordinaria de la sentencia (*revocación*): véase § 82, VII.

jurídico del particular contra el particular, pero derivado del Estado y fundado en la posibilidad de una actividad del Estado. La demanda judicial contiene pues: *a)* la declaración de voluntad de que sea actuada la ley; *b)* la invocación de la actividad del Estado. Esta actividad, para obrar la actuación de la ley precisa un cierto período de tiempo; pero la demanda judicial, como declaración de la voluntad de que sea actuada la ley, en si misma agota ya el poder jurídico de producir la actuación de la ley, contiene ya potencialmente la actuación de la ley. Por consecuencia: *la sentencia que admite la demanda debe actuar la ley como si esto ocurriese en el momento de la demanda judicial; la duración del proceso no debe obrar en detrimento del actor* (1).

Nuestro derecho positivo contiene numerosas aplicaciones de este principio: algunas nos presentan una relación no solamente entre la demanda judicial y la *sentencia*, sino entre la demanda y otros actos de actuación de la ley, como la ejecución, pero la relación constante y típica es entre demanda y sentencia (2).

a) El poseedor *aún siendo* de buena fé está obligado a restituir los frutos de las cosas que ha disfrutado después de la demanda judicial (Cód. civ. arts. 32, 45, 703, 864, 933, 1086 y 1094). Cuando se dice que la demanda judicial constituye al poseedor en mala fé, se afirma una cosa contraria a la realidad de la vida y se equivoca al principio de la ley. La obligación de restituir los frutos no se funda en la cesación de la buena fé sino en el principio procesal según el cual «debe darse al actor lo que le podría corresponder si la ley hubiese actuado a su favor en el momento de la demanda (*res cum omni causa*)» (3). Por esto el poseedor debe restituir los frutos posteriores a la demanda aunque no estén recogidos, aunque hubiesen perecido *aun sin su culpa*, a no ser que pruebe que *igualmente hubieran pere-*

(1) WINDSCHEID, loc. cit.; KOHLER, loc. cit.; WEISMANN, I, pág. 355 IV.

(2) Existen otras relaciones entre demanda y sentencia: por ejemplo el juez en la sentencia no puede pronunciar más allá de la demanda (*ultra petita*) etc. Pero aquellas fundanse solo en lo naturaleza de acto constitutivo de la relación procesal que tiene la demanda, no suponen que la demanda sea *fundada*. De ahí que de estas relaciones tengan importancia solo procesal hablamos en la IV y V parte (por ejemplo § 47).

(3) Véase en igual sentido MORTARA. *Commen.* III núm. 229.

cido en poder del actor. El principio se limita por su naturaleza a los frutos *posteriores* a la demanda, no se extiende pues a los frutos *anteriores* a la demanda aunque todavía *no estén consumidos*. Los artículos 234 y 1429 parece que dispone lo contrario, pero solo aparentemente porque se refieren a administradores con obligación de rendir cuentas limitada a los frutos existentes.

b) La responsabilidad del poseedor en cuanto a la cosa poseída no disminuye cuando ha cesado de poseer la cosa *por hecho propio* después de la demanda judicial (*ficta possessio*). Debe recuperar la cosa a su costa o resarcir el valor de aquella (Código civil art. 439) (1).

(1) El actor tiene, no obstante, la elección de proponer la acción contra el nuevo poseedor. Nótese que esta norma se refiere únicamente a la *posesión* y a la *pérdida de la posesión*; de aquí que interese al *demandado* en la reivindicación, en cuanto que, perdida la *posesión*, cesa la legitimación pasiva (pág. 50) y el pleito no puede proseguir contra la misma persona sino cambiando el objeto (resarcimiento). Por esto la norma nada tiene que ver con la otra cuestión, enteramente distinta, del efecto de la sentencia respecto del sucesor a título particular durante el pleito, por ejemplo, por habersele hecho enajenación del objeto litigioso (véase aquí letra *h*) y más adelante §§ 71 y 80); esta cuestión puede presentarse tanto por parte del demandado como del actor porque ambos durante el pleito pueden enajenar los pretendidos derechos sobre la cosa; y es una cuestión que puede darse también sin que exista pérdida de posesión porque el poseedor puede enajenar durante el pleito y conservar la posesión de hecho que basta para la legitimación pasiva; cómo por otra parte puede haber pérdida de posesión sin que exista sucesión en la relación substancial porque, por ejemplo, el demandado no tenga ningún derecho en la cosa que poseía y que cesó de poseer o si también lo tenía no lo enajenó (la confusión entre las dos cosas no es rara: Véase por ejemplo en GALANTE, *Lezioni*, 2.^a edición págs. 390 y 771, quien a propósito de la sustitución procesal, en que nosotros incluimos el caso de la *enajenación durante el pleito*, (adelante § 36 núm. 1) nos observa que el art. 439 no tiene que ver nada con la sustitución). Que el art. 439 obligue al actor a *proponer* sus demandas contra el nuevo *poseedor* no puede significar que en caso de sucesión a título singular durante el pleito, la sentencia no desarrolle efectos en cuanto al sucesor. Y que el Código Albertino (art. 444) usase la palabra *proseguir* en vez de *proponer* no tiene importancia. Véase en sentido contrario LONGO, *L'azione contro il fictus possessor* en el *Archivio giuridico*, vol. 49, pág. 289 y siguientes.

c) Los intereses vencidos, las rentas vencidas producen intereses en virtud de demanda judicial (Código civil arts. 1232 y 1233).

d) Algunas acciones intransmisibles, una vez propuesta la demanda judicial pueden proseguirse por los herederos o contra los herederos (Código civil arts. 177, 178 y 1082) (1).

e) La sentencia debe condenar al vencido en los gastos del pleito (Código procesal civil art. 370). Este principio es también común a la sentencia favorable al demandado (véase § 77). Principio que, además admite algunas excepciones determinadas por la actitud de las partes.

f) A veces la sentencia constitutiva que normalmente produce efectos *ex nunc* o sea con su paso a cosa juzgada (§ 8 III), remóntase con sus efectos a la demanda judicial. Tal ocurre en el caso de separación de bienes entre cónyuges. (Cód. civ. arts. 1420, 1442); y puede añadirse el caso del art. 1645 del Código civil en el que la forma especial de expropiación que tiene lugar en favor de los obreros empleados en una obra dada en contra sobre la acción del empresario hacia el comitente, comprende la deuda de éste en el estado que tenía al momento de promover la acción los operarios.

g) La sentencia constitutiva que pronuncia la revocación, rescisión o resolución de un negocio jurídico, obra también ordinariamente en perjuicio de terceros (Código civil arts. 1976, 1096, 1520). A veces la sentencia de revocación, rescisión o resolución de un negocio jurídico traslativo de inmuebles no perjudica a terceros pero sólo si han adquirido derechos sobre los inmuebles anteriormente a la transcripción de la demanda judicial (Código civil arts. 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553, 1787, 1933, número 3); quiere decir que no se tienen en cuenta los derechos adquiridos por los terceros durante el proceso, desde que la demanda se hizo pública mediante la transcripción. Sólo por excepción posterior, algunas veces déjase a salvo todos los derechos de los terceros hasta el momento en que tiene lugar la nulidad (artículo 1068, Código civil).

h) Durante el proceso y hasta la sentencia que estima la de-

(1) Este efecto debe ser, se comprende, expresamente reconocido por la ley.

manda no corre a prescripción (Código civil arts. 2125 y 2128)

i) Tan necesario es este principio, que frecuentemente tiene aplicación aún en los casos no regulados expresamente por la ley. Por ejemplo, cuando la sumisión del extranjero a la ley del Estado y por lo mismo a su jurisdicción, depende de su residencia en el Estado (Código procesal civil art. 106, núm. 1), basta que ésta tenga lugar en el momento de la demanda. Y con el mencionado principio resolveremos la grave cuestión de los efectos de la cosa juzgada respecto de quienes *durante el pleito* han adquirido cosa litigiosa (§ § 71 y 80).

En todos estos casos tenemos un efecto *del proceso* y no de demanda judicial aisladamente considerada (1). Supónese que cosa es debida efectivamente, que el derecho existe efectivamente que, en una palabra, la demanda está *fundada*. Pero la certeza de una demanda fundada no puede tenerse *a priori*; supone una sentencia *que la haya estimado*. Esto es, un proceso terminado. A se explica porque cuando el proceso termina sin sentencia, como en caso de *renuncia o caducidad*, el efecto no se produce (Código civil arts. 178, 1945 y 1128). El caso más típico es la interrupción de la prescripción: impropia mente dice la ley que la *demanda judicial interrumpe* la prescripción; por esto precisase considerar que la demanda judicial *en sí misma* no produce éste efecto, sino que la existencia de un proceso terminado por sentencia que acogió la demanda detiene la prescripción en la misma fecha de la demanda, mientras que la existencia de un proceso terminado de otra manera no tiene influencia alguna en la prescripción. Si, pues, el proceso termina con sentencia declarando no poder resolver en el fondo de la demanda por nulidad o falta de otro presupuesto procesal la prescripción tiénese por no interrumpida (art. 2128). Si se trata de sentencia de tal naturaleza, resulta del hecho mismo que la sentencia «desestimatoria» es mencionada junto al *abandono* o *caducidad*. Es impropio hablar en este caso de *desestimación* de la demanda: pero el código civil italiano, lo mismo que el francés, adopta la terminología de los prácticos: ni la sentencia desestimatoria a que se refiere el art. 2128 puede ser una sentencia de fondo, porque frente a una sentencia que desestima en el fondo

(1) Conforme para el caso b) GIORGI, *Obbligazioni*, VIII, 268.

no puede hablarse de *prescripción* sino de cosa juzgada sobre inexistencia del derecho (1). La ley no admite excepción más que

(1) Esta interpretación del art. 2128 (art. 2247 del código francés), puede considerarse tradicional en la doctrina italiana y francesa y ha ejercido influencia en las legislaciones más recientes hasta el punto de ser formulada en ellas como norma. Así en el código civil germánico (§ 212 «La prescripción tiénese por no interrumpida cuando se retira la demanda o es desestimada con sentencia definitiva que no decida sobre el fondo»), y ya el Código federal suizo de las obligaciones (art. 158: «*lorsque l'action ou l'exception a été rejetée pour cause d'incompétence du juge saisi, ou bien a raison d'un vice de forme susceptible d'être couvert, ou parce qu'elle était prématurée, le créancier jouit d'un délai supplémentaire de soixante jours pour faire valoir ses droits, si le délai de la prescription est expiré dans l'intervalle*»). Véase esta doctrina tradicional en GIORGI, *Obbligaz*, VIII, 368; PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, 3.^a ed., 1911, núm. 267; Casación de Roma. Sec. un., 11 Septiembre 1895 (*Giur. it.* 1895, I, pág. 877).

En contra MORTARA, *Comm*, III, núm. 228; TOCCI, en la *Giur. it.* 1911. IV, pág. 58 y siguientes (en el sentido de que la «desestimación» del artículo 2128 se refiera exclusivamente al fondo; COVIELLO, N. *Manuale di D. C.*, I, pág. 456, nota (En el sentido de que la «desestimación» puede referirse tanto a la forma como al fondo), C. Roma, 1 Junio 1909 (*Giurt. it.* 1909, página 1216).

Los argumentos de TOCCI, son éstos: a). La ley italiana es diferente de la francesa, porque a nuestro art. 2125 fué añadida la frase «o de cualquier otro acto que la constituya en mora de cumplir la obligación»; por esto cuando la demanda judicial es de tal suerte que pueda valer como acto de constitución en mora, interrumpe la prescripción (pero a esto se opone el artículo 2128, 1.^a parte, del que resulta que aunque la ley hubiere considerado la demanda judicial como un acto de constitución en mora, la habría regulado siempre a parte negándole el efecto interruptivo cuando fuese nula como demanda judicial para impedir — desde un punto de vista enteramente procesal — que sean lanzadas con demasiada ligereza demandas judiciales, con el único fin de interrumpir la prescripción; pero en realidad la frase «o de cualquier otro acto, etc.», no se refiere a la demanda judicial sino al (*precetto*), que es un verdadero acto de constitución en mora, y la adición fué determinada precisamente por las cuestiones suscitadas en la doctrina francesa (LAURENT, 32, núm. 110), acerca de la sola mención del *precepto* en el 2244 francés. Que nuestra demanda judicial no es considerada por la ley como acto de constitución en mora resulta también del hecho de que pierde el efecto interruptivo en los casos de *abandono* o caducidad, lo cual no tiene sentido respecto de una constitución en mora); b).

para la sentencia que declara la incompetencia (art. 2125); en este caso la ley considera la actuación de la ley como verificada en la

La *Comisión de coordinación* (acta 44), manifestó la opinión de que el juez pueda decidir si la citación nula por defecto de forma e incapaz para arraigar el juicio tiene valor al menos como acto interruptivo (pero esto además de ser poco importante porque es contrario al texto del art. 2128, no es exacto: tal opinión fué expresada por CASSINIS, mientras que MANCINI entendía que el art. 2128 excluía la interrupción en todos los casos en que la demanda sea nula, y por lo tanto, también cuando sea válida en sí misma como acto de constitución en mora, y proponía una apostilla para dejar a salvo éste último caso, pero DE FORESTA creyó peligrosa la proposición por considerarla fácil a originar cuestiones: de aquí que el artículo fuese dejado como ahora se lee); c). Es contradictorio sostener que la sentencia que desestima la demanda por falta de presupuestos judiciales deja *imprejuzada la acción*, (CHIOVENDA, *Principii*, 2.^a ed., páginas 80, 109, 111; antes páginas 111, 163 y 166) y sostener que aquella priva del efecto interruptivo de la prescripción produciendo la extinción de la acción (Bien claro está que tal contradicción no existe, porque la primera proposición contiene una regla *general*, la segunda se refiere a un efecto *particular* y enteramente *indirecto*: así la caducidad por el art. 341 Cód. proc. civ. *no extingue la acción*, pero por el 2128 priva a la demanda judicial del efecto interruptivo); d) La «desestimación» es palabra que puede referirse únicamente al examen del fondo (pero el art. 490 del Cód. proc. civ. demuestra que la ley habla de desestimación aun refiriéndose a la forma).

Tanto TOCCI como MORTARA argumentan con los inconvenientes que puede presentar el art. 2128 interpretado según la doctrina común (desestimación en la forma). Pero esto se resuelve verdaderamente en una censura de la ley, porque tales inconvenientes no impiden que la ley tenga un sentido y claro; mientras que decir—como decimos nosotros—que si la sentencia ha desestimado «en el fondo» no puede hablarse de prescripción sino de cosa juzgada, no es (como nos objeta TOCCI) censurar a la ley sino sólo *excluir una interpretación por la cual la ley carecería de sentido*. El mismo MORTARA está de acuerdo en esto aunque entiende que existen algunos casos en que esta interpretación podría tener un sentido.

El primero de estos casos, expuesto por MORTARA en las dos primeras ediciones del *Comm*, III, núm. 228, es el de la sentencia que desestimó en el fondo, *pero no fué notificada* no pudiendo, por lo mismo, dar lugar a la cosa juzgada y por esto la excepción de prescripción podría hacerse valer en *apelación*. Pero para nosotros es evidente:

1.º Que el art. 2128 del Código civil ha sido dictado en la hipótesis de que en un *nuevo* proceso sea propuesta la demanda que incurrió en

fecha de la *primera* demanda judicial, aunque fuese promovida ante juez incompetente porque la esencia de la demanda judicial como ejercicio de la acción está en la válida declaración de volun-

caducidad o ha sido renunciada o desestimada en el *primer* proceso. En cambio, en el procedimiento de apelación nos encontramos siempre *en el mismo proceso* (página 114); trátase y júzgase todo sobre la base de la demanda que ha iniciado el proceso y mientras dura el mismo proceso no pueden cesar los efectos que se remontan a su comienzo.

2.º Que el art. 2128 supone una sentencia desestimatoria *devenida definitiva*: porque sería absurdo que una sentencia *desestimatoria* produjese un efecto tan grave apenas publicada. Supongamos la hipótesis de que el pleito se haya iniciado el último día del término prescripcional: el mismo día que se ha publicado la sentencia desestimatoria, antes de que el condenado tenga la posibilidad material de impugnarla, ocurriría que la prescripción (como no interrumpida), se encuentra consumada. Esto prueba que la sentencia desestimatoria de que habla el art. 2128 no debe estar sujeta a impugnación; y como se tiene el derecho de impugnar la sentencia en un término que comienza desde la notificación, o en defecto de éste en 30 años, es evidente que no puede verificarse la hipótesis de MORTARA.

Adhiriéndose, en parte, a estas objeciones, MORTARA en la 3.ª ed. del *Comm.* (y en la *Giurt. it.* 1912, I, pág. 77 y siguientes), ha excluido de este caso las sentencias sometidas a apelación, limitándolo a las sentencias desestimatorias sometidas tan sólo a medios extraordinarios y no notificadas pensando que entonces la sentencia produce su efecto, incluso el del artículo 2128, sin más que con la publicación. Pero las objeciones subsisten porque permanece sobre todo el absurdo de que una sentencia desestimatoria (si se inició el pleito, supongamos, el último día del término prescripcional), devenga irrevocable con la publicación. Esto es contrario a la ley que admite el recurso de casación y la demanda de revocación sin distinciones aun contra las sentencias desestimatorias, las cuales en otro caso quedarían así de hecho privadas de él en los casos en que el tiempo anterior a la citación esté próximo a rematar el término prescripcional (¿y por qué además no se debería computar en la prescripción también la duración del proceso, visto que la ley habla de prescripción *que se tiene como no interrumpida*? Esta es una limitación evidentemente contraria a la ley con la cual quiérense temperar las consecuencias absurdas de una interpretación inaceptable). Tendríanse así sentencias contra las cuales el medio de impugnación concedido por la ley no serviría al vencedor para los fines especiales que se consiguen con la impugnación. Añádase que la naturaleza de los medios extraordinarios no conduce a este resultado. Que estos no impidan a la sentencia producir sus efectos con su publicación, bien está,

tad de que la ley sea actuada (1). El error que consiste sólo en la invocación del juez no ha parecido al legislador que debiese impedir el efecto del proceso en cuanto a la prescripción (2).

Este, como otros efectos del proceso suele justificarse considerando la demanda judicial como *acto de constitución en mora*. Este concepto entiéndese con algunas restricciones. En *si misma*

pero falta demostrar qué efectos son estos. Los medios extraordinarios no son sino acciones de impugnación contra actos jurídicos viciados, que la ley procesal configura de especial manera (§ 82, V); tienen, pues, como toda acción, un término de vida: notificada la sentencia este término reájuse a pocos días; no notificada es el término de prescripción. Podrá discutirse si esta prescripción es la de 30 años o la especial de la relación controvertida (núm. III); pero lo cierto es que ésta comenzará a correr *ex novo* desde la publicación de la sentencia, de manera que en grado de impugnación podrá oponerse *la nueva* prescripción consumada, no la que fué interrumpida (PUGLIESE, op. cit. número 267 nota). El vicio que justifica la demanda de revocación puede ser descubierto muchos años después de la publicación, pero en todo caso dará derecho al vencido a ser *puesto en el estado anterior al pronunciamiento* de la sentencia, a menos que la nueva prescripción esté cumplida (Código procesal civil. art. 497-507).

Los otros casos propuestos de aplicación práctica de la interpretación de la desestimación del art. 2128 como desestimación «en el fondo» son igualmente de verificación imposible. En el caso derivado (MORTARA, COVIELLO), del art. 2131 del Código civil la demanda desestimada «en el fondo» respecto de uno de los acreedores solidarios es cierto que no interrumpe la prescripción en cuanto a los otros acreedores, pero no por aplicación del art. 2128 sino porque aquella no la ha interrumpido respecto del actor, que fué repelido, y en virtud del mismo art. 2131 no puede interrumpirla respecto de los demás. En el caso de acción posesoria desestimada (MORTARA) la interrupción de la prescripción de la reivindicación exclúyese no por el 2128 sino porque son distintas la acción de reivindicación y la posesoria; el ejercicio de esta no interrumpe la prescripción de aquella.

(1) El Código civil germánico § 212 extiende este favor al caso de renuncia de los actos y de desestimación no en el fondo, pero siempre que la demanda se haya propuesto dentro de seis meses. También el Código federal suizo de las obligaciones (art. 158), admite este término para volver a proponer la acción, pero sólo de sesenta días.

(2) Consúltese ZITELMANN, *Zum Recht der Eheanfechtung*, en las publicaciones por BEKKER, páginas 145-161.

la demanda judicial no es *un acto* de constitución en mora, porque la declaración de voluntad que contiene dirígese a la actuación de la ley, no a la prestación del demandado (1). Pero la ley puede equiparar en los efectos la tardanza que el deudor pone en verificar el pago después de conocida la voluntad del acreedor de conseguir en el proceso el bien que la ley le garantiza, a la tardanza que pone después de conocida la voluntad del acreedor de conseguirlo mediante la prestación del deudor. Cuando se da esta equiparación, no puede establecerse de modo general sino caso por caso (2). La relación entre demanda judicial y constitución en mora puede expresarse así: para que continúe la mora del acreedor precisase que la demanda sea válida *como tal*; pero no basta que la demanda sea válida como tal para que siga la mora, puesto que la demanda judicial tiene sus normas propias y puede constituir el proceso independientemente del conocimiento que de ella tenga el demandado (ejemplo Cód. proc. civ art. 141) (3). En cuanto a los efectos del proceso antes emunerados, estos se remontan a la demanda como tal, no a la mora. Los efectos que la ley da a la mora (Cód. civ. arts. 1223, 1231 y 1298) *pueden* verificarse en el proceso, pero no necesariamente.

Los efectos del proceso remóntanse a la fecha de la demanda, no de la *comparecencia* (véase § 42); mucho menos al día de la *contestación de la litis*, que es una institución desconocida en nuestro derecho (véase §§ 47, 69 y 70).

III Efecto general de la sentencia positiva que acoge la demanda.—La sentencia sobre el fondo produce la cosa juzgada, y

(1) Conforme con esto PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, 3.^a edición 1911, pág. 473. La no contradicción de cuanto llevamos dicho en el texto con el art. 2125 del Cód. civ. explicase en la nota de la pág.

(2) La frecuencia con que esta equiparación se da y la inveterada costumbre de confundir derecho y acción, problemas substanciales con problemas procesales, explican porque ordinariamente se confunde la demanda judicial con la constitución en mora. Manifiéstanse aquí palpablemente la importancia de la autonomía del derecho procesal.

(3) Véase sobre el particular, y en general sobre las normas dictadas para las notificaciones procesales y su aplicación a las notificaciones de derecho privado BARASSI, *La notificazione necessaria nelle dichiarazioni stragiudiziali*, Milán 1906. págs. 84 y sigtes. 108 y siguientes.

de este efecto común a las sentencias estimatorias y desestimatorias hablaremos en lugar oportuno (§ 78). La sentencia estimatoria, en cuanto afirma la existencia de una voluntad de ley que garantiza un bien al actor, no añade nada a esta voluntad en las relaciones entre el actor y el demandado: mucho menos les sustituye una voluntad nueva: la idea de que la sentencia produce una novación simple o aumentativa, es extraño a nuestro derecho. Pero la sentencia produce una *novedad jurídica*; puesto que actuando la ley con la declaración, ésta agota el poder jurídico del actor o sea, *consuma la acción*; en el mismo momento nace a favor del actor un nuevo poder jurídico, esto es es, una nueva acción que consiste en el *poder jurídico de poner en ser la condición para la ulterior actuación de la voluntad de la ley declarada en la sentencia*. Este poder ofrece una fundamental identidad, no obstante toda diferencia procesal, con la *actio iudicati* romana y puede conservar su nombre. La *actio iudicati* comprende bajo el fin común de la actuación de la ley los dos estadios autónomos del conocimiento y de la ejecución: *con la demanda judicial inicial (citación) piden solo una sentencia, no la ejecución*.

Cual es la voluntad de la ley a cuya actuación se tiende con la *actio iudicati* dedúcese de la sentencia y solo de la sentencia. No se puede remontar a los hechos anteriores a la sentencia, considerados como existentes por el juez, sino para *interpretar* cuando corresponde la sentencia. Así por lo regular el ser estos hechos regulados por una o por otra ley (por ejemplo civil o mercantil) no tiene importancia después de la sentencia pasada en calidad de cosa juzgada, *por lo que se refiere a la ejecución de la sentencia misma*: las diversidades de las normas vienen a punto cuando se trata de saber *si existe* una voluntad de ley que garantice un bien, pero afirmada esta voluntad solo resta proveer a la *consecución* de aquel bien por normas idénticas en todos los casos. La obligación de encabezar las sentencias con la indicación de la naturaleza del pleito (Cód. proc. civ. arts. 157 y 436) no tiene alguna relación con la ejecución: las controversias en torno a este pertenecen siempre al juez de la ejecución (art. 570) salvo casos excepcionales (1). Se ha objetado que, según este principio: a) Si la sentencia condena

(1) Al Tribunal de Cuentas está reservada la interpretación de sus decisiones: art. 48, ley 14 Agosto 1862.

al pago del interés *legal*; debería siempre excluirse la tasa comercial; b) Si una deuda comercial está reconocida por una sentencia no se podría pedir por el acreedor la quiebra del deudor faltando la *causa de comercio* exigida por el art. 687 del Código mercantil. Pero en cuanto a los intereses, la cuestión relativa a la tasa a que se refirió el juez, es cuestión de *interpretación* de la sentencia. En cuanto a la quiebra no se pide mediante ella la *ejecución de la sentencia* sino la apertura de una ejecución colectiva; el crédito y no la sentencia es condición para obtenerla y si el crédito tiene o no causa comercial júzgase independientemente de la sentencia de condena.

La *actio judicati* es, como toda acción, prescriptible; pero de cuanto hemos dicho dedúcese que lógicamente no puede estar sujeta a otra prescripción que la de *treinta años* (1). Cualquier razón práctica que se otorgue a las prescripciones distintas de la de treinta años desaparece frente a la sentencia. Particularmente la prescripción de diez años en materia comercial hállase determinada por las necesidades de las relaciones comerciales que suelen ser liquidadas en poco tiempo y menos consienten la inacción de los acreedores: Pero bien está esto mientras la inacción puede significar inercia como ocurre antes del juicio; pero la inacción de

(1) Cuestión vivamente controvertida. Consúltese para estudiar la opinión expresada en el texto: GALANTE, *Sulla prescrizione dell'actio judicati*, en la *Giur it* 1900 IV 274; MORTARA, *Comm.* II núm. 442; VIVANTE, *Trattato*, 2221; RICCA-BARBERIS, en la *Riv. di dir. comm., industr. e marit.*, vol. 2, parte II, pág. 118; y vol. 5, II, pág. 209; MAIORANA: *La prescrizione in materia commerciale*, 1912 pág. 33 y siguientes (excluyendo la sentencia de simple declaración) en igual sentido manifiéstase la mayoría de las sentencias, incluso las más recientes, como Cas. Roma, 31 Diciembre 1906 (*Giustizia* 1907, p. 67); 24 Noviembre 1906 (*Foro ital.*, 1907, 18, en los motivos); 31 Diciembre 1909 (*Riv. di comm.* 1910, II 671). La cuestión está expresamente resuelta en este sentido por el Cód. civ. germ. (§ 218). Para conocer la opinión contraria FADDA, en el *Foro it.* 1898 pág. 1282 y siguientes, y en la *Riv. di dir. comm.* 1909, p. 125. CALDA, *La prescrizione dell'azione esecutiva*, 1910, admite la «conversión» de las prescripciones cortas excepcionales en prescripción ordinaria; pero niega la de la prescripción comercial de diez en treinta años. En tal sentido LORDI, *La prescrizione del giudicato in materia commerciale*, en la *Riv. di dir. comm.*, 1910, II, 674.

un acreedor provisto de sentencia, la mayor parte, de las veces solo depende de la falta de bienes objeto de excusión y no hay motivo para convertir en ventaja del deudor su impotencia económica (1). Si una sentencia está sujeta a un gravámen que impide la *actio iudicati* (véase adelante § 82) debe notificarse para que transcurra el término del gravámen (Cód. proc. civ. art. 467). El derecho del vencedor consiste en este respecto *en el poder jurídico de producir el transcurso del término mediante la notificación de la sentencia*.

También este momento especial de la acción está sometido a la prescripción de treinta años que transcurre desde la publicación de la sentencia (2).

Puede suceder el caso opuesto, o sea que el derecho se desconozca en primer grado por una sentencia desestimatoria. En este caso no puede hablarse aún de *actio iudicati* ni actual ni po-

(1) CALDA, ob. cit. que insiste particularmente en la persistencia frente al fallo de las razones justificativas de la prescripción distinta de la de treinta años, olvida, en nuestro sentir la más importante razón, que es la indicada en el texto. Se preocupa sobre todo de la posibilidad de que la inercia del acreedor haga difícil al condenado la prueba de la liberación. Este modo de considerar la prescripción es muy unilateral; además es de observar que el deudor que paga en virtud de la sentencia debe ponerse en situación de justificar con especial seguridad la liberación (este es precisamente un caso de carta de pago *no ordinario* según las leyes fiscales del Timbre art. 13 y de Registro art. 148).

(2) En este sentido véase COVIELLO L. en el *Foro italiano* 1894 página 31; COVIELLO N. *Manuale di D. C.* I pág. 554. También FADDA en la *Rivista Prática di Giurisprudenza*, 1904 (y *Foro italiano* 1904, pág. 540) observa que quien no considere aplicables las prescripciones especiales a la *actio iudicati* debe consecuentemente tratar de la misma manera el *derecho de notificar* la sentencia en que se produzca la cosa juzgada. Pero muchos fallos aplican en este caso la prescripción especial: véase Cas. Nápoles 24 Marzo 1904 (*For. ital.* 1904, pág. 540), Cas. Roma 7 Abril 1904 (*For ital.* id.); Cas. Nápoles 22 Agosto 1905 (*For. ital.* 1905, pág. 1215); Cas. Roma 24 Noviembre 1906 (*For. ital.* 1907 pág. 18); C. Nápoles 17 Enero 1910 (*For. ital.* 1910, pág. 1256 y demás allí citados, con nota de LORDI); véase MAIORANA *Prescritz* cit. pág. 33. La C. Roma 31 Diciembre 1909 cit. aplicó en este caso la *prescripción decenal comercial* aunque se tratase de prescripción originaria más breve.

tencial. Solo se tiene un derecho de apelar con la función de representar el derecho deducido en el pleito (antes pág. 75). Pero no debe creerse que este derecho *procesal* de apelar esté sujeto a la prescripción a que se hallaba sometida la acción originaria: esta prescripción se ha interrumpido en el momento de la demanda y no puede *jamás* volver a comenzar su curso; solo la conclusión del proceso por renuncia, caducidad o sentencia desestimatoria, pero no en el fondo (véase pág. 166) producirá el efecto no ya de abrir un nuevo curso a la prescripción sino de destruir cualquier apariencia de interrupción. Por el contrario, la sentencia desestimatoria en el fondo o deviene definitiva y excluye la existencia del derecho, y si está sujeta a medios de impugnación extraordinarios que no impiden su carácter definitivo, son estas verdaderas y propias acciones de impugnación de un acto jurídico que no pueden hallarse sujetas—en silencio de la ley—sino a la prescripción general de treinta años (antes pág. 169 y adelante § 82, V); o no deviene definitiva y el proceso no está aún terminado y por tanto el efecto del proceso relativo a la prescripción está todavía en vigor. Por esto los derechos de apelar, de recurrir en casación, de pedir la revocación de sentencias *no notificadas*, están, por diversas razones, sometidos solo a una prescripción autónoma, esto es la prescripción *de treinta años* (1).

IV *Condiciones generales de la sentencia positiva que estima la demanda* (2).—A) *La existencia de un derecho*. La primera condición para que el juez pueda afirmar una voluntad concreta

(1) En contra en este caso COVIELLO *L. loc. cit.* Por lo demás en todos los problemas examinados en este núm. III, se manifiesta de nuevo la importancia de la distinción, de la relación substancial de la procesal, y del derecho de la acción.

(2) Sobre esta materia especialmente VITI *Commento, Mattiolo, Trattato*, I, núm. 53 y sigs.; MORTARA, *Comment.*, II núm. 459 y sigs.; SIMONCELLI, *Lezioni* § 33; HELLWIG. *Anspruch und Klagerecht* (Derecho y acción), Jena, 1900, pág. 116 y sigs.; y *Manuale*, I, pág. 143 y sigs.; SCHMIDT 2.º ed., pág. 695 y sig.; WEISMANN, I, §§ 20, 61; STEIN *Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes insbes bei der Verurteilungsklage* (Acercas de las condiciones de la tutela jurídica; en particular en la acción que persigue la condena) en las publicaciones en honor de FITTING; 1903.

de la ley que garantice un bien al actor es, naturalmente, la de que *él considere existente tal voluntad*. Esta opinión del juez debe —como ya sabemos (pág. 86)—fundarse en dos juicios:

a) Un juicio mediante el cual el juez considera como existente una norma abstracta de ley (cuestión de derecho).

b) Un juicio mediante el cual el juez considera como existentes uno o más hechos respecto de los cuales la norma de ley deviene voluntad concreta (cuestión de hecho).

La cuestión de derecho comprende a su vez dos problemas: el de si la ley basándose en una categoría de hechos garantiza un determinado bien; y el de si un hecho determinado, considerado abstractamente entra en la categoría prevista por la ley (ejemplo, ¿puede pedirse el pago de una apuesta hecha con ocasión de un juego gimnástico? Código civil artículo 1803.—¿Las carreras ciclistas son un juego gimnástico?).

La cuestión de hecho consiste en declarar si existen las circunstancias sobre cuya base el juez debe, conforme a la ley, considerar existentes ciertos hechos concretos. (Ejemplo: ¿Está probada la apuesta entre X y Z en las carreras ciclistas? ¿El ciclista N ha sido declarado vencedor?). *Cuales sean* estas circunstancias puede constituir a su vez una cuestión de derecho donde se presente en abstracto: por ejemplo: ¿cuándo tiene lugar una *apuesta*?

La cuestión de derecho se presenta naturalmente primero: si la norma a que se refiere el actor no existe como norma abstracta es inútil investigar si ha devenido concreta; la demanda es infundada. Así vemos a menudo tal cuestión tratada aparte en la ley: por ejemplo, correspondiendo a la autoridad judicial en el sistema italiano la actuación de todas las normas que garanticen un bien aun frente a la administración pública, si aquella se declara competente o incompetente frente a esta, no hace sino declarar existente o inexistente como norma abstracta la norma invocada por el actor (ley 31 Marzo 1877, art. 4.º). Lo mismo ocurre cuando la autoridad judicial se declara incompetente respecto al demandado extranjero (véase pág. 67 y §§ 13, 16 y 30). La distinción entre cuestiones de derecho y de hecho es también importante a los efectos del recurso de casación, puesto que la casación en cuanto vuelve a examinar el *juicio* del juez inferior, no se ocupa más que de las primeras (§ 20, II; 87).

La rigurosa aplicación del principio de que «la ley debe actuar»

se como si apareciese en el momento de la demanda» llevaría a dos consecuencias prácticas: a) Que el juez no debe tener en cuenta los hechos *extintivos* del derecho posteriores a la demanda; b) Que tampoco debe tener en cuenta los hechos *constitutivos* del derecho y de la acción posteriores a la demanda. De este rigor en las dos aplicaciones tiene ejemplos el derecho romano clásico. En el derecho moderno ese rigor ha desaparecido precisamente por el principio de la economía de los juicios. Por consecuencia, el juez pronuncia fundándose en cuanto resulta al término de la discusión, y por tanto: a) *Absuelve* al demandado si el derecho se ha extinguido durante el pleito (ya era máxima de los sabinianos: *omnia judicia esse absolutoria*); b) Estima la demanda si el hecho en que se fundaba se ha verificado durante el pleito (*jus superveniens*). En este segundo caso conviene que no se trate de demanda *nueva*, según los principios de la identificación de las acciones (§ 12) (1). En el primero, no pudiendo declararse infundada la demanda tiene lugar la definición de la controversia «*por cesación de la materia de la discusión*». En ambos casos los gastos del pleito se regulan de una manera especial.

Ordinariamente la demanda judicial no puede ser condicionada, pero hay casos en los cuales en el mismo momento en que se actúa una voluntad de ley, nace a favor del actor el poder de pedir la actuación de otra voluntad de ley: así en el momento en que se rescinde una enagenación nace en el actor, vuelto a ser propietario, el derecho de pedir la restitución de la cosa enagenada. En estos casos permítese al actor por economía de juicios pedir la rescisión, y al mismo tiempo, la restitución de la cosa, aunque en el momento de la demanda no sea él propietario: la segunda demanda está propuesta condicionadamente a la estimación de la

(1) La prohibición de cambiar la demanda durante el curso del pleito (§ 42 y 71), y por lo mismo de cambiar la *causa petendi*, no excluye que pueda hacerse valer una *causa superveniens*, cuando esta sea el mismo hecho jurídico que fué afirmado existente en la demanda judicial y que en aquel momento todavía no existía: así en la reivindicación la posesión del demandado, en la acción hereditaria la muerte del *deujus*, etc. En contra. ASCOLI y CAMMEO, trad. CROME, pág. 445, nota a, según los cuales es incompatible la prohibición del cambio de la *causa petendi* con la admisión de la *causa superveniens*.

primera (pág. 52). Veremos también que puede pedirse al oficial judicial la notificación del título ejecutivo y del precepto y algunas veces un acto de ejecución como la pignoración, aunque la notificación del título sea una condición del derecho a la ejecución (Código procesal civil artículos 562 y 578).

V. B) *La calidad o legitimación para obrar* (1). Esta condición de la sentencia favorable suele designarse con el nombre de *calidad para obrar*, bajo la cual indícanse también otras cosas diferentes, como el interés para obrar, y algunas veces la capacidad de representar a otros en juicio. Por lo mismo, preferimos nuestra antigua denominación de *legitimatio ad causam* (legitimación para obrar): con ésta entiéndese la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación *activa*) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación *pasiva*); mientras que con el nombre de *legitimatio ad processum* se indica la capacidad para estar en juicio por sí o por otros (§ 35, II).

En la mayor parte de los casos, la cuestión de la *pertenencia* de un derecho y de una acción se confunde con la cuestión de la *existencia* del derecho y de la acción: por ejemplo; si X prueba haber prestado 100 pesetas a Z, de ordinario prueba con esto mismo que el derecho de pedir la condena al pago de las 100 pesetas corresponde *a él mismo y contra el mismo Z*.

Pero, a veces, la cuestión de la existencia *objetiva* del derecho y de la acción y de su pertenencia *subjetiva* se ofrecen separadas al juez. Esto ocurre cuando otras personas se presentan *como po-*

(1) BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses (Ensayo sobre ciertas partes de la doctrina procesal civil)*, 1827, págs. 78-138; VETZELL, § 16; ROSENTHAL, *Die Sachlegitimation (La legitimación para obrar)*, 1903; y acerca de esto, BEHREND, en la *Rivista pel proc. civ. ted.*, XXXIII, pág. 565; HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, págs. 182 y sigs.; *Lehrbuch*, I, págs. 156 y sigs.; 316 y sigs. II, pág. 295; SCHMIDT, 2.^a ed., págs. 310 y sigs. WEISMANN, I, pág. 65; LUX, *Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft*, 1906; TEA, *Interesse ad agere*, 1907, págs. 83 y sigs.; en el *Annuario di Proc. civ.*, 1909, pág. 56; REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, 1911, págs. 88, 296 y sigs.

sibles interesados activa o pasivamente, en una, acción. Por ejemplo, puede discutirse si la reivindicación debe intentarse contra el poseedor o contra aquel que detenta *alieno nomine*. Según el Código Civil (art. 439), puede intentarse contra cualquier detentador; por eso se dice que el detentador está legitimado *pasivamente* en el juicio de reivindicación (salvo, en cuanto al arrendatario, lo dispuesto en el art. 1.582). Análogamente, la acción de rescisión puede proponerse contra el *tercer* poseedor (§ 1). En el proceso romano clásico, la cuestión de la legitimación pasiva podía resolverse antes de la concesión de la fórmula, induciendo interrogaciones al demandado; por ejemplo, si fué o no poseedor, por qué causa; si fué heredero de X, en qué proporción, y otras parecidas (*interrogationes in jure*) (1).

La cuestión de la legitimación para obrar preséntase especialmente:

1.º Cuando haya tenido lugar un traspaso de derecho (por herencia, cesión, etc.) En este caso, quien obra debe probar tanto la existencia originaria del derecho en el propio causante o de la obligación en el causante del demandado, como el traspaso ocurrido.

2.º En caso de relaciones jurídicas con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o de acciones de terceros contra los partícipes en una relación o estado jurídico. Trátase de saber entonces si una cierta acción puede ejercitarse por uno solo o contra uno solo. Muchas veces la misma Ley resuelve la cuestión: así, en las obligaciones solidarias e indivisibles, *cada uno* de los obligados está legitimado activa y pasivamente; esto es, puede obrar o ser demandado solo (Cód. Civ., arts. 1.184, 1.185, 1.186, 1.190, 1.206, 1.207 y 1.208); por el contrario, otras veces está mandado que una acción se proponga contra más personas (Cód. Civ., art. 168): en este caso, la acción no puede estimarse si no se propone contra todas. Cuando la Ley nada dice procede hacer esta distinción:

a) Si la acción tiende a la actuación de una voluntad de ley que impone una *prestación*, puede proponerse también por uno solo de los sujetos a quienes corresponde el derecho, o contra uno solo de los obligados a la prestación puesto que la obliga-

(1) KELLER-WACH, *Der röm Civilprozess*, pág. 261.

ción de la prestación está por su naturaleza *individualizada* por la persona del obligado y del acreedor, y de aquí que sea jurídicamente posible una sentencia que declare la obligación contra uno solo o a favor de uno solo, aunque la prestación no pueda hacerse prácticamente sino por más o a más. Por ejemplo, si la acción confesoria es ejercitada por uno solo de los condueños del fundo dominante y contra uno sólo de los condueños del fundo sirviente, puede estimarse porque la declaración de la servidumbre, aun respecto de un solo condueño, tiene siempre valor, como tiene valor la constitución de la servidumbre hecha por un solo condueño (Cód. Civ., art. 636).

b) Cuando, por el contrario, la acción tiende al *cambio* de una relación o estado jurídico *uno*, no puede proponerse sino frente a todos los partícipes de la relación o estado; porque lo que existe como *unidad* compuesta de varios, no puede cesar de existir como unidad sino respecto de todos: la sentencia que produce el cambio (sentencia *constitutiva*. Véase § 8) debe producirlo para todos los componentes, de otra manera *inutiliter datur*. Por ejemplo: la instancia para la división debe proponerse en *contradictorio* de todos los coherederos o condueños (Código Procesal Civil, art. 882). Otros ejemplos existen en la ley (Código Civil, arts. 104 y 1.525); Cód. Proc. Civ., arts. 611, 695, 721, 730, etc.) En estos casos, el **litisconsorcio es necesario**. (Véase § 88) (1).

3.º Cuando haya varios interesados respecto de un mismo objeto o patrimonio, o de las acciones relativas a un cierto patrimonio se haya privado al sujeto de él, y por esto pueda discutirse si una determinada acción corresponde a los interesados particulares o al total de ellos en su representación legal o al patrimonio

(1) CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario*, en los estudios en honor de Vittorio Scialoja, vol. I, págs. 283 y sigs. Milán, 1905, reproducidos actualmente en *Nuovi Saggi di diritto processuale civile*, 1912, págs. 219 y sigs.; PLANCK, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht* (La pluralidad de las contiendas en el derecho procesal), Göttingen. 1844; WACHENFELD. *Die nothwendigkeit Streitgenossenschaft* (El litisconsorcio necesario), Hannover, 1894; LUX. *Nothwendigkeit der Streitgenossenschaft*, 1906; HELLUIG, III, § 153; REDENTI, *Giudizio con pluralità di par^{ti}*, cit.

considerado como ente. Estos casos ocurren en la comunidad, en la sociedad, en el patrimonio dotal, en el patrimonio hereditario en caso de *separatio bonorum*, en la herencia yacente, en el patrimonio bajo embargo, en la quiebra y, en fin, en las comunidades administrativas y políticas. En estos casos, es preciso distinguir la cuestión de la *legitimatío ad causam* de la cuestión—que a menudo se presenta—de la *sustitución procesal*: muchas veces un derecho cuya pertenencia se reconoce a una persona o a una comunidad hácese valer en juicio *por otra persona*, pero en *nombre propio*, no como representante; tal ocurre en las acciones populares supletorias (véase § 3 y 36).

La falta de la *legitimatío ad causam* recibe en la práctica el nombre especial de *carencia de acción* (1).

(1) Distinto del concepto expuesto en el núm. V del texto es el de REDENTI, acerca de la legitimación (ob. cit., págs. 86, 142, 296 y sigs.). Según REDENTI, las normas acerca de la legitimación son las que «determinan qué sujetos deben *participar o ser llamados a participar en el proceso*, a fin de que el juez pueda *pronunciar en el fondo*, estimando o desestimando la demanda». Por consecuencia, la *legitimatío ad causam* no sería una condición de la acción, sino un *tertium genus*, intermedio entre los presupuestos procesales y las condiciones de la acción «que podría decirse de las condiciones de la decisión en el fondo». Esta manera de entender la *legitimatío ad causam* limita sin razón la importancia práctica de esta condición al caso de relaciones con *pluralidad de sujetos*, que es uno solo de los examinados por nosotros, y aun en este caso no responde a la realidad: no se trata de saber qué sujetos deben ser *llamados*, sino a cuáles y contra cuáles sujetos *corresponde la acción*; por eso, la falta de algunos sujetos no impide al juez pronunciar en el fondo porque es resolución de fondo decir que la acción no corresponde al particular o contra el particular. La *legitimatío ad causam* es, pues, una condición de la acción, y no el *tertium genus* de REDENTI (que no sería otra cosa que los presupuestos procesales. Sea lo que quiera la afirmación de REDENTI (págs. 86 y 142), de que el art. 38 Cód. Proc. Civ. contiene una norma acerca de la *legitimatío ad causam* es ciertamente un error (que no quita importancia a sus intensas investigaciones). El art. 38, suponiendo *propuesta* una demanda, dice que debe ser citada la parte contra la cual se ha propuesto; expresa puramente el principio del *contradictorio* (*audiatur et altera pars*); pero no dice contra quién debe ser propuesta la demanda, quien debe ser parte.

C) El interés en obrar (1). Para proponer una demanda en juicio, o para contestarla, es preciso *tener interés en ello*. (Código Procesal Civil, art. 36). El interés en obrar no consiste únicamente en el interés en conseguir el bien garantizado por la Ley (esto constituye el contenido del derecho), sino el interés en conseguirlo *mediante los órganos jurisdiccionales*. Púedese, pues, tener un derecho y no tener aún acción de ninguna clase («el interés es la medida de las acciones» — («*point d'interet, point d'action*»)).

Como regla general, puede decirse que el interés en obrar consiste en que, sin la intervención de los órganos jurisdiccionales, sufriría un daño el actor. Por lo demás, varía según la manera de actuar la ley que se invoca (sentencia de condena o de declaración, medidas cautelares preventivas, etc.); de lo cual tratamos en los párrafos siguientes. Basta observar aquí que el interés en obrar es la condición *específica* de la acción, aquella en la cual se manifiesta *la autonomía de la acción*, lo que más manifestamente aparece en las *meras acciones* (antes § 1).

La doctrina ha tratado de determinar algunos caracteres generales del interés en obrar, pero aquí se han confundido problemas concernientes a otras materias. Discutiéndose, por ejemplo, si el interés en obrar debe ser *patrimonial* o puede ser *inmaterial y espiritual* confúndese la cuestión de la existencia de un bien garantizado por la ley con la del derecho de conseguirlo en el proceso. Si decimos que el interés en obrar debe ser *personal* y examinamos las pretendidas excepciones a esta regla entramos en el campo de la *legitimatío ad causam* (2). Afirmando que el interés en obrar debe ser *actual* y solo excepcionalmente puede ser *futuro*, se dice una inexactitud porque el interés en obrar debe ser siempre *actual*; únicamente pueden existir formas de actuación de la ley con las cuales se asegura la *futura* consecución de bienes.

Dícese con frecuencia que el interés en obrar debe ser *legítimo*

(1) TEA, *Interesse ad agire*, 1907; *Interesse alla tutela giuridica e interesse giudizialmente tutelato*, en el *Ann. de CUZZERI*, XXVII (1909), páginas 52 y sigs. La idea fundamental de TEA de que el interés en obrar no sea una condición de la acción, sino de admisibilidad de la acción, es, como ya se ha dicho, errónea (véase antes § 3).

(2) La confusión es frecuente. Véase FERRINI, *Servitú*, pág. 153. Conforme: FALCO en la *Legge*, 1905, pág. 2380.

o *jurídico*, con lo cual de ordinario se quiere significar que para obrar en juicio conviene que exista *un estado de hecho contrario al derecho*. Esto, sin embargo, como veremos, no siempre es necesario. Otras veces se contraponen el interés *jurídico* al interés de *mero hecho* o interés *simple*; pero aquí vuélvese a la cuestión de la existencia de un bien garantizado por la ley (1).

VII. *Regla general acerca de las condiciones de la sentencia.*—Corresponde a la misión del juez cuando es solicitado por una demanda judicial comprobar si en efecto resulta probada la existencia de una voluntad de ley favorable al actor y el interés en obrar. Faltando estas condiciones el juez debe desestimar la demanda, *aún sin particular instancia del demandado*, aún si, por ejemplo, el demandado es rebelde. Y esta regla debe observarse también en el caso de una voluntad de ley que prohíba al deudor repetir lo que voluntariamente ha pagado y que permita al acreedor conseguir el bien pero sólo mediante la prestación espontánea del deudor (*obligaciones naturales*: Código civil artículo 1237, 1804 y 1830), el juez debe de oficio rechazar al acreedor que pretenda semejante prestación en vía judicial.

En algún caso puede exigirse una solicitud del demandado: entonces tenemos «una excepción» § 11). Así depende de la voluntad del demandado que los vendedores puedan obrar aisladamente o unidos para el rescate o para la rescisión (Código civil artículo 1525 y 1537, *exceptio plurium litisconsortium*).

(1) Estos conceptos tienen la adhesión plena de COVIELLO N, *Manuale di D. C.*, I pág. 481, que sin querer acepta aquí el concepto de autonomía de la acción que ha negado en otro lugar.

Apéndice al § 5.

Referencias al derecho español.

Código civil, artículos 198, (ausencia) 451 y siguientes (posesión), 882 (legados) 989 (aceptación de la herencia) 651 (revocación de las donaciones) 118 (legitimidad del hijo) 652 y siguientes (donaciones), 1432 y siguientes (separación de bienes) 1973 y siguientes (interrupción de la prescripción), 112 (legitimidad del hijo), 1094 y siguientes (efectos de las obligaciones), 348 (derecho de reivindicación), 1559 y 1554, (arrendamiento) 1137 y siguientes (obligaciones solidarias), 102 (acción de nulidad de matrimonio), 392 y siguientes (comunidad de bienes) 1059 (partición de herencia).

Ley hipotecaria, artículos 16, 38, 109, 142 y 143 (condiciones) 36 y siguientes (acciones rescisorias y resolutorias).

Ley de Enjuiciamiento civil, artículos 70 (aplicación de las reglas de competencia a los extranjeros) 359 y siguientes y 372 (sentencias) 28 y siguientes (notificaciones en estrados) 919 y siguientes (ejecución de sentencias).

§ 6

Sentencia de condena (1).

I. *Concepto*.—El caso más frecuente de sentencia favorable al actor es la sentencia de condena. Correlativo al concepto de *condena* es el de *prestación*. La sentencia de condena presupone dos cosas:

a) La existencia de una voluntad de ley que garantice un bien a alguien imponiendo al demandado la *obligación de una prestación*. Por esto no pueden nunca dar lugar a sentencia de condena los derechos potestativos (§ 1).

b) La convicción del juez, de que basándose en la sentencia puédase sin más, inmediatamente o después de un cierto tiempo, proceder por los órganos del Estado a los actos posteriores necesarios para la consecución efectiva del bien garantizado por la ley (ejecución).

Esto se expresa con la palabra *condena*. La condena no es verdaderamente *respecto de la parte que sucumbió en el pleito*, un acto *autonomo* de voluntad del juez, no es un mandato *del juez*: es la formulación de un mandato contenido en la ley y es un acto de voluntad del juez sólo en cuanto el juez *quiere* formular el mandato de la ley (2). Cuando se descubre, pues, en la parte

(1) RAMPONI, *Condanna* en el *Dig. ital.*; DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, cit. pág. 115 y siguientes. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, páginas 11, 84 y 118; ROCCO, *Sentenza civile*, pág. 157 y siguientes, y acerca de esto SEGRÉ N. en el *Archivio giuridico*, vol. LXXVII, fasc. 2.º; HELLWIG I, páginas 46, 58 y 368; SCHMIDT, 2.ª ed., pág. 697 y siguientes; WEISSMANN I, pág. 214; LANGHEINEKEN, *Urteilsanspruch*, cit., pág. 164 y siguientes; KISCH, *Contributi alla teoria della sentenza*, cit. pág. 17 y siguientes; KOHLER, *Civilprozessrecht*, cit. pág. 106.

(2) Sobre esta controvertida cuestión véase SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess*, pág. 87 y siguientes; KISCH, *Contributi alla teoria della sentenza*, cit. pág. 23 y siguientes; ROCCO, *Sentenza civile*, cit. pág. 33 y siguientes; MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, pág. 27 y siguientes.

dispositiva de la sentencia un *acto de voluntad*, un *mandato*, quiere decirse con esto que el mandato de la ley adquiere en la sentencia un nuevo vigor de hecho, una mayor fuerza obligatoria y que la sentencia, como acto de autoridad, *tiene paralelamente a la ley virtud de mandato*. Esto es común a toda sentencia de condena, de mera declaración, constitutiva: en todo caso la sentencia obliga como acto de autoridad, o sea de voluntad de la ley formulada por una autoridad que *solo ella* puede formular. La esencia de la sentencia está pues siempre en esta formulación autoritaria y nunca en el juicio lógico que es necesario para formularla y que, en sí mismo, es actividad posible a cualquier particular. Por esto es gravemente erróneo reducir la diferencia entre sentencia de declaración y sentencia de condena a la diferencia entre un simple juicio lógico y un acto de voluntad (§ 2, 4, 13) (1).

Pero en otro sentido la sentencia de condena verdaderamente da lugar a un *nuevo mandato, respecto de los órganos encargados de la ejecución*: y esto la diferencia de la sentencia de declaración.

Históricamente la sentencia nace como preparación de la ejecución, como sentencia de condena (2). La declaración del derecho surge como un incidente en el curso de la actuación del derecho (§ 2). Con el tiempo la declaración adquiere una importancia sustantiva, como veremos más adelante (§ 7). La declaración puede tener, pues, dos funciones: *a)* hacer cierto el derecho con todas las ventajas que se derivan directamente de esta certeza; *b)* preparar la ejecución, formando la convicción de los órganos

(1) COVIELLO N. *Manuale di D. C.*, I pág. 539. De los errores prácticos a que pueden conducir estos conceptos hemos visto un ejemplo antes, § 4.

(2) Que la *condemnatio* como elemento formal de la sentencia aparezca sólo en tiempos avanzados depende de la diferente posición que poco a poco ha venido tomando el juez en el proceso, pero no cambia el hecho de que la sentencia surja como función de condena, o sea, coordinada a la *ejecución*, manifestándose en un procedimiento de *ejecución*. Que el juez se limitase aquí a *declarar* la existencia del derecho está bien (así también yo en los *Principii*, 1.ª ed. pág. 51; *Azione nel sistema dei diritti*, pág. 10, nota); pero siempre en vista de la ejecución. En contra SEGRÉ N. loc. cit. (página 11 del extracto).

del Estado acerca de la posterior actuabilidad del derecho. En la sentencia de condena la declaración tiene unidas las dos funciones.

II. *El interés en obrar como condicion de la sentencia de condena.*—Fué cuestión muy debatida en otros tiempos la de si para tener acción es necesaria una violación de la voluntad de la ley que garantiza un bien al actor. Esta cuestión debe resolverse de distinta manera según la naturaleza de las sentencias. Tratándose de sentencias de condena *puede*, por regla general, resolverse afirmativamente.

El interés de conseguir mediante los órganos públicos el bien que debería conseguirse por la prestación de un obligado consiste precisamente en la falta de prestación por parte de éste. No se exige que la falta de la prestación sea *culposa* o simplemente *voluntaria*, basta que por la falta de aquella se realice *un estado de hecho contrario al derecho, que la expectación del actor se encuentre en estado de no satisfacción*. Esto ocurre en cuanto a los derechos reales mediante un acto positivo contrario al derecho (posesión de la cosa ajena, acto contrario a la servidumbre, acto abusivo de servidumbre, etc.) Así en las obligaciones de no hacer el derecho está lesionado cuando se contravenga a ellas (apertura de un comercio contra la obligación contraída de no abrirlo). Suele decirse en estos casos que la violación del derecho forma parte del fundamento de la acción: por lo tanto quien obra afirma explícita o implícitamente (Código procesal civil, art. 134), no sólo su derecho sino también el acto positivo ajeno que lo lesiona. Por el contrario, en las obligaciones de dar o de hacer la acción no nace por consecuencia de un acto positivo de lesión del derecho, sino que nace directamente en cuanto la obligación no esté satisfecha; basta la omisión del cumplimiento para que a la obligación se agregue la acción. En estos casos la acción nace juntamente con la obligación, salvo si esta se halla sometida a condición o a término, en cuyo caso la acción nace al verificarse la condición o al vencer el término. No es necesario que quien obra afirme como fuente de la acción un hecho especial; basta que afirme la obligación no satisfecha.

Y como el estado de hecho contrario al derecho puede producirse (como ya hemos dicho) aún sin la voluntad del obligado de

hacer cosa contraria al derecho, no es necesario para tener acción que el incumplimiento sea como tal voluntario, *basta que en él no concurra la voluntad del que tiene el derecho*. Por lo tanto, puede obrarse en el mismo momento en que existe un estado de hecho contrario al derecho aunque a él no haya dado causa el demandado: el haber dado ocasión a la litis puede tener influencia en la condena en las costas porque esta supone una relación entre las costas y el que ha sucumbido en el pleito (§ 77). Puede ocurrir, por lo tanto, el caso de que una sentencia estime la demanda del actor y lo condene en las costas: esto está expresamente previsto en otras leyes, como la alemana, y creemos que pueda tener también aplicación en la nuestra (1). Pero aparte la cuestión de las costas, es evidente que se puede obrar contra el poseedor de buena fe de nuestra cosa sin obligación de interpelarlo extrajudicialmente, aunque el poseedor, apenas informado de nuestros motivos se declare propicio a restituir la cosa, como en el caso de obligación sin término. En el de crédito exigible *a petición* del acreedor no puede decirse que la acción sea preexistente al proceso, pero no por esto el juez puede rechazar la demanda solo por no estar precedida de una formal petición al deudor, puesto que cuando el actor ha declarado ya su voluntad de conseguir la satisfacción del crédito *en el proceso* sería contrario a la economía de los juicios que el juez dejase a un lado la actividad procesal ya desarrollada solo para llevar al acreedor a pedir formalmente el pago *al deudor*: estimará la demanda, regulando las costas según la actitud del demandado. En este caso, pues, la demanda judicial hace en cierto modo el oficio de la petición (*richiesta*), pero precisamente por esto no basta que sea válida como demanda, sino que es preciso también que pueda valer como petición, lo cual—cuando el demandado esté presente en juicio—ocurre siempre. Si este ha ofrecido el pago y realizado el depósito, el juez podrá declarar la liberación del deudor; pero en cuanto a la demanda del actor, no podrá rechazarla sino *declarar terminada la materia de la contienda*. Diferente de esta es la cuestión de si cuando el pago

(1) Véase CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, Turín, 1900¹ página 261 y siguientes; en contra: FADDA y BENZA, traducción de WINDSCHEID, I pág. 1176.

debe hacerse en el domicilio del deudor tiénese acción antes de haber pedido formalmente el pago *en este lugar* personalmente o mediante persona capaz de recibirlo. Es una cuestión puramente de derecho civil la de si en este caso la deuda puede vencer y el deudor encontrarse constituido en mora antes de la presentación del acreedor para exigir. Los que opinan negativamente creen que la presentación del acreedor en el domicilio es una condición de la acción como hecho constitutivo del interés en obrar y esta condición no puede considerarse naturalmente satisfecha mediante la demanda judicial (1). Esto, sin embargo, llevaría a considerar que el acreedor, *aun en rebeldía del demandado deudor*, debería probar entre las otras condiciones de la acción la de haberse presentado en el domicilio del deudor. Ahora bien, jamás juez alguno ha pensado exigir semejante prueba, y esto hace dudar de la exactitud de aquella opinión. Comparando lo que de hecho ocurre con los principios aquí expuestos y con las normas acerca del lugar de pago creemos poder asegurar: el crédito deviene exigible con el vencimiento y esta circunstancia es distinta de la petición a domicilio, tanto es así que son compensables los créditos vencidos y no pedidos aún a domicilio (art. 1292 del Código civil); el artículo 1249 no impone la petición a domicilio en *todo caso*; preocúpase solo de regular entre las partes la actividad necesaria para que tenga lugar el pago, y los gastos de esta actividad; pero esto supone la voluntad de pagar; cuando falta la voluntad de pagar (y la falta puede derivarse de cualquier hecho aún diferente del fracaso de la petición a domicilio) la petición no es necesaria. Desde el punto de vista del gravamen de la prueba la cuestión resuélvese así: el incumplimiento produce la acción, aunque no dependa de la voluntad del acreedor; pero como es normal que el

(1) Así COVIELLO L. en el *Foro ital*, 1906, pág. 981; Cas. Roma 16 de febrero de 1907, en el *Foro ital*, 1907, pág. 543. En contra: Cas. Nápoles, 19 de abril de 1906, en el *Foro ital*, 1906, pág. 981, 10 de diciembre 1906, en la *Legge*, 1907, pág. 238. Según los primeros, la armonía entre el artículo 1223 y el 1249 Cód. civ., obtiéndose considerando que el principio *dies interpellat pro homine* desaparece en el caso de créditos pagaderos en el domicilio del deudor; según la Casación de Nápoles, por el contrario, es la necesidad de la petición a domicilio la que desaparece ante el principio *dieinterpella tpro homine*.

acreedor quiera el cumplimiento, no corresponde a él probar que lo ha querido, sino al deudor probar que no lo ha querido (§ 55). Como contraprueba el acreedor puede probar, ya haber tratado inútilmente con el deudor, ya cualquier hecho del que resulte la voluntad de no pagar (1). Pero aun en el caso de que la opinión contraria fuese exacta, de ahí no se deduciría que siempre y sin más deba rechazarse la demanda de *condena* del deudor no precedida de petición de pago en domicilio. Si el deudor demandado contesta no solo reconociendo haber sido solicitado de pago a domicilio, sino también la existencia misma del derecho, claro está que el acreedor tiene interés en obtener una sentencia: esto está admitido por los mismos que sostienen la necesidad de la petición a domicilio para tener acción; pero añaden que la sentencia no deberá ser de condena sino de mera declaración; basándose en esta el acreedor volverá a solicitar el pago, y por lo tanto, obrará nuevamente para la condena (2). Ahora bien, esta duplicidad sería evidentemente contraria a la economía de los juicios; se producirá, por el contrario una sentencia única de *condena* condicionada a la posición del acreedor para pedir el pago, esto es, por lo menos, una condena *de futuro* (véase número III).

De la misma ley que nos garantiza un bien, esto es, de la ley sustancial, dedúcese la existencia de un estado de hecho contrario al derecho. Naturalmente, no todos nuestros intereses están garantizados por la ley: antes bien, ordinariamente, cada cual tiene una cantidad de intereses contrarios al derecho ajeno. Luego no todo hecho ajeno que nos proporciona daño constituye violación de nuestro derecho. Los derechos limitanse recíprocamente: hasta que uno ejercita su propio derecho no lesiona el de los demás. Al derecho civil corresponde la cuestión de si los actos de *emulación* son o no lícitos. Entiéndese por acto de emulación un acto de ejercicio del propio derecho realizado con intención, no de

(1) O sea, según los términos que más tarde explicaremos (adelante §§ 1155), no es la involuntariedad del incumplimiento por parte del acreedor lo que obra como hecho constitutivo, sino la voluntariedad la que actúa como hecho impeditivo.

(2) COVIELLO, L, *loc. cit.*

obtener utilidad de él, sino de causar perjuicio a otros. ¿Es éste un verdadero ejercicio de derecho o es violación del derecho ajeno? ¿Los actos de emulación son o no lícitos? Se ha demostrado eficazmente (1), basándose en las fuentes romanas y en las nuestras que no existe una prohibición general de los actos de emulación: admitiéndola, se admitiría en cada caso la indagación de la intención de quien ejercita su derecho y de su interés. No es propio decir que los actos de emulación sean lícitos: debe decirse que no se puede indagar la intención del que ejercita actos que se presentan como ejercicio de un derecho. Un principio general de prohibición de los actos de emulación estaría en contradicción con la libertad absoluta de disfrute que constituye el derecho de propiedad (Cód. Civ., art. 436). No puede, pues, admitirse la prohibición sino en los casos particulares expresados por la Ley; pero examinando estos casos, se ve que se trata de derechos especiales que la Ley no concede en términos absolutos, sino precisamente sólo en cuanto con ellos se recabe una utilidad. Un caso de tal naturaleza tenía en la ley 38, Dig., *de rei vind.*, 6,1. Otro tenemos en el art. 545 del Cód. Civ.: «el derecho particular que se tiene en las aguas está concedido tan sólo en cuanto de él se deriva una utilidad». Y este criterio puede aplicarse por la Ley en otros casos particulares, como, por regla general, cuando se trata de conceder derechos *sobre una misma cosa* a distintas personas, de donde surge un llamado *conflicto de derechos* que se dirime coordinando el ejercicio de estos derechos, con arreglo al criterio de la utilidad, del uso normal (Cód. Civ., art. 675) (2).

(1) SCIALOJA V., en la *Enciclopedia giuridica italiana*, pal. *Emulazione; Lezioni di procedura civile romana*, Roma, 1894, págs. 20 y sigs.; PEROZZI, en el *Archivio giuridico*, LIII, págs. 350 y sigs.; FADDA Y BENZA, notas a WINDSCHEID, I, pág. 1.169; MORTARA, *Comment*, II, n.º 465.

(2) Verdadero conflicto de *derechos* no puede darse: el conflicto sólo tiene realidad en la mente del intérprete; por esto, el llamado conflicto no es más que un caso de incertidumbre de la norma. Véase ROCCO. ARTURO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*. 1906, pág. 226; FERRINI, *Pandette*, n. 33, y los demás citados en ROCCO.

III. *Condena de futuro* (1).—No siempre la sentencia de condena tiene su origen en una violación del derecho. Hay casos en los cuales puede obrarse por una prestación aún no debida, y que no será debida hasta después de la condena, no existiendo, por lo mismo, violación alguna del derecho en el momento de la sentencia. En este caso el interés puede consistir:

a) En la necesidad de prevenir el daño que se derivaría de la falta de un título ejecutivo en el momento en que a prestación sea debida (juicios *preventivos*). Por ejemplo: si en el momento en que vence un arrendamiento el arrendador no puede obtener la cosa arrendada aún en vía ejecutiva, no puede consignarla al nuevo arrendatario. Por esto, la práctica consentía al arrendador pedir preventivamente la condena del arrendatario a la dejación de la cosa el día del vencimiento, aún antes de que la ley de 24 de Diciembre de 1896, sobre licencias para dejación de bienes inmuebles introdujese un nuevo procedimiento a este fin (§ 8 bis y 94). Entiéndese que los gastos de estos juicios están a cargo del actor si el arrendatario, con su actitud, no da motivo para creer que habría retrasado la entrega.

b) En la conveniencia de evitar juicios reiterados para conseguir lo que es debido periódicamente (plazos de arrendamiento, de alimentos, de intereses de rentas), cuando exista razón para estimar que estos juicios serían de todas maneras necesarios, como cuando el deudor es moroso en el pago de algunos plazos.

c) En la necesidad de tener un título ejecutivo para obtener la actuación de la Ley respecto de una prestación que depende de una contraprestación del actor cuando éste se declara propicio a la contraprestación.

d) Finalmente, cuando la Ley concede al juez la facultad de fijar un término al deudor (Cód. Civ., arts. 1.173 y 1.826, Código Proc. Civ., art. 741), la fijación del término puede hacerse juntamente con la condena, la cual es así exigible en futuro. Lo mismo ocurre cuando la sentencia pronuncia al mismo tiempo la re-

(1) DE PALO, *Titulo ejecutivo*, cit. págs. 91 y sigs.; y GALANTE, *Lezioni*, 2.^a ed., pág. 237; MORTARA, *Comm. V*, núm. 15; MOOS, *Die Klage auf künftige Leistung (La acción para prestaciones futuras)*, Stuttgart, 1902; HELLWIG, 1, págs. 370 y sigs.

solución de un contrato y la condena a una restitución, pero concediendo una dilación al demandado (Cód. Civ., art. 1.165).

En todos estos casos, la sentencia es de condena, porque el juez tiene presente la ejecución de la propia sentencia. En el § siguiente explicaremos cómo esto distingue las condenas de futuro de las sentencias de mera declaración.

Nuestra ley no contiene normas generales acerca de las condenas de futuro; pero la doctrina las deduce justamente del mismo concepto del interés en obrar y de los principios generales. El texto moderno del Reglamento germánico (§§ 257 a 259) ha regulado detalladamente esta materia; pero las nuevas disposiciones fueron juzgadas por alguno de superfluas (1).

IV. *Contenido y fundamento de la condena.*—Así como el concepto de la prestación es muy vario, diverso puede ser también el contenido de una condena. Se puede ser condenado a todo lo que pueda estarse obligado a prestar (ya sea dar, hacer, una abstención, la destrucción de cuanto fué hecho contraviniendo el compromiso de no hacer); se puede ser condenado a una prestación no fungible, porque el modo de suplir la imposibilidad de la ejecución directa no es necesario que se encuentre ya en la sentencia, aunque de ordinario así ocurra.

Una condena puede estar fundada también en un conocimiento incompleto que haya examinado y rechazado sólo algunas excepciones, *reservando* para más adelante el examen de las otras: por esto la prestación puede también no ser debida; pero el condenado está obligado, entre tanto a cumplirla, para evitar la ejecución (sentencias de condena con *reserva*) (§§ 8 bis y 94). Esto nunca puede ocurrir en las sentencias de mera declaración.

Ordinariamente, la prestación es debida porque la Ley entiende garantizar con ella un bien a la persona del acreedor. Pero en materia posesoria las sentencias condenan a una prestación (mantenimiento, reintegración) que puede no ser en sí misma debida al vencedor (ejemplo: restitución de la cosa al *no propietario* por parte del propietario); pero la ley quiere que le sea hecha en interés general de la conservación del orden jurídico.

(1) KOHLER, *Civilprozessrecht*, pág. 107.]

§ 7

Sentencias de mera declaración (1)

I. *Concepto e historia de las acciones y sentencias de mera declaración.*—Con el nombre de declaración (*accertamento*) indicase de la manera más exacta el resultado común de la sentencia de fondo, la voluntad de la ley es afirmada como *cierta* en el caso concreto, deviene indiscutible (véase Cód. Civ., arts. 1.935 y 1.989).

La *declaración* de la ley es por sí misma un bien, puesto que de la certeza de la ley derivanse inmediatamente ventajas. Si se afirma la existencia de una voluntad de ley que nos garantice un bien, a la utilidad garantizada por la ley añádese la seguridad de

(1) Esta materia es uno de los puntos capitales de la moderna doctrina procesal germánica. En Italia estuvo muy descuidada hasta hace algún tiempo, y, lo que es peor, frecuentemente fué equivocada. Literatura italiana: VITI, *Commento*, págs. 139 a 248; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, págs. 76 a 95, en nota (donde pueden hallarse indicaciones bibliográficas más minuciosas); CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, en la *Giur ital.*, 1905; ROCCO, *Sentenza civile*, págs. 156 y sigs.; RAGAZZONI, *L'interesse ad agire e le azioni d'accertamento* (Acad. de Ciencias de Turín), 1906); TEA, *Interesse ad agire*, 1907; FERRARA FR., *La simulazione*, 3.^a ed. (1909), págs. 340 y sigs.; CALDA, *I concetti di giurisdizione e di azione*, 1910, pág. 67; GALANTE, *Lezioni*, 2.^a ed., págs. 227 y sigs.; MESSINA, *La simulazione assoluta*, en la *Riv. di dir. comm.*, 1907 y 1908, § 17; COVIELLO N., *Manuale di D. c.*, I, pág. 481; Referencias, en MANFREDINI, *Corso*, I, pág. 162; SIMONCELLI, en el *Foro italiano*, 1902, págs. 149 y sigs.; DE PALO, *Titolo esecutivo*, pág. 116; FADDA Y BENZA, notas al WINDSCHEID, I, págs. 926 y 1177; MORTARA, *Commentario*, II, n. 446; MESSINA, *Confessione*, página 62. También MORTARA, más difusamente, *Comm.* IV, n.º 38. En la literatura italiana posterior a las dos primeras ediciones de este libro el concepto de la acción de declaración como figura general es considerado como adquirido e indiscutible (aparte las objeciones—no importantes—de CALDA) y da lugar a las más diversas aplicaciones. Así también en las sen-

su expectación, y la posibilidad de disponer de ella en el comercio jurídico: aquí tenemos una *declaración positiva*. Si se niega la existencia de una voluntad de ley que garantice a otros un bien respecto de nosotros, se nos procura con esto mismo un bien que consiste en la certeza de no estar nosotros sujetos a la pretensión o al poder del adversario, con ventaja de nuestro crédito, etcétera: aquí tenemos una *declaración negativa*.

La sentencia del juez puede tener por fin también la simple declaración positiva o negativa de la voluntad de la ley que garantiza un bien (ya sea este bien la expectación de la *prestación* ajena, ya un *poder jurídico*). La declaración, en este caso, sólo tiene una de sus dos funciones. Un caso frecuente de sentencia de declaración negativa es la sentencia de fondo que rechaza la demanda.

Cuando la acción tiende a una sentencia de mera declaración llámase *acción de declaración* (o *reconocitiva* o *declarativa*). Puede haber acción de declaración *positiva* o *negativa*.

Históricamente, la declaración como tal, esto es, con la única función de hacer cierto el derecho ha devenido forma *autónoma* de actuación de la ley. Esto ocurrió en los casos en los cuales la indiscutibilidad de la ley se presentaba como la exigencia vital de

tencias donde en realidad no faltó nunca—bajo la presión del caso práctico—alguna admisión de puras figuras de declaración. La importancia práctica de la doctrina sobre la acción de declaración consiste en haber borrado definitivamente el equívoco acerca de las relaciones entre estas acciones y los abolidos juicios de jactancia. La importancia de esta doctrina para la dogmática del proceso se ha relevado varias veces en el texto.

Literatura alemana: DEGENKOLB, *Einklaffungszwang und Urteilsnorm*, cit., págs. 168 y sigs.; WEISMANN, *Die Feststellungsklage*, 1879; *Hauptintervention und Streitgenossenschaft*, 1884; *Lehrbuch*, I, págs. 57 y sigs.; PLOSZ, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, 1880; KROLL, *Klage und Einrede*, 1884; § 14; WACH, *Handbuch*, I, págs. 13 y sigs.; *Der Feststellungsanspruch* 1888 (fundamental); HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, cit., págs. 399 y sigs.; *Lehrbuch*, I, §§ 58 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a edición, §§ 113 y sig.; KLEINFELLER, pág. 264; SKEDL, I, pág. 222; POLLAK, I, páginas 8 y sigs.; KISCH *Beiträge zur Urteilslehre*, cit., págs. 16 y siguientes; *Deutsches Zivilprozessrecht*, II, 49 sigs.; LANGHEINEKEN, *Urteilsanspruch*, cit., págs. 127 y sigs.; KOHLER, *Prozessuale Forschungen (Investigaciones procesales)*, 1889, pág. 63; *Civilprozessrecht*, § 49.

un interés del particular, aunque no se tratase de obtener una cierta prestación de un obligado o su equivalente. Roma nos presenta varias figuras procesales de esta categoría: principalmente *formulae præjudiciales* o *præjudicia* (§ 1), fórmulas en las cuales faltaba la *condemnatio* y no tenían más que la *intentio* así concebida, «*an libertus sit*», «*quanta dos sit*», etc., etc. (Gayo, IV, § 44; en el derecho justiniano hablase aún de *actiones præjudiciales* (§ 13 Instit. de action., 4, 6).

El derecho italiano medioeval nos ofrece principalmente los dos famosos *processi provocatorii* (juicios de *jactancia* o de *difamación*): uno, «*ex lege diffamarii*»; el otro, «*ex lege si contendat*», así llamado de las dos leyes romanas, de las cuales aparentemente se derivaban. Pero en este caso, como en otros muchos, las leyes romanas estaban equivocadas; y tanto más saliente es esto, cuanto que las otras leyes romanas, que, por el contrario, dada su afinidad substancial, podían influir en la formación de recursos procesales de declaración, fueron dejadas de lado. La *lex diffamarii* (4, 5, Cód. de *ingenuis manumissis*, 7, 14) refiérese a un juicio sobre libertad del ciudadano y en él, puesto que la parte adversa no se presenta a sostener la contestación del estado libre ajeno (*diffamatio*) se le ordena, basándose en las alegaciones de la otra parte, abstenerse de semejantes afirmaciones. Por el contrario, la *provocatio ex lege «diffamari»* consiste en que aquel en daño del cual alguien se ha jactado de un derecho, puede pedir al juez que fije a éste un término para hacer valer el derecho jactado en juicio (*provocatio ad agendum*); o, en su defecto, le ordene abstenerse de su pretensión (*impositio silentii*), mediante cuya preclusión se declaraba substancialmente la no existencia del derecho jactado. La *lex si contendat* (L. 28, Dig., de *fidejuss.*, 46, 1) concede al fideyusor citado para el pago de la totalidad de la deuda el derecho de pedir la división de la acción si hay otros confideyusores *solventes*. Con arreglo a esta ley, se permitió al fideyusor *provocar* al acreedor a obrar, para así poder hacer valer la excepción de división de la acción, excepción que podía perderse si los confideyusores deviniesen después insolventes (consúltese Cód. Civ., art. 1912). Pero este recurso, en forma de *provocatio ad agendum*, y combinado con el *remedium ex lege diffamari* va poco a poco aplicándose a otras excepciones, y deviene un medio general para obtener la declara-

ción negativa de las relaciones a través de la preclusión derivada de la *impositio silentii* (1).

Y hemos dicho que este es uno de los casos en que las fuentes romanas fueron equivocadas y forzadas en su interpretación, para satisfacer las necesidades de la práctica (Introducción) y en este caso a la necesidad de la certidumbre del derecho a la cual el proceso germánico atendía de diversos modos. Las *provocationes ad agendum* son instituciones del proceso germánico con forma romana: el reconocimiento judicial de las escrituras, las acciones de nulidad, los procedimientos para notificaciones públicas tienen igual origen (2).

Al juzgar los procesos provocatorios o de jactancia es necesario, por lo tanto, distinguir en *forma* (con las anomalías que presentaba, como la coacción en obrar, la equivocada aplicación de los textos romanos; y las cuestiones a que daba lugar, como por ejemplo, quien debe ser considerado actor, quien demandado, si el pleito debe proponerse en el foro del provocador o del provocado, cuando comienza la litis pendencia, etc.) de su *función* que consiste en llevar a la declaración del derecho.

En Alemania; donde netamente se ha fijado esta distinción, abandonáronse las *formas* especiales de los juicios de jactancia, pero se salvó su esencia, la *función*: construyendo con la doctrina y regulando con la ley una institución más sencilla y más amplia modelada sobre los *præjudicia* romanos o sea las *acciones de declaración* (Reg. Proc. Germ. § 256) aplicables tanto al procedimiento positivo como al negativo. No es exacto afirmar que las acciones de declaración se *deriven* de los juicios provocatorios; lo cual ha llevado a muchos a considerar que en las acciones de declaración negativa debe estimarse como actor no quien provoca la declaración (actor formal), sino aquel cuyo derecho se niega (demandado formal), haciendo depender de este la carga de la prueba. De esta manera se transformaría la *provocatio ad*

(1) WETZELL, pág. 111; MANCINI, *Commentario*, II, págs. 99 y siguientes; TOMASONI, *Del processo provocatorio per diffamazione*, 1854, páginas 10 y sigs.

(2) WEISMANN, *Die Feststellungsklage (La acción de declaración)*, cit. págs. 2, 39, 42, 59, 99 y 109.

agendum en una *provocatio ad probandum*. Por el contrario es acertado asegurar que las acciones de declaración son *posteriores* a la supresión de los juicios provocatorios (1).

En Italia, donde no se tuvo presente aquella distinción, llegóse a la supresión de los juicios de jactancia (excluidos en el primer Código sardo, vueltos a admitir en el segundo, excluidos después por siete votos contra seis por la Comisión ordenadora del nuevo Código) sin tener ideas claras sobre lo que permanecía. Ocurre que la doctrina calla durante largo tiempo acerca de las acciones de declaración, como si también ellas hubiesen decaído; y en la práctica se excluyeron muchas veces las acciones de declaración, especialmente cuando eran fundadas en la presunción de un derecho pretextando la supresión de los juicios de jactancia, recordando los inconvenientes de éstos y repitiendo la dura crítica que de ellos hizo MANCINI (2), sin notar que tanto a MANCINI como a la Comisión ordenadora parecían aún natural que aquel contra quien alguien pretende tener un derecho tenga acción *para hacer declarar la insubsistencia del pretendido derecho*.

La doctrina italiana más moderna reconoce que también en nuestro derecho existe la acción de declaración. Existe, se entiende, no solo en los casos en que la ley la regula especialmente, como en el de declaración de una escritura privada (Cód. Procesal Civil, art. 282 y sigs.), de declaración de falsedad de un documento (Cód. Proc. Civ., art. 296 y sigs), de declaración de un derecho suspenso por término o condición y amenazado de una prescripción comenzada en favor de un tercero (Cód. Civ., artículo 2126) y en otros muchos (Cód. Civ., arts. 121, 170, etc.) (3); sino también como forma general, *como medio general de actuación de la ley*.

Es verdad que no hay una norma expresa que admita este medio y tal vez sería conveniente que existiese para evitar cues-

(1) Los juicios provocatorios están suprimidos como forma general. Pero todavía se ven algunos casos aislados de ellos en el procedimiento de notificaciones públicas. Más adelante § 95.

(2) *Commentario*, II, núm. 91.

(3) MESSINA, *Simulazione assoluta*, cit. § 17, coloca entre los casos *expresos* de interés en obrar para la declaración el art. 1319 Cód. civ. (contra declaraciones).

ciones, pero no es necesaria: está contenida implícitamente en el art. 36 del Cód. Proc. Civ., que exige como condición *para obrar el interés* y que a su vez no expresa sino un principio de doctrina supérfluo en una ley. Dada una organización judicial y procesal, con esto mismo se autoriza toda demanda judicial que tienda a evitar el daño que se verificaría si la ley no actuase, a no ser que la ley contenga *expresas limitaciones* (§ 2). Ahora bien, el daño puede derivarse tanto de la falta de una prestación como de la incertidumbre del derecho: incluso porque el derecho no tiene una importancia limitada a su sujeto activo y a su sujeto pasivo; la existencia o inexistencia de toda relación jurídica tiene importancia *en la sociedad*: con la acción de declaración se garantiza precisamente esta importancia *social* (1). El alarde (vanto) que antes daba lugar a un juicio provocatorio hoy puede dar lugar a una acción de declaración, aunque engendre una incertidumbre jurídica. Hay quien aconseja en este caso una acción de daños (2). Pero, en primer lugar, el daño puede ser simplemente *temido* y puede bastar para impedirlo la declaración del derecho y por lo mismo la condena a los daños sería supérflua: en segundo lugar, el alarde en sí mismo no es un hecho ilícito sino en cuanto sea contrario a la ley; y no se podría condenar a los daños al autor del alarde sino *declarando* precisamente la voluntad de la ley.

II. *Naturaleza jurídica de la acción de declaración.*—La formación jurídica estructural de la acción de declaración presentó grandes dificultades hasta tanto que se ha considerado la acción como *elemento* de otro derecho o como el derecho en su tendencia a la actuación. En efecto, no es fácil averiguar aquí cual sea el derecho que *tiende a la actuación* y si algún autor como UNGER (3) cree descubrirlo en el derecho que se trata de declarar

(1) KOHLER, *Civilprozessrecht*, cit. pág. 50; CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, cit.

(2) Así, por ejemplo, LESSONA, *Manuale*, 3.^a ed., pág. 98, núm. 86; CALDA, *I concetti di giurisdizione e d'azione*, cit. pág. 72.

(3) *System*, § 115. La afirmación todavía es frecuente: así FERRARA FR., *Simulazione del negozio giuridici*, 2.^a ed. pág. 331 (3.^a ed. pág. 348): «la acción de declaración es la explicación del derecho subjetivo que quiere defenderse del estado de inseguridad jurídica en que le ha situado el

como existente esto podría decirse de las acciones de declaración *positiva*. En cuanto a las acciones de declaración negativa la doctrina medioeval negó el nombre de *acciones* a los juicios provocatorios: y concibió la demanda judicial en este caso como simple *imploratio officii judicis* (demanda de una resolución *justa* sin que en ella exista una *pretension* contra el adversario). En la doctrina moderna algunos han concebido la acción de declaración como simple forma procesal sin base alguna en el derecho sustancial, como WINDSCHEID (1), BRINZ; otros trataron de fundamentarla en el derecho a una prestación del adversario: no faltó quien hablase de una obligación del demandado de reconocer como existente el derecho existente, como DEGENKOLB (2), PLOSZ; otros de una obligación de abstenerse de ulteriores controversias frente a la declaración positiva: y otros de futuras afirmaciones frente a la declaración negativa, como LEONHARD (3).

La construcción no presenta dificultades en cambio, si se concibe la acción *in genere* como un derecho a la tutela jurídica respecto del Estado (WACH, HELLWIG) o como un poder jurídico tendente a la actuación de la ley (§ 1). En ambos casos, la acción de declaración no supone obligación de prestación por parte del demandado. El mismo DEGENKOLB recientemente se ha adherido a nuestra doctrina, definiendo la acción de declaración como la

adversario». En primer lugar, la incertidumbre jurídica puede ser ajena a los hechos del adversario (Cód. Proc. Civ., art. 282): en segundo lugar, quien se defiende del estado de incertidumbre jurídica no es el derecho, sino su titular. Que X pueda pretender cien pesetas de Z es un derecho de crédito: que X al invocar al juez pueda hacer nacer en torno a sí la certidumbre de la existencia de aquel crédito, es otro derecho *que tiene por presupuesto el crédito*, pero que tiene otras condiciones, otro objeto, otra vida del derecho de crédito. La nueva ley puede suprimir la acción de declaración y conservar el derecho de crédito (antes § 4).

(1) *Pandekten*, § 92.

(2) Así opina MORTARA, *Comm. IV*, núm. 33 nota, DEGENKOLB, en su obra reciente *Die Streit über den Klagrechtsbegriff*, cit. pág. 94. había abandonado esta construcción.

(3) *Anspruchsbegriff* en la *Rivista pel proc. civ. ted.* vol. XV, página 341. Véase acerca de esto más detalladamente nuestra *Azione*, página 90 y siguientes.

expectación jurídica de la parte contra la parte, aunque no tienda a una prestación (1).

Nosotros hemos preferido valernos de la acción de declaración para explicar mejor la autonomía de la acción. La declaración que se espera de la actuación del juez, no puede pretenderse del demandado ni subrogarse con una prestación del demandado. Ordinariamente el demandado no tiene obligación alguna de reconocer formalmente fundada la pretensión del actor, ni de reconocer infundada la propia: aun teniendo esta obligación su reconocimiento no puede ser equivalente a una declaración judicial; ni un acto notarial de reconocimiento del derecho, ni una confesión judicial producen la cosa juzgada. *Solo* la declaración judicial tiene la importancia *social* que exige el interés del actor. Por otra parte el demandado no está *obligado* a reconocer la cosa juzgada, sino que está *sujeto* a ello aun sin el concurso de su voluntad.

El proceso es verdaderamente medio para un fin, en el sentido de que es medio para la consecución de bienes (§ 3), pero no—como frecuentemente se cree—en el sentido de que los intereses cuya satisfacción en él se busca pudieran ser *siempre* satisfechos también fuera del proceso. Existen intereses para cuya satisfacción *sólo* el proceso es medio: tal es el interés a la mera declaración judicial. La acción de declaración, y tanto más, de declaración negativa, es, pues, un derecho, subsistente por sí mismo, que tiene por presupuesto un interés (por ejemplo: en una acción de declaración negativa, el interés *de no pagar 100 pesetas*) y busca un efecto jurídico útil (ejemplo: la certidumbre de que «yo no debo por ley las 100 pesetas» (2).

(1) *Sulla contesa circa el concettod'azione*, cit. pág., 94 núm. 1.

(2) Ya hemos dicho (§ 1) que la acción de declaración negativa no tutela el pretendido derecho «a la integridad de la propia esfera jurídica», como, además de SIMONCELLI, opinan FERRARA FR., *Della simulazione del negozio giuridici*, 2.^a ed., pág. 331, CASTELLARI, *Lezioni di Dir. Proc. Civile*, Turín, 1906-1907, lit., pág. 47, TEA, *Interesse ad agere*, pág. 19: Si alguien se cree acreedor mío por 100 pesetas, no atenta a ninguno de mis derechos, ni a la totalidad de ellos (que es la esfera jurídica), porque mis derechos son compatibles con la existencia de una deuda mía. Diciendo que se defiende la integridad de la esfera jurídica, quiere significarse que

Sentado esto, la acción de declaración no difiere de las demás acciones: *actor* es aquel que pide la actuación de la Ley; y la carga de la prueba le corresponde según las reglas generales (§§ 34 y 55), y lo mismo en la acción de declaración positiva que en la negativa: en esta última, deberá probar *la inexistencia* de una voluntad de ley. Aquí debe señalarse la fundamental dife-

se defiende el *valor* del propio patrimonio; pero éste es un lenguaje económico, y por añadidura, figurado, no jurídico; porque el valor como entidad abstracta no puede ser objeto del derecho: es lo que es; y si otro pretende mi condena al pago de 100 pesetas que no debe haber, en términos jurídicos y precisos, no puede decirse sino que teniendo interés en no pagar 100 pesetas que no debo, *tengo derecho a una sentencia* que declare inexistente la deuda. Si la Ley me da derecho a esta declaración negativa, incluso si el supuesto acreedor quisiera desistir de la demanda, y aun antes de haber obrado él (que es propiamente la acción de declaración negativa), quiere decir que enfrente a la duda engendrada en la Sociedad, acerca de la existencia de la deuda, la misma certidumbre jurídica de que la deuda no existe, deviene por sí misma un bien jurídico: y éste y no otro bien persigue quien obra por la declaración negativa, ni podría conseguirse este bien sino con esta *pura acción*. Véase nuestro *Litisconsorzio necessario*, cit. pág. 20; y en igual sentido, MESSINA, *In tema di simulazione assoluta*, núm. 17. Tan es verdad todo esto, que queriendo encontrar a la fuerza un derecho, base de la acción de declaración negativa, llégase a evidentes errores. Así, un escritor moderno (PASINI *Generalità di diritto processuale civile*, pág. 56, nota) considera como base de este derecho de obrar, el «derecho de no deber las 100 pesetas» (o sea un derecho que tendría por contenido lo inexistente). FERRARA, *Simulazione*, cit. 3.^a ed., 1909, pág. 345, nota, nos replica que «todo derecho o la privación de un derecho es siempre compatible con la existencia de la esfera del sujeto, y entonces no habría nunca violación, aun en el caso de que uno reivindique un fundo que no es suyo, pretenda una servidumbre que no le corresponda, etc.». En efecto, quien tiene la cosa ajena, quien pasa por el fundo ajeno sin derecho, *viola* el derecho ajeno; pero quien solicita del juez que declare si la cosa es suya o de otro, si la servidumbre le corresponde o no, *no viola* el derecho de nadie, y mucho menos la *integridad* de sus derechos, tanto más cuanto que el demandado puede limitarse a pedir la desestimación de la demanda, y no está obligado a probar su derecho. De todas maneras, existe en estos casos un derecho *determinado* del demandado frente a la pretensión del actor; pero en el ejemplo antes puesto por nosotros, como en otros muchos más, el demandado no

rencia entre las acciones de declaración negativa y los juicios de jactancia (1).

Debe considerarse diferente la acción de declaración del derecho a los daños que puede tenerse contra el autor de una pretensión o de un litigio injusto. Las dos acciones pueden combinarse en una. También debe observarse que no siempre el que tiene una acción de declaración tiene derecho de ejercitarla *a costa del demandado*: esto depende de la actitud del demandado. Por ejemplo, el art. 282, Cód. Proc. Civ., dispone que si el demandado reconoce la escritura cuya declaración solicita el actor, los *gastos son de cuenta del actor* (2).

III. *Sentencia de declaración y sentencia de condena.*—¿En qué consiste la diferencia entre la mera declaración y la condena? Hay derechos que no pueden dar lugar más que a una sentencia de declaración y son los derechos potestativos cuando consisten en el poder de producir un efecto jurídico *con una simple declaración de la parte*: en este caso la sentencia no puede hacer otra cosa que afirmar (declarar) la existencia del derecho, ya sea ejercitado, ya a ejercitar. Pero en cuanto a las relaciones jurídicas en que existe un obligado, si la sentencia desestimatoria no puede ser sino de mera declaración, la sentencia que estima la demanda, puede ser tanto de mera declaración como de declaración y de condena.

Si la sentencia declara la existencia de una obligación precisase distinguir aún si el demandado no está obligado, sino un tercero (ejemplo típico el art. 2126 del Cód. civ.) la sentencia no puede ser naturalmente sino de declaración; si el demandado es el mismo obligado la sentencia es de pura declaración cuando

tiene ningún *derecho* que defender; y la totalidad de sus derechos (por lo mismo que es la integridad de los derechos que él efectivamente tiene) no está en juego: sólo estaría en juego si el actor pretendiese ser *la persona* que el demandado pretende ser.

(1) Véase WENDT, *Beweislast bei der negativen Feststellungsklage* (*Carga de la prueba en la acción de declaración negativa*) en el *Archivio per la pratica civile*, vol. LXX, págs. 1.^a y sigs.

(2) Véase CHIOVENDA, *La condanna nelle spese*, cit., págs. 304 y sigs.

no persigue más que los beneficios derivados inmediatamente de la certidumbre jurídica. Es de condena cuando busca también la posterior actuación de la voluntad de la ley o sea si *prepara* la ejecución. La diferencia está pues en que en la sentencia de condena la declaración tiene dos funciones distintas, en la de declaración una sola (véase § 6) (1).

Este criterio de distinción se funda ya en el texto de nuestra ley ya en lo que en la realidad ocurre. La ley distingue la demanda de reconocimiento de una escritura, según *que forme el objeto principal del juicio* o tenga *por fin el cumplimiento de la obligación* (art. 282 Cód. proc. civ.) En la práctica, pues, puede tenerse necesidad de la simple declaración de la Ley, por ejemplo, para disponer con más seguridad de nuestra cosa, sin que haya necesidad o posibilidad alguna de ejecución, por ejemplo, por estar nosotros en posesión de la cosa. El caso en que la distinción es más difícil es el de una obligación de dar o de hacer, pero también aquí puede tenerse interés en afirmar la voluntad de la Ley sin querer o poder pretender el cumplimiento de la obligación; así en el caso en que la prestación aún no haya vencido: si ya venció debe presumirse que la demanda del actor tiende a la condena, salvo expresa declaración en contrario (2).

No debe decirse que la declaración tenga por fin garantizar el derecho contra una *amenaza*, mientras que la condena lo garantiza contra la *violación*, puesto que la amenaza puede ser una causa de la acción de declaración, pero no ciertamente la única. Por otra parte puede haber una condena cuando la violación aún no está realizada: la condena de *futuro* (§ 6) es una verdadera condena, no una sentencia de mera declaración, porque tiene por fin la efectividad en el momento del vencimiento.

Por el contrario, la sentencia de declaración obtenida antes del vencimiento de la obligación, *no deviene título ejecutivo en*

(1). Cuestión vivamente controvertida: véase *Azione nel sistema dei diritti*, cit. pág. 82, CROME, trad. ASCOLI E CAMMEO, pág. 367, núm. 33. Las observaciones de CALDA en este punto, op. cit., pág. 73 y sigs., parecen poco importantes.

(2). Discútese sin embargo si debe ser admisible la acción de declaración en caso de prestación vencida.

el momento del vencimiento (1). La sentencia que originariamente no tuvo función preparatoria de la ejecución, no puede adquirirla más tarde. Sería grave que el demandado fuese sujeto a la ejecución cuando después de la sentencia de declaración pueden haber surgido nuevas excepciones en favor suyo, y estaría constreñido a hacerlas valer en la forma incómoda de la oposición a la ejecución. La *actio iudicati* que nace de la sentencia de declaración no puede, pues, referirse a la ejecución forzosa, sino únicamente a la emanación de una nueva sentencia (de condena).

En cuanto a los demás efectos que puede tener la sentencia de declaración, son varios. La certidumbre del derecho, imponiéndose a las conciencias de todos aumenta, como vimos, su importancia social. Además de esto puede ocurrir que la declaración positiva o negativa sea condición para obtener resoluciones de naturaleza diferente de la ejecución forzosa, como transcripciones (Cód. civ., art. 1935), inscripciones hipotecarias (art. 1989), cancelaciones hipotecarias (arts. 2033, 2036), traspasos catastrales (ley sobre catastros, texto único 4 Julio 1897, art. 7), destrucción de documentos falsos (Cód. proc. civ., art. 309), etc., etc.

IV: *Condiciones de la sentencia de declaración.*—Para que pueda estimarse una demanda de declaración es preciso:

1.º Que exista la *voluntad de ley* de la cual se pide la declaración positiva, o no exista aquella cuya declaración negativa se pide. La sentencia que rechaza una acción de declaración negativa porque «no ha sido probada la existencia de una voluntad de ley» afirma al mismo tiempo la existencia de esta voluntad y contiene declaración positiva en favor del demandado.

2.º La *legitimatío ad causam*. A este respecto puede decirse que esté legitimado activamente aquel a quien se refiere el daño jurídico que la declaración debe reparar, legitimado pasivamente aquel respecto del cual la sentencia debe producir cosa juzgada para que se produzca el efecto esperado de la declaración.

3.º *El interés en obrar*. En los casos especiales de acciones de declaración regulados por la ley, el interés en obrar es conatural a la circunstancia prevista por la ley; por ejemplo, la simple existencia de una escritura privada, de un documento falso,

(1) Cuestión vivamente controvertida.

justifica la demanda de verificación (Cód. proc. civ., art. 282), de declaración de falsedad (art. 296). Así la simple existencia de una demanda infundada justifica la petición del demandado, de que se pronuncie sobre ella, rechazándola (art. 345).

En cuanto a la acción de declaración como figura general, el interés en obrar consiste en una condición de hecho tal, que el actor sufriría un daño sin la declaración judicial. Esta condición de hecho no consiste en una *violación* del derecho que es el presupuesto corriente de las sentencias de condena, sino más bien en la incertidumbre de derecho ante la opinión común. También puede llamarse éste, en cierto sentido, *un estado de hecho contrario al derecho*, puesto que, como vimos, no sólo precisa que el derecho sea satisfecho por el obligado, sino también que sea cierto como derecho en la sociedad.

Esta incertidumbre debe ser también *objetiva* en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho *exterior objetivo* que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de los terceros. El hecho exterior a que se alude puede consistir en un acto del demandado que, por ejemplo, haya hecho preparativos encaminados a una violación del derecho, o haya discutido, tanto más si es públicamente, el derecho del actor, o haya afirmado ser su acreedor (alarde, jactancia); pero repetimos que también en este caso la acción de declaración tiende únicamente a remover la incertidumbre jurídica derivada del hecho del demandado, no a obtener la inhibición de análogos actos posteriores (1). Esto permite distinguir la acción de declaración negativa de la acción *negatoria* que tiende a una condena: aquélla puede estar justificada también por una simple *turbatio verbis*. Que el estado de incertidumbre del derecho sea derivado de un hecho del demandado, influirá en la regulación de los gastos (§ 77).

(1) Admitir que el interés en la declaración pueda nacer también de un hecho de un tercero que no sea el demandado no conduce necesariamente a la consecuencia temida por CALDA (op. cit. pág. 62), de que en la práctica se admita la acción para todos los casos de derecho faltos de prueba o de incertidumbre artificiosamente creada. Que la falta de prueba pueda justificar en el caso concreto una acción de declaración, no puede *a priori* excluirse. Ni la dificultad de poner criterios de admisibilidad precisos, ni

Ejemplos de interés en obrar por la simple declaración, obtenidos de la práctica, son: la dificultad de ceder un crédito por ser litigioso; la imposibilidad de vender un fundo, no obstante ser poseído, porque con anterioridad el mismo fundo ha sido vendido simuladamente a otro; la expresión incierta de un contrato de venta que produzca la duda de si entre las fincas vendidas, pero posetas aún por el vendedor, está comprendido un determinado fundo; la incertidumbre del deudor acerca de la persona del acreedor cuando varias personas pretenden ser el acreedor, etcétera (1).

V. *Objeto de la declaración.*—Objeto último de la declaración es siempre la voluntad de la ley en el *caso concreto* (§ 2). En la acción de declaración a veces se busca una voluntad de ley no *actual*, sino *potencial*. Esto ocurre cuando la acción de declaración no tiene por fundamento una relación jurídica, sino únicamente un hecho jurídicamente importante: así, en el caso de reconocimiento de una escritura privada (Cód. Procesal Civil, art. 282); aquí la declaración tiene por objeto, no el hecho en sí mismo, sino un complejo de voluntades de ley aún no determinadas, contenidas potencialmente en la voluntad de que la escritura tenga una cierta eficacia. Pero estos casos meramente excepcionales deben expresarse en la ley. Mucho menos puede ser objeto de declaración la simple posibilidad de una voluntad de ley: como si alguien pidiese al juez declarar las consecuencias jurídicas de un hecho aún no ocurrido o de un hecho actual, pero que sólo puede tener importancia jurídica concurriendo con un

la posibilidad de abusos debe conducir a negar la acción en general, como no ha impedido a las legislaciones citadas reconocerla expresamente. Lo que importa es afirmar en general la posibilidad de un interés en la mera declaración y la de satisfacerlo en el proceso; al criterio del juez corresponde impedir en la práctica que la institución dé lugar a acciones ligeras, y que se pretenda transformar la sentencia en un sucedáneo de la prueba escrita.

(1) Caso recientemente resuelto: las discusiones del arrendador acerca de la duración de un arriendo en curso, autorizan la acción de declaración del arrendatario. Corte de apel. de Venecia, 11 Ab. 1911, en la *Legge* 1911; página 2.430.

hecho aún no sucedido (1). No es que falte en estos casos el interés *actual* en obrar; pero si se admitiesen acciones de este género, el proceso devendría más bien que un simple organismo de actuación de la ley, un instrumento general de facilitación del comercio jurídico más gravoso para el Estado que útil para los ciudadanos.

(1) SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 306. Esto no excluye que el *hecho* ocurrido pueda dar lugar a declaración respecto a sus *consecuencias* todavía no ocurridas. La lesión alcanzada en un accidente puede manifestar sus efectos dañosos mucho tiempo después, pero justifica una acción de declaración inmediata. Consúltense los casos resueltos por la Cas. Tur. 19 Marzo 1909 (*For. ital.* 1909, pág. 1.463). En cuanto a la posibilidad de ser objeto de declaración, los derechos condicionados, véase el art. 2.126 del Código Civil.

Apéndice a los §§ 6 y 7.

Referencias al derecho español.

§ 6

Código civil, artículos 587 (servidumbre de aguas), 412 (aprovechamiento de aguas), 392 y siguientes (comunidad de bienes), 1128 (obligaciones a plazo).

§ 7

Código civil, artículos 115 y siguientes (prueba de la filiación).

Ley hipotecaria, artículos 2 y 3 (títulos sujetos a inscripción), 99 (cancelación), 84 (ídem), 43 y siguientes (anotaciones preventivas).

Ley de enjuiciamiento civil, artículos 606 y siguientes (cotejo de documentos) 1429 y siguientes (títulos ejecutivos).

No existe en nuestra ley procesal civil un precepto análogo al del art. 36 del Código procesal civil italiano, consagrado a declarar directamente que «para proponer una demanda en juicio o para contradecirla, *es necesario tener interés en ello*» ni hace falta. Bien lo observa el profesor CHIOVENDA cuando dice que tal artículo «no expresa sino un principio de doctrina, supérfluo en una ley».

Pero, además, esa doctrina palpita en nuestro Código procesal y se deriva bien claramente de sus preceptos atinentes al caso; y aun esa ley, lo mismo que el Código civil y otras leyes especiales, determinan concretamente para cada acción y para cada juicio la necesaria personalidad de las partes.

§ VIII

Sentencias constitutivas.

1. *Naturaleza declarativa y constitución de efectos jurídicos en las sentencias.* Ya hemos visto que la sentencia positiva estimatoria se limita a afirmar la existencia de una voluntad de ley que garantiza al actor un bien de la vida; de aquí que sea *declarativa y no constitutiva* de derechos (§ § 2 y 4); y con mayor razón es meramente declarativa la sentencia desestimatoria; pero este principio se refiere únicamente al bien que pretende el actor, o sea al derecho que es objeto del proceso y, así entendido, el principio no tiene excepciones.

Por el contrario, es *constitutiva* la sentencia en cuanto *de la declaración judicial de un derecho* se derivan ciertos efectos jurídicos, de los cuales la sentencia aparece como título o causa. Tales son:

1.º La *acción* y la *excepción* derivadas de la sentencia. (En cuanto a la eficacia de cosa juzgada también es constitutiva la sentencia desestimatoria).

2.º La *hipoteca judicial* derivada de la sentencia que condena al pago de una cantidad, a la entrega de cosas muebles o al cumplimiento de otra obligación que pueda resolverse en indemnización de los daños (Cód. civ. art. 1970).

3.º El derecho derivado de la *condena con costas* (Código Proc. civ. art. 370) puesto que el derecho a las costas no preexiste a la sentencia, sino únicamente tiene su título en esta (§ 77); en cuanto a las costas es también constitutiva la sentencia desestimatoria.

Por último, hay un grupo numeroso de sentencias positivas estimatorias y son las llamadas propiamente por la doctrina moderna constitutivas y de las que trata este §, en las cuales esta eficacia constitutiva depende *del mismo derecho que ellas decla-*

ran consistente en el poder jurídico del actor de producir un efecto jurídico mediante sentencia judicial (§ 1) (1).

II. *Sentencias constitutivas*. Hay derechos potestativos en los cuales el nuevo estado jurídico se produce en virtud de una simple declaración de voluntad del titular y otros en los cuales el cambio prodúcese únicamente cuando el derecho potestativo fué declarado por el juez: también a veces es necesario que el juez provea a algunas determinaciones consecuenciales (como las cuotas en la división). Es cuestión que la ley resuelve (si bien no siempre expre-

(1) Ya en otros tiempos la doctrina hablaba de sentencias constitutivas, pero en el sentido de figuras *anormales* frente a la naturaleza meramente declarativa de la sentencia y se enumeraban como tales las sentencias que decretan la separación personal o el divorcio, las que rescinden contratos, las de adjudicación de inmuebles en subasta, las de asignación de cantidades pignoradas, y otras (véase FADDA y BENZA, en WINDSCHEID, I, pág. 1197).

La división tripartita de las sentencias de condena, de declaración y constitutivas encuéntrase por primera vez en WACH, *Handbuch*, I, páginas 11-12, después más neta en SCHMIDT, *Lehrbuch*, pág. 526, 527 (2.^a edición, pág. 742, 743), hasta que en LANGHEINEKEN, *Urteilsanspruch*, 1899, pág. 90 y sigs. 220 y sigs., llega a ser fundamento de un amplio estudio. La clara sistematización de esta categoría y su conciliación con los caracteres de la jurisdicción contenciosa, fué hecha por HELLWIG, llevándola a la categoría correspondiente de los derechos potestativos: *Anspruch und Klagerecht*, pags. 2 y sigs. 443 y sigs. 467; *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, cit. pág. 2; y más especialmente en *Lehrbuch*, I, pág. 41, 232 y sigs. Véase también KIPP, *Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen (La condena a dar una declaración de voluntad)*, Kiel y Leipzig, 1892, págs. 18 y sigs. y entre los más recientes: HOLDER, *Ueber Ansprüche und Einreden*, en el *Archivio per la practica civile*, vol. 93, páginas 26, 33; *Anspruch und Klagerecht*, en la *Rivista per proc. civ. ted.*, vol. 29, págs. 66 y sigs.; *Klagerecht*, en los *Annali di Jhering*, vol. 46, páginas 288, 289; KISCH, *Beitrage zur Urteilslehre*, cit. págs. 45 y sigs.; WACH, en la *Rivista per proc. civ. ted.*, vol. 32, pág. 7; KOHLER, *Civilprozessrecht*, pág. 105, en la *Rivista per proc. civ. ted.*, vol. 33, pág. 226 y en la *Rivista renana*, I, (1908), pág. 39; SECKEL, *Gestaltungsrechte*, 1903; HELLWIG, *Klagerecht und Klagmoglichkeit*, cit. págs. 32 y sigs. 62 y sigs.; BALOG, *Ueber das konstit. Urteil*, en la *Rivista di Gründhut*, vol. 34, pá-

samente) con arreglo a criterios de oportunidad, la de fijar cuando basta la declaración de voluntad del titular y cuando se requiere una sentencia según que, por ejemplo, dada la naturaleza de la relación que ha de constituirse o extinguirse, sea más o menos útil al interés del comercio, del orden público, de los derechos de terceros, la certeza y la publicidad inherente a la sentencia o se haga también necesaria una operación técnica que deba confiarse a una persona imparcial (1). La disolución de una sociedad constituida por tiempo indeterminado puede tener lugar por la voluntad de

ginas 123 y sigs. y la bibliografía más completa en este último; ZITTELMANN, *Zum Recht der Eheanfechtung (Sobre el derecho de la impugnación del matrimonio)* en las obras en honor de BEKKER, 1907, págs. 145 y sigs.; y aun HELLWIG, *Grenzen der Rückwirkung (Límites del efecto retroactivo)* en las publicaciones del jubileo de la Universidad de Giessen, 1907, págs. 23 y sigs. y acerca de esto SIBER en la *Kritische Vierteljahresschrift*, vol. 13, (1911), pág. 56 y sigs.; KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, II, pág. 52; STIER-SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung*, en las publicaciones en honor de LABAND, 1908.

En Italia encuéntrase una primera manifestación precisa de la afirmación de esta clase de sentencias en la doctrina en nuestra *Azione nel sistema dei diritti*, 1903, págs. 116, 118, desarrollado en el curso universitario de Bolonia del mismo año y continuado en *Litisconsorzio necessario*, (publicaciones en honor de V. SCIALOJA, 1904). Sobre esto escribieron después DIANA, *La giurisdizione volontaria*, I, pág. 65 y sigs.; CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, cap. II, n. 6; ROCCO, *Sentenza civile*, pág. 141 y sigs.; MORTARA, *Commentario*, IV, número , pág. 34 y sigs.; *Manuale*, 5.^a ed. pág. 15 y sigs.; SCIALOJA ANTONIO, *Studii di diritto privato*, 1906, pág. 359 y siguientes; MESSINA, *I diritti potestativi*, cit.; TEA, *Interesse ad agire*, 1907; pág. 66 y sigs.; BONELLI, en la *Rivista di diritto commerciale*, 1907, II, pág. 473 y sigs. GALANTE, *Lezioni*, 2.^a ed. pág. 238 y sigs.; LANZA, *La querela e il suo valore procesuale*, 1911, pág. 79 y sigs.; DONATI D., *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, 1910, pág. 214 y sigs.; COVIELLO N., *Manuale di Dir. civ.*, I, pág. 540; PUGLIESE, *Prescrizioni acquisitiva*, 3.^a ed. (1911), página 491; OTTOLENGHI G., *Gli atti della giurisdizione straniera e la loro efficacia in Italia*, en la *Riv. di Dir. civile*, 1911, pág. 755 y sigs., ANZILOTTI, *Riconoscim. delle sent. di divorzio*, 1908, pág. 30.

(1) En la práctica es frecuentemente cuestionable si procede o no la sentencia.

uno o más socios, expresada mediante «renuncia notificada a todos los socios» (Cód. civ. art. 1733); pero en la sociedad constituida por tiempo determinado, la disolución debe pedirse en juicio, basándose en motivos justos cuya apreciación dejare al criterio de la autoridad judicial (art. 1735); puede surgir un pleito en ambos casos, pero en el primero el juez examinará si el socio tenía la facultad de disolver la sociedad y *declarará realizada la disolución* (sentencia de declaración); en el segundo caso examinará si el socio tiene facultad de pedir la disolución y *pronunciará la disolución* (sentencia constitutiva). El arrendador puede *resolver* el contrato, si así se ha pactado, con la simple declaración de querer habitar la casa arrendada (Cód. civ. art. 1612); por el contrario debe *pedir* al juez la resolución basada, por ejemplo, en la morosidad del arrendatario (art. 1165 y 1611); en ambos casos puede surgir un pleito, pero en el primero el juez es el llamado a declarar que la disolución ha *ocurrido*, en el segundo a declarar que la disolución *debe* ocurrir; en el segundo caso puede conceder dilaciones, en el primero no.

También la sentencia constitutiva actúa mediante la declaración de una preexistente voluntad de ley (la voluntad de que se produzca un cambio jurídico); y por lo mismo en esto es idéntica a las demás sentencias (de condena y de declaración) y nada tiene de excepcional. Pero en cuanto la ley liga o condiciona el porvenir del cambio a la misma declaración, *esta* es el hecho jurídico que es causa de aquel efecto jurídico, por virtud de la ley. Y no es que el cambio jurídico sea producido *por la voluntad* del juez: la voluntad del juez también en este caso solo mira a formular *la voluntad de la ley*, aunque su conciencia tenga también presentes los efectos que esto ha de producir y su actividad sea dirigida objetivamente a producirlos (§ 6); y si algunas veces dice *resuelvo, rescindo, anulo, revoco*, y otras semejantes, solo son la *for-* estas simples frases representativas de la eficacia que *por ley* tiene *mulación* de la voluntad de la ley. En cuanto la formulación de esta voluntad fué pedida por el titular de el derecho, claro está que la demanda judicial hállese también entre las causas del cambio jurídico. Pero no corresponde formular sutiles cuestiones de preeminencia entre estas causas concurrentes, basta ver que después de la sentencia *existe un estado jurídico que antes no existía o viceversa*, para que la sentencia nos parezca la que *imediatamen-*

te obra o produce o constituye aquel efecto (1). La actividad judicial en estos casos está frente la ley como frecuentemente está la actividad humana o sea como *hecho concreto que pone en movimiento normas de ley*: tiene esta eficacia común con la actividad de los particulares cuando disponen de sus derechos; y con la actividad de otros órganos públicos, como el gobernador, cuando por decreto «pronuncia la expropiación por utilidad pública» (art. 48. y 50, ley 25 de Junio de 1865) o impone la servidumbre telefónica (art. 3 y 4, texto único, 3 de Mayo de 1903); pero es diferente la relación en estos varios casos entre la voluntad del agente y el efecto jurídico producido (2).

(1) Véase BALOG, *Das Konstitutive Urteil*, cit., págs. 126, 136, 137, 138 y 147. En la 1.^a ed., pág. 129, hicimos referencia a la distinción de causa directa (sentencia) e indirecta (demanda). La correspondiente distinción que aquí observamos entre causa *inmediata* (sentencia) y *mediata* (demanda), la encontramos también en la obra de ZITTELMANN cit., pág. 148, 166: ZITTELMANN admite que el efecto jurídico se produzca dentro de ciertos límites de la demanda sólo en algunos casos determinados, pero por motivos especiales del derecho positivo germánico (véase para la impugnación del matrimonio § 1341, Cód. civ. germánico y siguientes).

(2) La actividad del juez en la sentencia constitutiva es una actividad jurídica pero no un negocio jurídico. Por lo demás estas son cuestiones terminológicas sin gran importancia: el concepto de negocio jurídico se ha entendido de diversa manera; y de cualquier modo que se entienda comprende actos diversísimos entre sí y regulados también diversamente, para que en las delicadas cuestiones prácticas a que dan lugar ciertos actos jurídicos pueda llevar alguna ley la afirmación o negación de la naturaleza del negocio jurídico. Véase § 52 y PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 1906, I, pág. 96. Por ejemplo, la sentencia que anula la deliberación de la junta de una sociedad, no realiza un negocio jurídico *por cuenta de la sociedad* como justamente observa SCIALOJA A.; loc. cit., pág. 359 n.; pero esto no priva que la sentencia, como yo he escrito, esté frente al querer social *como* un no querer (disvolere) social, quiere decir, con la misma extensión de la deliberación. Por el contrario BONELLI, loc. cit. de la afirmación de que la sentencia de asignación de cantidades pignoradas *contiene un negocio jurídico* deriva la consecuencia que aquella está sujeta a la acción revocatoria por quiebra; pero la conclusión no guarda una relación necesaria con tal premisa.

La actividad del juez en la sentencia constitutiva es actividad puramen-

Por tener este objeto y este efecto, y no por su naturaleza, la sentencia constitutiva se presenta como figura autónoma (*a se*). De un lado acércase a la sentencia de condena porque prepara un cambio en el estado actual de cosas. Por otro acércase a las sentencias de mera declaración, porque produciéndose el cambio en virtud de la sentencia misma no es necesario ningún hecho posterior de ejecución; pero la sentencia de declaración declara una voluntad de ley preexistente y no tiene otro efecto que la cesación de la incertidumbre del derecho; la sentencia constitutiva declara una voluntad de ley preexistente que tiende al cambio de otra voluntad de ley, *y lleva tras de sí este mismo cambio* (1).

te jurisdiccional, puesto que el efecto se produce *por ley* en virtud de la declaración, ni es lícito suponer al lado de la actividad *jurisdiccional* de declaración una actividad *administrativa* de producción del efecto jurídico. En contra DONATI D, *Lacune*, cit., pág. 2161. PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, cit., pág. 491, n.

(1) La categoría de las sentencias constitutivas fué muy combatida. Alguno como KOHLER (*Riv. pel. proc. civ. tedesco*, cis., pág. 226 y *Rivista renana*, cit.), afirma que el cambio no se produce en virtud de la sentencia, sino de la demanda judicial y que la sentencia, aún en este caso no hace sino *declarar* el cambio ocurrido como efecto de la demanda: la sentencia es, pues, una mera sentencia de declaración y lo mismo la correspondiente acción, con la única particularidad de que el obrar de la parte tiene pleno éxito entonces en cuanto resulte justificado por la sentencia. Pero, como hemos observado, es precisamente tal *efecto* constante de la sentencia en estos casos el que la distingue de la sentencia de declaración e impide considerar la demanda como causa inmediata del cambio. El cambio ¿es *posterior a la sentencia*? El ejemplo que KOHLER nos presenta es éste: la sentencia que decreta el divorcio no hace sino declarar fundada la *denuncia* del matrimonio contenida en la demanda, pero la disolución del matrimonio es producto de la demanda misma: sin embargo, tiene lugar con la sentencia pasada en calidad de cosa juzgada. De aquí cree él que derive como *consecuencia* que revocada la sentencia de divorcio, el matrimonio permanece disuelto y el segundo matrimonio contraído en el tiempo intermedio, es válido. Puede ser esto, pero no comprendemos que sea la *consecuencia* de su tesis. Así también HELLWIG, *Klagrech*, cit., pág. 32, n.º 8; y *Grenzen Des Rückwirkung*, cit., pág. 55 del extracto.

Alguien, por el contrario, ocupándose de algunas sentencias constitutivas intentó reducirlas a sentencias de condena, razonando así: el juez que

III. *Efectos de la sentencia constitutiva.* La sentencia constitutiva, por su propia naturaleza, obra normalmente *ex-nunc*: los efectos del cambio jurídico solo comienzan en el momento en que el cambio se produce, lo cual sucede cuando la sentencia tiene va-

anula un negocio jurídico, *impone* al demandado no dar ejecución al negocio ineficaz. Véase SCIALOJA A., *Studii*, cit. pág. 359, n. y 361. Pero la sentencia no contiene este mandato, que no tendría objeto porque faltaría la posibilidad de violarlo: realizar un negocio quiere decir *utilizar sus efectos jurídicos*; pero precisamente *estos* son los que desaparecen con la sentencia y, por tanto, no se pueden utilizar.

El que niega la categoría de los derechos potestativos, niega la categoría de las sentencias constitutivas: pero las conclusiones a que se llega en este caso son la mejor prueba de la existencia de ambas categorías. Según ROCCO el poder de producir un derecho forma parte del contenido de este derecho y este derecho existe ya, aunque *latente*, cuando existe el poder de producirlo: por tanto, la relación jurídica que nosotros llamamos *producto* de la sentencia constitutiva, preexistiría a la sentencia (*Sentenza civile*, cit., pág. 101, 146 y 149). Estas afirmaciones refiérense únicamente a algunas figuras de derechos potestativos, y también por lo que respecta a ellas ya fué observado que nos parecen inexacta (§ 2): porque en el derecho potestativo no se tiene nunca el simple y actual derecho de *exigir* (como en los contratos de «abonamento» de suministros y otros semejantes, en los cuales la obligación de la prestación es perfecta y actual), sino tan sólo el derecho de producir el derecho en virtud del cual se podrá exigir: el derecho de exigir no existe aún, hay tan solo la *posibilidad* de que exista más tarde; ahora bien, la posibilidad de nacimiento de un derecho en cuanto depende de la voluntad de un individuo es por sí misma un derecho, pero en cuanto al derecho aún no nacido, éste no existe: decir derecho *latente* es lo mismo que decir derecho *posible* o derecho *futuro*; es decir, inexistente (WINDSCHEID § 67, n. 2; BERKER, *System*, I, pág. 94, también BONELLI; loc. cit., pág. 456), una ideación de la mente que no tiene correspondencia en la realidad. Consúltese sobre el derecho latente, también CICU, *La natura giuridica dell'obbligo alimentare*, en la *Riv. di dir. civ.*, 1910, pág. 172.

Si se habla de derecho latente en cuanto a aquellas formas de derechos potestativos en las cuales es más notoria la cesación simultánea de un estado o relación jurídica y formación de un estado o relación jurídica opuesta (retracto convencional, expropiación por utilidad pública, constitución de servidumbre de acueducto y de conducción eléctrica, división, divorcio, etcétera), aparece más claro el resultado inaceptable a que se llega, esto

lor de cosa juzgada. Solo en algunos casos, por disposición expresa de la ley, obra *ex-tunc* o sea aunque el cambio no tenga lugar sino con el pronunciamiento definitivo del juez, sus efectos se retrotraen al momento del pronunciamiento no definitivo (sentencia de interdicción, art. 328, Cód. civ. y del mismo modo, según algunos (1) la sentencia de inhabilitación); a veces al momento de la demanda judicial (por ejemplo, para la separación de los bienes entre cónyuges, Cód. civ., art. 1420, 1442, para la expropiación en favor de los obreros, de la acción del empresario respecto del comitente, Cód. civ., art. 1645); y a veces al momento del nacimiento del estado jurídico que ahora cesa (por ejemplo: por la cesación de la cualidad de heredero por indignidad, Cód. civ., artículo 727 y 933).

es, la existencia simultánea de estados y relaciones contrarios e incompatibles: X sería al mismo tiempo propietario y no propietario; un fundo libre y gravado por una servidumbre al mismo tiempo; y las partes separadas y no separadas antes de la sentencia de separación; cónyuges y no cónyuges antes de la sentencia de divorcio.

En general, mientras la categoría de las sentencias constitutivas (como la de los derechos potestativos) no ha encontrado grandes objeciones en Alemania, entre los escritores italianos que se ocuparon de esta materia muchos la rechazan siguiendo el ejemplo de ROCCO: véase MORTARA, SCIALOJA A, TEA, COVIELLO N. locs. cit. Para MORTARA, *Manual*, página 15, la relación jurídica que nosotros llamamos producto de la sentencia constitutiva no es *latente* antes de la sentencia, sino *preexistente*, sin más. Lo mismo entiende COVIELLO N, *Manuale* I, pág. 540, el cual después de haber repetido que nuestra doctrina confunde «la condición para la existencia con la condición para el ejercicio del derecho» se expresa así: «si para pedir la separación personal precisase la sentencia judicial, *no es porque el derecho preexista*, sino porque aquel reclama como condición de su ejercicio la actuación del juez». Que preexiste un derecho a la sentencia de separación, es precisamente lo que nosotros afirmamos: el derecho potestativo de producir el estado jurídico de la separación. Pero los que niegan *este* derecho preexistente y hablan de un derecho preexistente, deberían también decir en que consiste *este otro* derecho preexistente. Es extraño que ninguno se cuide de decirlo. Por lo demás muchas objeciones se dirigen contra una manera de entender la sentencia constitutiva diferente de la que expusimos en el texto; y algunos se empeñan en combatir en la sentencia constitutiva lo que jamás nosotros hemos visto en ella.

(1) Cas. Roma, Secc. n. 20 Jun. 1911 (*Legge*, 1912, pág. 119 y su nota).

El efecto *ex nunc* es, pues, *normal* en las sentencias constitutivas, pero no pertenece a su esencia. Lo que es esencial es la *producción de un estado jurídico que antes de la sentencia no existía* (1).

De esta característica se derivan algunas particularidades de la sentencia constitutiva y del procedimiento que la precede: para que el objeto de la acción y de la sentencia constitutiva se alcance, es decir, para que se realice el *cambio* jurídico, son necesarias, algunas veces, ciertas condiciones que no se requerirían en sentencias que tuviesen otro objeto: así hemos visto que cuando un estado jurídico es *uno* respecto de varios, la sentencia que lo resuelve no puede surgir sino comparecen en el pleito todos los partícipes del estado jurídico, de otra manera *in utiliter datur* (§ 5). En cuanto al efecto común de la sentencia de fondo o sea «la cosa juzgada», es inherente a las sentencias constitutivas lo mismo que a las demás: pero lo que pasa en calidad de cosa juzgada no es el acto del juez en cuanto produce el nuevo estado jurídico, sino en cuanto *afirma o niega* la voluntad de la ley de que el nuevo estado se produzca. Por esto la cosa juzgada tiene lugar tanto si la sentencia realiza el cambio (sentencia constitutiva) como si niega poderlo realizar. Esto tiene gran importancia para la eficacia de las sentencias respecto de terceros, de lo cual hablaremos más adelante (§ 80).

Según que el derecho que da lugar al juicio tienda a la *pro-*

(1) Consúltese BALOG, loc. cit. pág. 138; y ZITTELMANN, *Zum Recht der Eheanfechtung*, cit. págs. 153, 165. Los casos más o menos numerosos de sentencias constitutivas con efectos *ex tunc* nada prueban contra la existencia de esta categoría. A esto no presta atención quien se funda en tales casos para combatirla, como TEA, *Interesse ad agere*, cit. pág. 71; COVIELLO N., *Manuale di D. C. I* pág. 540. Los casos de sentencias con efectos *ex tunc* son verdaderos casos de sentencias retroactivas (la palabra es de la ley, Cód. civ., art. 1420). Así todas las sentencias de nulidad. Véase acerca de este tema HELLWIG, *Grenzen der Rückwirkung*, cit. La sentencia en cuanto declara el derecho no es retroactiva: la declaración se refiere al momento de la existencia del derecho; pero esto no es retroactividad (antes § 2). COVIELLO, loc. cit., por el contrario considera las sentencias constitutivas con efectos *ex nunc* como excepciones de la «retroactividad» normas de las sentencias declarativas.

ducción de un nuevo estado jurídico, o a la *cesación* de un estado jurídico existente, tenemos:

a) Sentencias constitutivas, que producen un estado jurídico nuevo: por ejemplo las sentencias que constituyen una servidumbre de acueducto forzoso (Cód. civ., art. 598), una servidumbre de conducción eléctrica, una hipoteca suplementaria (Cód. civ., artículo 1980) y otras semejantes.

b) Sentencias constitutivas, que producen la *extinción* de un estado jurídico existente; por ejemplo las sentencias de separación personal (Cód. civ., art. 150), de declaración de indignidad (Código civ., art. 727), de reducción de las disposiciones testamentarias (Cód. civ., art. 821), de remoción de los efectos de un acto jurídico (deliberaciones de la mayoría de los partícipes en la cosa común, Cód. civ., art. 687, de las juntas de los accionistas, Cód. comercial, art. 163), de separación de bienes (Cód. civ., arts. 1420 y 1442), de división o disolución de la comunidad (Cód. civ., artículos 684 y 985), etc., etc.

Pero muy frecuentemente ambos efectos están unidos: tiénese cesación de un estado jurídico existente y producción de un estado jurídico nuevo, por ejemplo en la sentencia que declara la indignidad de un heredero para suceder (Cód. civ., art. 727), en la sentencia que resuelve un contrato traslativo de propiedad (Código civ., arts. 1165, 1529, etc.).

IV. *Condiciones de la sentencia constitutiva.* Redúcense a la *existencia* del derecho potestativo y a la *legitimación o legitimidad*.

Un *interés* en obrar como condición específica de la acción *al lado* de la existencia del derecho no tiene lugar aquí. En efecto, el mismo derecho potestativo al cambio del estado jurídico *mediante pronunciamiento del juez*, no se puede *satisfacer* más que mediante sentencia del juez: por esto en el mismo momento en que existe el derecho potestativo de esta naturaleza, existe también el derecho de acudir al juez o sea la acción (1). Esto no priva que también aquí el derecho y la acción sean dos cosas distintas. Pre-

(1) En contra LANZA V., *La querela e il suo valore processuale*, cit. página 95 y siguientes.

císase además considerar como diferente el derecho de obrar y la responsabilidad del adversario: pueden existir independientes. Para que exista la responsabilidad del adversario (por ejemplo para los gastos del pleito), es preciso que el derecho de obrar se funde en un hecho del adversario. Por ejemplo el derecho de pedir la separación personal aunque no pueda satisfacerse por el adversario nace *de un hecho* del adversario (adulterio, excesos, sevicia, etcétera, Cód. civ., art. 150): de aquí que el adversario sea *responsable* del pleito. Por el contrario, el derecho de pedir la división de los bienes comunes no se funda en un *hecho del adversario*, sino en el hecho objetivo de la existencia de una comunidad: por lo tanto no hay aquí responsabilidad del adversario. Nótese que hay derechos potestativos que aún no pudiendo *satisfacerse* como derechos sino mediante sentencia del juez, podrían estar *privados de objeto* por un hecho del adversario. Por ejemplo el derecho a la división judicial de bienes comunes, queda sin objeto si todos condóminos *se ponen de acuerdo* para la división a su manera: el derecho a la constitución de una servidumbre de acueducto forzoso queda privado de objeto si el propietario del fundo sirviente concede el paso precisamente por *donde* quiere el actor. Pero en éste y en otros casos no se trata de una obligación del adversario de satisfacer al actor sino tan solo de una *posibilidad* de satisfacerlo: no hay la obligación del adversario de hacer la división *a gusto* del actor, de conceder el paso por *donde quiere* el actor; existe sólo la sujeción a la sentencia que ha de pronunciar (como él crea) el juez. En estos casos, pues, el adversario no deviene responsable del pleito *sólo por no haber hecho aquello que quería el actor*.

Hay casos por el contrario en que el adversario *que era responsable del pleito* porque el derecho del actor se fundaba en un *hecho suyo* deja de serlo cuando ha ofrecido hacer cuanto pedía el actor, por ejemplo proponiendo resolver amigablemente el contrato impugnado por el actor (1).

Acerca de la *legitimación* baste observar que no siempre el derecho potestativo al cambio del estado jurídico corresponde ex-

(1) Véanse aplicaciones de estos principios en nuestro libro ya citado, *La condanna nelle spese giudiziali*, núms. 256, 259. Véase también Código civ., art. 2028.

clusivamente a uno de los sujetos de la relación o estado jurídico que se hace cesar: a veces corresponde a terceros; por ejemplo el derecho de impugnar un matrimonio (Cód. civ., art. 104). Sirva también para el caso cuanto antes hemos dicho (§ 4). Conforme a lo que allí expusimos puede estimarse, por ejemplo, que la acción pauliana debe proponerse tanto contra el vendedor como contra el comprador.

V. *Casos especiales de sentencias constitutivas y categorías afines.*—A) Existen casos en los que hay un obligado a emitir una declaración de voluntad, por ejemplo:

a) Aquellos cuyo consentimiento es necesario al menor para contraer matrimonio (Cód. civ., art. 63) están en realidad constreñidos a darlo si no hay motivos justos para negárselo. El marido está en realidad constreñido a autorizar a la mujer para ciertos actos si no hay motivos para impedirselos (Cód. civ., art. 134).

b) El enfiteuta, el deudor de una renta, están también constreñidos a *reconocer* formalmente el derecho del señor directo, o del acreedor después de un cierto período (Cód. civ., arts. 1560 y 2136).

c) El señor directo y en general el acreedor de una prestación anual que grava un inmueble, está constreñido a consentir la liberación contributiva del fundo (Cód. civ., art. 1564, ley 24 Enero 1864, art. 13 y Reglamento 31 Marzo 1864, art. 4).

En estos casos si el obligado rehusa la prestación de la declaración de voluntad tiénese el derecho de acudir al juez. Pero mucho se ha discutido si aquí se trata de sentencia de condena, de declaración, de constitución. Entendemos que en el segundo caso (letra b), se pedirá en juicio una simple sentencia de declaración: la declaración tendrá lugar perfectamente por el reconocimiento privado. No se trata de una condena a *reconocer* el derecho, actuada mediante la sentencia misma: trátase de una acción de declaración nacida de la inobservancia de la obligación de reconocer el derecho. En los otros dos casos (letras a) y c) deberá pedirse una sentencia constitutiva. Tampoco se trata aquí de una sentencia de condena sólo porque existía una verdadera *obligación* del adversario: el incumplimiento de esta obligación no da lugar a una acción para la actuación de la voluntad de ley violada, sino a un derecho derivado (§ 1) a un nuevo derecho (potestativo) que bus-

ca la producción judicial de los efectos que debían producirse con la declaración del adversario. Este derecho potestativo actúase con la sentencia del juez: ésta es pues una sentencia constitutiva (1). Y lo mismo puede admitirse en los casos no expresamente comprendidos en la ley, en que las partes se obliguen a emitir una declaración de voluntad (por ejemplo promesa de vender): de su incumplimiento nace un derecho a la transferencia de la propiedad mediante sentencia constitutiva. Esto se deriva del principio general antes desarrollado (§ 2) por el cual debe considerarse admisible cualquier modo de actuación de la ley que sea prácticamente posible y no esté excluído por una norma general o especial de derecho. En este caso falta tal norma (2). Ni se trata de imposibilidad de hecho. La infungibilidad de la prestación es ciertamente un caso de imposibilidad pero no se encuentra en tal situación el contrato preliminar. Las partes en el contrato preliminar se han obligado a querer, y no hay duda que su acto de voluntad es en sí mismo incoercible. Pero ¿es éste un caso de infungibilidad jurídica? No: *si el efecto jurídico de este acto de voluntad puede conseguirse de otra manera*. Cuando se invoca a este particular el principio de la autonomía de las partes, córrase el riesgo de caer en un equívoco: tiene este principio una amplia esfera de aplicación en el campo de la constitución de los derechos, ninguna en el de su cumplimiento. Ahora bien, si la constitución de un derecho (contrato definitivo) es debida EN CUMPLIMIENTO de un contrato precedente (preliminar) claro está que la autonomía de las partes nada tiene que ver. Sucede aquí lo mismo que ocurre en

(1) Acerca de esta tema véase CAMMEO, *L'azione del cittadino*, cit., página 40 del extracto; CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* cit., página 117 n.; KIPP, *Die Verurtheilung zur Abgabe von Willenserklärungen*, 1892; LANGHEINEKEN, *Urteilsanspruch*, cit., pág. 252 y sigs.; HELLWIG, *Anspruch*, cit., pág. 455 y sigs. *Lehrbuch*, págs. 105, 232.

(2) Según DONATI, *Lacune nell'ordinam. giuridico*, cit., pág. 220, el principio de la división de los poderes constituiría un límite jurídico a la admisibilidad de las sentencias constitutivas, porque DONATI deriva de aquel principio una presunción *contra* toda actividad no jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales. Pero ya se ha observado antes (§) que el juez en la sentencia constitutiva sólo realiza una actividad puramente jurisdiccional.

los contratos en general. Las partes no estipulan contratos por el gusto de cambiarse declaraciones de voluntad sino en vista de ciertas finalidades suyas para cuya consecución pónense en relación recíproca. El derecho, al regir la atribución de los bienes de la vida a los particulares sujetos jurídicos, reconoce y hace propias estas voluntades no por sí mismas, sino en cuanto tienden a aquella finalidad, y si esto pudo ser olvidado a veces considerando el derecho en sí mismo, es en cambio clarísimo en la acción, manifiéstase en ésta la indiferencia del derecho hacia la voluntad de los obligados y se afirma su voluntad de atribuir un determinado bien a un determinado sujeto (aunque sea *como consecuencia* de un contrato; de aquí que en el lenguaje figurado se dice que la acción *nace* del contrato), § 1.

En el contrato preliminar las partes se obligan a prestar un ulterior acto de voluntad del cual nacerán ciertos efectos jurídicos, puesto que la prestación de actos de voluntad es el único medio de que disponen para crear tales efectos. Pero estos efectos jurídicos son su finalidad, y aquella a la cual el derecho liga el propio reconocimiento, y a la cual directamente coordina la acción. El acto de voluntad puede ser *no fungible* como puede ser cualquier *hacer* humano. Pero el *hacer*, y lo mismo la voluntad, diráse jurídicamente fungible cuando el *resultado práctico del hacer* o el efecto jurídico del *querer* puede conseguirse mediante una actividad diferente de la del obligado (1).

(1) Véase CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, en la *Riv. di diritto comm.*, 1911. (Reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, 1912, pág. 19 y sigs.); CHIRONI, *L'obbligazione di dare*, en la *Riv. di dir. comm.*, II, p. 633. La práctica italiana se manifestó así. Sin embargo, doctrinalmente discutióse vivamente la cuestión. Véase COVIELLO L., *Contratti preliminari* (en la *Enciclopedia giuridica italiana*); DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, 1901, pág. 98 y siguientes; GIANTURCO, *Lezione sulla compra-vendita*, 1905, p. 33; BUTERA, *Contributo alla dottrina della promessa di vendita immobiliare*, en la *LEGGE*, 1909, pág. 2216 y sigs. Un criterio intermedio adoptó la Cas. Roma, 20 Mayo 1910 (en la *Riv. di dir. comm.*, 1910, II, p. 581, con nota conforme del compilador G. FAGGELLA). Muchas de las objeciones encierran un equívoco. Así BUTERA, loc. cit., p. 2235, dice: «el magistrado no puede tratar en nombre y lugar del que promete, y asumir la repre-

B) Acciones de impugnación (1). Deben distinguirse: *a)* acciones de nulidad, *b)* de anulación, *c)* de rescisión o de resolu-

sentación para estrechar en su vez relaciones jurídicas». Ahora bien, semejante concepción del proceso y de la sentencia sepárase mucho de la moderna ciencia procesal. No se trata de constituir con la sentencia el contrato definitivo. La sentencia no será constitutiva porque constituya *el contrato*, sino porque constituye directamente *el derecho* que se busca; por ej.: la propiedad. No se transmite la propiedad solamente por el contrato; transmítase por sucesión, por la acción del tiempo, por decreto de expropiación, etc., etc.: diversas causas del mismo fenómeno. ¿Es por ventura extraño al oficio del juez que acompañe a la sentencia una transmisión de propiedad? La sentencia de adjudicación sirve para demostrar lo contrario. Y lo mismo puede decirse de tantos otros derechos. CARNELUTTI, *Ancora sulla forma delle promesse bilaterali di compra-vendere immobili*, en la *Riv. di dir. com.*, 1911, II, pág. 616 y sigs., contestando a nuestro estudio citado, observa que «la razón de ser del contrato preliminar está en la necesidad de una ULTERIOR VOLICIÓN.. *si contratta in via preliminarare perche ci si obbliga menb*, y esto debido a que el cumplimiento específico es incoercible. Toda cuestión desaparece si se da por demostrado que el contrato preliminar es éste y no otro. Pero yo creo que estas observaciones pueden valer todo lo más como interpretación de especie, dada la cual, no sé por qué se ha de admitir la acción de daños. Si es *debida* la volición puede obtenerse su equivalente con la sentencia constitutiva; si no es *debida*, ¿por qué condenar a los daños? Por el contrario, la realidad de las cosas enseña, según nuestra opinión, que las partes en el contrato preliminar quieren con la misma plenitud y eficacia con que querrían en un contrato definitivo condicional; sólo prescinden de la forma del contrato condicional por razones prácticas que nada tienen que ver con la supuesta menor *intensidad* de la obligación. ASCOLI, en la *Rivista di dir. civ.*, 1911, p. 887, entiende que nuestro concepto choca dontra el art. 1220 Cód. Civ., fuera de cuyos límites no es admisible que la actividad del juez sustituya a la del deudor. Pero el art. 1220 no tiene otro objeto que autorizar una actividad sustitutiva DEL ACREEDOR y regular los correspondientes gastos; no pone límites especiales a la actividad del juez. Éstos sólo pueden derivarse de los principios generales sobre el proceso (antes §). En cuanto al caso especial de la promesa de *venta*, ni el efecto real de nuestra compraventa ni la exclusión por nuestra ley de una norma parecida a la del art. 1589 Cód. francés, que aduce ASCOLI, creo que tengan relación con la cuestión. En Alemania la cuestión fué resuelta afirmativamente por el Reg. Proc., § 894, y lo mismo en Austria (Reg., § 367).

(1) CAMMEO, *L'azione del cittadino*, cit. p. 41 del extracto; LANGHEINE-

ción. Estas últimas conducen ciertamente a sentencias constitutivas. Tales son la acción de rescisión por lesión (Cód. Civ., artículos 1038 y 1529); de resolución por falta de cumplimiento (Código Civil, arts. 1165 y 1511) de devolución (Cód. Civ., art. 1565).

Llámanse negocios jurídicos nulos o inexistentes los que son nulos desde su origen de suerte que no pueden producir efectos jurídicos. Las acciones que tienden a hacer declarar tal nulidad son acciones de mera declaración.

Negocios jurídicos anulables son los que pueden producir efectos jurídicos; pero sólo *en tanto no sean impugnados* (por error, violencia, dolo, menor edad, etc.). El acto es nulo desde su origen, pero la anulación debe ser pronunciada por el juez. Por consecuencia, deben considerarse estas sentencias como constitutivas, teniendo constantemente efectos *ex tunc*. Como tales se separan del tipo *normal* de sentencias constitutivas, sin entrar en las sentencias de declaración. De aquí que algunos (KISCH) hagan una categoría aparte bajo el nombre de sentencias *resolutivas* (1).

A veces no solamente se pide la anulación o la rescisión, sino al mismo tiempo la condena del adversario a una prestación (restitución de cantidades pagadas, consignación de cosas, pago de frutos e intereses, etc.). Esto ocurre cuando el negocio que se impugna ya se ha ejecutado. En estos casos tenemos en realidad dos acciones combinadas: una de declaración o constitución y otra de condena propuesta en la eventualidad de que sea declarada la anulación o la rescisión. Ya hemos visto cómo está admitida esta acumulación de demandas.

La gran importancia práctica que aquí tiene distinguir los casos de sentencias de mera declaración de los de sentencias constitutivas estriba en que en estos últimos, el efecto retroactivo al cual tiende la demanda del actor (por ej.; una acción de impugnación) sólo se alcanza con la sentencia del juez. Antes de tener la sentencia, las cosas permanecen en el estado anterior; abandonado el proceso por renuncia o caducidad, el negocio jurídico impugnado con-

KEN, *Urteilsanspruch*, cit. p. 112; HÖLDER, *Anspruch und Klagerecht*, cit. pág. 66 y sigs.

(1) Contra la oportunidad de tales subdistinciones, véase BALOG, loc cit., pág. 146 y sigs. También ZITELMANN, *Zum Recht der Eheanfechtung*, cit. p. 153, coloca entre las constitutivas estas sentencias.

serva sus efectos jurídicos en tanto o se prosiga el proceso y se conduzca a su término (si en el intermedio no se ha verificado la caducidad del término marcado para el ejercicio del derecho de impugnación).

C) Una especial categoría de sentencias fué notada (KISCH) en aquellas que no se limitan a declarar el deber de una prestación ya existente, ni siquiera constituyen una nueva relación jurídica: determinan o modifican únicamente el contenido o un elemento de una relación ya existente. Por esto se han llamado *determinativas* (2). Tiene esto lugar cuando la Ley deja la decisión al arbitrio, a la discreción del juez ya inmediatamente, ya como corrección de la «determinación» de un tercero; la actividad del juez en tal caso es análoga a la del *arbitrator*. Ejemplos: Cód. Civ., art. 145, párr. 1.ª, 544, 578, 872, 989, 1173, 1214 y 1718. La sentencia en estos casos puede tener efectos *ex tunc*.

VI. *Objeto de la sentencia constitutiva*.—De cuanto hemos dicho, resulta que el objeto de la sentencia constitutiva es *el derecho al cambio jurídico*. Lo que pasa como cosa juzgada es, pues, la existencia o inexistencia de la voluntad de ley de que el cambio se produzca por la *causa petendi* hecha valer, no la existencia o inexistencia *de la relación jurídica* que se quiere cambiar ni de aquella que se quiere producir. Por el contrario, según los que niegan el concepto de un derecho al cambio jurídico (derecho potestativo), debería estimarse como objeto de

(1) *Verfügende Urteile (sentencias dispositivas)* les llama OTTO MAYER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Leipzig, 1906, y en el *Archiv. für Offentl. R.*, vol. XXI, pag. 1 y sigs. MAYER examina las distintas clases de sentencias frente a la cosa juzgada, y observa que mientras en las sentencias de condena, de declaración y constitutivas (en cuanto declaran y contemporáneamente actúan un *derecho al cambio jurídico*), la cosa juzgada es *absoluta*, o sea relevable de oficio (adelante, § 78, III); en estas sentencias *determinativas* o *dispositivas*, faltando un derecho preexistente a la disposición concreta puesta por el juez, el derecho público no tiene razón de oponerse a que las partes, de común acuerdo, pidan una *nueva* disposición (cosa juzgada *relativa*). MAYER observa también que estas sentencias, que se encuentran excepcionalmente en el derecho privado, tienen su propio campo en el derecho administrativo.

la sentencia la existencia o no existencia de la relación jurídica anterior o de la sobrevenida; de aquí que la sentencia desestimatoria equivaldría a la declaración de existencia de la relación o estado jurídico impugnado (matrimonio, cualidad de heredero, propiedad, etc.), y esto no puede ser (1).

(1) Creo que haya olvidado esto REDENTI, *Giudizii con pluralità di parti*, p. 74, cuando niega la «existencia real» y la «utilidad constructiva» de este derecho al cambio jurídico como objeto de la sentencia constitutiva. Para negar su existencia real, REDENTI observa que «a ningún juez se le habrá ocurrido» que el punto a decidir no es, si debe anular el acto, sino si el actor tiene derecho a la anulación del acto. Esto, aun siendo verdad, importaría poco puesto que el pensamiento y el discurso del juez, como el de todos los hombres, procede por reticencias y elipsis que aparecen ocultas al análisis. Lo que importa es que ni el juez ni nadie crea que rechazada, por ej., la impugnación de una relación, permanezca como cosa juzgada existente la relación jurídica que se quería cambiar, a la cual es fácil llegar si se estima que el cambio es objeto de la sentencia constitutiva, mientras este peligro se aleja entendiendo como objeto de la sentencia sólo el derecho al cambio de la relación (*eventualmente existente*); y esto prueba «la utilidad constructiva» del concepto, o más claramente la utilidad del análisis y de la precisión. Véase ANZILOTTI, *Riconosc.* cit. página 107.

APÉNDICE AL § 8

Referencias al derecho español.

Código civil.—Arts. 1700 y sigs. (sociedad) 1554 a 1556; 1561, 1565, 1566, 1569, 1570 (arrendamiento); 226 (tutela de los pródigos); 69, 72 (nulidad de matrimonio); 989 (aceptación de la herencia); 557 (servidumbre de acueducto); 70 y sigs. (nulidad de matrimonio y divorcio); 105 (divorcio); 102 (acción de nulidad de matrimonio); 1295 y sigs. (rescisión de los contratos); 1303 (acción de nulidad de los contratos); 46 (licencia paterna para contraer matrimonio); 1608 (redención de censos). 1647 (reconocimiento en los censos).

Determinativas; *Código civil*, arts, 149 (alimentos); 1154 (obligaciones con cláusula penal).

Ley hipotecaria.—Arts. 2 y 3 y Tít. V.

§ 8 (bis).

Declaraciones con predominante función ejecutiva.

Conocimiento sumario (1).

I. *Ejecutoriedad y definitividad en general. Diversas formas de declaraciones con predominante función ejecutiva.*— Hasta aquí, hablando de la sentencia positiva o negativa estimatoria, hemos dicho que tiene por condición la *existencia* (y respectivamente la inexistencia) *del derecho*: pero entiéndese que de esta existencia o inexistencia juzga el juez, y por lo mismo puede igualmente decirse que la sentencia estimatoria tiene por condición que el juez *considere* existente (o inexistente) el derecho en sus elementos, el hecho y la norma (§ 5).

Este juicio puede ser equivocado. Tal posibilidad no tendría importancia práctica en un sistema que para la decisión de un pleito no admitiese más que el juicio irrevocable de un solo juez.

(1) Algunas de las instituciones que se examinan encuadran en los llamados procesos sumarios determinados (antes § Introducción). Acerca de los procesos sumarios y de la *cognitio summaria* véase para su historia: BARZI, *Tractatus de guarentigia*; ANTONIUS A. CANARIO, *Tractatus de executione instrumentorum*; MASSA DI GALLESE, *Ad formulam camerális obligationis* (hállanse publicados también unidos en Roma, 1588); ZACCHIA SILVESTRO e LANFRANCO, *De obligatione camerali*, Roma 1647; REBUFFE, *Tractatus de literis obligatoris*, 1554 (para el derecho francés); SOLA, *Commentaria ad decreta, etc.*, ed. 1607, pág. 246 y sigs. (para el derecho piemontés); MAUSONIO, *De causis executivis*, Venecia, 1626; DE TONDUTI; *De praeventione iudiciali*, 1653, p. I, cap. XXV; MARADEI, *Praxis processus executivi*, Nápoles 1722; otros en el siglo XVIII como RICCI, DE CARO, etcétera.; BAYER, *Theorie der summarischen Prozesse*, 7.^a ed., 1859; BRIEGLER, *Geschichte des Executiv-Processes*, 2.^a ed., 1845; *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, 1859; WACH, *Arrestprocess*, 1868; WETZEL, *System*, pág. 302 y sigs.; SKEDL, *Das Mahnverfahren (El proceso monitorio)*, 1891; KOHLER, *Beitrage zum Civilprozess*, 1894, págs. 455-516,

Nuestra organización, en cambio, con el fin de obtener la decisión más perfecta posible, no hace irretractable el primer juicio, sino que ordinariamente admite juicios reiterados y de diversos jueces en el mismo pleito (§ 2, §§ 20, 82 y sigs). Aquí nace una primera forma de contraste entre ejecutoriedad y definitividad, entre acción ejecutiva y derecho a la prestación. Hay ante todo la posibilidad normal de que dos tribunales diferentes con igual amplitud examinen el pleito (principio del doble grado de jurisdicción); por eso la sentencia en un pleito puede estar constituida por el juicio del primer tribunal si transcurre inútilmente el término para acudir al segundo (apelación) o en el caso contrario por el juicio del segundo tribunal: además de que una sentencia en rebeldía, tanto del primero como del segundo tribunal puede también a veces ser reformada por consecuencia de la *oposición del rebelde*. La sentencia de condena sujeta a oposición o apelación, está normalmente privada de *ejecutoriedad* y de cualquier otro efecto jurídico positivo; por lo tanto la afirmación del derecho que aquella contiene tiene por el momento el valor de simple juicio del tribunal, no de voluntad de ley.

Hasta aquí la no *ejecutoriedad* y la no *definitividad* de la

SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 79; SCHUPFER, *La teoria generale delle obbligazioni negli statuti dello Stato romano*, en la *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, 1899; LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, 1899, § 22; DE PALO, *Titolo ssecutivo*, I, pág. 225 y sigs.; CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel proc. civ.*, en *Saggi di dir. proc. civ.*, pág. 162 y siguientes; MENESTRINA, *Il processo civile nello Stato pontificio*, en la *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, 1907, núm. 7. Abundante material en los estatutos italianos; véase por último RONDINI, *I piú antichi frammenti del costituto fiorentino* (1294), pág. 62 y sigs.

Para el derecho moderno: STEIN, *Urkunden und Wechselprozess*, 1887; SKEDL, *Mahnverfahren*, cit.; SCHMIDT, 2.^a ed., págs. 374, 566 y siguientes; HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht*, pág. 152 y sigs.; WEISMANN, I, § 116 y sigs.; KLEINFELLER, §§ 128, 130; KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, III, §§ 25, 26; POLLAK, §§ 124, 132; KOHLER, *Prozessrechtliche Forschungen*, 1889, pág. 100 y sigs.; *Civilprozessrecht*, §§ 111, 112; FRITZSCHE, *Das Rechtsbot* (en derecho suizo), 1905, CALDA, *L'impugnativa del credito nell'esecuzione forzata della sentenza*, 1907. (El tema tratado en este § puede considerarse nuevo en la literatura italiana y su sistematización es nueva también en la extranjera).

sentencia proceden de consuno: pero este paralelismo no es constante; hay casos en que la sentencia tiene *ejecutoriedad* pero no *definitividad*: tal ocurre con la sentencia de apelación porque puede ser aún revocada mediante la *casación*, con la sentencia que esté provista de de ejecución *provisional*, sentencias las cuales *en el momento en que surgen* no se presentan como afirmación *definitiva* de la existencia del derecho y también son *ejecutables*. Representan estos una primera forma de declaraciones *con predominante función ejecutiva (o declaraciones ejecutivas)*.

Observemos aún que ni siquiera la sentencia no impugnada por los medios indicados presenta en todos los casos la *absoluta* coincidencia entre *ejecutoriedad* y *definitividad*, puede en determinados casos desaparecer con la *revocación* y ser sustituida por una sentencia de fondo nueva y diferente. Ocurre en estos casos que una sentencia destinada a servir definitivamente como afirmación de la voluntad de la ley vale como tal por un cierto tiempo y como tal es cumplida: después es anulada y sustituida por la afirmación de una voluntad contraria. Quiere decir que la primera sentencia se fundaba en la afirmación de la existencia de un derecho inexistente o viceversa, produjo efectos como la acción ejecutiva, pero la acción ejecutiva también en este caso existió independientemente del derecho a la prestación (1). Mas adelante al estudiar la relación procesal y los medios de impugnación (§ 82 y siguientes) veremos cuando ocurre esto y que efectos produce la revocación a las partes y a los terceros.

Otra manifestación de contraste entre declaración ejecutiva y derecho a la prestación, y, por lo mismo, de declaraciones con predominante función ejecutiva, tiénese cuando la sentencia de condena, aun siendo inopugnable como tal, se funda en un conocimiento incompleto, en cuanto parcial (conocimiento sumario),

(1) Todo esto aparece únicamente cuando la anulación ha ocurrido. Por esto examinando una sentencia definitiva *antes de que sea revocada* debemos considerarla necesariamente como la afirmación de una voluntad efectiva de ley y no como un mero fenómeno procesal. Esto corresponde a las exigencias del derecho y al hecho de que en la mayor parte de los casos la sentencia no sujeta a oposición, apelación o casación es realmente definitiva. Véase *Azione nel sistema dei diritti*, pág. 99, nota; y antes § 2.

porque el juez conoció a fondo algunas excepciones, pero *reservó* otras al demandado para examinarlas en un juicio posterior.

Tanto en el primero como en el segundo caso, la sentencia es ejecutiva, aunque no sea declarada la existencia del derecho en la forma exigida por la Ley, y podrá suceder que en el juicio posterior se demuestre la inexistencia del derecho, mientras la ejecución fué, en tanto, realizada. Háblase generalmente, por lo menos en alguno de estos casos, de una acción *especial* contrapuesta a la acción *ordinaria* (o sea una acción que tiende a la condena con reserva, a la condena provisional y otras análogas, frente a la acción que tiende a la condena incondicional y definitiva) (1). Pero algunos han negado que pueda hablarse aquí de una acción especial, porque o el derecho a la condena existe en realidad, y nos encontramos en el caso de la acción ordinaria de condena con ejecución anticipada o el derecho a la condena no existe, y la posibilidad de obtener una condena con reserva (o una condena provisional) es una mera posibilidad de hecho, y no un derecho, como no es un derecho la mera *posibilidad* de obrar cuando no se tiene acción (llamado «derecho abstracto de obrar» (§ 1) (2).

Nosotros hemos negado la naturaleza del derecho a la *mera posibilidad* de obrar sin acción, o sea sin derecho a una resolución favorable. Pero este caso es diferente: aquí el Estado no se limita a oír a las partes, sino que produce una *resolución contraria* a una de ellas, la condena, y luego dirígese a los bienes del condenado. Quien puede obtener este resultado tiene ciertamente «acción»; pero mientras la acción ordinaria de condena presupone el derecho a la prestación aquí tenemos una acción

(1) STEIN: *Urkundenprozess*, cit. pág. 57; WACH, *Feststellungsanspruch*, página 17; LANGHEINEKEN: *Urteilsanspruch*, pág. 55, que hacen de esta acción una subespecie del derecho a la tutela jurídica (antes § 1). En la doctrina anterior se ha concebido también aquí, como para la acción de declaración (antes § 7) y como para la acción aseguradora (§ siguiente) un derecho diferente de la acción (y diferente del derecho hecho valer por la acción ordinaria), y del cual la acción sumaria sólo sería la expresión. Véase BRIEGLEB, *Einleitung*, cit. págs. 5, 344 y sigs.

(2) HELWIG, *Anspruch und Klagerecht*, págs. 151 y 153; *Klagerecht und Klagmöglichkeit*, pág. 41; CALDA, *Impugnativa del crédito*, cit. página 36).

de condena sin que conste el derecho a la prestación, que puede faltar: también éste es un caso de pura acción (§ 1). ¿Cómo puede explicarse esto? Ciertamente, si se considera el proceso como dirigido a la defensa *de los derechos subjetivos*, aparece inexplicable que en el caso particular pueda ordenarse una prestación sin que conste el derecho subjetivo a pretenderla. Entendiendo el proceso como un organismo de actuación *del derecho objetivo* (§ 66), se comprende más fácilmente que el proceso, en interés general, se manifieste, a veces, según lo que *generalmente ocurre*, y no según lo que efectivamente *ha ocurrido* en el caso concreto: que, por ejemplo, al portador de una letra de cambio le sea concedido el derecho de pedir una sentencia de condena con reserva y la consiguiente ejecución, aunque pueda resultar en definitiva que no tenía la acción cambiaria, puesto que la institución de la letra de cambio exige un procedimiento rápido, y, por otra parte, el portador de la letra de cambio es frecuentemente acreedor cambiario; por eso la Ley admite que el Estado pueda condenar al *aparente* deudor cambiario y hacer escusión de sus bienes sin perjuicio de examinar con más cuidado sus ulteriores defensas: éste es un derecho del Estado al cual no corresponde en el particular más que la simple acción, como en la acción posesoria (§ 1), y en la aseguradora (§ 9) (1). Pero mientras la acción posesoria es en sí misma definitiva, la acción, en estos casos, como la acción aseguradora, es meramente *provisional*: la Ley la concede al particular, pero por su cuenta y riesgo, esto es, haciéndolo juez responsable de la existencia efectiva de su derecho a la prestación; si luego resulta que éste no existía, queda obligado a los daños (1), y por esto puede ser obli-

(1) Son frecuentes en el Derecho Penal los *derechos* contra ciudadanos, concedidos al Estado, aunque las circunstancias *efectivas* del caso concreto no lo permitirían, como la detención preventiva, la ejecución de condenas penales que después resultan injustas. Véanse las observaciones de ROCCO, ART., *La riparazione alle vittime degli errori giudiziarii*, 1906, páginas 67 y sigs.

(2) GOLDSCHMIDT, I, *Ungerechtfertigter Vollstreckungsbetrieb*, Munich, 1910, y WALSMANN, en la *Rivista pel. Proc. Ted.*, vol. XLI, págs. 234 y sigs.; Cas. Florencia, 21 Mayo 1906 (*For it.* 1906, pág. 1.115). Por esto la objeción de que no puede ser obligado a los daños el presunto acreedor

gado a prestar caución preventiva (Cód. Com., art. 324; Código Civ., art. 102, 2.º §, y 363).

De estas sentencias de condena que todas, aunque por diferentes causas, tienen carácter provisional, son objeto de estudio en este §, solamente aquellas en las cuales la provisionalidad se deriva de un establecimiento expreso del juez (condena con cláusula de ejecución provisional) o de la *sumariedad* del conocimiento (condena con reserva), puesto que éstas tienen solamente **condiciones especiales** diferentes de las que antes hemos examinado (§§ 5.º y 6.º).

Hay otra clase de declaraciones con predominante función ejecutiva enteramente distinta de las precedentes: no se trata de *sentencias* de condena excepcionales por cláusulas de provisionalidad o por conocimiento incompleto por ser *parcial*, sino de simples órdenes de prestaciones surgidas sobre la base de un conocimiento enteramente *superficial*, esto es, incompleto, no tanto en su extensión, como en su intensidad. No contienen, como la sentencia de condena la afirmación del derecho a la prestación, y por esto, en el *momento en que surgen* tienen condiciones especiales diferentes de las sentencias de condena. Esto explica por qué la acción que a ellos tiende aparece como una acción especial (2). En el momento en que se ejecutan, estas resoluciones deben ser definidas, y entonces presentan efectos análogos a la sentencia ordinaria de condena, en lugar de a las sentencias de condena excepcionales.

Resumiendo, examinamos tres formas de declaración con predominante función ejecutiva:

- a) Declaraciones con conocimiento *incompleto en cuanto que no es definitivo* (condenas con ejecución provisional).
- b) Declaraciones con conocimiento *incompleto porque es parcial* (condenas con reserva).

que obra ejecutivamente porque se vale del *derecho* que se deriva de la resolución del juez, no puede aceptarse: este derecho tiene en sí mismo una limitación (la eventual responsabilidad del acreedor). En contra, Corte Apelación Turín, 31 Julio 1911 (*Legge*, 1912, pág. 335).

(1) Algunas de estas acciones especiales encuéntrase también entre las llamadas *sumarias* (así en el procedimiento *monitorio*).

c) Declaraciones con conocimiento *incompleto*, porque es *superficial* (órdenes de prestación en el proceso *monitorio* y otros) (1).

II.—*Condenas con ejecución provisional* (2).—Como ya hemos observado antes, la decisión del juez, en cuanto esté sometida a oposición de rebelde o a apelación, no es por sí misma sentencia ejecutiva, pero PUEDE ser declarada por el juez sentencia *provisionalmente ejecutiva* (con caución o sin ella):

A) Cuando se trata de demanda fundada en *titulo auténtico* • *documento privado reconocido* o *sentencia firme* (Cód. procesal civ., art. 363 núm. 1) (3).

Esta norma lígase históricamente a las formas privilegiadas de actuación de los créditos que constan en documento, que llevaron al proceso documental, con la diferencia de que en vez de reservar *algunas* excepciones como en el proceso documental y cambiario aquí la sentencia juzga todas las excepciones propuestas pero reserva implícitamente un nuevo juicio tanto sobre las excepciones ya propuestas como sobre *nuevas* excepciones. En el derecho francés (Cód. proc. civ., art. 135) es más inmediata la derivación, tanto que la declaración de ejecutoriedad es en este caso *obligatoria* (según el antiguo principio «*provision est due au titre*»): en el Código italiano, en cambio, resérvase al poder discrecional del juez su concesión según el grado de certidumbre que tenga en el caso con-

(1) El ser el conocimiento completo no serlo se refiere a las *condiciones* de la resolución del juez o a las formas: una cosa es el conocimiento *sumario*, y otra el procedimiento *sumario*. El conocimiento es completo cuando al demandado antes de la resolución del juez se le permite hacer valer *todas* las excepciones a la demanda y cuando la demanda, aun si el demandado es rebelde, se examina en todos sus elementos constitutivos. Esto puede ocurrir con formas más complejas (procedimiento *formal*) o más simples (procedimiento *sumario*). Por eso hemos distinguido ya en los datos históricos (Introducción) el procedimiento sumario *indeterminado* (con *formas* sumarias) y procesos sumarios *determinados* (con *conocimiento* sumario).

(2) Literatura más adelante § 9.º, F, nota.

(3) Acerca de otros casos en los cuales pueda concederse la ejecución provisional como medida de *cautela* véase el § 9, III F. y acerca del procedimiento de la ejecución provisional, véase § 82.

creto por la prueba escrita, según que aparezca más o menos improbable que la sentencia pueda reformarse: pero el origen histórico de la norma tiénese presente para entender mejor los límites dentro de los cuales es aplicada, de conformidad con su expresión literal:

a) La primera condición exigida por la ley o sea la de que la demanda esté *fundada* en título auténtico, etc., sólo se verifica cuando el mismo hecho *constitutivo* de la *relación jurídica* del cual nace el derecho hecho valer esté declarado en acto auténtico o escritura reconocida o sentencia. Como se ve no en todos los casos en que el actor se valga de la prueba escrita, como para probar la existencia de un hecho *simple* o para probar la falta de hechos *impeditivos* o *extintivos* (1): así no bastaría—ni sería necesario—que el actor probase por escrito hechos de los cuales resultase la seriedad del contrato, la falta de pago y otros semejantes. Ni basta probar por escrito otros hechos constitutivos de la acción, como el hecho de donde surge la *legitimatío ad causam* (p. ej. testamento, acto de cesión) o el hecho del cual surja el *interés* en obrar (p. ej. negativa de pago): el escrito debe referirse y basta que se refiera al hecho *constitutivo* del derecho. Y si este hecho es *complejo*, el escrito debe referirse a todos sus elementos, si tienen igual importancia; pero siempre al elemento fundamental u originario; así en la *conditio in debiti* es hecho constitutivo del derecho a la repetición el pago de lo indebido, o sea el hecho del *pago* y el hecho de lo *indebido*. Por eso no es suficiente que el *pago* sea probado con acto escrito (2). Por otra parte claro está que una demanda no puede considerarse fundada en un acto escrito solo porque el deudor haya confesado la deuda y de la confesión se haya redactado acta, puesto que el escrito en este caso consagra el hecho de la confesión pero no el hecho constitutivo del derecho (3). El documento, en fin, debe ser o un acto auténtico (esto es acto público) (4) o una escritura reconocida o autenticada (§ 66) o una sentencia *con efectos de cosa juzgada*.

(1) Sobre estas cuestiones consúltense §§ 11 y 12.

(2) Consúltese MORTARA, *Comm*, IV, núm. 123.

(3) En contra MORTARA, loc. cit.

(4) LESSONA, *Trattato delle prove* III, 2.^a ed. pág. 151.

En otro lugar (§ 82) veremos cuando se tiene esta sentencia: ejemplos típicos de demanda fundada en sentencia precedente, son las demandas de condena, basadas en anterior sentencia de declaración (§ 8 bis); la demanda de liquidación de los daños fundada en sentencia de condena genérica.

b) Segunda condición para conceder la ejecución provisional es, de acuerdo con el núm. 1.º del art. 363, que la demanda tienda a una prestación, o sea que la sentencia sea de condena porque lo que justifica histórica y racionalmente esta declaración provisional en favor de las obligaciones que resultan del documento es siempre la necesidad de garantizar la pronta satisfacción *de las obligaciones*. La sentencia de mera declaración no puede llevar ejecución provisional porque no tiende por sí misma a la ejecución ni, por otra parte, la certidumbre jurídica puede ser provisional. Lo mismo la sentencia constitutiva, la cual tendiendo a un cambio jurídico y no a la consecución de la cosa *debida* obra por su naturaleza el cambio solo cuando el derecho a dicho cambio está *definitivamente* declarado: además de que el derecho al cambio no podría reputarse fundado en documento (1). En la hipótesis de que sea urgente obtener el efecto del cambio jurídico, la ejecución provisional puede concederse pero no por aplicación del núm. 1, sino del núm. 9 del art. 363 o del 409 (véase § sig.) Si con la demanda de anulación o resolución pidiose una prestación (p. ejemplo restitución de la cosa, del precio, etc.); tenemos aquí una sentencia constitutiva combinada con sentencia de condena, pero la ejecución provisional de la condena no podrá concederse por el número 1 del art. 363 (salvo siempre la concesión en casos de ur-

(1) Las acciones de anulación y las acciones de resolución tienen por fundamento, de una parte el hecho de la existencia de la relación a anular y resolver, pero por otra reconocen como fundamento específico un hecho que se contrapone al hecho constitutivo de la relación, como el vicio del consentimiento, el incumplimiento, etc. Por esto aunque la relación a anular o resolver resulte del documento, la acción de anulación o de resolución no puede decirse *fundada* en acto escrito: lo que se hace valer no es la relación a anular o resolver sino el derecho a la anulación o resolución. Sólo en el caso de que el derecho á la resolución fuese concedido a una parte por el mismo convenio escrito, podría tenerse una demanda de resolución *fundada* en acto escrito.

gencia o por el carácter mercantil del pleito) puesto que la condena se funda en este caso en la parte de la sentencia que tiene carácter constitutivo y ésta no ha pasado aún en calidad de cosa juzgada.

B) Cuando se trata de materia *comercial* (Cód. proc. civ., artículo 409). Las exigencias del crédito han impuesto al legislador este mayor rigor de las sentencias comerciales, en cuanto el pronto cumplimiento de las obligaciones es vital necesidad del comercio. Pero también en este caso PUEDE el juez conceder o negar la cláusula conforme a la naturaleza de la obligación, a las circunstancias del caso, a la seguridad de las pruebas (1).

La ejecución provisional no se extiende a la condena en las costas porque ésta no se funda ni en el documento, ni en su comercialidad, sino en el *hecho* de la derrota (*soccombenza*) (§ 9 III F.)

III. *Condenas con reserva.* Hay un procedimiento cuya característica es la reserva de determinadas excepciones y hay un caso aislado de excepción reservada (la excepción de compensación).

a) *Procedimiento documental y cambiario (Urkundenprozess* de los alemanes, *processus executivus, mandatum de sol-*

(1) En otros casos la ejecución *provisional* no debe ser declarada, sino que corresponde por ley. Ejecutiva es la sentencia del conciliador (pronunciada en los juicios de *contradictorio* y la en rebeldía que no admite oposición) en demanda *cuyo valor no exceda de 50 libras*, aunque contra ella esté pendiente recurso de apelación por incompetencia (Cód. proc. civ., artículo 469; ley 16 Junio 1892 sobre conciliadores, art. 16): la razón de esta norma encuéntrase en la misma limitación de esta apelación y en la necesidad de impedir que con apelaciones dilatorias se burle la normal definitividad de la sentencia del conciliador. Ejecutiva es la sentencia dictada en rebeldía, no notificada personalmente, cuando haya transcurrido el término para oponerse a ella, aunque pudiese todavía proponerse oposición a la misma hasta el primer acto de ejecución (art. 478, Cód. proc. civ.); la razón de esta norma está en la improbabilidad de una defensa tan tardía del rebelde. Pero en estos casos de ejecución provisional *ope legis*, el juez no tiene que examinar condición alguna *especial* porque no tiene que producir resolución alguna especial. Lo mismo para la hipoteca judicial.

uendo sine clausula del derecho mediolval italiano). Cuando la prueba del crédito resultaba de documentos provistos de cláusula de ejecución inmediata (cláusula de *garantía*), el juez producía, basándose en ellos directamente (y no como de costumbre basándose en la sentencia) el *mandatum de solvendo* que iniciaba la ejecución. Si el deudor contaba con determinadas excepciones que hacer valer, podía hacer oposición al mandato: otras excepciones variables con relación al lugar no eran admitidas o admitíanse sólo después de la ejecución. Con el tiempo este procedimiento fué admitido como norma general para todos los documentos, especialmente para las letras de cambio (introducción). A veces este *processus executivus* era iniciado con citación que permitía el debate de las partes, pero limitado siempre a ciertas excepciones con reserva de las demás. A estas instituciones históricas de origen germánico pero de elaboración italiana (1) únense dos instituciones diferentes del derecho moderno: de un lado los *documentos ejecutivos* (entre nosotros: actos contractuales públicos y letras de cambio), que dan derecho a la ejecución inmediata (§ 10) de otro, el

(1) Para abreviar la vía ejecutiva ordinaria vienen subrogándose expedientes diversos a la libre ejecución privada originaria. Por una parte es la convencional sumisión expresa a la ejecución inmediata (*pactum executivum*); de otra la formación de procesos aparentes con el fin real de proporcionar anticipadamente un título ejecutivo al acreedor como se encuentran en el proceso longobardo en Italia. Estas instituciones útiles a la práctica encuentran defensores en los intérpretes del derecho romano violentando las fuentes en que se apoyan: el *pactum executivum* es fundamentado en la L. 3 Código de *pignor. et. hypoth.* (WACH, *Arrestprozess*, cits. páginas 56, 68; DERNBURG, *Pfandrecht*, II, pág. 239); el proceso aparente (antes § 2) se defiende con el principio romano según el que el *confessus in jure* equipárase al *judicatus*; pero poco a poco estas formas exteriores desaparecen y consérvase sólo la estipulación de un contrato con eficacia ejecutiva, primero ante el juez, más tarde ante un notario (*instrumentum gaurentigiatum o confessionatum*). Véase también en relación con estos resultados del trabajo de BRIEGLEB, MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den öst. Prov. des róm Kaiserreichs*, 1891, págs. 460, 444, Véase BRUNNER, *Forschungen zur Geschichte des deutschen und franz.R.*, pág. 604 y sigs.

proceso documental y cambiario en favor de créditos representados por documentos y particularmente por letras de cambio, para los cuales tiene lugar un proceso de conocimiento, pero incompleto, esto es, con reserva de excepciones.

De este proceso documental admitido por algunas leyes modernas (1) no conocemos más que una forma: el proceso cambiario (Cód. com., art. 324) (2).

La letra de cambio en nuestro derecho puede hacerse valer como título ejecutivo inmediato (Cód. Com., art. 323) o como fundamento de una acción de condena especial. La especialidad de esta acción consiste en la *posibilidad* de que el conocimiento esté limitado primeramente a algunas excepciones. Pero el límite de las excepciones que puedan oponerse a la letra de cambio puede ser doble: substancial y procesal. El límite *substancial* no tiene aquí importancia; refiérese a la condición de los derechos que nacen de la letra de cambio. En efecto, se deriva de la naturaleza abstracta o formal del vínculo que liga al deudor cambiario con el poseedor de buena fe de una letra de cambio: de aquí se deduce que al poseedor actual de la letra de cambio no pueden oponerse todas las excepciones que eventualmente habrían podido oponerse a anteriores poseedores, sino tan solo las excepciones concernientes a la forma del título o a la falta de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción cambiaria (excepciones *absolutas*) y las excepciones *personales* a aquél que la ejercita (excepciones *relativas*): conforme al art. 324, 1.^a parte (3).

La ley habla aquí de excepciones en sentido lato, comprendiendo la simple negación de la acción y la deducción de simples hechos extintivos, y las excepciones en sentido propio (§ 11). El lí-

(1) Reg. germ. § 592 y sigs. En la ley austriaca el proceso documental está fundido con el proceso por *mandato* de que trataremos en este §, número IV, y no tiene la característica propia del proceso ejecutivo, o sea la limitación de las excepciones.

(2) BRUNETTI, *La struttura processuale del giudizio cambiario*. (Riv. di diritto comm. 1908 II, pág. 320 y sigs.); GIANNINI, *Azioni ed eccezioni cambiarie*, 2.^a ed., 1902; y los tratados y comentarios acerca de los artículos 323 y 324 Cód. Com. (que olvidan casi completamente el aspecto característico procesal).

(3) Consúltese VIVANTE, *Trattato*, núm. 1818 y sigs.

mite procesal, en cambio, es el que da al proceso cambiario su característica, el que crea la antinomia entre la acción cambiaria y el derecho *efectivo* del acreedor cambiario; y consiste en que de las excepciones personales a quien ejercita la acción, aunque todas por sí mismas son oponibles, no pueden hacerse valer para impedir la condena sino aquellas que están *fundadas en prueba escrita* y que, además, son *liquidadas* o de *inmediata solución*; las otras excepciones personales que exigen *más larga investigación* quedan reservadas para ser discutidas más avanzado el juicio y mientras tanto tiene lugar la *condena al pago*, con caución o sin ella, según la apreciación del juez (art. 24). En el momento en que tiene lugar la condena con reserva no consta al juez la existencia del derecho; debe constarle la existencia de los hechos constitutivos y la falta de algunos hechos impeditivos y extintivos, pero de otros hechos impeditivos o extintivos (también hechos valer por el demandado) aplaza el examen; ahora bien, estas excepciones personales que reserva (como por ejemplo: la excepción de dolo, violencia, error; las excepciones deducidas de la relación jurídica a la cual se conexas la letra de cambio; la excepción de compensación, etc.), pueden estar fundadas y si en el juicio posterior son estimadas aparecerá que el actor no tenía derecho al pago: entonces la sentencia precedente pierde su valor y el actor vendrá obligado eventualmente a la restitución de cuanto ha recibido por virtud de aquella y a la indemnización de los daños.

Este especial proceso cambiario tiene por objeto general el pronto cobro de los títulos *cambiaríos* (1): atiende sobre todo, como vimos, a la ejecución. Una acción de mera declaración en este caso no podría concebirse. Por otra parte, una acción cambiaria que tienda a una prestación diferente del pago no puede ni aun encontrar lugar en este proceso (esto es, no tendría el privilegio de las excepciones): tal sería la acción del poseedor de la letra de cambio por tener un duplicado de ella; pero no, en cambio, la acción del poseedor para obtener caución del endosante o del li-

(1) Por esto participa solo en parte del proceso documental cuyo objeto general es la tutela de los créditos de dinero resultantes *por escrito*: y la mayor parte de las cuestiones propias del proceso documental no tiene lugar aquí.

brador conforme al art. 315, Cód. Com., puesto que la caución está inmediatamente dirigida al pago (1).

Es, por lo mismo, condición primordial de esta condena con reserva la de que la acción que se hace valer sea considerada por el juez como acción cambiaria: la acción de *enriquecimiento* del artículo 326 del Cód. com., no puede dar lugar más que a una condena ordinaria, esto es, con conocimiento completo (2). Otra condición es naturalmente la de que el demandado haga, en realidad, valer las excepciones respecto de las cuales tiene la carga de la prueba y que deben probarse por escrito y prontamente; si el demandado no opone excepciones genéricas u opone excepciones absolutas o, en fin, excepciones relativas pero fundadas en documento y de tal naturaleza que una pronta investigación permite desestimar, tendrá lugar la condena ordinaria o sea incondicionada (3).

b) *Condena con reserva de las excepciones de compensación* (4). La compensación produce extinción de los créditos recíprocos (Cód. civ., art. 1285) y por esto quien excepciona la compensación tiende a realizar la extinción total o parcial del crédito del actor, con efecto desde el día de la existencia simultánea de los dos créditos; de aquí la necesidad del examen simultáneo de la excepción de compensación y del crédito principal, puesto que si el juez estima fundado el crédito excepcionado, deberá declarar la ocurrida extinción del crédito del actor hasta la concurrencia de los dos créditos. Pero una Constitución de Justiniano (últ. Cód. *de compens.*, 4, 31); concedió al juez la facultad de separar la excepción de compensación de la demanda principal, pronunciando sobre el crédito del actor y *reservando* la excepción de compensación cuando esta implicase una larga investigación (5).

(1) En este sentido se expresa la ley germánica (*Wechselordnung*, § 26).

(2) VIVANTE, loc. cit., núm. 1834.

(3) Acerca del *procedimiento* cambiario, véase adelante § 94.

(4) CUTURI, *Trattato delle compensazioni*, 1909, principalmente, página 326 y sigs.

(5) *Satis enim miserabili est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi, hoc itaque iudices obser-*

Alguna ley moderna admite con la misma amplitud este principio (1). La nuestra (art. 102, Cód. proc. civ.), solo lo admite con las siguientes limitaciones: *a*) que el crédito opuesto en compensación sea impugnado y el juez no sea competente para conocer del pleito incidental de ahí derivado; en este caso debe remitir los *dos pleitos unidos* al juez competente, como norma general, pero excepcionalmente *puede* retener y pronunciar condena en el que se refiere al crédito principal y remitir al juicio de la autoridad competente tan solo el crédito opuesto en compensación, siempre que: *b*) la acción principal esté fundada en acto público judicial, escritura reconocida o confesión judicial (§ § 31, III, 79, I).

También aquí en el interés *general* de los acreedores a quienes la ley quiere evitar dilaciones procesales derivadas de excepciones negatorias, admítase que el juez condene basándose en una afirmación de la existencia del derecho que *en el caso particular* puede resultar meramente provisional puesto que si la nueva sentencia declarase fundada la excepción de compensación perdería sus efectos la primera y el actor debería eventualmente restituir lo que recibió e indemnizar los daños (por esto puede ser ordenada la caución).

Todo lo cual supone que el crédito opuesto por el demandado sea apto para realizar la compensación *legal* con arreglo a las normas del Cód. civ. (art. 1285 y sigs). No hay aquí una compensación *judicial* como institución diferente de la compensación *legal* (2): el crédito del demandado debe ser líquido: no puede oponerse al

vent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et amplioem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali component.
Véase acerca de esta constitución DERNBURG, *Die Compensation* 1854, páginas 471, 475; WINDSCHEID, § 350, núm. 5.

(1) Reg. germ., § 302; reg. austr., § 391.

(2) POUCHAIN, *La teoría e la pratica della compensazione*, Lanciano, 1888, págs. 132, 138; SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, MATTIROLLO, *Trattato*, I, núms. 45, 884; MORTARA, *Comm.* II, núms. 73, 92; CASTELLARI, *Competenza per connessione*, pág. 426; CUTURI, *Le compensazioni*, cit., pág. 329 y sigs.

mismo tiempo en compensación un crédito y pedir su liquidación (1). Antes diremos que también la excepción de compensación (como hemos visto para las excepciones cambiarias) tiene límites *substanciales* que determinan su fundamento (objeto apto para la compensación, que sean líquidos, exigibilidad del crédito) y límites *procesales* por los cuales aquella algunas veces, aún siendo fundada, se juzga separadamente del pleito principal, salvo los efectos retroactivos que pueda tener sobre la sentencia pronunciada antes en este pleito.

IV. *Proceso monitorio* o ingiunzionale (*Mahnverfahren*, alemán y austriaco; *Mandatsverfahren* austriaco; *Rechtsbot* de algunos cantones de la Suiza oriental; *mandatum de solvendo cum cláusula justificativa* del proceso común). Para determinados créditos aunque no resulten de documentos, introdujose en nuestro derecho medioeval la costumbre de no citar en juicio al deudor sino de obtener directamente del juez la orden de la prestación y notificar esta al deudor: la orden era acompañada y *justificada* por la cláusula de que si el deudor quisiese hacer valer excepciones pudiese formular oposición dentro de un cierto término (cláusula justificativa) (2). La oposición privaba de todo efecto a este *mandatum* o *pæceptum de solvendo* (*præceptum executivum sine causae cognitione*) e iniciaba un juicio ordinario.

(1) A menos que el crédito opuesto por el demandado dependa del mismo título de que depende el crédito del actor, puesto que en este caso se trata de demanda de reconvencción consentida por el art. 100, núm. 3. Véase adelante § 31, III.

(2) La *cláusula justificativa* justificaba el *preceptum sine causae cognitione* en cuanto admitía el posterior conocimiento. Decía esta cláusula. «*Si senserit se gravatum*» (véase SKEDL, *Mahnverfahren*, cit., pág. 15 y siguientes). o «*Nisi se opponat*» o en italiano «*Salvo l'ingiunto abbia cause en contrario*». Véase la *Prática legale* piamontesa (cit., § Introducción), volumen I, pág. 125; AB ECCLESIA, p. I, *observ.* 115, núm. 3.

El *mandatum* del proceso documental tenía por el contrario detenida la ejecución; quiere decir que debía realizarse no obstante la oposición; por lo mismo distinguíase del precedente como «*mandatum sine cláusula*» o con cláusula opuesta a la *cláusula justificativa*. Las dos formas de mandato (si bien frecuentemente también el *mandato sine cláusula* se fundaba en

El conocimiento faltaba o más bien era incompleto en cuanto que en el instante en que se daba la orden, el juez no sabía si el deudor tenía excepciones que oponer y solo conocía muy superficialmente de los hechos *constitutivos* de la acción (1).

De aquí derivan las diversas formas del proceso monitorio de los derechos modernos, las cuales tienen estos dos puntos fundamentales comunes: que la orden de la prestación se produce *sin oír a la parte* (inaudita parte), y sin conocimiento; tiende, sobre todo, a preparar la ejecución. La organización jurídica teniendo en cuenta los inútiles retrasos padecidos por la ejecución en el proceso ordinario con conocimiento completo, en los casos en que el demandado se adhiere a la demanda o permanece rebelde, o en una palabra, nada excepcione; permite esta forma de proceso, formada según la hipótesis de que el demandado nada tiene que excepcionar: la posibilidad de las excepciones y por consecuencia del co-

prueba documental o en documento garantizado) fueron consideradas diferentes en la práctica: véanse las fuentes en SKEDL, loc. cit., pág. 34 a las cuales añadimos este decreto de Carlos III de Saboya (en los estatutos de 1513 en SOLA, pág. 246) del cual resulta tanto la falta de certidumbre en esta distinción como la oposición que aún encontraban los dos mandatos en algunos intérpretes del derecho común: «Quoniam de sensu clausularum nisi et si quis quas in literis mandatorum nostrorum plerumque inserere consuevimus, dubium nonnunquam exortum extitit inter partes, altera negante eas cláusulas. stante jure communi, paratam habere executionem, altera vero affirmante clausulam et si quis stante antiquo stylo curiae Sabaudiae paratam habere executionem et ipsum stylum jure foveri... ecce quod nos... declaramus per praesentem eas cláusulas praedictas nisi et si quis virtute dicti styli et consuetudinis, certis etiam aliis bonis respectibus, ita inter se differre ut literae cum cláusula et si quis paratam habeant executionem, et executione facta remittatur pars se opponens ad judicem justa formam tamem literarum; cum cláusula vero nisi se opponat oppositione facta reducatur mandatum in vim simplicis citationis, absque ulteriori executione».

(1) También el proceso monitorio se liga a formas procesales germánicas, como el *indiculus commonitorius* del proceso franco desenvuelto en la doctrina basándose en la ley 5 § 10 Dig. *de operis novi nunc*, 39, 1.º, véase SKEDL, *Mahnverfahren*, pág. 15 y sigs. Pero a su vez el *indiculus commonitorius* se liga al derecho romano último: véase BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, pág. 137.

nocimiento completo no se excluye sino que se desvía; es posterior, más bien que anterior, a la resolución del juez.

La ley también dispone esto por el interés *general* del pronto cumplimiento de las obligaciones; en el caso *particular*, la eficacia de la orden de prestar es distinta según que haya o no oposición del demandado dentro del término legal; en el primer caso, la orden no tiene valor, solo su notificación produce respecto del presunto deudor el efecto de una demanda judicial (§ 41): en el segundo caso, la orden deviene definitiva y no solo hace posible la ejecución, sino que produce la declaración del derecho como una sentencia. No obstante tener este proceso función predominantemente ejecutiva, no puede emplearse para la mera declaración de los derechos, ni para derechos pendientes de término o de condición. Los procesos monitorios del derecho moderno varían en cuanto a las condiciones y al objeto, puesto que algunos (como el *Mandatsverfahren* austriaco) (1), exigen que el derecho del actor se funde en documentos y otros (como el *Mahnverfahren* germánico y austriaco y el *Rechtsbot* suizo) (2), no; algunos pueden aplicarse también a prestaciones diferentes de dinero (*Rechtsbot*: también el Reg. austriaco admite una forma de proceso monitorio para la entrega de bienes inmuebles arrendados terminado el arriendo, *Bestandsverfahren* § 560 y siguientes), otros solo a créditos de cantida-

(1) En Austria existe el *Mandatsverfahren* (Reglamento procesal, §§ 5, 48 y siguientes); y el *Mahnverfahren* (Ley 27 Abril 1873). Con mayores detalles pueden consultarse sus diferencias en POLLAK, pág. 666,

(2) El *Rechtsbot*, institución antiquísima en la Suiza oriental ha dado el concepto fundamental a la *ley federal suiza sobre la ejecución y sobre la quiebra (Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs)*, 11 Abril 1889 (en vigor 1.º Enero 1892). La oficina de ejecución, a petición del acreedor provisto o no de título o documento expide la «orden ejecutiva» (*Zahlungsbefehl*) art. 69 y sigs.; si el deudor piensa hacer oposición debe declararlo verbalmente o por escrito a la oficina de ejecución en los diez días siguientes a la notificación de la orden, art. 74; la oposición suspende la ejecución, art. 78; en tal caso el acreedor debe seguir *la vía ordinaria* a menos que se trate de crédito fundado en sentencia ejecutiva, transacciones o reconocimientos judiciales, decretos o decisiones administrativas, en cuyo caso, el juez de la ejecución resuelve dentro de los cinco días siguientes acerca de la oposición, arts. 80, 81, 83 y 84.

des o cosas fungibles (*Mahnverfahren, Mandatsverfahren*); algunos admitense para créditos de cualquier valor (*Mahnverfahren* germánico), otros únicamente para pequeños créditos (*Mahnverfahren* austriaco); otros son regulados como instituciones generales (*Mandatsverfahren; Mahnverfahren, Rechtsbot*), mientras que la ley italiana admite el proceso monitorio solo como forma privilegiada y singularísima en favor de determinados derechos (1).

(1) Esto es debido a derivarse nuestra ley procesal fundamental del Cód. proc. francés que desconoce el proceso monitorio y el documental sin duda porque toda forma de proceso ejecutivo parece inútil ante la fuerza ejecutiva concedida a los actos contractuales públicos. En cambio el proceso monitorio o *ingiunzionale* era admitido por las leyes italianas inmediatamente precedentes a los códigos sardos, véanse las constituciones piamontesas, libro III, título XXX (*cause ingiunzionali*); el proceso «por vía ejecutiva» del código estense, 1852, art. 441 y sigs. derivado de las constituciones estenses, libro I, título VIII (en el cual todavía se exige la prueba documental). En nuestra doctrina comiézase a invocar un proceso monitorio *general* y el proyecto ORLANDO de reformas procesales presentado al Congreso de los diputados el 24 Mayo 1904 contiene la propuesta de un «procedimiento por *ingiunzione*» (arts. 23 a 29): la *ingiunzione* admítase solo para créditos en dinero líquidos y exigibles para los cuales haya prueba escrita (menos para los créditos inferiores a 100 liras, en los cuales «la existencia y la exigibilidad del crédito pueden ser verificadas de otra manera»); se da un término al deudor para pagar o hacer oposición; la falta de oposición en dicho término hace ejecutiva la *ingiunzione*; pero se admite una oposición, no bien precisada, *durante* la ejecución. Análogas manifestaciones encuéntrase en la doctrina francesa (GLASSON, *Précis de proced. civile* 1901, vol. II, pág. 141). Las previsiones sobre la utilidad práctica y el funcionamiento regular de tal reforma y vuelta al pasado serían necesariamente inciertas: el legislador debe fijarse en la normal escasez de pretensiones infundadas y de oposiciones dilatorias de suerte que espere que el número de las oposiciones sea exiguo respecto del de las órdenes de pago producidas: de otra manera, dada la libertad de provocar órdenes de pago de una parte y de otra la libertad de privarlas de valor con la simple oposición, el proceso monitorio puede ser fácil instrumento de vejaciones o causa de inútiles complicaciones procesales. Según las estadísticas austriacas (*Ergebnisse der Zivilrechtspflege* en el año 1904, Viena 1906 páginas II y III; en el año 1908, Viena 1910, págs. III y IV) la relación entre las oposiciones y las órdenes de pago es del 13 por 100 próximamente como medio; pero en los diversos territorios la percentual cambia del 21 por 100 al 9 por

El único caso genuino de aplicación del proceso monitorio contenido en nuestra ley procesal común, está en el art. 279 del Cod. proc. civ., al que corresponde el art. 73 de la ley notarial 25 Mayo 1879. Los abogados, procuradores, notarios, peritos, secretarios, oficiales judiciales y *otros análogos*, para conseguir el pago de los gastos realizados por ellos, de los derechos y honorarios que les son debidos por sus clientes o mandantes, presentan la nota al presidente del tribunal, el cual expide al final de la nota *orden de pago* en término no inferior a 10 días, ni mayor de 30 desde la notificación (1). Esta norma desconocida por el Cod. francés (2) y por el primer Cód. sardo, aparece en el segundo Cód. sardo probablemente como un recuerdo del proceso *inglunzionale* de las constituciones piamontesas.

La falta de nexos inmediatos y evidentes con el proceso monitorio del derecho precedente, ha influido en la interpretación del art. 379, ocultando la autonomía y los caracteres históricos del proceso que en él se regula y haciéndolo aparecer como una dependencia del juicio en el que han sido hechos los gastos y no como un proceso subsistente por sí mismo.

En el acto de dictar esta orden de pago el Magistrado debe examinar sumariamente las condiciones siguientes:

a) Si se trata de crédito nacido a favor de alguna de las personas citadas por la ley o asimiladas a ellas (tales deben considerarse las que hayan prestado su obra como personas auxiliares en el proceso).

b) Si el crédito se presenta dependiente de la obra prestada. En cuanto a los peritos, secretarios, oficiales judiciales y personas auxiliares, la obra prestada debe ligarse a un proceso. No así en cuanto a los procuradores y abogados: estimase generalmente que estos sólo pueden servirse del procedimiento del art. 379 para los

100 próximamente; también disminuye lentamente (del 14,9 en 1901 al 13 en 1908).

(1) MATTIROLO, *Trattato*, IV n.º 230; MORTARA, *Comm*, IV, n.º 91 y sigs.; los comentaristas del art. 379; DE PALO, *Titolo esecutivo*, I, página 204; CASTELLANO *L'art. 379*, 1895.

(2) La ley francesa de 24 diciembre 1897, art. 4, ha introducido un procedimiento análogo en favor de los notarios, procuradores y ujieres.

gastos y honorarios *judiciales* (todo lo más comprendiendo entre estos los créditos relativos a asuntos de jurisdicción voluntaria). Por el contrario, debe entenderse que el proceso monitorio del artículo 379, como proceso autónomo y no necesariamente dependiente de otros puede aplicarse en favor de todos los créditos derivados de prestaciones de abogados y procuradores, *que tengan carácter profesional*, regulados por lo mismo por las leyes profesionales (esto comprende además de el *agere*, el *respondere*, y el *eavere*). Prueba de ello la extensión del art. 379 a los notarios cuya obra raramente dice relación con un pleito; mientras que el artículo 73 de la ley notarial claramente excluye esta limitación (1).

c) El magistrado no debe declarar *a fondo* que la obra haya sido efectivamente prestada. Es de la naturaleza del proceso monitorio aplazar el conocimiento sobre este punto al caso de oposición. Lo cual no excluye que también sobre este particular pueda el magistrado ejercitar un conocimiento sumario cuando las circunstancias del caso lo requieran (p. ej. si las prestaciones apareciesen evidentemente imaginarias, imposibles, simuladas).

d) También acerca de la cuantía de los gastos hechos y de los honorarios o derechos el magistrado que expide la orden no debe conocer sino en cuanto se trate de partidas reguladas por un arancel al cual como norma de ley también aquí se aplica el principio *jura novit curia*. Por lo que respecta a los notarios la nota debe ser antes *liquidada y aprobada* por el presidente del Consejo Notarial o por una comisión delegada del Consejo (art. 73 cit.). En cuanto a los abogados, el dictamen del Consejo de la orden exigida por los arts. 294 y 296 del arancel civil, comúnmente no se cree obligatoria.

Durante el término para hacer oposición la orden de pago no tiene otro valor actual sino el de servir su notificación como demanda judicial. Propuesta en tiempo la oposición, la orden de

(1) Conforme con esta interpretación del art. 73, véase la C. Ap. Casal 20 Marzo 1901 (*Foro ital.*, 1901, 549); la C. Ap. Roma 21 Abril 1906 (*Giornale dei Notari*, 1906, 525).—En contra: Cas. Turín 7 Mayo 1898 (*Foro ital.*, 1898, I pág. 638), que por la referencia del art. 379 en el artículo 73, deduce que tampoco el notario puede servirse del proceso especial sino para honorarios, y gastos dependientes de un pleito pendiente o terminado.

pago pierde también la posibilidad de devenir ejecutiva y se resuelve definitivamente en una demanda judicial (1) puesto que desaparecida en el caso concreto la hipótesis según la cual está formado el proceso especial, esto es, que el supuesto deudor nada tiene que excepcionar, desaparece el proceso especial y se entra en el proceso ordinario; en este el que se opone es demandado, no actor.

Transcurrido el término sin oposición, la orden de pago *tiene fuerza de sentencia expedida en forma ejecutiva* (art. 379). Esta equiparación de la orden de pago a la sentencia suele entenderse muy restrictivamente, quiérese limitar a la eficacia ejecutiva. Pero esta limitación es arbitraria, más bien nos parece conforme tanto a la letra de la ley como a la índole del proceso monitorio una verdadera y propia equiparación (2): el transcurso del término sin oposición se considera por la ley como equivalente al conocimiento en esta equiparación, por eso la orden de pago que *en el momento en que se produce* no contiene la afirmación del derecho a la prestación, devenida definitiva adquiere también el carácter de una afirmación de derecho, si bien este carácter sea consecuenciarario. Basándose en la orden de pago podrase, pues, inscribir hipoteca judicial (3)

(1) Esto está en la naturaleza del proceso monitorio. Véase *Constit. piam.* lib. III, tit. XXX art. 4.º «Contestándose por el reo a la *ingiunzione* se resolverá el precepto en forma de simple citación» (lo mismo el Reg. ger. § 695). Aplicación: la caducidad del juicio no afecta únicamente a la oposición sino a la misma orden de pago (Ap. Catania 20 Mayo 1898, *Foro it.* 1898, I. 855).

(2) Según el Reg. ger. la orden de pago, transcurrido el término lleva consigo orden de ejecución: esta orden de ejecución está equiparada a una *sentencia en rebeldía provisionalmente ejecutiva* (§ 700). Así en la doctrina antigua decíase del *precepto* definitivo que *transit in rem judicatam*: véase en SOLA *Comment.* cit. pág. 249.

(3) Así expresamente la citada ley francesa (art. 4.º): «L'ordonnance »de taxe vaut titre exécutoire; elle emporte hypothèque judiciaire, mais elle »ne pourra être exécutée et l'inscription ne pourra être prise valablement »qu'après l'expiration du délai d'opposition». En la ley italiana la cuestión se ha resuelto de diferente manera según la importancia que se concede a la equiparación de la orden de pago a la sentencia. En el sentido expresado en el texto manifestóse la Cas. Nápoles 1.º julio 1904 (*Foro ital.* 1904,

y la prescripción del crédito será la de treinta años (1).

No ha afirmado expresamente nuestra ley que sea uno mismo el término para pagar y el término para hacer oposición a la orden de pago, pero también aquí viene en nuestra ayuda la historia del proceso monitorio en el cual el término señalase con la alternativa de pagar o de oponer, bajo pena de ejecución (2); y este rigor se ha mantenido por nuestra ley habida consideración de las personas que pueden servirse del art. 379 y de la relativa insignificancia que normalmente tienen los créditos que se hacen valer por

I pág. 100). Corte de Ap. de Nápoles 16 julio 1908 (*Foro ital.* 1909, página 207). La doctrina dominante es la contraria. Véase para todo MONTANI, en la *Giur. it.* 1904, I, pág. 1319 y en el *Foro ital.* 1909 pág. 207; MORTARA, *Comm.* IV. núm. 92. El proyecto Orlando, cit., admite la hipoteca judicial.

El Reg. ger. tiene una norma *expresa* (§ 866), según la cual la inscripción de la hipoteca aseguradora basada en la orden de ejecución del proceso monitorio está prohibida. Pero la doctrina o censura esta norma como injusta e inconsecuente frente al § 700 que equipara la orden de ejecución a una sentencia en rebeldía: véase SCHMIDT, 2.^a ed. pág. 980 número 4; o la explica con especiales razones de conveniencia práctica, véase WEISSMANN II § 162, al final pág. 167; STRECKMANN Y KOCH sobre el § 866.

(1) Conforme, la Cas. Palermo 4 Dic. 1909 (*Foro ital.* 1910 pág. 176 y nota allí incluida).

(2) Véase, por citar el derecho más próximo a nuestra ley las Const. piam. libro III, tit. XXX, art. 3.^o, «No podrá concederse un término menor de 10 días para cumplir los preceptos del juicio ejecutivo, dentro de los cuales pueda el deudor satisfacer cuanto le sea mandado, y pasados los mismos *si aun no ha pagado o deducido oposición alguna* podrá efectuarse contra aquel el mandato ejecutivo». Y la *práctica legal* antes citada: «La *ingiunzióne* que se hace *recta via* sin ningún juicio precedente ni citación consiste en un precepto por medio del que el Juez, previa instancia verbal o escrita del acreedor ordena (*inglunge*) al deudor el pago de cierta cantidad o la remisión de una cierta cosa dentro de determinado plazo, bajo pena de la ejecución. Esta clase de *ingiunzióne* se practica contra los deudores de impuestos *di decime certe solite pagarsi*, de censos u otras anualidades, máxime *quando tengano luogo d'alimenti*, *di fitti dovuti da Massari e simile* y de crédito que conste en instrumento garantizado. *No compareciendo el deudor en el término prefijado para hacer alguna oposición, puede procederse in di lui odio a la ejecución.*»

este procedimiento (1). Y no hay motivo para creer que aquí se trata de simple ejecución provisional: las eventuales oposiciones al mandato y a los actos ejecutivos sólo podrán proponerse en cuanto podrían oponerse a una sentencia definitiva (2).

B) *La licencia para dejación de inmueble por haberse terminado el arriendo* (Ley 24 Dic. 1896 (3)). En el término establecido por la ley, por la costumbre local o por el contrato, el arrendador puede hacer notificar al arrendatario, casero, masadero o colono de bienes inmuebles, el licenciamiento por haber terminado el arriendo *conteniendo la citación para la convalidación de dicho licenciamiento* (art. 1.º). Cuando dentro del término no comparezca el citado o compareciendo no se oponga, se hará constar esta circunstancia en el acta de la audiencia y en tales casos el licenciamiento tendrá fuerza de título ejecutivo. A este fin el conciliador o el pretor ordenará al secretario al pie de la citación, que sobre la misma extienda la fórmula ejecutiva (art. 4). De esta manera el arrendador el día del vencimiento tendrá despachado el título ejecutivo para obtener la entrega de la cosa.

Este procedimiento derivase históricamente del proceso monitorio. En muchos sitios el mismo proceso monitorio general podría aplicarse a la entrega de los inmuebles arrendados. En otros una forma particular del proceso *ingiunzionale* satisfaría este fin

(1) Así nuestra ley (24 Dic. 1908) acerca del procedimiento coactivo para los ingresos patrimoniales de los entes públicos, (texto único 14 Abril 1910) arts. 2 y 3. Así también la ley austriaca 27 Ab. 1873, pár. 15, exceptuada la *restitutio in integrum*. Por el contrario, en Alemania donde el proceso monitorio se extiende a los créditos de todas clases, la ley ha creído garantizar mejor al deudor concediendo la oposición aún contra la orden de ejecución (§ 700 cit.).

(2) Para la opinión expresada en el texto MATTIROLO, *Trattato*, IV, número 250 y sigs. CUZZERI, *Sull. art. 379*; en contra MORTARA, *Comm.* IV, núm. 92, Cas. Roma, 22 Jun. 1896 (*Foro ital.* 1896, I, pág. 1262) que admiten la oposición aún durante la ejecución. Por el contrario, otros restringen el término para la oposición, reduciéndolo al término de la oposición en rebeldía. (Véase § 83): así la Cas. Roma, 16 Jun. 1908 (en la *Legg.* 1908, pág. 1885).

(3) DE PALO, *Titolo esecutivo*, pág. 207; MATTIROLO, *Trattato*, VI, número 1005 y sigs.; MORTARA, *Comment.*, II, núm. 129 y sigs.; PUCA, *Lo sfratto per finita locazione*, 1901; POLLAK, pág. 627 y sigs.

particular. En Austria, un proceso especial de esta naturaleza encuéntrase ya desde el 1725 a la ley de 16 Noviembre 1858 comprendida después en los §§ 560 a 576 del Reg. de 1898 (1). Pero también en algún estado italiano, además del Lombardo-Veneto la práctica había usado un proceso análogo aceptado más tarde por alguno de los códigos italianos precedentes al sardo (2).

Nuestra ley que en el primer proyecto estaba basada en la austriaca, resultó muy diferente de esta: ha perdido una de las características del proceso monitorio, o sea la falta de citación y la producción de la orden de prestación *inoida la parte*; nuestro licenciamiento participa del desahucio extrajudicial austriaco en cuanto no procede en su origen del juez y del judicial en cuanto es *convalidada* por lo menos posteriormente por el juez; el licenciamiento contiene citación y solo en la audiencia después de comprobada la falta de comparecencia o de oposición interviene la resolución del juez (además nuestra ley no se refiere sino al licenciamiento del arrendador al arrendatario).

(1) En la ley austriaca el licenciamiento es *judicial* (orden de entrega basada en desahucio o próximo vencimiento) o *extrajudicial* (simple desahucio privado); ambas tienen de común que notificadas a las partes y transcurrido un cierto término sin oposición, devienen ejecutivas, en las dos el título ejecutivo se forma basándose en las simples afirmaciones del requirente, sin conocimiento del fondo, siempre que—ya se comprende—estas afirmaciones se presenten conformes a la ley. Tanto más falta el conocimiento en el desahucio extrajudicial austriaco, el cual no debe justificarse con documentos aptos para probar el derecho del actor, como ha creído algún tratadista italiano interpretando el § 565 de la ley austriaca; este requiere los documentos para probar que tuvo lugar el desahucio, no su fundamento. Por último el procedimiento austriaco puede utilizarse tanto por el arrendador como por el arrendatario.

(2) En el ducado de Módena la práctica conocía un proceso de *escomiazione* o *disdetta* no regulado en las constituciones de 1771; véase VIANI, *Norma di proc. civ. del Cód. estense*, 1816, pág. 340. El Código procesal estense 1852 aceptó la institución; la esencia de este procedimiento está en que transcurrido un término (ocho días) desde la intimación del *précetto* judicial de entrega sin que se haga oposición, el desahucio o *comiato dado o tomado* surten los efectos de cosa juzgada (artículos 312 y 314). Consúltese RAISINI, *Manuale di proc. civ. estense*, 1853, página 248).

Consérvase sin embargo en nuestro «licenciamiento» el otro principio fundamental del proceso monitorio o sea que esta resolución del juez se produce sin conocimiento del fondo (1): el juez no convalida el licenciamiento porque el arrendatario se haya adherido a él (lo cual no se solicita) o porque la falta de oposición haya formado su convencimiento de que el desahucio es fundado, sino que la convalida por el solo hecho de la falta de oposición. Es cierto que el juez debe examinar sumariamente si el desahucio *en sí mismo* se presenta conforme a derecho, por ejemplo, si se refiere a un contrato de *arrendamiento* relativo a *inmuebles*, si el término dado corresponde al término *legal*, si tratándose de rescisión anticipada el arrendador tiene facultad de realizarla *sin sentencia del juez*, etc., pero no si el contrato realmente existe, si vence en el día indicado, etc. También aquí la falta de oposición tiene eficacia de conocimiento siempre que la citación haya sido hecha en persona *propia* o haya sido renovada (art. 3). Una vez producida la orden del juez, siendo, como se dirá, definitiva, vale en este caso *inmediatamente* como afirmación del derecho del actor, y produce en el día del vencimiento la acción ejecutiva (2).

En el caso de oposición del demandado el juicio de «licenciamiento» se resuelve en un juicio ordinario de conocimiento que tiene por objeto la condena en futuro del arrendatario a la entrega del inmueble (§ 6): art. 4.º, último párrafo.

La orden de convalidación del «licenciamiento», como se funda en la falta de oposición es por su naturaleza *definitiva*: la ley

(1) Por esto el proceso se confía también al conciliador dentro de los límites de valor que exceden su competencia de juez de conocimiento (párrafo 28).

(2) En contra DE PALO y MORTARA locs. cit., los cuales teniendo presente el desahucio extrajudicial austriaco estiman que también en nuestra ley el título ejecutivo es el licenciamiento. Pero la ley quiere la intervención del juez para *convalidar* el licenciamiento (art. 1); esta convalidación tiene lugar en forma de orden de imposición de la fórmula ejecutiva; pero sustancialmente tal orden (ordenanza) solo es un mandato de *prestar* su conformidad con el licenciamiento. Aplicación: la orden como título ejecutivo queda notificada al arrendatario no presente (art. 562); §§ 10-68; CHIOVENDA, *Saggi di dir. proc.* pág. 304).

no permite que sea impugnada, sino en caso de nulidad no subsanada por la comparecencia del citado, en cuyo caso corresponde al arrendatario la oposición y la apelación: pero estas impugnaciones, no obstante su nombre, no están reguñadas por todas las normas de los medios ordinarios de impugnación, sino únicamente por aquellas compatibles por su naturaleza; así por ejemplo *no tienen efecto suspensivo* (1); un derecho de impugnación limitado al caso de nulidad de la citación (o en general al caso de defecto de presupuestos procesales), cualquier nombre que la ley le otorgue no es más que una figura procesal de acción de anulamiento y como tal supone normalmente que el acto impugnado sea definitivo y ejecutable, salvo que la ley disponga lo contrario (2).

Otras declaraciones ejecutivas.—También en otros casos la declaración del magistrado tiende sobre todo, y a veces únicamente, a preparar la ejecución, o sea a constituir una acción ejecutiva que unas veces coincide y otras puede no coincidir con el derecho a la prestación.

A) *En el juicio de rendición de cuentas* cuando la cuenta presentada ofrezca un exceso de lo cobrado sobre lo gastado, el presidente a instancia del interesado *ordena el pago del sobrante* (art. 321); discutida la cuenta ante el juez delegado, éste si las partes están de acuerdo *ordena el pago de las cantidades y la entrega de los objetos debidos* (art. 823). Estas resoluciones se producen sin el conocimiento ordinario; tienen por condición el *acuerdo* de las partes: aquí el acuerdo no es un elemento de la convicción del magistrado, sino condición *directa* de la resolución (3). Pero precisamente por estar fundadas en el acuerdo de las partes estas resoluciones son definitivas y no impugnables: *tienen*

(1) En contra DE PALO, loc. cit., pág. 209.

(2) En cambio tenemos en casos análogos al nuestro, normas expresas de ley que aplican o presuponen el principio enunciado en el texto: la apelación por solo incompetencia contra las sentencias de los conciliadores inferiores a 50 liras, no tiene efecto suspensivo (art. 459), como sucede con la apelación por solo incompetencia o exceso de poder contra las sentencias de los *probitiri* (art. 41, ley 15 Junio 1893).

(3) Cualquiera que sea la cantidad a pagar la orden surge de un órgano que no tiene el conocimiento ordinario.

efecto de sentencia expedida en forma ejecutiva (arts. 321 y 323): quiere decir que implican afirmación del derecho a la prestación, producen no sólo la acción ejecutiva, sino la hipoteca judicial (1).

B) *Declaraciones en favor de testigos o de personas auxiliares en el proceso.*—Tasación y orden de pago de las indemnizaciones a los testigos (art. 245), de honorarios y gastos al perito (art. 267), de gastos al depositario de escrituras (art. 288), de gastos de una pueba delegada (Reg. gen. jud. art. 302). Aquí el juez delegado tiene un conocimiento sumario sobre el mismo derecho al pago; puesto que la prestación que origina el derecho de pago, ocurre en el mismo proceso, el conocimiento relativo es normalmente tan sencillo que la ley se contenta con un conocimiento sumario; en lugar de sentencia tenemos ordenes de pago que, sin embargo, transcurridos los términos para la impugnación tienen *validez de sentencia expedida en forma ejecutiva*.

C) *Declaraciones en favor de la Administración pública.*—La mayor parte de las veces, las pretensiones de la administración pública son ejecutivas por sí mismas (§ 16). En algunos casos, la administración debe hacerse actora reclamando una sentencia ordinaria (§ 16). En otros, la administración debe dirigirse al magistrado, solo para que este haga ejecutoria su pretensión, pidiendo una declaración con función ya predominante, ya meramente ejecutiva.

a) Procedimiento *ingiunzionale* para el cobro de las tasas de registro (texto único 20 de Mayo 1897, art. 134 y siguientes). El encargado del registro expide la orden de pagar dentro de los quince días siguientes a la intimación, la tasa y penas pecuniarias (*ingiunzione*); esta orden de pago hácese ejecutoria por el pretor (cualquiera que sea la cantidad). Tampoco el pretor tiene aquí conocimiento ordinario; no debe investigar si se debe la tasa sino si el acto de la *ingiunzione* se presenta conforme a la ley, o sea si la tasa a que se refiere está comprendida en la ley citada, si se ha fijado un plazo inferior al legal, etc. etc. La *ingiunzione* es ejecutable después del término fijado pero no deviene por esto definitiva como afirmación del derecho a la tasa. Al intimado se le permite hacer oposición aun después del término, previo el pago de la tasa.

También en este caso en favor del interés general del pronto co-

(1) MATTIROLO, *Trattato*, III, núm. 843; CUZZERI, *Sull'art.*, 321, 10; en contra: MONTANI en la *Giurisprud. italiana*, 1904, I, pág. 1319.

bro de estas contribuciones, la acción ejecutiva corresponde independientemente del derecho a la prestación y aun está ayudada por el principio *solve et repete* (§ 50) (1). El plazo puede tener una doble importancia: ordinariamente es una simple dilación y la oposición del deudor aunque se haya propuesto dentro del término legal no tiene eficacia suspensiva, pero si se trata de *suplemento de tasa* la oposición notificada dentro del término, suspende la ejecución. Pero aun en tal caso, este procedimiento *ingiunzionale* se diferencia del monitorio; la *ingiunzione* tiene una fuerza intrínseca, la oposición no la resuelve en una simple demanda judicial, sino que únicamente suspende su ejecución (2). Un procedimiento *ingiunzionale* parecido aplícase también para el cobro de otras contribuciones (3).

b) *Procedimiento privilegiado*.—En favor del Estado, de los municipios, de las instituciones públicas de beneficencia, de las provincias y otros entes públicos para el cobro de los ingresos simples o patrimoniales que no tengan carácter de contribuciones y que no cobran por matrícula (*ruolo*). Varios procedimientos privilegiados estaban regulados en las leyes de los antiguos estados italianos, no derogadas aun en esta materia (véase ley provincial y municipal; texto único, 21 Mayo 1908, art. 195), y variaban de lugar a lugar; algunos desarrollábanse con la intervención de órganos jurisdiccionales, llamados a constituir el título ejecutivo (visado de *ingiunzione*, ordenanzas de «mano real» o de «brazo real», mandatos de pago): a veces se parecían al proceso monitorio (4).

Recientemente estos diferentes sistemas de procedimiento coactivo fueron derogados y sustituidos por un solo procedimiento coactivo *ingiunzionale* aplicable también a las utilidades del dominio público y de los servicios públicos ejercidos por las entidades antes mencionadas, mediante la ley 24 Dic. 1908 (tex-

(1) De cuanto expondremos acerca de la jurisdicción (§ 13) se comprenderá mejor que esta declaración ejecutiva no obstante los límites del conocimiento es a nuestro entender acto de jurisdicción contenciosa. En contra CAMMEO, *Commentario alle legge, di gust. amm.*, I. pág. 691.

(2) Aplicación; la caducidad del juicio de oposición, no estorba la *ingiunzione*.

(3) Para detalladas indicaciones CAMMEO *Comment.* cit. I. pág. 691.

(4) Id. íd. íd. en la misma obra, pág. 697 y sigs.

to único 14 Abril, 1910). El procedimiento de coacción comienza con la *ingiunzione*, que consiste en la orden producida por la oficina competente de la entidad acreedora, de pagar dentro de treinta días, bajo pena de los actos ejecutivos, la suma debida. La *ingiunzione* es visada y hecha ejecutoria por el pretor en cuya jurisdicción reside la oficina que la emite, cualquiera que sea la cantidad debida (art. 2). Dentro de los treinta días siguientes a la notificación puede el deudor hacer oposición; el magistrado puede suspender el procedimiento coactivo (art. 3). A falta de oposición el procedimiento no puede suspenderse por ningún motivo (art. 4).

Apéndice al § 8 bis.

Referencias al derecho español.

Puede tomarse como ejemplo típico de ejecución provisional de sentencia el caso a que se refiere el art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento civil (juicios en rebeldía). Es preciso no confundir el carácter de estas sentencias con las notas de condicionalidad, calidad de *sin perjuicio*, etc. etc., que a veces acompañan a las resoluciones judiciales, y de las cuales tenemos tantos ejemplos en nuestra ley procesal civil. Son cuestiones enteramente distintas.

No se encuentra en aquella ley un precepto análogo al del art. 363 del Código procesal civil italiano, en que de un modo expreso y directo se agrupan los casos en los cuales «a instancia de las partes puede decretarse la ejecución provisional de la sentencia, con fianza o sin ella» lo cual no excluye que en los procedimientos especiales para cada juicio en particular, se llegue, en algunos casos, a obtener medidas de resultados semejantes.

Por lo que respecta al procedimiento cambiario, en relación con las condenas con reserva, pueden consultarse los arts. 516 y siguientes del Código de Comercio y los contenidos en el Título III, Parte 2.^a, Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil en cuanto sean aplicables referidos a aquellas (1).

En cuanto a la *compensación*, véase los arts. 1195 y siguientes del Código civil y el 55 de la Ley procesal civil.

(1) Se omite la referencia de procedimientos de carácter privilegiado.

§ 9.

II. Medidas provisionales de seguridad (1)

I. *Concepto de la medida provisional y sus relaciones con la definitiva.*—Cuando la ley nos garantiza un bien imponiendo a otros una prestación, no se consigue prácticamente aquel bien si el obligado no presta espontáneamente lo que debe o si los órganos jurisdiccionales con medidas de ejecución forzosa no nos proporcionan una utilidad correspondiente al bien que nos es debido. Pero la ejecución forzosa presupone un título ejecutivo o sea una cierta *declaración* autoritaria o convencional de la cual se deduzca la voluntad de la ley (véase § siguiente).

Ahora bien, puede suceder que falte la declaración convencional y que no se tenga aún la autoritaria por falta de acción o del tiempo necesario para tenerla; y que ínterin, se presenten circunstancias tales que en todo o en parte impidan o hagan más difícil o gravosa la consecución del bien que *resultase* garantizado por la ley, si desde ahora no se provee a evitar el peligro.

(1) MANCINI, PISANELLI y SCIALOJA, vol. V, P. II, núm. 88 y siguientes; MATTIROLO, *Trattato*, V.º appendice; MORTARA, *Comment* III, número 627 y sigs.; y los comentaristas de los arts. 921 y sigs., Código procesal civil; GIANZANA, *Del sequestro giudiziario e conservativo*, 1884; LESSONA, *Sequestro*, en el *Dig. it.*; TIRANTI, *Sequestro e responsabilità*, 1905; CODOVILLA, *Le denunzie di nuova opera e di danno temuto*, 1908; DIANA, *Le misure conservative interinali*, Turín, 1909; WACH, *Der italienische Arrestprocess*, 1868; *Feststellungsanspruch*, 1888, pág. 18 y siguientes; BAYER, *Theorie des summarischen Processes*, 7.ª ed., 1859, páginas 57-87; WETZEL, pág. 322 y sigs.; SCHMIDT, 2.ª ed., § 92; KLEINFELLER, § 131; WEISMANN, vol. II, §§ 183-188; POLLAK, pág. 66 y siguientes, 689 y sigs.; HELLWIG, *Lehrbuch*, I, pág. 56; *Klagrecht und Klagmöglichkeit*. cit. págs. 13-15; KISCH, III, §§ 20, 21; MERKEL, *Ueber Arrest und einstweilige Verfügung (Sobre el embargo y la medida provisional)*; MÜCK, *Die einstweiligen Verfügungen*, 1901; RINTELEN, *Die einstweilige Verfügung*; GARSONNET, vol. VI, §§ 2985 y sigs.

También puede ocurrir que se trate de un bien cuya consecución, si aquel es debido, no puede aplazarse sin daño.

Puede suceder aún que se tenga una declaración de la voluntad de la ley, pero que durante el tiempo necesario *para la ejecución* se presente el temor de daño: en este caso puede remediarse o apurando la ejecución dentro de los límites consentidos por la ley (por ejemplo, la autorización de la pignoración inmediatamente después del *precepto*. Cód. proc. civ., art. 578) o mediante otras resoluciones.

Estas medidas especiales determinadas por el peligro o la urgencia se llaman medidas de seguridad o de cautela (*cautelares*), porque surgen antes de que sea declarada la voluntad de ley que nos garantiza un bien o antes de que sea realizada su actuación para garantía de su futura actuación práctica y son distintas según la diversa naturaleza del bien a que se aspira (1).

El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es

(1) En esto distingúense las medidas *provisionales de cautela* de las medidas también provisionales determinadas por la particular certidumbre del derecho o por su naturaleza especial, de las que hemos hablado en el § precedente.

No entran pues en esta categoría: 1.º Todas las maneras de asegurar previamente (*cautelar*) el derecho, en los cuales no participa el magistrado con una resolución suya, sino que se remiten a la contratación de los particulares, como las hipotecas y las prendas. 2.º Los que, si bien pueden requerir la intervención del magistrado, son concedidos solo en el supuesto de la efectiva existencia del derecho y son verdaderos accesorios del mismo derecho, obligaciones accesorias del obligado que pueden hacerse valer también mediante una acción ordinaria de condena, pero que no son puras acciones y no tienen carácter *provisional*. Tales son las obligaciones de dar caución, del usufructuario que abusó de su derecho (Cód. civ., art. 516), del heredero y del legatario para el cumplimiento de la voluntad del testador (arts. 855 y 856), del marido para la seguridad de la dote (art. 1400), del arrendatario para la seguridad de los alquileres (art. 1603), el embargo del patrimonio de un beneficio u otra entidad eclesiástica (Reg. 2 Marzo 1899, art. 19). Claro es que también en estos casos si la urgencia no permite examinar a fondo la existencia del derecho o del derecho a la sanción, puede ordenarse una medida provisional de cautela (así en el caso del embargo de los muebles del arrendatario, conforme al art. 1958, núm. 3 del Cód. civ.).

*una forma autónoma de acción (acción aseguradora): y es mera acción que no puede considerarse como accesorio del derecho asegurado (cautelado) porque existe como poder actual cuando aún no se sabe si aquel derecho existe; e ínterin, el demandado no tiene obligación ninguna de cautela antes de la resolución del juez. Y también aquí el derecho a la resolución de «cautela» es un derecho del Estado fundado en las necesidades *generales* de la tutela del derecho: la parte solo tiene el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto.*

La medida provisional responde a la necesidad *efectiva y actual* de remover el *temor* de un daño jurídico: si este daño era en realidad inminente y jurídico, ha de resultar de la declaración definitiva. Con esta base, la resolución de cautela puede ser revocada o modificada o confirmada: en este último caso puede transformarse en una medida ejecutiva (embargo conservador que se transforma en pignoración (1). En la medida provisional es pues necesario distinguir su justificación *actual*, esto es, frente a las apariencias del momento y su justificación última. La medida provisional actúa una efectiva voluntad de ley, pero una voluntad que consiste en garantizar la actuación de *otra* supuesta voluntad de ley: si después, por ejemplo, esta otra voluntad se ha demostrado inexistente, también la voluntad actuada con la medida provisional se manifiesta como una voluntad *que no habría debido existir*. La acción aseguradora es, pues, *ella misma una acción provisional*; pero esto importa que se ejercite regularmente por cuenta y riesgo del actor, o sea que en caso de revocación o desistimiento sea responsable de los daños causados por la resolución, sea o no culpable (2), puesto que es más equitativo que

(1) Pero pudiendo también no ocurrir esto, es impropio llamar sin más motivo *ejecución anticipada* a la resolución de cautela: así por ejemplo GÜTHE en la *Riv. pel proc. civ. ted.*, vol. XXIV, pág. 346.

(2) Cuestión controvertida. Véase MORTARA, *Commen.*, III, núm. 646 MATTIROLO, *Trattato*, V, núm. 1205 y sigs.; TIRANTI, *Sequestro e responsabilità*, cit. y demás doctrina allí estudiada. La cuestión se ha resuelto expresamente en Alemania en el sentido indicado, por el Reg. proc. (texto 1898) §§ 302, 600, 717 y 945, véanse los *Motivos* del § 655 y 822 del proyecto de reforma 1898 (ed. HEYMANN págs. 270 y 204) del cual resulta que se quiere prescindir de la culpa al sancionar esta responsabilidad. En Ita-

soporte el daño la parte que provocó en su propio beneficio la resolución que al fin ha resultado sin justificación, que la otra que no hizo nada para procurarse éste daño y que no estaba *obligada* a hacer nada para evitarlo.

Para garantizar el resarcimiento de los daños a quien se ha privado o disminuído el goce de un bien en virtud de una medida provisional, puede ésta ordinariamente acompañarse de una medida de *contracautela*, o sea la orden de prestar caución el actor (Cód. civ., art. 698, Cód. proc. civ., arts. 363 y 928).

II. *Condiciones de la medida provisional.*—Es condición general para la producción de una medida provisional, como hemos visto, el temor de un daño jurídico o sea la inminencia de un *daño posible* a un derecho o a un *posible* derecho.

a) Acerca de la *posibilidad* del daño, debe examinar el juez: si las circunstancias de hecho dan *serio* motivo para temer el hecho dañoso; si el hecho es *urgente* y por lo mismo es necesario proveer en vía provisional; cual sea la mejor manera de proveer. Por lo demás esta condición genérica se determina mejor ante cada medida provisional.

b) Acerca de la *posibilidad* del derecho, la urgencia no permite sino un examen evidentemente superficial (*summaria cognitio*), pero también respecto de esta condición varían los casos particulares: a veces la resolución se toma precisamente porque un derecho es discutido entre dos y por lo mismo no es necesario determinar a quien corresponde (como en el embargo judicial en pleito pendiente): a veces la pertenencia del derecho fué ya declarada en el fondo y prevalece el examen del primer extremo (como en la ejecución provisional).

III. *Particulares medidas provisionales.*—Nos referimos a

lia tenemos normas aisladas que admiten esta responsabilidad objetiva. Así en caso de abandono del embargo (art. 933, Cód. proc. civ. 71 de la ley de 30 Octubre 1859 acerca de privilegios industriales y art. 101 del Reglamento 31 Enero 1864). En cuanto al embargo reconocido *sin causa*, el art. 935 del Cód. proc. civ. dispone que el que embarga PUEDE ser condenado a los daños: y en la exégesis de este artículo agítanse las más vivas cuestiones. Véase pág. 200.

las principales resoluciones de cautela admitidas por nuestro derecho.

A) *Embargo conservador* (Cód. proc. civ., art. 924 y siguientes, Cód. com., art. 879 y sigs.) Tiene por objeto conservar las *garantías de los créditos* que pueden desaparecer más fácilmente (muebles, incluso las naves, cantidades debidas al deudor por un acreedor suyo). Esta institución es de origen italiano; nuestras leyes medioevales admitían también la detención *personal* del deudor sospechoso de fuga (especialmente de los extranjeros), institución conservada en algunas leyes modernas (por ejemplo, la alemana y la austriaca).

Las condiciones para la concesión de este secuestro son:

a) La *sospecha* de fuga del deudor.

O el temor de sustracciones (ventas, prodigalidades, etc.).

O, en general, el peligro de perder las garantías del crédito, lo cual comprende también una condición de peligro meramente *objetiva*, esto es, independiente del hecho de la voluntad o responsabilidad del deudor.

b) Además debe justificar el acreedor, por lo menos, una apariencia fundada de crédito (*fumus boni juris*): y puede tratarse de un crédito aún líquido, aún sujeto a condición o a término.

Estas condiciones son declaradas por el magistrado antes de la concesión del secuestro mediante *sumarias* informaciones (Código Proc. Civ., art. 925), y más tarde, después de realizado el embargo, más a fondo en un *juicio de convalidación*, cuyo objeto es mantener o revocar el embargo. Así puede haber un doble juicio *provisional*: en efecto, el embargo no deviene realmente definitivo hasta que sea declarada a fondo también la segunda condición, la voluntad de ley en vista de la cual fué concedida la garantía, lo cual no ocurre en el juicio de convalidación, sino cuando el juez competente para éste lo sea también para conocer del crédito, y el actor, pidiendo la convalidación, pida también la condena del deudor (art. 931); en otro caso, las partes son enviadas a la autoridad competente por el fondo (art. 936). Acerca de la competencia y del procedimiento para el embargo, véanse §§ XXIX, IV y CXV (1).

(1) Del embargo como medida *conservadora* debe distinguirse el embargo como función *coercitiva*, como el embargo de las rentas pa-

La necesaria indeterminación de las condiciones del embargo conservador hace que en esta resolución tenga especial importancia la prudencia y la apreciación del caso concreto por el magistrado, correspondiendo a aquél establecer tanto el grado de peligro (p. ej.: examinando si, no obstante el hecho temido, quedarían bastantes garantías en el patrimonio del deudor) como el grado de verosimilitud del crédito, y aun el grado de su actualidad (examinando, p. ej., la probabilidad de que la condición se verifique).

En el caso especial del arrendador, éste puede pedir el embargo de los muebles del arrendatario *por el solo hecho* de que hayan sido levantados de la casa o fundo arrendado (Código Civil, art. 1.958, núm. 3) con tal de que promueva su acción dentro del término de cuarenta o quince días, según que se trate de un fundo rústico o de una casa, sin perjuicio del derecho de pedir después el embargo conservador, con arreglo al art. 924, cuando concurren las condiciones exigidas por esta norma.

B) *Embargo del inmueble* del deudor después de la transcripción del precepto inmobiliario (Cód. Civ., art. 2.085). Por el solo hecho de la transcripción del precepto, el deudor queda en posesión del inmueble como simple secuestratario; pero el Tribunal *puede nombrar otro secuestratario*.

Las condiciones de esta resolución no las especifica la ley (basta que el Tribunal la *repute oportuna*). Ya se comprende que sólo puede concederse aquélla cuando hay motivo para creer que el deudor no administre diligentemente el fundo, no rinda cuenta de los frutos, de manera que exista el peligro de *deterioro* de las cosas que deben servir para la satisfacción de los acreedores y de la *pérdida* de los frutos, los cuales desde la fecha de la transcripción del *precepto* se distribuyen juntamente con el precio de los bienes subastados (1).

rafernales de la mujer (Cód. Civ., art. 133), y el embargo como función *preventiva*, como el de las obras plagiadas o imitadas y de los medios del plagio o imitación para impedir su uso mientras dure el derecho del autor (ley 19 Sept. 1882, art. 36).

(1) MATTIROLO, *Trattato VI*, núms. 139 y sigs.; CUZZERI, *Sull'art. 659*; CESÁREO CONSOLO, *Trattato della espropriazione*, vol. III, pág. 488; GIANZANA, op. cit., cap. XII. Normas especiales en favor de las institu-

C) *Embargo judicial* (Cód. Civ., art. 1.875; Cód. Proc. Civ., artículo 921 y sigs.). Tiene por objeto, no el conservar las *garantías de un crédito*, sino la cosa que es objeto de una pretensión, o sea el *mueble* o *inmueble* sobre los cuales alguien tiene o pretende tener derechos. El embargo puede recaer en una cosa cuya propiedad o posesión sea *contendida* entre varios (Cód. Civ., art. 1875), o, también, si la contienda aún no ha surgido, una cosa en la que otro se crea con derecho, y que corra el riesgo de *alteración, sustracción* o *deterioro* (Cód. Proc. Civ., art. 921, o en una herencia, cuando el testamento sea impugnado (Cód. Civ., art. 914), o en las cosas que el deudor ofrece para su liberación (Cód. Civ., artículo 1875, núm. 2). Considéranse como casos especiales del embargo judicial: α) el secuestro de las máquinas y de los demás medios industriales usados en contravención del privilegio, de los objetos imitados (*contraffatti*) y de los instrumentos destinados a su producción, los cuales, con resolución definitiva, serán dados en propiedad al poseedor del privilegio (ley 30 Oct. 1859, arts. 61 y 68, Reg. 31 En. 1864, arts. 95 y 98); β) La posesión de los bienes de entes eclesiásticos suprimidos, dada al Estado, en caso de contienda, hasta la medida definitiva (ley 7 Jul. 1866, art. 16), lo cual no es sino una medida provisional (1); γ) El embargo de las cosas vendidas (Cód. Com., art. 71 y 413), con el objeto de hacer posible la definición de la controversia y garantizar los derechos que serán declarados en la sentencia.

D) *Denuncia de obra nueva y de daño temido* (Cód. Civ., artículos 698 y 699; Cód. Proc. Civ., arts. 938 y sigs.). Son dos acciones aseguradoras que tienden ambas a evitar un daño en una cosa *poseída* por nosotros, pero diferente por sus condiciones y objetos.

a) La denuncia de obra nueva tiende a detener el desarrollo de una cierta actividad (obra nueva), que fundadamente se cree perjudicial a la cosa poseída, y a garantizar el ejercicio de las acciones que se derivarán del hecho perjudicial, si continúa la actividad. Y tiene por condiciones:

ciones de crédito fundiario encuéntrase en las leyes relativas a éstas. (Texto único, 16 Jul. 1905, art. 41.)

(1) Aplicación: la atribución de esta posesión no invierte la carga de la prueba; véase Cas. Roma, 22 Oct. 1906 (*Legge*, 1907, 221).

1.º La posesión de un inmueble, de un derecho real o de otro objeto.

2.º Una *obra nueva* comenzada por alguien sobre *terreno* propio o ajeno hace menos de un año y no *terminada* (por lo tanto, no cualquier *actividad* sobre el suelo, sino una de tal índole que, conforme a las reglas de la ingeniería, pueda llamarse una obra, como una construcción, una demolición, una excavación, una elevación de terrenos, etc.

3.º El temor del daño que pueda derivarse de éste a la cosa poseída.

El juez examina estas condiciones con *conocimiento sumario* (art. 698, Cód. Civ.), y adopta las resoluciones *temporales y urgentes*, que pueden consistir, o en la suspensión de la obra, y, en su caso, la reducción al estado primitivo (acompañada de medidas de contracautela) o la continuación, pero condicionada por una caución para la demolición, en su caso, o la reducción futura de la obra y para los daños.

En un juicio posterior con *conocimiento completo* se procede a la decisión *definitiva* examinando si las oposiciones a la prosecución de la obra eran *fundadas* (lo cual puede comprender, según los casos, un juicio de fondo sobre la sola posesión o sobre la propiedad o sobre la existencia del derecho real) Cód. Civ., artículo 698, Cód. Proc. Civ., arts. 939 y 940.

b) La denuncia de *daño tenido* tiende a prevenir el daño que de otra manera sería inminente para la cosa y tiene por condiciones:

1.º La posesión de un fundo o de un objeto.

2.º El peligro temido de un daño *grave y próximo* que domina al fundo u objeto por cualquier edificio, por un árbol o por otro objeto.

También aquí la medida provisional tiende a evitar el peligro o a garantizar al actor, con caución, de los daños *posibles*; y en juicio posterior se provee *definitivamente* (examinando en el fondo el derecho o la posesión del actor, la efectividad del peligro, la necesidad u oportunidad de las resoluciones tomadas) Cód. civ., artículo 699, Cód. proc. civ., arts. 939 y 940 (1).

(1) Acerca de la competencia y del procedimiento de denuncia, §§ 28 y 116.

E) Resoluciones *conservadoras e interinas*. (Cód. proc. civil, artículo 389), resoluciones de *urgencia*. (Cód. proc. civ., art. 275), resoluciones *urgentes* (Cód. com., 153), resoluciones *temporales y urgentes* (Cód. proc. civ., art. 808), resoluciones *temporales oportunas* (Cód. proc. civ., art. 572, 839, Cód. com., art. 871), etc. En estos casos la ley habla en general de resoluciones provisionales de cautela, atribuyendo completamente al juez declarar su oportunidad y naturaleza. El fin es evitar siempre que se impida la actuación de una posible voluntad de ley o se haga difícil a su tiempo por un hecho ocurrido antes de su declaración, o proveer *aun durante un proceso* en caso de una *posible* voluntad de ley cuya actuación no admita aplazamiento.

Así durante un pleito por suministro de alimentos el juez puede ordenar provisionalmente al demandado prestar los alimentos reclamados por el actor, porque si se esperase a tener declarado definitivamente si el demandado debe o no los alimentos y en qué proporción, el actor podría ínterin sucumbir a la necesidad (Código civ., art. 145). Por esto también el magistrado ordena provisionalmente que uno de los cónyuges atienda a la prole sin perjuicio de establecer después definitivamente quién de los dos debe hacerlo (Cód. proc. civ., arts. 808 y 810).

F) En la serie de resoluciones de cautela entra en algunos casos la resolución que concede en la sentencia la *ejecución provisional* de la misma sentencia (Cód. proc. civ., art. 363 núms. 2 a 9 y 409, ley 16 Jun. 1892 sobre conciliadores, art. 17, etc.). También aquí tenemos un conocimiento ilimitado de la existencia del derecho, pero con la sujeción ordinaria; en este caso, la sentencia por sí no podría ser ejecutada (véase el § precedente y los §§ 10, IV, y 82).

Pero hay pleitos en los cuales tanto vale no proveer como proveer sin efecto inmediato; por esto en tales pleitos se admite la *ejecución provisional* de las sentencias.

El código francés, siguiendo el ejemplo de leyes más antiguas, enumera particularmente estos pleitos (art. 135), y de esta norma derivóse también la enumeración contenida en nuestro art. 363 números 2 a 8:

- a) Aposición o supresión de sellos, o formación de inventario.
- b) Reparaciones urgentes.

- c) Expulsión de casas o de otros inmuebles dados en arrendamiento o colonia.
- d) Secuestratarios, depositarios y custodios.
- e) Admisión de *fidejutores* y sus garantes.
- f) Nombramiento de tutores, curadores y otros administradores y rendición de cuentas.
- g) Pensiones o asignaciones provisionales a título de alimentos.

En las leyes italianas (Cód. sardo 1859 y Cód. actual, art. 363 número 9), fué añadida una condición más genérica «*el peligro del retraso*» que haría inútil cualquier otra determinación particularizada. También la naturaleza comercial del pleito es una condición que permite conceder la ejecución provisional (art. 409 Código proc. civ). Pero en todos estos casos la ejecución provisional no es de derecho (1); PUEDE ser ordenada ésta, por tanto, atribuyéndose a la apreciación del juez proveer, ya sea según el grado de posibilidad del daño, ya según el grado de probabilidad de que la sentencia no sea reformada (2). Por las razones apuntadas, la sentencia de *mera* declaración no puede declararse provisionalmente ejecutiva: es incompatible con esto la idea de urgencia y de provisionalidad.

La ejecución provisional no puede nunca ser ordenada *para los gastos del juicio*, aunque sean adjudicados a título de daños, lo cual ocurre en los pleitos temerarios (art. 364 y 370 Cód. pro-

(1) Es de derecho en casos particulares, como la sentencia declarativa de la quiebra (Cód. com., art. 699), la sentencia de interdicción (Cód. civil artículo 328) y por analogía la de inhabilitación (Cas. Roma, Seccs. Unidas 20 Jun. 1911 en la *Legge* 1912 pág. 129).

(2) PASCUCCI, *Esecuzione prowisoria delle sentenze*, 1879; CHIOVENDA *Sulla prowisoria esecuzione delle sentenze e sulle inhibitorie*, en *Saggi di diritto processuale civile*, pág. 305 y sigs., y aun en *Foro ital.* 1904, página 106 y sigs., reproducido en los *Nuovi saggi di dir. proc. civ.* 1912, página 183 y sigs.; DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, I, pág. 143; MORTARA, *Comment.* IV, núm. 121 y sigs; HALLBAUER, en los *Beitrag* de GRUCHOT, 27, 14; FOIKEL, en la *Riv. pel. proc. civ. ted.* 1895; SCHMIDT, 2.^a edición, § 139, IV. Para la doctrina antigua, LANCELLOTTI, *De attentatis et innovatis lite et appellatione pendente*, 1597; REBUFFE, *Tractatus de sententiis executoriis non obstantibus oppositionibus et appellationibus*, 1554.

cesal civ.) (1). Puesto que la condena en los gastos es el complemento necesario de la declaración del derecho: y como tal no deberá tener vigor sino cuando la declaración existe al devenir, definitiva la sentencia (2), porque solo entonces puede hablarse de *sucumbencia*. La ley admite, sin embargo, la ejecutoriedad también para los gastos cuando la sentencia, si bien no definitiva como declaración, tiene la *normal* ejecutoriedad, o sea no está sujeta ni a oposición por rebeldía ni a apelación.

Cuando la ejecución provisional es concedida en consideración a la particular certidumbre del derecho (art. 363, núm. 1) no es una medida *de cautela*; trátase de una declaración con predominante función ejecutiva, de la cual hemos hablado en el § precedente (3).

G) La declaración de la *quiebra* desde la fecha de la sentencia priva de derecho al quebrado de la administración de sus bienes (Cód. com. art. 699) (4).

(1) Así se había manifestado ya la antigua doctrina francesa y las sentencias del Parlamento de París del 18 Febrero 1545: Véase BONNIER en sus notas a la ordenanza del 1667, tít. XVII, art. 14. Para el derecho germánico que no prevé, véase en el sentido manifestado SCHMIDT, 2.^a ed., página 887; en contra PLANCK, *Lehrbuch*, II, pág. 640; STRUCKMANN und KOCH, §§ 708-720.

(2) CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, pág. 414 y los allí citados, a los cuales debemos añadir: DERNBURG, *Beitrag zur Lehre vom Kostenersatz (Contribución a la doctrina de los gastos judiciales)* en las *Monografie di diritto civile e processuale, comune e francese*, 1849, página 193; DE PALO, *Titolo esecutivo*, pág. 143.

(3) Acerca del procedimiento relativo a la ejecución provisional y de las inhibitorias, véase § 82.

(4) BONELLI, *Del fallimento*, I, pág. 352 y sigs; CUZZERI, *Del fallimento*, 3.^a ed. 1911, pág. 100 y sigs.

Apéndice al § 9.

Referencias al derecho español.

Es directamente referible a la doctrina de este capítulo, la institución regulada por nuestra ley procesal civil en el Tít. XIV de su Libro II. *De los embargos preventivos y del aseguramiento de los bienes litigiosos.*

Para que el embargo preventivo pueda ser decretado, precisase además de la existencia real de la deuda, acreditada documentalmente, que el deudor contra quien se pida el embargo se halle en uno de los casos siguientes:

- a) Que sea extranjero no naturalizado en España.
- b) Que, aun siendo español o extranjero naturalizado, no tenga domicilio conocido, o bienes raíces, o un establecimiento agrícola, industrial o mercantil en el lugar donde corresponda demandarle en justicia el pago de la deuda.
- c) Que, aun teniendo estas circunstancias, haya desaparecido de su domicilio o establecimiento, sin dejar persona alguna al frente de él; y, si la hubiere dejado, que ésta ignore su residencia; o que se oculte, o exista motivo racional para creer que ocultará o malbaratará sus bienes en daño de sus acreedores.

Aun con todo esto, si el título en que se funda la petición de embargo, no es ejecutivo sin el reconocimiento de la firma del deudor, no podrá decretarse aquel sino de cuenta y riesgo del que lo pidiere. Y si el deudor no supiere firmar y lo hubiere hecho otro a su ruego, podrá también decretarse el embargo preventivo de cuenta y riesgo del acreedor, siempre que citado aquél por dos veces, para que declare bajo juramento indecisorio sobre la certeza del documento en que conste la deuda, no compareciere al llamamiento judicial. Reconocido el documento, aunque se niegue la deuda, podrá decretarse el embargo.

De todas suertes si el que pidiere el embargo, en cualquiera de estos tres casos últimamente citados, no tuviere responsabili-

dad conocida, deberá el juez exigirle fianza bastante para responder de los perjuicios y costas que puedan ocasionarse.

Ahora bien; comoquiera que el embargo preventivo es una medida de urgencia, es necesario que quien lo ha obtenido por cantidad mayor de 500 pesetas (y, en algunos casos, de 1.500), pida su ratificación en el juicio ejecutivo o declarativo que proceda, entablado la demanda que corresponde, dentro de los veinte días de haberse verificado; y si no lo hiciere quedará nulo de derecho. Pero esto no priva que, si el deudor se halla comprendido en algunos de los casos que antes hemos enumerado pueda también pedirse el embargo después de entablada la demanda, formándose pieza separada respecto al mismo.

Si el dueño de los bienes embargados lo exige, deberá el que haya obtenido el embargo, presentar su demanda en el término preciso de diez días como regla general.

(La tramitación de estos embargos, puede verse con todo detalle, en los arts. 1.397 y sigs. de la Ley de E. C.—Aquí nos limitamos a notar las líneas fundamentales de esta institución procesal).

* * *

De evidente analogía con el *embargo* preventivo es lo que nuestra ley procesal civil llama *aseguramiento de los bienes litigiosos*. El que, presentando los documentos justificativos de su derecho—dice en el art. 1.419—demandare en juicio la propiedad de minas la demontes, cuya principal riqueza consista en arbolado, la de plantaciones o de establecimientos industriales y fabriles, podrá pedir que se intervenga judicialmente la administración de las cosas litigiosas.

El demandado en cualquier estado del pleito, puede pedir que se alce la intervención, prestando al efecto la oportuna fianza.

También prevé la ley el caso de que la prestación del demandado consista en una obligación de hacer o de no hacer, o de entregar cosas específicas.

Si el documento en donde con claridad aparezca aquella, pertenece a la clase de escritura pública o documento privado reconocido, o se trata de confesión ante juez competente, podrá el juez adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas necesarias para asegurar en todo caso la efectivi-

dad de la sentencia que en el juicio recayere, exigiendo a la vez a que solicitare estas medidas, si no tuviere solvencia notoria y suficiente, previa y bastante fianza para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse.

(V. los arts. 1.420 y sigs. de la Ley E. C.)

Entre las medidas *provisionales* estudia el profesor Chiovenda los interdictos de *obra nueva* y de *obra ruinosa* (1) tratados en nuestra ley en los arts. 1.663 y sigs.

En virtud de la demanda de interdicto de *obra nueva*, el juez requiere al dueño de la obra para que la suspenda en el estado en que se halle, sin perjuicio de resolver por sentencia el juicio verbal que se celebrará poco después de la fecha de la providencia primera; y del derecho que asiste al que promovió el interdicto para ejercitar en el juicio declarativo correspondiente la acción que crea pertenecerle para obtener la demolición de la obra, si la sentencia del interdicto fué contraria a sus pretensiones, o para pedir la demolición de lo anteriormente edificado, en el caso de haberse confirmado la suspensión.

Con el interdicto de *obra ruinosa* le persigue la adopción de medidas urgentes de protección a fin de evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de un edificio, árbol, columna o cualquiera otro objeto análogo, cuya caída pueda causar daño a las personas o en las casas, o bien la demolición total o parcial de una obra ruinosa.

En este último caso el juez resolverá en juicio verbal; en el primero acordará el reconocimiento de lo que amenazare ruina, y previo dictamen pericial, resolverá sin más trámites por auto no apelable.

Es importante observar que el interdicto de obra ruinosa solo puede intentarlo quien tenga alguna propiedad contigua o inmediata, que pueda resentirse o padecer por la ruina, o el que tenga necesidad de pasar por las inmediaciones del edificio, árbol o construcción que amenazare ruina.

* * *

(1) Y creemos con algún expositor que, en cierto modo, a *todos* los interdictos es dable atribuir esta cualidad, principalmente al de *retener* o *recobrar*.

Por último deben referirse como materia de relación con la doctrina expuesta en el § que anotamos, las numerosísimas disposiciones dispersas en nuestras leyes (no ya en la procesal y en los Códigos civil, y de comercio, sino en leyes especiales sobre todo de carácter administrativo) que atribuyen a los jueces y autoridades, en casos determinados, la facultad de tomar medidas *urgentes de momento* (interinales y transitorias de ulterior consolidación), así como también las normas relativas a embargos y fianzas en muchos casos, dentro de cada especial procedimiento (incluso las reguladoras del *depósito judicial*: arts. 1.785 y sigs. del Código civil) y, en fin cuanto se ha dicho respecto de la *ejecución provisional*, en el § precedente.

§ 10

III.—La ejecución forzosa (1).—El título ejecutivo.

I. *Concepto y límites.*—Si una prestación que está declarada como debida no se cumple, o si, para evitar la actuación de una declaración con predominante función ejecutiva, o de una resolución de cautela, el supuesto deudor no cumple espontáneamente la prestación, tiene lugar la *ejecución forzosa* (§ 1). Es preciso distinguir los conceptos de *ejecución* y de *ejecución forzosa* en general, de los de *ejecución procesal* y *no procesal*.

(1) MANCINI, PISANELLI Y SCIALOJA. V. p. 1.^a, págs. 89 y sigs.; MATTI-ROLO *Trattato*, V, núms. 247 y sigs; MORTARA, *Manuale*, 5.^a ed., II, páginas 180 y sigs.; MENESTRINA, *L'accessione nell' esecuzione*, Viena, 1901, páginas 181 a 199; DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, Nápoles, 1901, volumen I; CHIOVENDA, *L'azione*, cit. págs. 9 a 26; CALDA, *L'impugnativa del credito nella esecuzione forzata della sentenza*, 1907, págs. 1 a 49; CAMMEO, *L'azione del cittadino*, etc., pág. 24; en CROME, págs. 454 y 464; GALLI, *Il sistema della giurisdizione esecutiva; la rivendita*, págs. 20 y sigs.; ROCCO, *Il fallimento dal punto di vista económico e giuridico*, en la *Riv. di Dir. Comm.*, 1910, págs. 669 y sigs.; *La realizzazione dell' obbligazione nel fallimento del debitore*, en la *Riv. di Dir. Comm.*, 1910, páginas 855 y sigs.; WACH, *Vortrage*, 2.^a ed., págs. 298 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a edición, § 138 y sigs.; WEISMANN, vol. II, págs. 1 a 56; KLEINFELLER, § 138 y sigs.; KOHLER, *Civilprozessrecht*, § 92; KISCH, *D. Civ. Proz. R.*, III, § 12; POLLAK, §§ 4 y sigs.; HELLVIG, *Klagrecht und Klagemöglichkeit*, páginas 16 y sigs.; BUNSEN, *Die Lehre von den Zwangsvollstreckung*, 1885, págs. 1 a 24; GMELIN, *Die Vollstreckbarkeit*, 1898.

Desde el punto de vista sistemático, las condiciones para la actuación de la ley mediante ejecución (o de la acción ejecutiva) deben estudiarse en la doctrina general de la actuación de la ley: así lo manifiestan también POLLAK y SCHMIDT (en la 1.^a ed.). No faltan, sin embargo, razones prácticas para tratarlas con el *procedimiento* y relaciones de ejecución, y ésto es lo más corriente (con lo cual está conforme SCHMIDT, en la 2.^a ed.).

En un sentido muy amplio, ejecución, aun en el campo del derecho, no es sino la verificación de una voluntad. Bajo este concepto común comprendense:

A) *Ejecución de la ley en general.*—Quien cumple una prestación que le es impuesta por la ley, realiza una voluntad propia determinada por la voluntad de la ley. Por esto se dice que *cumple la ley*. Y esto ocurre lo mismo con los particulares que con los órganos públicos. Es ejecución de la ley todo lo que se hace para que una voluntad de ley tenga su efecto. La sentencia, como sabemos, es ejecución de ley.

B) *Ejecución forzosa de la ley.*—El concepto de ejecución *forzosa* comprende la adopción de *medidas de coacción* tendentes a obrar *en el ánimo del obligado* para inducirlo a cumplir la ley (ejecución *indirecta o psicológica*), o la adopción de *medidas de subrogación*, que son actividades de terceros dirigidas a conseguir el bien que debía ser prestado por el obligado, independientemente de su prestación (ejecución *directa*). Ordinariamente acompañan al mandato de la ley medidas de coacción, como la amenaza de multas o de otras penas, la amenaza de la detención personal (ley 6 Diciembre 1877, Cód. Civ., art. 2.094), el derecho concedido al marido de suspender los alimentos o de pedir el embargo temporal de parte de las rentas parafernales, como medida de constreñir a la mujer, alejada sin justa causa del domicilio conyugal, a retornar a él (Cód. Civ., art. 133). Las medidas de coacción se emplean ordinariamente para las prestaciones no fungibles (1). Según que las medidas de coacción o de subrogación sean aplicadas por órganos procesales, por órganos administrativos o por particulares, se tienen formas diferentes de ejecución forzosa *procesal, administrativa, particular* (2).

(1) La obligación del resarcimiento de daños, consecuencia del incumplimiento de prestaciones no fungibles no es una medida particular de coacción puesto que sustituyendo una prestación por otra de aproximada *equivalencia* económica, la ley o la convención no se proponen asegurar al acreedor el bien que le es debido, sino, en su lugar asegurarle *otro* bien. Conforme ZANZUCCHI M. T, *L'azione in opposizione del terzo*, 1910, página 78, nota 7. En contra, CAMMEO, *L'azione del cittadino*, cit. cap. II, nota 22, y en CROME, pág. 454.

(2) BOLCHINI, *La vendita per autorità del creditore nel diritto commer-*

C) *Ejecución procesal*.—Es característico de la ejecución procesal estar fundada en *una declaración*, es ejecución de ley basada en una declaración y es ordinariamente ejecución *mediata* de la ley, ejecución *inmediata* de la declaración. La ejecución puede ser procesal de dos maneras, porque se trata de verificar una declaración *obtenida en el proceso* o porque una declaración obtenida fuera del proceso está confiada para la ejecución *a órganos procesales*. El concepto generalísimo de ejecución procesal comprende todo lo que se hace para que la declaración tenga su efecto: sin embargo, para tener ejecución de declaración *en sentido propio*, es preciso que, entre el acto ejecutivo y la declaración, exista una relación *directa* o sea que el acto ejecutivo esté previsto implícita o explícitamente en la declaración, pero también se habla de ejecución de sentencias u otros actos de declaración cuando el acto ejecutivo tiene por condición solo la existencia de la sentencia o del acto sin que esté previsto en estas declaraciones, como ocurre con algunas sentencias (v. ad.) y con las declaraciones contractuales (v. ad.), en cuyos casos sólo se tendría *ejecución a base de declaración* pero no también propiamente ejecución de una declaración.

Cuando hablamos en general de ejecución, nuestro pensamiento alude a la forma más común de ejecución procesal: la ejecución forzosa de las sentencias de condena y títulos equiparados a ella (Cód. proc. civ. art. 553 y sigs.). Como ya sabemos, la declaración contenida en la sentencia de condena también tiene por función preparar la ejecución y ésta es en tal caso *la integridad*

ziale italiano en la *Riv. di Dir. Comm.*, 1908, fasc. V, trae a este concepto general de ejecución forzosa los diversos casos de venta por mandato del acreedor, admitidos por nuestra ley (Cód. Com., arts. 458, 471, 68, 363, 413 y 168) y otras instituciones de autotutela del acreedor (la acción subrogatoria, la separación del patrimonio del difunto, la compra por orden del comprador, el derecho de retención, § 1), derivando de ahí la naturaleza pública de estas instituciones con las importantes consecuencias que de ello arrancan para la interpretación de las correspondientes normas. Este breve estudio es una notable contribución a la determinación precisa de la naturaleza de las normas jurídicas y a la liberación de las instituciones de derecho público y procesal de las infiltraciones de conceptos de derecho privado y, lo que es peor, contractual.

complexiva de las actividades dirigidas al fin de que el vencedor mediante los órganos públicos consiga prácticamente el bien que la ley le garantiza, según la declaración contenida en la sentencia (§§ 1 y 6). Pero este concepto común de la ejecución enlázase en la ley procesal o en la práctica con otros significados de esta palabra: algunas normas refiérense a la ejecución en todas sus significaciones, otras en una sola: de aquí la importancia de las siguientes distinciones:

a) *Ejecución procesal forzosa.*—Esta no significa exclusivamente el empleo de *fuerza material*. Hay ejecución forzosa en el proceso siempre que los órganos jurisdiccionales obren contra un particular obligado para proporcionar al vencedor un bien que le es debido según la declaración o para actuar una pena aplicada por consecuencia del incumplimiento. Por ej. la pignoración en terceros de un crédito debido al deudor es una ejecución con efectos meramente *ideales*, no *materiales*, pero es ejecución *forzosa* porque tiende a proporcionar un bien al acreedor *contra el obligado que debería prestarlo* (Cód. proc. civ. art. 611 y sigs.).

La ejecución *procesal forzosa* puede tenerse:

1.º Cuando se verifica una declaración que contiene la aplicación de una medida de coacción como *el arresto personal* en los casos de la ley 6 Dic. 1877, el *embargo* en el caso del art. 133 Código civ. etc. etc. En estos casos el obligado puede impedir la ejecución forzosa cumpliendo la obligación (por la cual fueron aplicadas las medidas de coacción supradichas) si esto es aun posible.

2.º Cuando se realiza basándose en una declaración que contiene la aplicación de un medio de coacción, como la *multa*. El obligado puede evitar siempre la ejecución, *aún sin cumplir la obligación originaria*, pagando la multa, la reparación, etc.

3.º Cuando se realiza basándose en una declaración de prestación debida por un obligado, ya sea de *dar* (pagos, entrega de cosas muebles, dejación de inmuebles), ya de *hacer* (ejecución de una obra, destrucción de obras hechas ilegalmente) ya sea la prestación el contenido de una obligación originaria o de una derivada de la inobservancia de la originaria (resarcimiento de daños). En estos casos tiéndese al bien que debía prestar el obligado, *en lugar* del obligado (subrogación). Este puede siempre evitar la

ejecución prestando espontáneamente lo que debe. Puede tenerse también la ejecución de la declaración de una obligación de *no hacer* (p. ej., prohibición de paso por un fundo), que puede consistir en el uso de la fuerza para oponerse a las tentativas del obligado, de quebrantar dicha obligación.

b) *Ejecución psicológica en el proceso*, tiénese cuando la ejecución de una declaración procesal por parte del particular obligado, se trata de obtener por medios meramente morales. Estos medios pueden ser aplicados por el juez, como cuando le es permitido conminar penas, multas, detención personal, etc., para el caso de inobservancia de la declaración: como sucede con la obligación de expedir copias de un acto (Cód. proc. civ. art. 915); u obran por virtud de ley, como la preclusión del juicio petitorio obra como medio para constreñir al condenado en el juicio posesorio a cumplir la condena (Cód. proc. civ. art. 445). Esto naturalmente varía según las legislaciones positivas, p. ej., para la obligación de rendir cuentas, declarada en una sentencia hay leyes que admiten ciertos medios de coacción; la nuestra (excepto para los contables públicos que son conminados con penas), no admite sino el derecho del actor de proveer a la formación de la cuenta incluso, con juramento (Cód. proc. civ. art. 326).

c) *Ejecución procesal no forzosa*, tiénese más especialmente cuando se cumple también una declaración procesal *en daño del adversario*, pero no por cosa que debería prestarse por éste. Lo cual ocurre en los casos siguientes:

1.º Cuando se *utiliza* la declaración procesal aunque solo sea oponiendo a *base de ella*, la cosa juzgada. Desde este punto de vista dícese que también la sentencia de mera declaración es susceptible de *ejecución* (1). Pero este significado de la palabra *ejecución* no está en la ley aún cuando se encuentra en el uso (2). Cuando, p. ej., la ley regula un *especial* procedimiento para la *ejecución* de los actos de las autoridades extranjeras, (Cód. proce-

(1) CAMMEO, *L'azione del cittadino*, cit., pág. 37 (del extracto) y CROME pág. 454.

(2) Puede parecer una excepción el caso del *laudo* que debe *hacerse ejecutivo* (art. 24) por el prétor, aún para el solo efecto de la cosa juzgada (§ 4). Pero en realidad en este caso no se trata solo de hacer ejecutivo el laudo, sino de conferirle la existencia jurídica como sentencia.

sal civ. art. 559, 941 y sigs. Cód. civ. art. 10 § 2.º disp. prel.) no quiere decir que este procedimiento *especial* deba aplicarse siempre que se trate únicamente de hacer reconocer por el juez la sentencia extranjera (§ 81). Cuando la ley habla de *ejecución* provisional (§§ 8 bis y 9) no se refiere a la sentencia de mera declaración porque la certidumbre jurídica no puede de intento ser provisional.

Cuando se deben tomar determinadas resoluciones que tienen *por condición* la existencia de una declaración judicial, como inscripciones o cancelaciones hipotecarias, transcripciones, trasposos, fundados en una sentencia de verificación de escritura (Código civ. arts. 19, 35, 1989, 2033, ley sobre catastro, tex. ún. 4 Julio 1897 art. 7), aunque aquí se tenga ejecución inmediata de ley, suele hablarse de ejecución de la sentencia, queriendo decir que es necesario el *reconocimiento de la existencia de la sentencia a los efectos de la ejecución de la ley*. De esta ejecución habla la ley algunas veces: la *ejecución* de los actos de las autoridades extranjeras antes mencionada puede comprender también este sentido de *ejecución inmediata de ley teniendo por condición una declaración* (arg. ex art. 944): la *ejecución provisional*, por el contrario, no comprende este sentido de ejecución porque en estos casos es condición de la ejecución una mera declaración la cual no puede ser, como dijimos, provisional.

En otros casos la sentencia, aunque sea de mera declaración *entre las partes* puede ser propiamente *cumplida por terceros*: sucede esto cuando el derecho declarado entre las partes no tiende a la prestación de una parte respecto de la otra, sino que para actuarse requiere la actividad de un tercero: p. ej., el derecho a la *cancelación* de una inscripción cuando la hipoteca no existe o la inscripción es nula (art. 2036 Cód. civ.), el derecho a la *destrucción* de documentos falsos (art. 309 Cód. proc. civ.), de obras imitadas (ley 19 Sept. 1882, art. 36). En estos casos la declaración prevé indirectamente también el acto ejecutivo del tercero. La ejecución de los actos de las autoridades extranjeras también comprende este sentido de ejecución. Y aún podría imaginarse una ejecución provisional de estas sentencias si la ley positiva no la excluyese con normas especiales (art. 2036 Cód. civ. art. 309 Código proc. civ.) y con la norma general por la cual las sentencias que ordenen cosas que hayan de hacerse *por un tercero o a car-*

go de un tercero no pueden ser provisionalmente ejecutivas por parte del tercero o contra él (Cód. proc. civ. art. 561).

2.º Cuando se cumplen sentencias que ordenan medios instructorios, pruebas, etc. Esta no es normalmente ejecución forzosa contra el adversario, aun cuando exista algún caso en que se discute si un medio instructorio puede cumplirse contra él por la fuerza (el caso de pericia médica, p. ej., para establecer la impotencia en los pleitos matrimoniales). Por la fuerza pueden llevarse a juicio los testigos (Cód. proc. civ. art. 239) pero esta no es ejecución frente al adversario. Ahora bien, esta ejecución no forzosa está considerada expresamente como *ejecución por la ley* ya sea a los efectos del juicio de (Cód. proc. civ. art. 945) ya a los efectos de la ejecución provisional (Cód. proc. civ. art. 232).

3.º Finalmente, en las sentencias constitutivas, la producción del cambio jurídico al cual tienden, puede considerarse ejecución *ope legis* de la mismas sentencias. Para una sentencia constitutiva puede concebirse la ejecución provisional, aunque prácticamente pueda tener limitada aplicación (p. ej. en las sentencias de anulación como la sentencia que anula la detención personal, art. 777 Cód., proc., civ.) la ejecución provisional puede producir la *suspensión* de la ejecución del acto impugnado; la sentencia de interdicción produce su efecto desde el día en que se pronuncia (artículo 328 Cód., Civ.) (1); para una sentencia constitutiva, puede concebirse la aplicación en toda, su extensión del art. 941 Código proc. civ. (p. ej. para las sentencias extranjeras de divorcio (2).

II. *Acción ejecutiva y título ejecutivo.—Medios ejecutivos—*Acción ejecutiva es *el poder jurídico de dar vida* (porre in esere) *la condición para la actuación práctica completa de la voluntad de la ley como resulta de una declaración.*

La voluntad de la ley que debe resultar en cada caso de la de-

(1) HELLVIG, *Lehrbuch* I. pág. 55 núm. 66. En el proceso encontramos frecuentemente sentencias que llamaremos de *contraejecución* porque revocan o suspenden la eficacia ejecutiva de sentencias anteriores (Cód. procesar civ., arts. 486, 503, 514, 645, 660, etc.)

(2) § 81. Véase ANZIOTTI *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio* en los *Atti dell'Accademia di Bologna*, 1908, pág. 30 y siguientes 107 y siguientes del extracto.

claración para que se tenga acción ejecutiva, es la voluntad de que se cumpla por el momento una actividad o prestación, sea o no *debida*. En la mayor parte de los casos (sentencia *definitiva de condena*), de la declaración resulta *también* la voluntad de que el deudor preste una determinada utilidad al acreedor, porque le es *debida* y decimos que en estos casos la declaración tiene una doble función (§ 6), pero puede no darse esta coincidencia, la acción ejecutiva puede corresponder independientemente de la declaración del derecho a la prestación (§ 8 bis).

De la voluntad de la ley de que se cumpla la ejecución deriva-se al mismo tiempo el derecho *del Estado* de actuarla, o sea de cumplir los actos ejecutivos, y el poder del acreedor de provocar el ejercicio de éste derecho, poder que es *la acción ejecutiva*: por esto la declaración de la cual resulta aquella voluntad es al mismo tiempo el fundamento jurídico, o sea «*el título*» del derecho de ejecutar y de la acción ejecutiva, por esto se llama TÍTULO EJECUTIVO.

El título ejecutivo es el presupuesto o condición general de cualquiera ejecución y por lo mismo de la ejecución forzosa: *nulla executio sine titulo* (Cód. proc. civ. art. 553). Título ejecutivo es siempre una declaración, pero debiendo constar siempre esta declaración (*ad solemnitatem*) por *escrito*, de ahí deriva la frecuente confusión de título ejecutivo y documento. Precísase distinguir el significado *sustancial* del *formal*, de título ejecutivo:

1.º En el primer significado el título ejecutivo es la *declaración* a base de la cual debe tener lugar la ejecución.

2.º En el segundo es el *documento* en el cual se consagra la declaración.

La acción ejecutiva está íntimamente ligada al título ejecutivo y al documento que lo consagra: la *posesión* del documento es condición indispensable para pedir actos ejecutivos, como para cumplirlos; y por otra parte la *posesión* del título ejecutivo es condición bastante para que el acreedor obtenga el acto ejecutivo sin que deba probar también el derecho a la prestación. Perdido o destruído el título no basta probar que este existe para poder ejercitar la acción ejecutiva: es preciso presentar un nuevo documento equivalente al primero; por ejemplo, se deberá obtener una nueva copia en forma ejecutiva del acto judicial o contractual (Cód. proc. civ., artículo 557), deberá obtenerse para las letras de cambio una sentencia de ineficacia (Cód. Com. art. 329 y siguientes). Quien paga a

un acreedor provisto de título ejecutivo, tiene derecho a la entrega del título (Cód. Com. art. 295).

Por otra parte esta forma particular y solemne del título ejecutivo, hace que la acción ejecutiva incorporada a él (a diferencia de todas las demás acciones) aspire directamente a su finalidad, o sea al acto ejecutivo sin necesidad de otra declaración. No es que falte totalmente el conocimiento: cuando se dirige a un órgano ejecutivo una demanda de ejecución, el órgano ejecutivo debe examinar de oficio *si existe* un título ejecutivo. Un cierto grado de conocimiento se atribuye también al más modesto órgano ejecutivo (al oficial judicial), y si un título ejecutivo no aparece existente, el acto ejecutivo debe ser rechazado como rechazada es a sentencia favorable si falta la acción. Pero es un conocimiento superficial que se realiza *in oida la parte*; el acto ejecutivo concédese sin necesidad de que el deudor sea citado para declarar la actual existencia de la acción ejecutiva; déjase al deudor provocar la declaración sobre este punto mediante la *opsición*. Aun en los casos en que antes de conceder el acto ejecutivo procede la citación del deudor, como en la expropiación de inmuebles, el objeto inmediato del juicio no es la acción ejecutiva sino la admisibilidad del acto ejecutivo *en la hipótesis* de que la acción ejecutiva exista; por eso la sentencia que autoriza la venta, no produce cosa juzgada acerca de la existencia actual de la acción ejecutiva, a menos que el demandado haya provocado una declaración incidental a este respecto (1) § 93.

Otra característica de la acción ejecutiva es la de que, mientras todas las demás acciones son satisfechas con la emanación de la resolución a que tienden, esta no es satisfecha con el acto ejecutivo sino en cuanto este haya proporcionado al acreedor el bien de la vida deseado; si el acto ejecutivo ha resultado en todo o en parte infructuoso, sobrevive la acción ejecutiva y tiende a nuevos actos ejecutivos.

La acción ejecutiva *normal u ordinaria* es aquella a la cual corresponde también la declaración definitiva del derecho a la prestación (que nace de una sentencia o de títulos equiparados a la sen-

(1) Véase CALDA. *L'impugnativa del crédito nell'esecuzione forzata della sentenza*, pág. 223 y sigs.

tencia). Y la relación entre la acción ejecutiva y el derecho a la prestación, como ya hemos dicho en general de la acción y de la obligación, puede considerarse como un caso de concurso de derechos (§§ 1 y 12): son dos derechos que tienen *causas diversas* (en uno el hecho constitutivo del derecho, en otro la declaración o título ejecutivo) con *contenido diferente* (uno tiende a la prestación del obligado, otro a producir un efecto jurídico, o sea el acto ejecutivo) pero dirigidos a una común voluntad de ley, la de que alguien consiga un cierto bien. De donde resulta que con la extinción del derecho a la prestación, extinguese la acción ejecutiva, y el acto ejecutivo totalmente útil extingue el derecho a la prestación.

Acción ejecutiva *anormal o especial* es la que la ley concede independientemente de la declaración definitiva del derecho a la prestación (§§ 1 y 2); tal es la que nace de las declaraciones provisionales antes examinadas (§ 8 bis), o de los actos administrativos o contratos (de los que trataremos en breve); esta acción puede desaparecer, porque la declaración provisional en la prosecución del proceso sea anulada, por haber sido impugnado o anulado el contrato o el acto administrativo o porque el *exequendus* para evitar la ejecución cumple la prestación, aunque no conste que sea debida; puede también transformarse en acción ejecutiva ordinaria cuando sobrevenga una declaración definitiva del derecho a la prestación.

Y aún puede tenerse una acción ejecutiva *aparente*. Explícase esta particularísima figura por el hecho ya expuesto de que la acción ejecutiva se incorpora al título y a su documento, y de que en el interés general de la rapidez de las ejecuciones no hay *necesidad* de conocimiento acerca de la existencia *actual* de la acción ejecutiva. Si, pues, el deudor pagando deja el título ejecutivo en las manos del acreedor o también el acreedor, ya pagado, obtiene la expedición ejecutiva del título; si el contrato ejecutivo es simulado o falso, etc., etc., existe la posibilidad de pedir la ejecución y el Estado, ante este título y esta acción aparente (y en cuanto el vicio no sea notorio al órgano ejecutivo) tendría también el *derecho actual* de ejecutar (entiéndese, salvo la responsabilidad del solicitante). Por esto se comprende la importancia de la nueva entrega de la copia ejecutiva del título y de las formalidades de que rodea la ley la expedición de una *segunda* copia (art. 557), además de las

graves sanciones contra la falsedad (Cód. pen. art. 275 y siguiente 284).

En cuanto a la prescripción de la acción ejecutiva es menester distinguir entre la que nace de la sentencia y la que nace de otros títulos. La acción ejecutiva que nace de la sentencia o de declaraciones, a ella equiparadas solo prescribe a los treinta años (§ 5); la que nace directamente de otra declaración autoritaria o de un contrato, está sujeta a la prescripción propia de las acciones nacidas de la particular relación jurídica. Habiendo caducado el *precepto*, interrumpe la prescripción de la acción ejecutiva (Código Civ., arts. 2125 y 2128, pág. 140).

Cuando la ley concede acción ejecutiva inmediatamente (basándose por ejemplo en contrato público o letra de cambio), no debe creerse que niegue la acción ordinaria tendente a la sentencia: el acreedor tiene siempre interés en pedir la sentencia (para conseguir la cosa juzgada, una hipoteca judicial, el beneficio de la prescripción de treinta años). Las dos acciones corresponden paralelamente y pueden ejercitarse al mismo tiempo, los actos que mantienen una, aseguran también la otra.

La acción ejecutiva se ejercita como las demás acciones o sea con la declaración de voluntad de que la declaración sea cumplida (demanda de ejecución). La ejecución tiene lugar con medidas ejecutivas que se llaman *medios ejecutivos* y que varían según que el bien garantizado por la ley a cumplir consista en la expectación de una cosa determinada, o de un pago en dinero, o de una prestación de hacer o no hacer. La demanda de ejecución coincide precisamente con la demanda de una determinada *medida ejecutiva*, o de un acto *preparatorio de ella*.

Cuando se tiene derecho a un pago de dinero, la ejecución forzosa consiste en la aprehensión de bienes, muebles o inmuebles del deudor y en su venta, cuyo importe líquido se destina a la satisfacción del acreedor. Este especial medio ejecutivo llámase *expropiación forzosa* (mueble o inmueble).

La exposición científica de la ejecución, hácese más difícil en nuestra ley como en la francesa, por el hecho de que estas leyes solamente consideran como ejecución forzosa (Cód., proc., civil, art. 553 y sigs.) la ejecución de las sentencias o títulos que declaran una obligación de *dar* (pago de cantidades, entrega de cosas) u ordenan la detención personal. Las leyes alemana y austriaca,

partiendo de un concepto más amplio de la ejecución señalan normas comunes a todas las ejecuciones, incluso a las relativas a las obligaciones de *hacer o no hacer*. No cabe duda que la ejecución relativa a las obligaciones de *dar* es la más importante prácticamente, como que comprende las expropiaciones de bienes muebles e inmuebles y, por lo tanto, es la más frecuente y la más grave puesto que toca al interés no de un solo acreedor sino de *todos* los acreedores. En efecto sobre el patrimonio del deudor, todos los acreedores tienen derecho de satisfacer sus créditos (Cód. Civil, art. 1949). Este interés general de los acreedores puede manifestarse en dos formas de ejecución (y mejor diríamos de *expropiación*).

a) *Ejecución colectiva o concurso*, que nosotros admitimos únicamente para los comerciantes (*quiebra*) y otras leyes como la alemana, la austriaca, la inglesa, etc., admiten para cualquier deudor, y es una especie de *ejecución* general en el patrimonio del deudor con *declaración* simultánea de los créditos: con la apertura del concurso (que se hace a instancia del deudor o de uno o más acreedores aun sin título ejecutivo, o de oficio) el patrimonio del deudor queda inmovilizado, sustraído a su disponibilidad, liquidado y distribuído entre todos los acreedores que participan en el concurso por sus créditos y salvo los derechos de prioridad.

b) *Ejecución individual* introducida por uno o más acreedores con título ejecutivo en *determinados* bienes del deudor: sobre el precio obtenido de estos particulares bienes, se abren *concursos parciales* en los cuales pueden intervenir todos los acreedores, salvados siempre sus motivos de prioridad (*distribución* del precio en la expropiación mueble; *graduación* en la inmueble).

Pero también la ejecución relativa a las obligaciones de *hacer y no hacer* tiene muchos principios, condiciones y reglas comunes a la relativa a las obligaciones de *dar* y no se puede omitir la consideración en términos generales de esta base común a todas las ejecuciones, antes de llegar a las especiales (1).

La dificultad hállase agravada por el hecho de que nuestra ley para las ejecuciones que considera como forzosas exige una especial *forma ejecutiva*. Pero también exige esta forma en casos en

(1) Véase PASCUCCI. *L'esecuzione forzata nelle obbligazioni di fare e non fare*, en la *Legge*, 1909, pág. 391.

que no se trata de ejecuciones forzosas (p. ej. la orden de cancelar las hipotecas, dirigida al conservador (Cód. proc. civ., art. 722).

Las medidas ejecutivas y particularmente la expropiación forzosa se nos presentan como actuaciones de voluntades autónomas de la ley dirigidas a la actuación de la voluntad resultante de la declaración. Toda medida ejecutiva tiene sus condiciones especiales pero aquí solo hablamos de la *condición general* de la acción ejecutiva. Lo demás pertenece a la teoría de los medios ejecutivos (parte V).

III. *De los diversos títulos ejecutivos.*— Conforme al artículo 554, Cód. proc. civ. son títulos ejecutivos:

1.º Las sentencias.

2.º Las *ordenanzas* y los actos a que la ley atribuye carácter ejecutivo.

3.º Los actos contractuales autorizados por notario o por otro funcionario público destinado a autorizarlos.

Una clasificación sistemática de los títulos ejecutivos puede basarse en la naturaleza de la declaración: puede ser esta *autoritaria* o *contractual*; y la declaración autoritaria puede ser *jurisdiccional* o *administrativa*.

A) *Declaraciones procedentes de autoridades jurisdiccionales.*— Teniendo presente cuanto hemos expuesto ya acerca de las resoluciones del juez y considerando aquí solamente la ejecución forzosa, podemos enumerar los siguientes títulos ejecutivos:

1.º Las *sentencias de condena.*— Ya emanen de jueces ordinarios ya de jueces especiales; del juez civil, o del penal, o del administrativo (1). Ya condenen a dar ya a *hacer* o a *no hacer* (salvo en cuanto a estas, los límites de exigibilidad inherentes a la naturaleza de la prestación). Ya sean definitivas o sentencias *provisionalmente* ejecutivas o sentencias *con reserva*.

2.º Las *órdenes de prestación* diferentes de las sentencias y

(1) En cuanto la decisión del juez administrativo esté confiada a órganos procesales para su ejecución. Tal ocurre con las decisiones del Tribunal de Cuentas (Ley 14 Ag. 1862, arts. 40 y 48), de los Consejos de Prefectura (Reg. 12 Feb. 1911, art. 228) de la IV y V sección del Consejo de Estado (Reg. 18. Ag. 1907, art. 88), de la Junta provincial administrativa (Reg. 17. Ag. 1907, art. 63).

antes examinadas (§ 8 bis). Ya sean producidas en el procedimiento monitorio o en el curso de un procedimiento ordinario, o para conferir ejecutoriedad a actos administrativos. Ya sean definitivas o provisionalmente ejecutivas. Ya sean ordenanzas o decretos (1).

3.º Las *resoluciones de cautela provisional* antes examinadas (§ 9). Ya sean sentencias, ordenanzas o decretos.

4.º Las *sentencias arbitrales (laudos)* hechas ejecutivas por decreto del pretor (§ IV) o en otras formas establecidas por leyes especiales. Cuando el Cónsul juzga como árbitro las diferencias entre nacionales, expide él mismo copia *ejecutoria* de la sentencia (Ley consular 28 En. 1866, art. 59).

5.º Las sentencias y otras resoluciones definitivas o de cautela de las *autoridades extranjeras* hechas ejecutivas conforme a las normas de los art. 941 y sigs., Cód. proc. civ. (§ § 13 y 81).

A los efectos de la ejecución importa poco que la prestación debida por el deudor lo sea en virtud de la relación jurídica que fué objeto de la sentencia o de otra resolución, o en virtud de la sentencia y de la resolución misma, como sucede con las *costas del pleito* (Cód. proc. civ., arts. 370, 295, 506, 516, 541, etc.). En cuanto a las *costas* del pleito son títulos ejecutivos también las sentencias de mera declaración, las sentencias desestimatorias, las de casación (art. 554, núm. 1). Lo mismo debe decirse de las condenas a los *daños* en dependencia del proceso (arts. 34, 59, 60, 61, 114, 258, 268, 287, 295, 313, 370, 571, 683, 731, etc.), y de las condenas a multas (arts. 59, 60, 61, 66, 170, 176, 177, 239, 243, 287, 436, 786, 807. Cód. proc. civ. Reg. gral. judicial artículo 283, etcétera).

B) *Declaraciones procedentes de autoridades administrativas*.—Actos administrativos ejecutivos por sí mismos confiáanse para su ejecución a órganos procesales en cuanto se exijan de los particulares prestaciones de dar (pago de cantidades). Aquí existe una declaración autoritaria pero no jurisdiccional. Tales son:

1.º Las *matrículas (ruoli)* de las contribuciones directas o indirectas y prestaciones equiparadas a impuestos. Las matrículas reciben la fuerza ejecutiva por un decreto del gobernador, pero cúmplense en parte, por un órgano especial (exactor) en parte

(1) Acerca de la diferencia entre sentencias, ordenanzas y decreto véase § 58.

por los órganos ejecutivos ordinarios (ley sobre cobro de impuestos 29 Jun. 1902).

2.º Las *notas de gastos* de resoluciones administrativas realizadas a cargo del particular. Hácense ejecutorias por el gobernador, oído el interesado y la ejecución procede como en los impuestos (ley municipal y provincial art. 151, ley sobre obras públicas, arts. 124 y 378) (1).

C) *Declaraciones contractuales*.—La ley admite la acción ejecutiva aún teniendo por base ciertas declaraciones contractuales. Es objeto de la declaración en estos casos no la acción ejecutiva porque estas declaraciones no autoritarias no pueden dirigirse a la actividad de órganos públicos; las partes sólo afirman sus declaraciones de voluntad. Pero por consideración a la naturaleza de la declaración o de la relación declarada la ley admite que los órganos ejecutivos mediante presentación de tales declaraciones procedan directamente a actos de ejecución para proporcionar al requirente un bien que corresponda al que le aparece debido a tenor del contrato. También aquí como ya hemos dicho, tiénese más bien ejecución basada en declaración que ejecución de la declaración:

1.º *Actos contractuales autorizados por notario o por otro funcionario público destinado a autorizarlos*.—Nuestra ley, que no admite como instituciones generales ni el proceso documental, ni el monitorio, admite por el contrario la *fuerza ejecutiva inmediata* de estos actos. Esta institución que llega a nosotros a través del Cód. sardo, desde el Cód. francés, no es más que una lejana derivación del proceso ejecutivo italiano medioeval: y ha pasado a otras muchas leyes modernas (2). El fundamento de esta institución no está en la cualidad de funcionario público del autorizante, el cual como el notario, puede no ser una *autoridad*. Ni siquiera en la *voluntaria sumisión* del deudor a la ejecución inmediata

(1) CAMMEO, *Comment. alle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, página 693 nota; BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, pág. 117 y sigs.; ORTOLANI, en la *Riv. di dir. pubb.*, 1911, parte 2.ª pág. 39 y sigs.

(2) KOHLER, *Ueber executorische Urkunden*, en los *Beiträge*, página 459; *Zur Geschichte der executorischen Urkunde in Frankreich*, allí, página 496; *Motivi*, del Regl. germ. (ed. HAHN) págs. 421, 446. Véanse también los citados en la pág. 156, nota.

puesto que, en primer lugar, nuestra ley y la francesa, a diferencia de la alemana, no exigen que el deudor en el contrato se *somete expresamente* a la ejecución; en segundo lugar la voluntad, el acto dispositivo del deudor en cuanto a la ejecución inmediata no se ha tenido presente por nuestra ley, tanto es así que admite la ejecución inmediata aún basándose en actos auténticos autorizados *en épocas* en que la ejecución inmediata no estaba admitida, con la única garantía de que también la *primera* copia ejecutiva sea expedida por consecuencia de la autorización especial prescrita para las copias posteriores, por el art. 557 (disposiciones transitorias, R. D. 30 Nov. 1865, art. 13 y R. D. 25 Jun. 1871, art. 69), o autorizados en *lugares* que aún hoy pueden no admitirla (Código procesal civ. art. 944). La razón está más bien en la *particular certeza* que en estos casos presenta el crédito; por eso hay fundamento para estimar que la sentencia correspondería al contenido del acto público, que si bien esto no ocurre a veces, el derecho, de ordinario, en el interés general (1) prescinde de la posibilidad de estas anomalías.

Las condiciones especiales para que de estas declaraciones nazca una acción ejecutiva, tal cual resultan del mismo art. 554, núm. 3, son: que se trate de *actos contractuales* (excluido por tanto, p. ej., el testamento), que se trate de actos *autorizados* por el funcionario público (excluida por lo tanto la simple escritura privada autenticada) (2). Que se trate de funcionario público *habilitado* para autorizarlo en el lugar donde el acto se ha realizado (Cód. civ. art. 1315): principalmente los notarios, el cónsul en funciones de notario, los funcionarios de las administraciones públicas autorizados para obrar como notarios, el canciller cuando autoriza actos de sumisión de fidejutores (Cód. proc. civ. arts. 329 y 463). Puede añadirse que la declaración contractual es ejecutiva solo cuando se trata de deudas de *dinero* o *cosas fungibles* que den lugar a expropiación. La limitación se ha inspirado en la his-

(1) Consúltese para la misma Alemania KOHLER, *Beiträge*, cit. página 462; *Prozess als Rechtsverhältniss*, pág. 112; *Motivi*, cit. pág. 446. En contra DE PALO, *Titulo ejecutivo*, pág. 8.

(2) Son excepción en Toscana las escrituras privadas reconocidas notarialmente antes del 1.º Enero 1865 con tal de que sea expedida copia ejecutiva de ellas (disposiciones transitorias 30 Nov. 1865, art. 24).

toria más próxima a nosotros del proceso ejecutivo y de los documentos ejecutivos y en la misma ley, que para las ejecuciones que tienen por objeto la *entrega* de cosas o la *dejación* de inmuebles no presupone otro título ejecutivo que la sentencia o una *orden* de prestación (Cód. proc. civ. arts. 741, 742, 744, 747 y 748, ley 24 Dic. 1896) y tanto más para las prestaciones de hacer o no hacer, respecto de las cuales el art. 554, núm. 3 no es aplicable (1).

2.º *Actos auténticos autorizados en país extranjero* y por funcionarios públicos extranjeros, hechos ejecutivos por el tribunal civil del lugar donde el acto debe cumplirse (arts. 559 y 944. Código proc. civ). Poco importa que los actos mismos tengan la inmediata eficacia ejecutiva en el Estado de donde provienen, puesto que la cuestión de si un acto tiene o no fuerza ejecutiva regula la *lex fori* (§ 4). La misión del tribunal consiste *sustancialmente* en reconocer la existencia de un acto que valga en el país de donde procede como acto auténtico (o público), y no se oponga al orden público o al derecho público interior: *formalmente* en la *nacionalización* de este acto confiriéndole el efecto (ejecutoriedad basada en la fe pública) que tendría si procediese de un funcionario público nacional.

3.º *Letras de cambio*.—Para el *ejercicio de la acción cambiaria* la letra de cambio tiene los efectos de título ejecutivo según las disposiciones del art. 554 del Cód. de proc. civ., para el capital y para los accesorios (Cód. Com., art. 323). Esta es una innovación del Cód. Com. de 1882: el Cód. de 1865, sólo conocía (art. 284) el *proceso cambiario* conservado también por el nuevo código en el art. 224, § 8 bis. El fin de la ley es favorecer lo más posible, con esta institución la circulación y el pronto cobro de las letras de cambio, fijándose en la *normal* sinceridad de los efectos cambiarios garantizada por graves sanciones penales (Cód. pen., artículo 284). Lo mismo que el proceso cambiario la eficacia ejecutiva de la letra de cambio está limitada al caso de que se ejercite la *acción cambiaria* tendente al pago. Igual que la condena en el proceso cambiario, la ejecución *ex art* 323 no puede retardarse con

(1) Véase DE PALO, *Titulo ejecutivo*, pág. 76 y sigs; En contra CESAREO CONSOLO, *Trattato dell'espropriazione*, I, pág. 43. La limitación es expresa en Alemania (Reg. proc. § 794) y en Austria (Reg. ejec., § 1, número 17; ley notarial, 25 Jul. 1871, § 3).

excepciones personales que no estén fundadas en prueba escrita, y de pronta solución.

El artículo 323 no habla expresamente de las letras de cambio extranjeras, pero tratándose de un acto puramente privado, no hacía falta norma alguna especial: la letra de cambio tiene en Italia eficacia ejecutiva inmediata, cualquiera que sea la ley que la rige como obligación (1). No se llega a este resultado argumentando con las palabras inciertas del art. 58, Cód. Com. (que se refiere entre otras cosas a la *forma de los actos que hayan de realizarse para el ejercicio y la conservación de los derechos... o para su ejecución*, ni con el principio general de que los modos de actuación de la ley, y por lo mismo las condiciones de la acción ejecutiva, están regulados por la *lex fori* (§ 4) (2). Este principio deriva-se del art. 10, disp., prel., Cód. Civ. y son aplicación del mismo las normas antes mencionadas (§ 10) que admiten la ejecutoriedad de actos públicos regidos por leyes anteriores o extranjeras, normas que excluyen perentoriamente que la ejecutoriedad sea un *efecto* de la obligación, esto es una consecuencia de la voluntad dispositiva de las partes, como entienden los que quieren aplicar el art. 9.º disp. prel. Cód. Civ., a la presente cuestión (3).

(1) Véase para conocer el estado de la cuestión CUZZERI, *Sull' articolo 559: DE PALO. Titolo esecutivo*, pág. 289 y sigs.; MATTIROLO, *Trattato*, V, núm. 325 y sigs.; BOLAFFIO, *Temì veneta*, 1886, p. 61; en general además, nuestros mercantilistas e internacionalistas: DIENA, *Diritto commerciale internazionale*, vol. III; *Principii di diritto internazionale*, II, 1910-p. 318; el cual admite la aplicación de la *lex fori* pero se contradice en la pág. 420 afirmando que el acto auténtico no puede recibir fuerza ejecutiva en Italia, si no la tiene en el país donde fué creado. Para la aplicación de la *lex fori*, Corte ap. Venecia, 21. Julio 1911 (*Foro ital.* 1411, página 1541) Para la aplicación de la regla *locus regit actum*: Corte apelación Trani, 26 mayo 1907 (en la *Legge* 1908, pág. 34, con nota favorable de ESPERSON). Véase también ANZILOTTI en la *Riv. di dir. Intern.* 1907, página 525.

(2) WACH, *Handbuch*, I, pág. 123; *Feststellungsanspruch*, p. 17; DE ROSSI en el *Anuario della Procedura civile*, IV, pág. 261.

(3) Este concepto, aunque se abre camino cada vez más también entre nosotros, encuentra notables oposiciones que se derivan de la poca precisión de las ideas acerca de la *autonomía de la acción*. También es intuitivo

La cuestión es idéntica tanto frente al art. 323 como frente al 324 (primer párrafo). El que obra en virtud de una obligación cambiaria regida por una ley extranjera, puede pedir en Italia una condena *con reserva* conforme al art. 324 o la ejecución en virtud del 322. Y ya se entiende que la letra de cambio extranjera debe tener también no ? los efectos de la obligación, si no de la ejecutoriedad en Italia, todos los requisitos que, *según la ley italiana*, son esenciales (1) porque solo así concede acción ejecutiva el art. 323, y acción sumaria el 324; y nada tiene de extraño que de estos requisitos juzgue en el primer caso sumariamente el funcionario judicial, antes de determinarse a obrar, como debe juzgar siempre si existe o no una sentencia y otras circunstancias análogas.

La ley no ha exigido en este caso un especial juicio de reconocimiento (*delibazione*) (2). Desde el punto de vista *sustancial*, le ha parecido inútil este juicio porque incluso un ujier puede conocer de la existencia de una letra de cambio, tal vez más fácilmente que de la existencia o validez de una sentencia o de un acto auténtico y de todas suertes, los posibles inconvenientes derivados del error del ujier, además de ser reparables por la oposición le parecen compensados por el provecho de la institución cambiaria; desde el punto de vista *formal*, es inútil este juicio porque en la letra de cambio como acto producido por particulares nada hay que *nacionalizar*. A diferencia de la sentencia y del acto del funcionario público, en los cuales hay que *nacionalizar* el elemento autoritario de donde procede la afirmación del derecho o la función de certificación y documentación, en la letra de cambio extranjera no hay otro elemento extranjero, a los efectos jurídicos, que la ley que la rige. Y ciertamente la voluntad concreta de ley

que si un día una ley italiana dispone que todas las pretensiones en Italia se hagan valer en vía ejecutiva (salvo el juicio sobre las oposiciones), las *acciones* derivadas de obligaciones nacidas en el extranjero o reguladas por leyes extranjeras deberán seguir esta forma de tutela jurídica sin que por esto la aplicación del art. 9 sufría merma, refiriéndose este al juicio *sobre el derecho a la prestación*.

(1) En cuanto al timbre italiano, la letra de cambio procedente del extranjero está sujeta a él, no originariamente sino *antes de hacer uso de ella*: Ley 4 Jul. 1897, art. 24 § 1:

(2) MORTARA, *Manuale*, II (5.^a ed.) núm. 790.

extranjera que se manifiesta en toda letra de cambio, ha de ser nacionalizada en Italia para ser actuada en Italia, pero esta nacionalización de ley tiene lugar *ope legis*, cuando concurren las circunstancias de los art. 9, disp. prel., Cód. Civ., art. 58. Cód. Comercial, arts. 105 y 106, Cód. proc. civ. (§§ 3 y 13); el juez declarará *el derecho a las prestaciones cambiarias* según la ley que rige, pero la acción ejecutiva *nace directamente de la ley italiana a base del hecho de la existencia de la letra de cambio extranjera* (1).

4.º *El cheque bancario*, en cuanto la acción se dirige contra el librador y los girantes (Cód. Com., art. 341).

5.º *Declaraciones contractuales con intervención del magistrado*. A veces el acuerdo de las partes está *procurado* por el magistrado, y el acto correspondiente, redactado con su intervención. Otras, el acuerdo de las partes no tiene valor si no está *contrastado (legalizado)* por el magistrado. La intervención del magistrado confiere en estos casos eficacia ejecutiva a la declaración, conforme al art. 554, núm. 3. Tales son:

a) *La conciliación extraprocesal* ante el conciliador y ante los *proviviri* (Cód. Proc. Civ., art. 7.º, y ley 15 Jun. 1893, art. 41), siempre dentro de los límites de competencia de estos jueces en sede contenciosa (§ 14).

b) *Amigables componendas en el proceso*, cuando estén admitidas como actos procesales (Cód. Proc. Civ., arts. 417 y 464, ley Consular, art. 110), § 73.

c) *Acuerdos contrastados (legalizados)* (Cód. Proc. Civ., artículos 316 y 811, Código Com., art. 836, ley 31 En. 1904 sobre accidentes del trabajo, art. 14 (2)).

IV. *Requisitos del título ejecutivo*.—El título ejecutivo debe tener ciertos requisitos: algunos *sustanciales* (referentes al título

(1) Se ha demostrado antes (§ 4) que no puede argumentarse en contrario con el art. 9 de las disposiciones transitorias Cód. Com., que niegan eficacia ejecutiva inmediata a las letras de cambio emitidas anteriormente.

(2) DE PALO, *Título ejecutivo*, págs. 210 y sigs. A la sentencia de *contrastación*, precisamente porque lo es, fáltale; en cambio, la cosa juzgada y la hipoteca judicial (véase Cas. Roma, Sec. Un. 26 Jun. 1909, en el *Foro ital.* 1909, pág. 1.125).

como *declaración*), otros *formales* (referentes al título como *documento*) (1).

A) *Requisitos sustanciales:*

La declaración, regularmente, debe ser *definitiva, completa, incondicionada*.

a) *Definitiva.* — La declaración es definitiva, como hemos visto, *en el más amplio sentido de la palabra*, cuando no está sujeta a impugnaciones, ni a un estadio de conocimiento posterior. Pero a los efectos de la ejecución, llámase definitiva la declaración no sujeta a impugnaciones que tienen eficacia de suspender la ejecución. Son, pues, definitivas, también las resoluciones que tienden a la ejecución, aunque a base de conocimiento parcial o no definitivo, de que hemos hablado antes (§ 8 bis), y las resoluciones que tienden a una medida de cautela, revocable, por tanto, en el caso de que no exista el derecho (§ 9).

En cuanto a las impugnaciones, hay declaraciones definitivas para la ejecución, porque se producen como juicios únicos, no sujetos a gravámenes (sentencias inapelables, Cód. Proc. Civ., artículos 171, 257, 615, 702 y 738, ley 16 Junio 1892, art. 17), porque están sometidos a gravámenes que no tienen eficacia suspensiva de la ejecución (medios de impugnación extraordinarios, § 82), porque están sometidos a gravámenes que tienen eficacia suspensiva, pero declarados provisionalmente ejecutivos (§§ 8 bis y 9), o en fin, porque, no están sujetos a gravámenes por el transcurso de los términos o por aquiescencia (§§ 82 y sigs.).

Este requisito de la definitividad se exige para cualquier clase de ejecución (p. ej.: para las sentencias que admiten pruebas. Véase art. 232 (2)).

(1) Algunos son comunes *a todos los títulos*; otros únicamente a los títulos *de ciertas* ejecuciones. Ocupándonos aquí de la ejecución forzosa, observaremos de paso los elementos comunes a otras ejecuciones.

(2) Es preciso saber distinguir la resolución definitiva de la no definitiva; p. ej.: cuando una sentencia condena en los gastos y delega la tasación de éstos en un juez (Cód. Proc. Civ., art. 375), la tasación puede pedirse *aún durante el término para apelar*, porque la resolución de legatoria es una resolución autónoma (*a se*) por su naturaleza definitiva que nada tiene que ver con el resto de la sentencia, pero esta destinada a completarla (como también la resolución de nombramiento de un ujier para la notificación a un rebelde (Cód. Proc. Civ., art. 385)).

En cuanto a las impugnaciones que suspenden la ejecución, ya hemos observado que el efecto suspensivo es propio *del término mismo*, y, por lo tanto, no es necesario que para suspender la ejecución durante el término, sea efectivamente propuesto el gravamen (distinto es el principio del Cód. francés, § 82).

b) *Completa* (1).— La declaración es completa cuando es *liquida* (Cód. Proc. Civ., art. 568, y Cód. Civ., art. 2.081). La declaración debe caer sobre la prestación y sobre su *entidad*. Una condena a los daños, a la restitución de los frutos, a la rendición de cuentas, etc., no puede dar lugar a ejecución antes de la liquidación y del juicio de rendición de cuentas (Cód. Proc. Civil, art. 328). La liquidación de los intereses ordinariamente sólo precisa una operación aritmética y no un juicio especial. Si la prestación debida consiste en cosas diferentes de una cantidad de dinero, la liquidación consiste en la precisa *determinación*, si se trata de prestaciones de hacer o de no hacer, o de cosas no fungibles; en la designación por número, calidad, peso o medida, si se trata de cosas fungibles. La ejecución, mediante expropiación de muebles o inmuebles supone una cantidad de dinero liquidada: la deuda de cosas fungibles diferentes del dinero (mercancías, géneros comerciales, efectos) puede dar lugar a ejecución mediante expropiación, aun antes de ser liquidado en dinero pero sólo se tiene acción para *promover* la medida ejecutiva de la expropiación mueble o inmueble, pero no para obtener la venta si antes la deuda no fué *determinada en dinero* (Código Proc. Civ., arts. 558, y Cód. Civ., art. 2.081 (2)).

c) *Incondicionada* (3).—Al hablar de este requisito genérico, entendemos que la declaración no esté sometida a condiciones ni a términos, ni a limitaciones de ninguna clase, y que no puede dar lugar a ejecución, sino cuando las limitaciones desaparecen (el Cód.

(1) MATTIROLO, *Trattato*, V, núms. 125 y sigs. Comentaristas del artículo 568.

(2) La norma se deriva de la ordenanza del 1.667, tít. XXXIII, art. II, (véase JOUSSE) acerca de este artículo y de la *Coutume* de París, art. 166 (véase KOHLER, *Beiträge*, páginas 466, 515, POTHIER, *Proc. civ.*, IV, II, sección 2.^a, art. 1.^o, § 6.

(3) DE PALO, *Título ejecutivo*, págs. 90 y sigs.

go Proc. Civ., art. 568, y el Cód. Civ., art. 2.081, dicen: *deuda cierta*). Así, si la sentencia condena a una prestación a elección del deudor, éste, antes de ser perseguido por la ejecución, debe *poder hacer* la elección; si el deudor no elige, puede procederse a la ejecución por cualquiera de las cosas comprendidas en la obligación; pero mientras que la ejecución esté terminada con resultados total o parcialmente útiles, el deudor conserva el derecho de extinguir la acción ejecutiva, prestando otra cosa entre las comprendidas en la obligación. Si la preservación de la acción ejecutiva requiere un cierto acto como el protesto, éste debe ser realizado. Si hay obligación de prestar *caución*, debe prestarse antes de pedir la ejecución (Cód. Proc. Civ., arts. 102, 329, 330, 363, 463, 750, 928, 929, 940, etc.; Cód. Com., arts. 323 y 324, y Código Civil, arts. 698 y 699). Si la condena está subordinada a la prestación de un juramento (como, a veces, ocurre en la práctica), éste debe haberse prestado; si hay *contraprestaciones* de hacer, precisase hacerlas u ofrecerlas en el acto de la ejecución (p. ej.: artículo 709, Cód. Civ.); si hay *términos*, deben haber vencido, ya sea que de la sentencia misma resulte que la acción ejecutiva está sujeta a ellos, como ocurre con la sentencia de condena en futuro, que haya condenado a prestación no vencida aún o dado un término para la prestación al deudor, sea que la ley establezca un término dilatorio para la ejecución: *tempus judicati* (Cód. Procesal Civil, artículo 462). En cuanto a las condiciones propias y verdaderas, no es fácil que una condena esté sujeta a ellas, pero sí una declaración consensual; en todo caso, al verificarse la condición *suspensiva*, la acción ejecutiva existe o deviene pura; ni para esto se exige una declaración solemne de su verificación, ni sentencia, ni acto público; en cambio, al verificarse la condición *resolutiva*, no existe acción *ejecutiva* para las restituciones.

El órgano ejecutivo (oficial, judicial o juez) debe tener la seguridad probada de que los antedichos límites han desaparecido. Fácil es la prueba, y consiguientemente el conocimiento del órgano ejecutivo cuando se trate de términos: también cuando se trate de un juramento prestado, de un protesto, de una contraprestación realizada. Mucho más difícil puede ser la prueba de una condición verificada: por eso algunas leyes, en estos casos, establecen que el órgano inferior (p. ej.: en Alemania, el Canciller, antes de expedir la cláusula ejecutiva) pueda conocer sólo de pruebas

escritas auténticas o autenticadas: nuestra ley no establece límites expresos; pero entendiéndose que si un órgano ejecutivo inferior, como el oficial judicial, tiene razón para dudar de que la condición se haya verificado, puede, según las circunstancias del caso, rechazar el acto ejecutivo, haciendo así necesario el conocimiento del juez. Una cosa es que exista la acción ejecutiva, y otra que aparezca existente al órgano de la ejecución.

B) Requisitos formales:

a) La declaración debe resultar por *documento*, el cual no existe si no está *suscrito* por las personas que exige la ley (jueces y secretarios, partes no analfabetas y funcionario público, etc.). Este requisito es constante para todas las ejecuciones. Sólo las órdenes verbales que deben cumplirse inmediatamente no lo requieren (p. ej.; Cód. Proc. Civ., art. 355). El documento, además, debe someterse al timbre y al registro cuando y como lo requieran las leyes fiscales (§ 43).

b) El documento debe contener ciertas garantías de *autenticidad* que a veces exige la ley (*sello* de la oficina, Reg. gral. jud., artículos 305 y 306; *legalización* de la copia del acto contractual público por el presidente del Tribunal en cuya jurisdicción fué autorizando, si la ejecución debe hacerse fuera del distrito notarial, Cód. Prov. Civ., art. 556; ley Notarial, art. 67; legalización del Ministerio de Estado de los actos consulares que hayan de cumplirse en el Reino y viceversa; ley Consular, art. 179). Esto naturalmente, no puede referirse a la letra de cambio.

c) La expedición en *forma ejecutiva* (Cód. Proc. Civ., art. 555). Este requisito sólo se exige para algunas ejecuciones. Ordinariamente para las ejecuciones *procesales forzosas*, pero sólo para aquellas incluídas en el lib. II, Cód. Proc. Civ. (expropiación mueble e inmueble, entrega de muebles y dejación de inmuebles, detención personal), y no para las demás (ejecución o destrucción de obras, y otras semejantes). Casos hay, sin embargo, en que la expedición ejecutiva exíjese para ejecuciones *no forzosas* (Código Proc. Civ., art. 722), y casos en los cuales no se exige para ejecuciones forzosas aún por cantidades de dinero: tales son las resoluciones previstas en los arts. 245, 267, 288 y 377, Código Proc. Civ.; 302, Reg. gen. jud., en la expedición de los cuales hace de forma ejecutiva la declaración de que la copia es expedida conforme a uno de tales artículos (Reg. gen. jud., art. 307).

La *letra de cambio* hállase exenta de esta formalidad (Reg. del Código de Com., art. 67). Lo mismo algunas resoluciones *de cautela* como el decreto de embargo conservador. Así también las resoluciones que teniendo por objeto *hacer ejecutoria*, otras resoluciones o actos, comprenden y absorben el oficio formal de la fórmula ejecutiva.

Lo que se expide en forma ejecutiva es la *copia* del título, y sobre ésta recae la ejecución, no sobre el original, el cual no puede separarse del lugar donde está depositado (art. 555, Código Proc. Civ.), Se exceptúan los *decretos*, los cuales se entregan en original a las partes, quedándose con copia de ellos en Cancillería (Cód. Proc. Civ., art. 50), y, naturalmente, exceptuáanse también los títulos ejecutivos representados por escrituras privadas que se realizan mediante el original, o esto es las letras de cambio; mientras que para las escrituras privadas autenticadas admitidas como títulos ejecutivos por leyes precedentes (pág. 250), las disposiciones transitorias exigieron la expedición de la *copia* ejecutiva.

La expedición en forma ejecutiva, consiste:

1.º En la intitulación de la copia en nombre del Soberano reinante *en el momento en que la copia se expide*. Si este Soberano es el mismo en nombre del cual la sentencia fué *pronunciada* (artículo 54, Cód. proc. civ.) se tendrá una sola intitulación para todos los efectos; en cambio, la copia de la sentencia será intitulada con el primer Soberano y la aposición de la fórmula ejecutiva con el nuevo.

2.º En la aposición al fin de la copia, de la fórmula ejecutiva en los términos siguientes: *mandamos a todos los ujieres que para ello sean solicitados, y a quienquiera que corresponda, poner en ejecución la presente: al ministerio público darles asistencia, a todos los comandantes y oficiales de la fuerza pública, prestar ayuda con ella cuando sean solicitados legalmente* (art. 556).

Esta fórmula tiene razones meramente históricas. Enlázase de una parte con la división de la función judicial en el proceso germánico, o sea con el acto solemne con el cual el rey, el emperador, el señor feudal o su funcionario, anunciaban la sentencia producida por los jueces y proclamándola imponían su reconocimiento a los subordinados (§ § 14. 20). Enlázase por otra parte con el *praecipum de solvendo*, con el cual, en otro tiempo iniciaba la ejecución

el juez; y que en Francia, dada la autonomía de los órganos ejecutivos frente al juez, se incorporaba a la sentencia misma. Enlázase a la limitación territorial de las jurisdicciones y, consiguientemente a los *visa* y a los *pareatis* que bajo la ordenanza francesa, eran necesarios para que una sentencia pudiese cumplirse fuera de la jurisdicción del juez que la había producido. La doctrina de la división de los poderes favorece su conservación (1). En el derecho moderno, la fórmula ejecutiva, tal como es en Italia y en Francia, y como fué en otros países (Baviera y Hannover) no es más que la afirmación exterior y solemne de una eficacia ya inherente, por sí misma al título ejecutivo; de una orden a los órganos ejecutivos, que deriva inmediatamente de la ley por el hecho concreto de la existencia de un título ejecutivo, tanto más cuanto que la cláusula se aponé o por un órgano jurisdiccional inferior, como el canciller, o por persona que no tiene jurisdicción, como el notario. No han faltado cancilleres que entendiesen su misión en sentido prácticamente más útil, exigiendo la prueba del paso en calidad de cosa juzgada, de la sentencia, antes de oponer la fórmula, pero esta práctica fué contradicha por la doctrina (2): de manera, que la fórmula ejecutiva en Italia, sirve sobre todo para asegurar (especialmente a los órganos ejecutivos inferiores), la idoneidad *genérica* o *potencial* de un título para ser título ejecutivo, no la idoneidad *actualmente* conseguida en concreto. De otro modo en Alemania, donde la ley ha utilizado la fórmula ejecutiva transformándola en una prueba de efectividad que el canciller no despacha, sino le consta el paso en calidad de cosa juzgada, el cumplimiento de las condiciones etc. etc.

La copia del título expedida en forma ejecutiva constituye a su vez el *original* de la expedición ejecutiva y el documento autónomo al cual se incorpora la acción ejecutiva, o al cual podrá incorporarse cuando la declaración haya devenido definitiva e incondiciona-

(1) MAURER, *Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahren*, p. 239; BRIEGLEB, *Executiv-Prozess*, p. 183 y sigs.; *Ordonnance civile*, 1667, tít. XXVII, art. 6 y sobre esto JOUSSE; STEIN, *Geschichte des franz. Procédes*, p. 747; BREWER, *Gesch. des franz. Gerichtsverfassung*, I. pág. 400 y sigs.; DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, p. 116; CHIOVENDA, *Saggi di dir. proc. civ.*, p. 217.

(2) Véase CUZZERI, *Sull art. 556, n. 2*.

da. Por esto, las normas relativas a ella no conciernen al procedimiento ejecutivo, sino a la *acción* ejecutiva; las sentencias, las ordenanzas y los actos judiciales que al tiempo de ponerse en vigor el Cód. proc. eran *ya* realizables según las formas previstas por las leyes anteriores, no precisan de la acción ejecutiva conforme al nuevo Cód. (disp. trans. 1865, art. 12; 1871, art. 68). Por esto:

1.º Las copias en forma ejecutiva no pueden, como las demás copias, expedirse a cualquiera, sino *solo a la parte que tiene o tendrá la acción ejecutiva* o sea, a favor de la cual fué pronunciada la sentencia o la ordenanza o estipulada la obligación (art. 557).

2.º Si varios tienen acción ejecutiva a base de la misma declaración *cada uno* tiene derecho a una copia ejecutiva.

3.º No se puede expedir más que *una sola* copia ejecutiva *a la misma parte*. Si esta tiene interés en obtener una segunda copia o más (por extravío, destrucción, indisponibilidad, etc., de la anterior), debe pedir autorización para ello, en cuanto a los actos judiciales, al conciliador, pretor, presidente del tribunal, o Corte de la cual emanaron, en cuanto a los actos contractuales, al presidente del tribunal civil en cuya jurisdicción fueron autorizados: la autorización se concede, previa citación de la otra parte, de manera que en este caso puede tener lugar un conocimiento ordinario para evitar que la nueva copia sea expedida a persona que no tenga la acción ejecutiva.

d) El título debe ser *notificado* para que pueda procederse a la ejecución (art. 562). Tampoco la notificación del título concierne al procedimiento de ejecución, sino a la acción ejecutiva; es una condición de la acción ejecutiva (1). La notificación no debe tener lugar necesariamente después de que se cumplan todas las otras.

(1) La notificación *hace ejecutivo el título*. Este principio encuéntrase expresamente en las leyes. Véase ley del timbre, texto único, Julio 1897, artículo 26; últ. párr.: «La notificación referida tendrá el sólo efecto de *hacer ejecutiva* la sentencia para la exacción de los impuestos, etc.» Reg. 12 Febrero 1911, de la ley municipal y provincial, art. 228. «Las decisiones del consejo de prefectura *devienen título ejecutivo* desde la notificación a las partes interesadas»: esto no quiere decir, que las decisiones del consejo de prefectura no sean verdaderas sentencias antes de la notificación y que puedan por esto ser reformadas por el Consejo, como ha considerado varias veces el Tribunal de Cuentas. Véase MORTARA, *Comm.* I. n. 453, nota.

condiciones de la acción ejecutiva, como debería estimarse si fuese un acto del procedimiento ejecutivo: si ya tuvo lugar para otros efectos, p. ej. para hacer transcurrir el término de impugnación o el *tempus judicati* o el término inherente a la sentencia, no es necesario que sea renovada para los efectos ejecutivos. Una condena de futuro no impugnabile, la ordenanza de dejación de inmueble arrendado, está válidamente notificada antes del día en el cual será ejecutiva. De aquí deducese también, que no es necesario que la notificación al deudor se haga basándose en el título *ya expedido en forma ejecutiva*. puesto que las dos condiciones son independientes y la ley es cierto que exige que se proceda mediante la copia del título expedida en forma ejecutiva, pero no que la copia que deba entregarse al deudor reproduzca también esta expedición, tanto más, cuanto que la expedición en forma ejecutiva tiene, como ya hemos visto, la misión de atestiguar *a los órganos ejecutivos* la efectibilidad por lo menos genérica, del título, y completa el documento al cual se incorpora la acción ejecutiva, lo cual interesa al acreedor, no al deudor; la ley no estima que todo cuanto ayuda a formar la acción ejecutiva, deba notificarse al deudor, sinó que este (o su representante) tenga el documento de la *declaración* ocurrida. Por otra parte, hay casos en los que aun antes de la notificación puede ejercitarse la acción ejecutiva, esto es, cuando se pida al oficial judicial realizar un acto de procedimiento ejecutivo como el *precepto* o también, un acto de ejecución, como la pignoración, *contemporáneamente* a la notificación de la sentencia (Cód. proc. civ. arts. 562 y 678). Pero en estos casos la acción ejecutiva ejercítase condicionadamente.

La notificación del título tiene lugar en el modo y formas establecidas para el acto de citación (arts. 562 y 368, §§ 41, 69) lo cual quiere decir, que el título notificase mediante *entrega* de copia, no solamente mediante simple intimación o aviso, como antes se acostumbraba (1) pero no significa que el título deba ser siempre notificado personalmente a la parte en su residencia o domicilio puesto que si se trata de sentencia que haya sido ya notificada en el domicilio *elegido* a los efectos procesales conforme al art. 367,

(1) Constit. piament. libr. III, tit. XXIII, art. 9.

no es preciso que la notificación sea renovada (1). En fin, exige también la ley la notificación del título, esto es, del documento que contiene la declaración pero no también de los documentos de los cuales resultase que la declaración ha devenido incondicionada (como un acta de juramento prestado, una diligencia de caución etc) (2).

Son excepciones de la obligación de la notificación: las sentencias u ordenanzas de pretores y conciliadores, publicadas en presencia de las partes (art. 437, 464 y 565). las resoluciones provisionales de cautela que por su naturaleza se realizan *inaudita parte*, como el embargo conservador y a veces las resoluciones basadas en denuncia de obra nueva y de daño temido, los actos administrativos, como los registros, que están regulados por normas especiales, la diligencia por la que se recibe la caución en el caso del art. 463 Cód. proc. civ., el título contractual ejecutivo a favor de las instituciones de crédito fundiario (art. 43, tex. ún. 16 Julio 1905), la letra de cambio—que debe transcribirse en la orden—(art. 67 Reg. cod. com.)

V. *La legitimación para obrar en la ejecución.* La persona o personas que según la declaración deben recibir la prestación y las que deben hacerla tienen respectivamente la legitimación activa o pasiva en la acción ejecutiva. Y lo mismo las que suceden a aquellos (*causa habientes* del acreedor y del deudor) (3): ni exige nuestra ley, como la alemana, que estas personas acrediten su le-

(1) Para una amplia demostración de esta tesis véase CHIOVENDA, *Saggi di dir. proc. civ.* pág. 295-304. La opinión dominante es la contraria.

(2) Incluso el *protesto* cambiario debe *transcribirse en la orden o mandato* con los otros documentos necesarios para demostrar la cantidad debida (art. 67, Reg. Cód. com.); la diligencia de caución prestada debe notificarse al deudor después de realizado el embargo conservador (art. 931 Cód. proc. civ.)

(3) La cesión de un crédito declarado en un título ejecutivo implica siempre paso de la acción ejecutiva ya correspondiente al acreedor: de aquí que este efecto suspende también el endoso de la letra de cambio ya vencida aunque produzca únicamente los efectos de una cesión (Cód. com. artículo 260). Véase BOLAFFIO, en la *Riv. di dir. comm.* 1903, II, pág. 506 y en ella el estado de la cuestión debatida.

gitimidad en un procedimiento particular antes de la expedición de la copia ejecutiva. Nuestra ley tiene normas especiales para la legitimación ejecutiva en cuanto:

a) Respecto a la legitimación *activa*: el cesionario de un crédito no puede instar la ejecución sino después de haber notificado la cesión al deudor (Cód. civ. art. 2082).

b) Respecto de la legitimación *pasiva*: los títulos contra el difunto son ejecutivos contra los herederos, pero no se puede proceder a la ejecución sino *cinco* días después de haberles sido notificados (Cód. proc. civ. art. 560). Esta norma refiérese sólo a la acción ejecutiva y no al procedimiento ejecutivo (al cual atañen otros principios. § 99). En otros términos, con la muerte del deudor, el título ejecutivo queda sin uno de los requisitos formales, la notificación, y debe completarse con una nueva notificación (1).

(1) Siendo este efecto constante de la *muerte* del deudor, el art. 566 lo aplica también al caso de la herencia yacente. En contra TEA en el *Anuario* de CUZZERI, 1908, pág. 220 y sigs. Para llegar a este resultado, no es preciso afirmar que el acusador sea representante de los *herederos* ni menos *del difunto*. No hay duda de que estos sean errores como afirma TEA. § 35.

APENDICE AL § 10

Referencias al derecho español

Por razones de oportunidad sistemática ceñimos las notas de este capítulo a la doctrina legal del juicio ejecutivo, aplazando para otro lugar la exposición de las normas que conciernen a la ejecución de las Sentencias en general y en los casos especiales.

Nuestra ley de Enjuiciamiento civil, consagra un título (el XV. del libro II) al juicio ejecutivo marcando en aquél dos estadios perfectamente definidos (procedimiento ejecutivo y procedimiento de apremio) aparte las cuestiones incidentales llamadas tercerías, a las que reserva la última sección del título de referencia.

El primer estadio puede considerarse como la preparación del segundo, diríjese al producir una sentencia que ha de ser ejecutada en el segundo instante de este proceso; y como para iniciar el *juicio* ejecutivo precísase la existencia de una acción especial (acción ejecutiva) que sólo puede fundarse en títulos determinados por ciertas garantías de fondo y de forma (título ejecutivo) cuidase la ley de determinar *cuales son los títulos que llevan aparejada ejecución.*

Hélos (art. 1429):

a) Escritura pública, con tal que sea primera copia, o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante.

b) Cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante el Juez competente para despachar la ejecución.

c) La confesión hecha ante Juez competente, pero la que se haga en juicio ordinario absolviendo posiciones después de contestada la demanda, no constituye título ejecutivo.

d) Las letras de cambio, sin necesidad de reconocimiento judicial respecto al aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad a su aceptación, al tiempo de protestar la letra por falta de pago (V. también el art. 521 del Código de comercio)

e) Cualesquiera títulos al portador, nominativos, legítima-

mente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos, y éstos, en todo caso, con los libros talonarios (V. también los arts. de la Ley Hipotecaria).

Si la confrontación resulta conforme, no será obstáculo a que se despache la ejecución, la protesta de falsedad del título que en el acto hiciere el director o la persona que tenga la representación del deudor, quien podrá alegar en forma la falsedad como una de las excepciones del juicio.

f) Las pólizas originales de contratos celebrados con intervención de agente de Bolsa o corredor público, que estén firmadas por los contratantes y por el mismo agente o corredor que intervino en el contrato, con tal de que se comprueben, en virtud de mandamiento judicial y con citación contraria, con su registro, y este se halle arreglado a las prescripciones de la ley.

La ejecución sólo puede despacharse por cantidad líquida en dinero efectivo, que exceda de 500 pts. (o de 1.500 en su caso: véase ley de Justicia municipal de 5 Agosto 1907) o por cantidad líquida en especie, computándola a metálico, siempre que su valor exceda de la cantidad indicada.

En ambos casos será preciso que haya vencido el plazo de la obligación.

Acogida la demanda ejecutiva y despachada la ejecución síguese un procedimiento especial (requerimiento al deudor, embargo, (1) citación de remate, oposición en su caso) que termina por la sentencia de remate, si la oposición del deudor, caso de haberla, ha sido desestimada.

Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no producen la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión, ni en ellos se admiten otros incidentes que los que nazcan de las cuestiones de competencia o de acumulación a un juicio universal, pero las cuestiones de competencia no podrán promoverse después de haberse opuesto el deudor a la ejecución.

El segundo estadio del procedimiento, tiene su base en la sen-

(1) V. los arts. 1440 y sigs. de la L. de E. C.

tencia de remate con que se cierra el anterior; y se desarrolla con la realización de los bienes embargados, previa su tasación, subasta etc. etc. (arts. 1481 y sigs.) terminando normalmente por el pago de las deudas que motivaron el juicio.

Todas las apelaciones que sean procedentes en la vía de apremio del juicio ejecutivo serán admitidas en un solo efecto, salvo ciertas cuestiones que puedan surgir entre el acreedor y el ejecutado con motivo de la administración de las fincas embargadas a que se refiere el art. 1526 de la ley procesal, y los incidentes que se sustancien en pieza separada o que no tengan relación con la venta de bienes y el pago al acreedor. (1)

Por último, las *tercerías* tienen por fundamento el dominio de los bienes embargados al deudor o el derecho del *tercero* a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante (*tercerías de dominio y de mejor derecho*).

Pueden deducirse en cualquier estado del juicio ejecutivo, pero si la *tercería* es de dominio, no se admite después de otorgada la escritura o consumada la venta o de su adjudicación en pago al ejecutante; y si fuere de mejor derecho no se admite después de realizar el pago al acreedor ejecutante.

Las *tercerías* se instancian en pieza separada por los trámites del juicio declarativo correspondiente y no suspenden el curso del juicio ejecutivo del que sean incidencia.

(1) La ley de enjuiciar dedica además un título (arts. 1544 y sigs.) al procedimiento de apremio en negocios de comercio, cuya doctrina en parte modificada por el Código de comercio, no merece especial estudio.

§ 11

La actuación de la ley en favor del demandado. (La sentencia desestimatoria. La excepción). (1)

I. *La sentencia desestimatoria.*—Si el actor no tiene acción, su demanda es infundada y como tal recházase. La sentencia en este caso *absuelve* de tal demanda al demandado. En la fórmula «desestimación de la demanda» o «absolución de la demanda», está implícita la negación de la acción. Si la sentencia niega la acción por falta de interés, *niega simplemente el poder jurídico de pedir la actuación de la ley*: si niega la acción por defecto de derecho (falta de una norma abstracta o del hecho concreto, § 5, 149) o de calidad, *niega la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al actor*. Si el actor había pedido la declaración *negativa* de un derecho del demandado, la sentencia desestimatoria *niega la inexistencia* o sea *afirma la existencia de una voluntad de ley que garantiza un bien al demandado*. En este últi-

(1) VITI, *Le azione*, COVIELLO N., *Manuale di D. C. I.*, p. 490 y siguientes; CROME, *Diritto privato francese* (trad. ASCOLI e CAMMEO), p. 393 y sigs.; *System des Bürgerlichen Rechts*, I, p. 182 y sigs.; KROLL, *Klage und Einrede (Acción y excepción)*, Berlín, 1884; REINHOLD, *Die Lehre von dem Klaggrunde, den Einreden und der Beweislast (La teoría del fundamento de la demanda, de la excepción y de la carga de la prueba)* Berlín 1888; WACH, *Handbuch* p. 19; HELLVIG, *Lehrbuch*, págs. 248-258; *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, pág. 42 y sigs.; HOLDER, *Ueber Ansprüche und Einreden*, en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 93, págs. 55-68; LANGHEINEKEN, *Anspruch und Einreden*, 1903, y acerca esto HOLDER en la *Rivista per proc. civ. ted.*, XXXIII, págs. 357-375; GROSSE, *Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten (El derecho del demandado a la tutela jurídica)*, en la *Rivista per proc. civ. ted.*, XXXVI pág. 113 y sigs.; PAGENS-TECHER, en el *Archivio per la pratica civile* vol. 97, pág. 17 y sigs.—La vastísima literatura civilista y romanista sobre la excepción puede verse en WINDSCHEID, § 47 y nota de FADDA y RENZA, I, pág. 696 y sigs. 1151 y siguientes.

circunstancias que concurren a su existencia, puede depender de un elemento que lo hace relativo y es el arbitrio del legislador. Por eso frecuentemente es difícil cuestión de interpretación saber si una circunstancia jurídica debe considerarse como hecho constitutivo o la circunstancia opuesta como hecho impeditivo.

En todo caso conviene recordar que tanto la presencia de los hechos constitutivos como la ausencia de los impeditivos, es igualmente necesaria para la existencia del derecho. El poner pues, una circunstancia en los hechos constitutivos o la circunstancia opuesta en los impeditivos tiene importancia (prácticamente grandísima) solo respecto del reparto de la obligación (carga) de afirmar y de la de probar entre las partes. §§ 54, 55. (1)

La sentencia desestimatoria puede, pues, negar la acción:

a) O porque el juez ha considerado como inexistente un hecho constitutivo del derecho o de la acción, o porque, sin negar el hecho afirmado por el actor, ha negado su idoneidad para producir efectos jurídicos por defecto de una norma abstracta de ley con arreglo a la cual dirigirlo (§ 5).

b) O porque el juez, aun admitiendo la existencia de un hecho constitutivo ha considerado al mismo tiempo como también existente un hecho impeditivo.

c) O porque el juez ha considerado como existente un hecho extintivo.

(1) Nada de esto ha tenido presente sin duda PUGLIESE, *Prescrizione acquisitiva*, 3.^a ed. 1911, p. 598 nota, cuando nos objeta que en los artículos 707 y 2137 Cód. civ. la buena fe es hecho *constitutivo* y que no tiene necesidad de ser probada, en virtud de la presunción establecida por el art. 702. Pero la presunción legal no es sino la determinación legal de los hechos que deben considerarse como constitutivos en el caso particular (§§ 4, 54 y 55 III) si la ley dispone que la buena fe se presume, dice con esto que la buena fe no es hecho constitutivo, sino la mala fe hecho impeditivo. Por lo demás la presunción del art. 702 no es regla general (§ 55 IV) y además de esto el caso del art. 2137 nada tiene que ver con el artículo 707 ni con el 702; en el art. 2137, no se trata de posesión sino únicamente de adquisición de buena fe y aquí la buena fe es hecho *constitutivo* en el sentido de que debe probarse por quien pretende haber usucapido.

III. *La sentencia desestimatoria y la actividad del demandado.*—En estos tres casos la sentencia desestimatoria en si misma puede tener lugar aun sin instancia particular del demandado. El juez por su oficio tiene el deber de desestimar las demandas infundadas, en derecho o en hecho, aún si el demandado, por ejemplo, es rebelde. Ordinariamente la desestimación ocurre en este caso porque el juez considera como inexistente el hecho constitutivo puesto que es raro que resulte existente un hecho *impeditivo* o *extintivo* cuando el demandado es rebelde. No obstante, si resulta, el juez debe tenerlo en cuenta. Si por ejemplo, el actor mismo alega que la venta fue simulada, el juez rechazará sin más la demanda de entrega de la cosa, si el actor alega una causa de la obligación que el juez estima ilícita, éste rechazará la demanda (1); si el actor alega que el derecho está someído a término, pero que el término ha sido interrumpido, que la deuda fue remitida pero que la remisión no es válida, el juez que estimase no ocurrida la interrupción o válida la remisión, debería rechazar la demanda. (2)

En estos casos, pues, la actividad del demandado no se encuentra *necesariamente* en la relación de «condición» respecto de la sentencia desestimatoria. Pero *puede* encontrarse: si el actor abandona la demanda y aún más si renuncia al proceso, el juez no podría producir sentencia, pero el demandado tiene derecho de hacerse parte diligente y pedir la desestimación de la demanda (Código proc. civ. art. 345). También en estos casos el demandado tiene un *poder jurídico* que entra en el concepto general de acción, y más propiamente de la acción de declaración negativa (§ 1). Y ya se entiende que el demandado puede fundar su demanda de desestimación en las mismas razones que podrían también considerarse de oficio por el juez: falta de un hecho constitutivo por inexistencia del hecho afirmado o por falta de idoneidad para producir efectos jurídicos, existencia de un hecho impeditivo, existencia de un hecho extintivo. Pero esta coincidencia entre la extensión de los poderes del juez y la posible iniciativa del demandado no es constante. En primer lugar debe notarse que la interposición

(1) Conforme Ap. Milán, 23 Ap. 1904 (en la *Giur. ital.* 1905 con nota favorable de COVIELLO L.)

(2) Acerca de los poderes del juez; véase §§ 12-47.

de una acción infundada produce en el demandado la acción para pedir una sentencia desestimatoria que niegue la acción en cuanto a *todas sus condiciones*, el interés, la calidad, el derecho: mientras que encontrando el juez la falta del interés en obrar debería, por si mismo, limitarse a negar la *acción* por defecto de interés, el demandado puede pedir que la sentencia declare también la inexistencia o (según los casos) la existencia del *derecho*.

Hay casos en los cuales la instancia del demandado es siempre una condición *indispensable*, para la desestimación de la demanda actora: y esto ocurre cuando la instancia de desestimación se funda en hechos de los cuales el juez nunca podría hacerse cargo de oficio, *aunque fuesen afirmados por el actor*, sino que solo puede hacerse cargo si son afirmados y hechos valer por el demandado. En estos casos, el poder jurídico del demandado, toma el nombre específico de *excepción*.

Pero hálbase también de excepción en otros sentidos. Históricamente la institución de la *exceptio* se une a la estructura especial del proceso romano clásico y a la función del pretor respecto de las lagunas y defectos del *jus civile*. La *tuitio praetoris* en cuanto al demandado actuaba mediante la *exceptio*, la cual era una adición a la *fórmula* por la que venía ordenado al juez tener en consideración también ciertas circunstancias de las cuales según el estricto *jus civile* no habría debido ocuparse y estimándolas existentes absolver al demandado, aunque según el estricto *jus civile* habría debido condenar (1).

(1) Por ejemplo, según el derecho civil, frente a una obligación nacida de un negocio formal, era nulo el simple *pactum de non petendo*. Pero si el demandado ante el pretor (*in jure*) afirmaba la existencia de semejante pacto, el pretor agregaba a la fórmula de costumbre (por ejemplo: «*si paret Numerium Negidium Aulo Algerio decem dare oportere, judex N. N. A. A., condemnato, si non paret absolvito*»), la *exceptio* («*si non convenit ne ea pecunia peteretur*»). Así para el derecho civil un negocio jurídico no podía impugnarse por dolo o amenaza; pero proveía el pretor a la tutela del demandado con la *exceptio doli*, y con la *exceptio metus*. Análogamente funciona el *beneficium divisionis*, introducido en favor de los fideyusores que por la ley estaban obligados solidariamente (GAYO, III, 121) en la *Lex si contendat*, antes recordada (§ 7); «*si contendat fideyusor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem eidendam si non et illi sol-*

Así nació la distinción entre circunstancias a favor del demandado que obraban *ipso jure* (que el juez podía apreciar fundándose en el mismo derecho civil, sin necesidad de una mención expresa en la fórmula) y las que obraban solo *ope exceptionis* (o sea que el juez no podía apreciar si no estaban mencionadas en la fórmula).

Esta materia es una de las más controvertidas por los romanistas. Su dificultad derivase principalmente del hecho de que la distinción *ipso jure ope exceptionis* aparece ampliamente en el derecho justiniano cuando la organización especial del proceso clásico había decaído. Alguien ha creído que hubiese perdido todo significado; los mas entienden que esta distinción tuviese también un fundamento más íntimo y sustancial, que no decae nunca; esto es, que la *exceptio* indicase una circunstancia que *paralizase* la acción cuando esta fuese fundada, regularmente constituida conforme a derecho y no extinguida. Pero entre éstos, algunos como SAVIGNY entienden que tal circunstancia debió ser un verdadero y propio *contraderecho* del demandado, un derecho autónomo y opuesto a la acción: otros como WINDSCHEID, también un simple hecho que se pudiese oponer a la acción. No parece, sin embargo, que la distinción en el derecho clásico tuviese estrecha relación con la carga de la prueba ni que esta coincidiese con la distinción entre circunstancias que podían estimarse de oficio y circunstancias que deberían hacerse valer por las partes. Había en efecto excepciones que se introducían de oficio en la fórmula: por el contrario, hechos que *ipso jure* habrían excluido la acción, quedaban sin consideración porque no se había producido análoga petición del demandado (1).

La palabra *excepción* no puede decirse que tenga un propio y verdadero significado técnico especial en nuestras leyes. La doctrina francesa atribuye al Cód. francés una terminología especial: *defense* indica la contradicción relativa al derecho del actor, o sea al *fondo*; *exception* refiérese a las contradicciones relativas a la regularidad de las formas del procedimiento, o sea al *rito* (2).

vendo sint. (Ley 28 Dig. de fidejus, 46, I), y lo mismo en numerosísimos casos.

(1) HOLDER, loc. cit., págs. 55-59.

(2) GLASSON, *Précis de procedure civile*, vol. I, pág. 470 y sigs (2.^a ed. dirigida por TISSIER, pág. 678 y sigs).

La ley italiana no conoce ni siquiera esta terminología técnica; sino que habla sin distinguir, en el Código de procedimiento, de *defensa* (Cód. proc. civ., arts. 187, 190, 340, 416 y 448), *respuesta* (Cód. proc. civ., arts. 162, 164, 172, 173, 174, 415, 421 y 450), *contradecir* (Cód. proc. civ., art. 36), *excepciones* (Cód. proc. civ. artículos 176, 187, 417, 436, 456, 458, 460, 490, 695, 701 y 738), y el Cód. civ. habla de excepciones, incluyendo también alguna contradicción relativa al fondo (Cód. civ., arts. 1193, 1278, 1311, 1366, 1367, 1375 y 1899; Cód. Com., art. 324).

Esto no obstante, la doctrina trata de determinar y de considerar distintos los diferentes usos de la palabra excepción (1).

a) En un sentido generalísimo, excepción comprende cualquier defensa del demandado, incluso la simple negación del fundamento de la demanda; y en este sentido general compréndense comúnmente, y a veces por la misma ley las respuestas referentes a la regularidad del procedimiento.

b) En sentido más estricto, la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluye sus efectos jurídicos y por lo mismo la acción.

c) En un sentido aún más restringido comprende, como vimos, solo la oposición de hechos, que *por sí mismos* no excluyen la acción (tanto que si son afirmados por el actor el juez no puede hacerse cargo de ellos), pero que dan al *demandado* el *poder jurídico* de anular la acción. Este último llámase significado *sustancial* de excepción, del cual nos ocupamos aquí.

IV *Excepción en sentido sustancial.*—Preséntase como un contraderecho frente a la acción y por tanto como un derecho potestativo dirigido a anular la acción (2). Así como cuando no existe un hecho constitutivo y normalmente cuando existe un hecho impeditivo o extintivo *no existe* la acción y por lo mismo la deman-

(1) Lo mismo la doctrina alemana con la palabra *Einrede* que se encuentra usada en diferentes sentidos por las leyes alemanas.

(2) Al concepto de derecho potestativo débese haber aclarado la naturaleza del derecho de excepción.

da es infundada, en este caso la acción puede existir o no existir, según que el demandado haga o no uso de su contraderecho. Por esto en nuestro derecho medioeval las excepciones en sentido sustancial llamábanse *exceptiones juris* para diferenciarlas de las otras que se denominaban *exceptionis facti*. Estas excluyen la acción por la sola virtud de la ley, aquellas por voluntad del demandado. Mientras que el demandado no declara querer ejercitar la excepción, la acción existe y produce sus efectos: mientras tanto la acción se encuentra en un estado análogo al de todo derecho sometido a impugnación, esto es, en un estado de *pendiente*, el cual se resuelve *a favor* de la acción cuando no se ha hecho valer la excepción y *contra* la acción en caso contrario.

No siempre es fácil determinar cuando hay una excepción sustancial (es decir, «prácticamente» tal que el juez no pueda apreciarla de oficio, si no a instancia del demandado) (1). A veces la misma ley se manifiesta prohibiendo al juez relevar de oficio una excepción como la de prescripción (Cód. civ., art. 2109) o exigiendo instancia del demandado como para el *beneficium excusationis* (Cód. civ., art. 1908). Cuando la ley nada dice, la costumbre y la naturaleza de la relación llevarán al intérprete a establecer si una circunstancia es *necesaria* para la existencia de la relación, en cuyo caso no podrá hablarse de excepción sustancial, o si por el contrario la circunstancia es tal que su falta solo da derecho al demandado a anular la acción. Cuando una excepción se funda en un hecho del cual nace un derecho del demandado, capaz de poder perseguirse con acción, no cabe duda que aquella tiene carácter sustancial, es un contraderecho, y como tal no puede hacerse valer más que por previa petición de su titular: así en la esfera de los derechos a una prestación, la excepción de compensación (2), el *jus retentionis*, la *exceptio inadimpleti contractus* (salvo

(1) Por lo general los autores proceden por vía de enumeración. Véase CROME *System*, I, § 34.

(2) El carácter de excepción que es clarísimo en la compensación se ha puesto en duda por algún autor que equivoca la frase «*opera di diritto*» del art. 1286. Así CUTURI, *Trattato delle compensazioni*, p. 290. De que la frase *opera di diritto* no equivale a la otra «debe manifestarse de oficio» es prueba evidente el art. 340 Cód. proc. civ. La frase *opera di diritto* se refiere al momento al cual se retrotraerá el efecto de la compensación.

siempre el carácter de la excepción, la cual no tiende a la prestación, sino que como mero derecho potestativo tiende a anular la acción adversaria): en la esfera de los derechos potestativos, las excepciones correspondientes a las acciones de impugnación (excepciones de dolo, violencia, menor edad, error, etc).

Cuando el demandado hace uso de la excepción sustancial que le compete, la sentencia desestima la demanda, afirmando la inexistencia de la acción. Una vez ejercitada la excepción el hecho del cual nace condúcese como cualquier hecho impeditivo o extintivo. El efecto del ejercicio de la excepción se retrotrae a la fecha del nacimiento de ésta: si la excepción es contemporánea de la acción, esta se considera como si jamás hubiese existido. En otro caso se considera como extinguida en el día en que ha nacido la excepción (por ejemplo de prescripción).

Igual que la acción, así la excepción *preexiste al proceso* mientras que el derecho del demandado a la declaración negativa de la demanda infundada, nace solo con el proceso. Es ahora opinión muy generalizada en Alemania la de que la excepción puede ejercitarse también extrajudicialmente (1): allí la excepción concíbese como el derecho de rehusar el cumplimiento de una obligación (2), y como el derecho a la prestación puede hacerse valer a veces extrajudicialmente, por ejemplo, con la fuerza privada (Cód. Civil alemán § 229) también se admite que la excepción pueda oponerse extrajudicialmente, con muchas inseguridades acerca de los efectos de esta oposición extrajudicial. Para nosotros que no conoce-

ción si y en cuanto esta sea propuesta con la excepción. Los ejemplos empleados en contra por CUTURI, como la liquidación de una cuenta, de una herencia, no son oportunos; en estos casos el juez está llamado precisamente a declarar la *diferencia* entre las partidas del *dar* y del *haber*, va implícita en esto la demanda de pronunciar todas las compensaciones manifiestas.

(1) KOHLER, *Civilprozessrecht*, p. 116; CROME, *System*, I, p. 184, HELLWIG *Lehrbuch* I, p. 251 y sigs.; GRAEFFNER. *Die aussergerichtliche Geltendmachung der Einrede. (El ejercicio extrajudicial de la excepción)*, Berlin, 1905 y acerca de esta obra la recensión de HIRSCH, en la *Riv. per proc. civ. ted.*; vol. 35, p. 296 y sigs.; SAHM, en el *Jahrbücher dt Jhering*, vol. 49, p. 59 y sigs.

(2) CROME, *System*, I, p. 183,

mos, si no en límites muy restringidos la razón alegada, esta cuestión no tiene tanta importancia. Puede suceder también entre nosotros que a la petición extrajudicial de una prestación, el deudor oponga la declaración extrajudicial de querer hacer uso de la excepción, por ejemplo de compensación, de retención, etc. En este caso, si en el proceso posterior resultase, por ejemplo por declaración del actor el ejercicio de la excepción en vía extrajudicial y la verdad de los hechos en que la excepción se funda, el juez debería según esta opinión rechazar la demanda incluso en rebeldía del demandado.

Acerca de las excepciones sustanciales conviene aclarar:

1.º Algunas extinguen la acción y consiguientemente el derecho. Ejemplo, la excepción de prescripción. Otras excluyen la acción sin excluir el derecho. Por ejemplo, la excepción de retención, la *exceptio inadimpleti contractus*: impiden la condena pura y simple, y tienden a permitir únicamente a todo lo más una sentencia de condena *condicionada* a la contraprestación. La excepción de compensación es también autónoma porque no supone como las demás excepciones algún defecto inherente a la acción; el crédito al cual se opone la compensación es perfectamente existente y válido; únicamente el demandado tiene el poder de obrar su extinción por satisfacción, sacrificando una parte correspondiente del propio crédito, con efecto desde el día de la existencia contemporánea de los dos créditos.

2.º No toda contraderecho que se opone a la acción es una excepción sustancial (1). Si a la acción de reivindicación opone el demandado su derecho de usufructo en la cosa, produce una negación de la acción, pero no una excepción; falta el hecho constitutivo de la reivindicación, porque la posesión del demandado es conforme a derecho, y por tanto impide la existencia misma de la acción. Consecuencia: si el actor afirmase que el demandado es usufructuario de la cosa, el juez, sin más, rechazaría la demanda.

3.º Un hecho que puede dar lugar a un derecho autónomo como vimos, puede al mismo tiempo producir una excepción. Un caso típico encontramos en las acciones de impugnación (§ 8), a las cuales corresponden otras tantas excepciones: *exceptio metus, doli*, etc. También en este caso es preciso considerar diferente la

(1) CROME *System*, I, pág. 183.

acción de impugnación y la correspondiente excepción. La acción es promovida por libre iniciativa del actor, impugna la relación jurídica en toda su extensión, produce su nulidad con efectos desde el mismo día en que ha nacido. La excepción opónese siempre como defensa y no tiene otro objeto que neutralizar la acción, conducir a una sentencia desestimatoria, a menos que el demandado declare querer llevar la impugnación más allá de la acción, a la relación total en que la acción se funda, en cuyo caso ya no se trata de excepción, sino de una demanda de declaración incidental (§ 93). La observación tiene importancia práctica en los casos de relaciones complejas de las que nacen varios derechos y varias acciones de las cuales fué hecha valer una sola. Mientras la acción de impugnación está sujeta a un breve término (Cód. Civ. art. 1300) la excepción de nulidad o de rescisión, no (art. 1302): *quae temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (tant dure l'action tant dure l'exception). Esto supone que el demandado obligado en virtud de una relación jurídica sujeta a impugnación no ha impugnado la relación en vía de acción *ni cumplido la obligación*: por lo tanto dura el estado de cosas anterior a la relación y el derecho da al demandado medio de resistir indefinidamente al actor que quisiese cambiar el estado de cosas pidiendo la ejecución de la relación viciada. (1)

V. *Clasificación de las excepciones*.—Distingúense las excepciones en *absolutas y relativas* según que puedan hacerse valer por todos los partícipes de una relación o sólo por algunos (ejemplo, Cód. Civ. arts. 227, 137 y 1459). Distingúense además en *perentorias y dilatorias*. Son perentorias las que anulan definitivamente la acción: ejemplo, la excepción de prescripción. Dilatorias las que excluyen la acción como *actualmente* existente: ejem-

(1) VITI, *Azioni*, p. 78; GIANTURCO, *Sistema*, p. 150 y sigs.; MATTIROTO, *Trattato*, I, p. 44; COVIELLO N., *Manuale di D. C.* I, págs. 441-443; VENCI acerca de PACIFICI MAZZONI, *Instituzioni di D. C.* págs. 590-595; BONICELLI, en el *Monitore dei Tribunali*, 1903; p. 481; CROME, *Diritto privato francese* (trad. ASCOLI Y CAMMEO), p. 420; WINDSCHEID, § 112; FADDA y BENZA, sobre WINDSCHEID, I, pág. 1151. La extensión del principio es muy discutida. Acerca de la aplicabilidad a la reidhibitoria, véase TARTUFARI, *Della vendita (Commento al Cód. di comer.)*, 3.ª ed. § 383.

plo, la excepción de un término convencional, el *beneficium excussionis*.

En la doctrina suele hacerse también otra división de las excepciones en sustanciales y procesales (de fondo y de forma) (1). La distinción corresponde a la que hemos examinado (§ 3) entre las condiciones de la acción y los presupuestos procesales. Naturalmente aquí sólo nos hemos ocupado de las excepciones *sustanciales*. Aprovechamos la ocasión para observar que también en las excepciones *procesales* reproduciese el dualismo entre excepciones en sentido amplio y en sentido propio; las primeras comprenden las circunstancias que por sí mismas impiden el nacimiento de la relación procesal; las segundas las circunstancias que dan al demandado el poder de anular la constitución de la relación procesal (§ 3). También ha sido propuesta la distinción de las excepciones en *simples* y *reconvencionales* según que mantienen o no la contestación en los límites establecidos por la demanda (2). Pero conforme a lo que hemos dicho, la *excepción* no puede ampliar los límites de la contienda *jurídica*; por tanto la frase *excepciones reconvencionales* puede parecer una contradicción, puesto que *excepción* y *reconvención* son términos antitéticos. Es verdad que el demandado puede provocar la declaración de derechos diferentes de aquellos que ha hecho valer el actor, ampliando el alcance de la cosa juzgada, y por lo mismo alterando la competencia del juez; pero en estos casos se trata de verdaderas *demandas reconvencionales*, una de cuyas formas es precisamente la demanda de *declaración incidental* (§§ 31, 79, 93).

VI *Desestimación de otras demandas del actor*.—También las demandas que tienden a una medida de cautela o a la ejecución pueden ser infundadas y por lo mismo rechazadas. También respecto de estas demandas, puede tenerse o *simple negación de la acción* que puede fundarse en la inexistencia del hecho constitutivo (por ejemplo, del título ejecutivo) o en la existencia de un he-

(1) En esta contraposición la palabra «sustancia» se usa en sentido diferente de aquel en que la hemos usado hasta aquí hablando de la excepción sustancial.

(2) MORTARA, *Manuale*, 5.^a ed. pág. 27; *Comm. II*, núm. 66 y sigs.

cho impeditivo (simulación del contrato notarial) o extintivo (nulidad sobrevinida del título ejecutivo, pago) o verdadera excepción (impugnación de un contrato notarial, de una letra de cambio). Se entiende en todo caso (cuando se trata de cumplir una *sentencia*) que debe tratarse de un hecho extintivo o impeditivo sobrevinido *después* de la sentencia, porque hacer valer frente a la demanda ejecutiva hechos extintivos anteriores a la sentencia, equivaldría a negar la voluntad de la ley declarada como existente en ésta, y a impedir la consecución del bien que según ésta es debido, lo cual priva la cosa juzgada (§ 2). Es cuestión difícil la determinar si a la demanda ejecutiva puede oponerse la excepción de compensación fundada en crédito anterior a la sentencia, pero, si la excepción de compensación consiste en poder realizar la extinción del crédito del actor produciendo efecto desde el día de la existencia simultánea de los dos créditos el ejercicio de este poder lo priva la cosa juzgada, según la cual, en el momento de la sentencia existe una voluntad de ley que garantiza el crédito al actor. (1) Queda salvo, claro está, el crédito que se habría podido oponer en compensación. Cuando se habla de *momento* de la sentencia, entiéndese para estos efectos aquel en el cual la discusión del pleito se ha cerrado. La desestimación puede tener lugar de oficio o también *ope exceptiones*. El órgano ejecutivo, incluso el simple ujier, puede recusar un acto de ejecución por inexistencia de título ejecutivo y también por extinción de la acción ejecutiva. Del rechazo del órgano ejecutivo puede nacer una cuestión que se resuelve en vía de conocimiento.

El modo normal de hacer declarar la inexistencia o la extinción de la acción ejecutiva es la *oposición* del deudor a la demanda de una medida ejecutiva. Esto tiene particular importancia cuando se trata de títulos ejecutivos contractuales, porque no habiendo tenido lugar en ellos una declaración de autoridad el campo de las excepciones oponibles a la demanda ejecutiva es mucho más amplia.

(1) En contra CUTURI *Trattato delle compensazioni*, 1909, pág. 303.

Apéndice al § II.

Referencias al derecho español.

Tampoco nuestra ley mantiene constantemente un concepto neto de la *excepción*. Admite la fundamental división de las excepciones en *dilatorias* y *perentorias*, pero confunde, a veces, con ajenas figuras procesales o, por lo menos, mal designa lo que es puramente una excepción.

Las excepciones dilatorias tienen en la Ley de Enjuiciamiento civil un procedimiento especial, y esa misma ley señala enumerando las que han de considerarse tales. Son:

- a) La incompetencia de jurisdicción.
- b) La falta de personalidad en el actor, tanto por carecer de las cualidades precisas para comparecer en juicio como por no acreditar el carácter o representación con que reclama.
- c) La falta de personalidad en el procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder.
- d) La falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter o representación con que se le demanda.
- e) La *litis pendencia* en otro Juzgado o Tribunal competente.
- f) El defecto legal en el modo de proponer la demanda.
- g) La falta de reclamación previa en la vía gubernativa, cuando la demanda se dirija contra la Hacienda pública.
- h) Cuando el demandante sea extranjero, la del arraigo del juicio en los casos y en la forma que en la nación a que pertenezca se exigiese a los españoles (1).

Las excepciones dilatorias deben alegarse antes de contestar a la demanda por medio de artículos de previo pronunciamiento, o al mismo tiempo de la contestación en cuyo caso no producirán

(1) Esto ha de entenderse en relación con las normas y tratados internacionales.

§ 12.

La identificación de las acciones (1)

I. *Concepto y aplicaciones.*—La identificación de las acciones comprende la complejidad de los motivos por los cuales, confrontada una acción con otra, reconócese idéntica o diferente. El problema se refiere a las acciones en su ejercicio y como la acción se ejercita con la demanda, identificación de las acciones significa identificación de las demandas. Pero los criterios para resolverlo deben estudiarse aquí ya que se derivan de la esencia de la acción.

Ejemplos. No pueden tener lugar dos decisiones diferentes *sobre la misma demanda* (Cód. civ. art. 1351). No pueden estar pendientes al mismo tiempo dos procesos *sobre la misma demanda* (Cód. proc. civ. arts. 104 y 108, Reg. gral. jud. art. 229). No puede *cambiarse la demanda* durante el curso del pleito (Cód. proc. civ. arts. 176 y 387, Reg. gen. jud. art. 256) especialmente en la apelación (Cód. proc. civ. art. 490). El juez en un pleito puede ser recusado cuando una cuestión *idéntica en derecho* debe decidirse en su interés (Cód. proc. civ. art. 116, núm. 4). La sentencia no puede pronunciar sobre cosa *diferente* de la demanda (art. 517, núms. 4 y 5). La demanda acógese también cuan-

(1) Refiérese a este tema toda la literatura acerca de los particulares problemas que le dominan, cosa juzgada, cambio de demanda, litispendencia, etc. Estudios del problema general: SCHMIDT, *Klagänderung (El cambio de la demanda)* Leipzig 1838; FISCHER, *Problem der Identität und Neuheit (El problema de la identidad y de la novedad)* en los escritos de la Universidad de Breslau por Ihering, 1892; HELLWIG, *Anspruch und Klagerrecht*, cit. §§ 10-15; ID. *Lehrbuch*, I, págs. 258, 272; CHIOVENDA, *Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium»*, en la *Legge*, 1903, pág. 2419 y sigs. reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, 1912, pag. 41 y sigs.

do el hecho jurídico en que se funda la pretensión ha sobrevenido durante el pleito, siempre que no se trate de demanda *nueva* (§ 5). La apelación incidental es necesaria para reproducir en segundo grado las peticiones *diferentes* de las estimadas que dieron lugar a la apelación principal (§ 84).

Normalmente el problema en estos casos es siempre uno. Donde está la excepción de cosa juzgada está generalmente la excepción de litispendencia. Donde tiene lugar la excepción de cosa juzgada no tiene lugar la excepción de cambio de la demanda y viceversa. Donde está prohibido a la parte separarse de la demanda inicial, con mayor razón lo está al juez.

Por consecuencia, la demanda judicial debe contener lo que es necesario para individualizarla o identificarla (art. 134, números 1, 2 y 3; § 41, III). La *exceptio inepti libelli* nos lleva al mismo campo de la *exceptio mutati libelli*, de la *exceptio litispenditis* y de la *exceptio rei judicatae* (1).

II. *Criterios*.—Dos acciones y dos demandas son idénticas cuando tienen todos los elementos comunes: *sujetos, objeto y causa* (§ 1). La diferencia de un solo elemento produce diferencia de acción (Cód. civ. art. 1351) (2).

(1) El paralelismo no es absoluto. Véase más adelante (§ 38, II) lo que se expone respecto de las relaciones entre *exceptio litis penditis* y *exceptio rei judicatae*. Véase además acerca de la relación entre cambio de la demanda y cosa juzgada; RÜMELIN, *Klageanderund und Rechtskraft*, en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 88, pág. 88 y sigs.; KILFE, *Zur Lehre von der Klageanderung*, 1899, Stuttgart, pág. 51 y sigs.

(2) Quiere decir: dos acciones que tengan un solo elemento diferente son dos individuos diversos entre sí, aunque la comunidad de otros elementos las haga afines. Puede haber entre dos acciones como entre dos individuos en general, más o menos afinidad, pero en cuanto al ser o no ser el mismo individuo no hay gradación posible. Por esto, admitir que una acción pueda *modificarse* en el proceso negando que pueda introducirse una acción *enteramente* nueva (como dicen los anotadores italianos de CROME *Parte generale del diritto francese*, pág. 392, nota A) implica una contradicción. La acción o es nueva o no existe. Admitir (¿y como negarlo?) que el *petitum* y la *causa petendi* son *elementos* de la acción y afirmar que no hay cambio de acción propiamente dicho, sino simple modificación cuando se cambia solamente el *petitum* o la *causa petendi* (véa-

pletoria aun cuando se tengan tantas acciones cuantos son, por ejemplo, los contribuyentes de un municipio, sólo puede tenerse una decisión porque cada uno de ellos obra como «sustituto procesal» del municipio (§ 36).

B) *Identidad del objeto (eadem res)*.—Identidad objetiva de las acciones significa en primer lugar identidad del acto que se demanda al juez (§ 2). El juez a quien se ha pedido la simple *declaración* no puede pronunciar *condena*. Aun más, puesto que tanto la condena como la declaración suponen la existencia del derecho, desechada la acción de declaración por falta del derecho, no podría ciertamente pedirse la condena.

Considerando el objeto mediato de la acción puede decirse que la identidad objetiva significa identidad del bien garantizado por la ley cuya actuación se pide: si el bien garantizado en un caso puede concebirse aún sin el bien garantizado en el otro, existe diversidad objetiva de acciones. Un bien puede encontrarse en la relación de más a menos con otro bien: es cuestión de hecho establecer cada vez si la negación de uno comprende la negación del otro: cuando el bien menor puede ser concebido no solo como *parte* del mayor sino también autónomo, la negación del mayor no implica necesariamente negación del bien menor.

Es preciso tener en cuenta que frecuentemente—con ocasión de la demanda de un bien que constituye *parte* de un bien mayor—puede surgir controversia acerca de si es debida la totalidad. En este caso el pleito se extiende necesariamente al todo, con la correspondiente extensión de la cosa juzgada y los correspondientes cambios de competencia. Esto ocurre en las relaciones continuadas (préstamo pagadero a plazos, intereses, cánones, alquileres, contribuciones) conforme los arts. 72-76 Cód. proc. civil §§ 27, 79, 93 (1).

gina 933. Fúndanse en la relatividad de la cosa juzgada y en el peligro de contiendas en daño de los socios extraños al pleito. El primer argumento contiene una petición de principio. Al peligro de las contiendas provee el derecho de intervención en pleito y la oposición del tercero.

(1) Pero la contienda surgida no debe ser *especial* a la parte solicitada. Pedido el importe de un plazo de arrendamiento, si surge cuestión sobre la existencia del arriendo se extiende a todos los plazos. Introdúcida dentro de puertas una cantidad de mercancías y discutiéndose si

En cuanto a los objetos *illiquidos* siempre son deducidos como tales en juicio. Si también la parte pide la liquidación en una cantidad determinada, objeto mediato de la demanda es siempre un objeto ilíquido, objeto inmediato la liquidación judicial. La determinación que hace la parte no es sino una fijación de límite máximo al poder del juez. Por lo mismo no hay cambio de demanda si la parte durante el juicio pide una cantidad mayor, sino únicamente una revocación de la fijación hecha antes. Que no se trata de verdadero cambio de demanda resulta del hecho de que —una vez juzgado sobre el *quantum* debido, no podría la parte en un juicio *posterior* pedir una cantidad mayor (§ 78 III), debe pues poderla pedir en el juicio mismo, ni hay razón alguna para estimar irrevocable la primera determinación hecha (1).

Puede ocurrir también que dos bienes exteriormente diferentes se presenten *económicamente* como equivalentes recíprocos (cosa, valor de la cosa). Las acciones aquí son diferentes por el objeto y por la naturaleza (una puede ser real, otra personal): el juez por su iniciativa no podría conceder una cosa en lugar de otra. Pero la parte puede pasar de una a otra demanda en el mismo proceso: la negación de un bien es negación del otro.

C) *Identidad de la causa (eadem causa petendi)*.—La *causa petendi* es el *hecho* constitutivo de la acción. La acción se individualiza por el hecho y no por la norma abstracta de ley. Por lo tanto el simple cambio *del punto de vista jurídico* (en el caso de que un mismo hecho pueda caer bajo diversas normas de ley) no implica diversidad de acciones; es lícito por lo mismo a la parte y al juez. Cambiando solamente el punto de vista jurídico no se evita la excepción de cosa juzgada.

está sujeta a impuesto de consumos, lo que se resuelva vale para todas las partidas posteriores de igual género (GALANTE, *Lezioni*, 2.^a ed. pág. 767). Gravado con el impuesto de R. M. un rédito de balance de S. A. y discutido si el rédito está sujeto a él la declaración sirve para todos los balances sucesivos. (Cas Roma 31 Dic. 1910, en la *Riv. di dir. pub.* 1911, II, página 195; en contra RICCARDI, allí).

(1) Conforme, la Cas. Florencia 19 En. 1911 en el *Foro Ital.* 1911, página 183, pero por razones enteramente arbitrarias (tratarse de un cambio de demanda que no perjudica al demandado) § 71, I.

La causa es un *hecho jurídico*: por esto también cuando se cambia el hecho simple o motivo (§ 11) pero para deducir de él *el mismo hecho jurídico*, no hay diversidad de acción, no hay cambio de demanda, perdura la excepción de cosa juzgada.

La prohibición de cambiar durante el pleito la *causa petendi* no excluye el derecho de valerse de una *causa superveniens* con tal de que ésta sea la misma causa afirmada como existente desde el principio (§ 5) puesto que una cosa es la afirmación de una *causa petendi* (para la cual debe tenerse presente el principio del pleito) y otra su subsistencia efectiva (para la cual debe tenerse presente el momento de cerrar la discusión).

Considerando nosotros la acción como el poder jurídico de pedir la actuación de la ley vemos como el hecho constitutivo de la acción está en la *existencia de una voluntad concreta de ley a actuar* y en la *existencia de un interés en su actuación mediante los órganos públicos*. Y en particular:

a) En las *acciones de condena*. La causa de la acción es la existencia de un derecho a una prestación y por lo mismo en último análisis se llega al *hecho constitutivo de este derecho*. Pero aquí vemos mediar una gran diferencia entre acciones reales y personales, puesto que no siempre la *causa petendi* coincide con el hecho que ha dado origen al derecho. La acción de reivindicación tiene por causa el derecho de propiedad; éste puede nacer en el propietario actual por hechos jurídicos diversos, pero es la propiedad, no la adquisición de la propiedad, la causa de la acción. La propiedad se presenta como un estado continuativo que se identifica plenamente mediante la cosa sobre la cual cae y esta relación universal con todos los hombres respecto de la cosa es la que se nos presenta como causa inmediata de la relación individual con el poseedor sin que pensemos la manera como ha nacido, sino como medio de probar su existencia. Es lo que los romanos quisieron expresar diciendo: *amplius quam semel res mea esse non potest* (1). Por lo tanto la causa en la reivindicación no es ninguno de los modos de adquisición sino el hecho actual de la propiedad: la cuestión *jurídica* radica siempre en la existencia del derecho de propiedad, aunque la cuestión lógica se haya limitado al punto de si ha o no existido por ejemplo una compra-

(1) L. 14, de *excep. rei judicatae*, 44, 2.

venta: no hay cambio de acción si se pasa de un título de adquisición a otro; en la citación podemos limitarnos a afirmar la propiedad: la excepción de cosa juzgada no cesa por el solo hecho de que se haga valer otro título (1). Lo mismo puede decirse de los demás derechos absolutos: nosotros vemos en el hecho actual de la existencia de un hombre la causa de los derechos de libertad o de personalidad sin pensar en su nacimiento, sino como medio de probar su existencia. Por el contrario, una relación entre hombre y hombre no es inherente a la existencia del hombre ni de una cosa, sino que nos aparece como derivada inmediatamente de un hecho determinado que es la *causa de la relación* y remotamente de la acción. Por esto, el hecho constitutivo acompaña constantemente la relación personal como medio necesario para su identificación: cambiado el hecho, cambia la acción (*saepius autem deberi potest*).

Otra cosa ocurre con la acción hereditaria. Esta se compone de dos elementos: el actor hace valer por una parte una voluntad de ley que garantizaba un bien a su causante, por otra, una particular relación en virtud de la cual esta garantía ha pasado a él; esta particular relación es el objeto específico de la acción hereditaria, y puede haber tantas acciones hereditarias cuantos hechos diversos constitutivos de tal relación se aduzcan (sucesión legal testamentaria, sucesión por el testamento A, por el testamento B).

b) En las *acciones constitutivas*. La causa de la acción es la existencia de un derecho potestativo y el hecho constitutivo de éste; si hay más hechos constitutivos del derecho de impugnación de un acto, tiénense otros tantos derechos y acciones de impugnación, aún cuando tiendan todos al mismo resultado. La voluntad

(1) Cuestión vivamente controvertida. Véanse: favorables a la opinión emitida en el texto FADDA y BENZA, notas A WINDSCHEID, I, p. 1194; en contra: SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, § 74; CROME, *Parte generale del diritto francese*, trad. it. cit. pág. 390 y sigs. CROME observa que el art. 1351 Cód. francés (art. 1351 Cód. italiano) no establece diferencias entre acciones reales y personales en cuanto a la *causa petendi*, pero hay en esto un círculo vicioso, porque precisamente lo que se trata de saber es qué debe entenderse por *causa petendi*. Véase para el derecho alemán WACH *Vorträge*, pág. 262, HELLWIG, I, § 37, I.

de impugnar que se refiere a una causa, no se refiere a otra (ni es lícito distinguir entre causas *próximas* o *no próximas*). Rechazada una acción de impugnación puede proponerse la misma impugnación por otra causa incluso de género próximo (por ejemplo; por otro vicio del consentimiento diferente del que se hizo valer en la primera acción); en apelación no puede hacerse valer una causa de impugnación, diferente de la que se hizo valer en primer grado (1); a los posibles inconvenientes de esta reiteración indefinida de juicios puede poner remedio el demandado pidiendo en vía reconvencional una sentencia que declare *válido* el acto en general (§§ 31 III, 92, 93). Con mayor razón el juez que pasa de una causa a la otra pronuncia *ultra petita* (2).

c) *En las acciones de declaración.* En cuanto a las acciones de declaración *positiva* debe repetirse lo que se ha dicho para las acciones de condena.

Pero en las acciones de declaración *negativa* debe observarse que la causa de la acción radica en la *inexistencia* de una voluntad de ley que garantice un bien al adversario. En particular en la acción general de declaración negativa que corresponde al demandado (§§ 1 y 11), la *causa petendi* está en la inexistencia de la voluntad de ley afirmada por el actor. Ahora bien, la inexistencia

(1) En contra Corte Ap. Turín 27 En. 1903 (*Giurispr. torinese*, 1903, 442).

(2) Ejemplos: demandados los hermanos por la hermana para la ejecución de un acto de asignación que le fué hecho en vida del padre, exceptuaron que ésta perjudicaba sus derechos de legítima: rechazó el juez la demanda de la actora; pero declarando la asignación nula por ser obtenida con dolo. La censura de *ultra petita* fué justamente estimada: tratábase aquí de una excepción correspondiente al demandado (Cas. Roma, 13 Sep. 1878, *Legge* 1879, I, 410). Fué solicitada la resolución de un contrato de suministros por haber cambiado las condiciones del suministro: estimó el juez la demanda, pero declarando inexistente el contrato por la falta de un objeto posible de convención; análoga censura justamente estimada Cas. Roma, 2 Mayo 1893. *Corte Suprema* 1893, II, 138). Los dos pleitos no tenían por objeto la simple inexistencia del negocio, sino la existencia de un derecho de impugnación, o sea de una determinada causa de remoción de los efectos jurídicos normales del negocio. Cambiaba pues el juez la *causa petendi* además de que en el segundo caso sustituía también un objeto (declaración de inexistencia) por otro (resolución).

del derecho no puede tener a su vez una causa con preferencia a otra; si se afirma la inexistencia del derecho por falta de un hecho y después por falta de otro hecho o por la presencia de un hecho extintivo, la acción es siempre única. Por esto el demandado puede pasar de una a otra defensa sin cambio de acción (1). Esta es también la razón por la cual en apelación pueden proponerse *nuevas excepciones* (Cód. proc. civ., art. 490). Así también afirmada la existencia de una acción, esto excluye de una manera absoluta su inexistencia; obsta la cosa juzgada a que se niegue en adelante la acción, aunque sea por un hecho *impeditivo* o *extintivo* diferente del que antes se ha hecho valer.

d) El hecho constitutivo de una acción comprende el hecho constitutivo del derecho y el constitutivo de la acción (§ 5), y cada uno de estos resulta ordinariamente de varios elementos y estos deben todos ser afirmados o probados por el actor, y no pueden modificarse o sustituirse por el juez. En la *actio mandati contraria*, por ejemplo, pertenece a la *causa petendi*, tanto la voluntad de obligarse de las partes como la operación en ejecución del mandato por la cual se pide reembolso o retribución. Si los elementos afirmados o probados por el autor no agotan todos los extremos de la acción intentada, sino que bastan para otra acción de contenido *no mayor*, no puede sin embargo ser negado al juez, como no sería negado a la parte, pasar de la una a la otra (*actio mandati*, gestión de negocio, cobro de lo indebido (2). El tener común dos acciones, un elemento de la *causa petendi*, no basta ciertamente para excluir su diversidad (acción previsorá o petitoria), pero basta cuando es aquel elemento el que confiere individualidad a la acción; en tal caso las dos acciones coinciden y solo se diferencian en el nombre: puede entonces haber concurrencia de *normas*, no de acciones.

III. Concurso de acciones y concurso de normas. Hay concurso de acciones diversas cuando

(1) Pedida la declaración de inexistencia de una servidumbre, hácese valer después la renuncia de la servidumbre que se afirmó ocurrida durante el pleito. No hay aquí *cambio de demanda*. En contra Cas. Florencia, 16 Jun. 1910 en la *Legge* 1910 pág. 2201.

(2) Cas. Turín, 23 Dic. 1898 (*Giur torinese*, 1899, pág. 136).

a) Se dan entre personas diversas, pero tienden a la misma cosa (como en las obligaciones solidarias, en la fideyusión).

b) Se dan entre las mismas personas y tienden a la misma prestación, pero tienen diferentes *causas* (acción posesoria y petitoria, acción derivada de la letra de cambio y acción derivada de la relación fundamental, acción contra el vendedor para la entrega de la cosa derivada de la venta y derivada del derecho de propiedad transmitido con la venta).

c) Se dan entre los mismas personas, y tienden a *diferentes* prestaciones, pero dirigidas a un solo fin económico (concurso alternativo, *actio redhibitoria quanti minoris*), y puede darse también concurso entre el derecho a la prestación y el derecho a la actuación de la ley mediante los órganos públicos (acción, acción ejecutiva).

La especialidad de estas acciones estriba en que *pueden ser satisfechas sólo una vez*, sin que esto suprima su *diversidad*. De ahí deriva una serie de consecuencias diferentes en los distintos casos:

En los casos a) y b) el actor puede hacer valer una u otra acción separadamente; en tal caso, hay cambio de demanda, si se pasa de la una a la otra; la decisión sobre una no produce cosa juzgada; en cuanto a la otra, salvo cuanto hemos dicho antes acerca de los derechos potestativos. Las dos acciones pueden encontrarse en relación de ejercitarse una antes que la otra, pero no al contrario (concurso *sucesivo*). Así la posesoria puede ejercitarse antes que la petitoria; pero ésta excluye a aquélla (Cód. Proc. Civil, art. 403). Pero el actor puede también hacer valer las dos acciones en un solo juicio, siempre que esta acumulación no esté prohibida (como ordinariamente ocurre con la petitoria y la posesoria (art. 445).

En el caso c), el actor puede promover una acción, y en el mismo juicio pasar a otra sin cambio de demanda. Puede también proponer las dos acciones unidas: la una, en términos de subordinación a la otra, o alternativamente. De ordinario, en las obligaciones alternativas cuya elección corresponde al actor, la que se haga de una acción, excluye la otra. En este sentido se dice que el ejercicio de una acción puede extinguir la acción concurrente. Otras veces la misma sentencia puede recaer sobre dos objetos alternativamente (condena a restituir la cosa o el valor).

B) *Concurso de normas únicamente*, tiénese cuando el mismo

Diferente de los casos examinados hasta aquí, es el concurso de varias *demandas* fundadas en presupuestos de hechos incompatibles entre sí. No pudiendo ser fundadas ambas, el concurso de esas demandas no tiene sustancial importancia. Queda únicamente en pie la cuestión procesal de si es o no lícito y hasta qué punto la acumulación de tales demandas: cuestión que será tratada en su lugar (§ 70) (1).

del demandado, el juez estimó que en realidad se trataba de responsabilidad por violación de la obligación contractual de garantizar la inmunidad por la enfermedad del niño, e inútil investigar si el hecho ocurrió por culpa del arrendatario (Corte. Ap. Turin, 2 Feb. 1900, *Legge*, 1900, II, 20). Admitió en los motivos la Cas. Turin la *ultra petita*, 31 Dic. 1900, *Legge*, 1901, I, 295, pero sin razón. Uno era el hecho dañoso: del hecho mismo en ejecución del arrendamiento de obra se derivaba el daño: una, por lo tanto, la responsabilidad que podía ser objeto de acción. Podía discutirse si el vínculo contractual calificase realmente el hecho dañoso (responsabilidad sin culpa); pero ya que el juez estimaba que sí, debía declarar de oficio responsable al demandado por el hecho calificado, y no por simple hecho ilícito. Quien quiere sacar partido de la calificación debe afirmarla y probarla si no está afirmada por el adversario: corresponde, por ejemplo, al demandado, afirmar y probar que la cosa dañada por él le estaba confiada en depósito, para huir de una mayor responsabilidad; pero así como el juez debería aplicar de oficio la norma del art. 1843, Código Civil, aún cuando el depósito fuese afirmado sólo por el actor, así en especial el juez debía declarar la responsabilidad contractual (más grave según él), y no otra, porque el hecho calificado (entrega de niño enfermo para amamantar) estaba afirmado por el actor, y si éste no lo hacía valer como fuente de responsabilidad más grave era a causa, según el juez, de un error de derecho. Ni puede decirse que el particular pueda constreñir al juez a aplicar a un hecho una norma de ley que no le corresponde, aunque sea más favorable al demandado, a menos que la misma ley le deje la elección entre varias normas o él se refiera a una derogación de la norma más rigurosa, lícitamente convenida entre las partes.

(1) WETZELL, *Sistema*, p. 843.

Apéndice al § 12

Referencias al derecho español

Marca perfectamente la ley de enjuiciamiento civil la diferenciación entre *acumulación de acciones*, y *acumulación de autos* dedicando a cada uno de estos problemas sección aparte (Tít. IV del Libro I).

Acumulación de acciones.— El actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de títulos diferentes, *siempre que aquellas no sean incompatibles* entre sí; y serán incompatibles:

a) Cuando se excluyan mutuamente, o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra.

b) Cuando el juez que deba conocer de la acción principal sea incompetente, por razón de la materia, o de la cuantía litigiosa para conocer de la acumulada.

c) Cuando con arreglo a la ley deban ventilarse y decidirse las acciones en juicio de diferente naturaleza.

Las acciones que uno tenga contra varios individuos, o varios contra uno, podrán ejercerse simultáneamente acumuladas, siempre que nazcan de un mismo título, o se funden en una misma causa de pedir.

La acumulación no puede admitirse después de contestada la demanda, quedando a salvo el derecho del actor para ejercitarlo en el juicio correspondiente.

El efecto fundamental de la acumulación de acciones, es el de discutirse todas en un mismo juicio, y resolverse en una sola sentencia.

Acumulación de autos.— Solo puede tener lugar por las causas siguientes:

a) Si la sentencia que haya de dictarse en uno de los pleitos

cuya acumulación se pida, produce excepción de cosa juzgada en el otro.

b) Si en juzgado competente pende pleito sobre lo mismo que es objeto del que después se ha promovido.

c) Si hay un juicio de concurso o de quiebra, al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda.

d) Si hay un juicio de testamentaria o abintestato al que se halla sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción de las declaradas acumulables a estos juicios.

e) Cuando de seguirse separadamente los pleitos, se divida la continencia de la causa; y se entiende que se divide para estos efectos:

1.º Cuando haya entre los dos pleitos identidad de *personas, cosas y acción*.

2.º Cuando haya identidad de *personas y cosas*, aun cuando la acción sea diversa.

3.º Cuando haya identidad de *personas y acciones*, aun cuando las cosas sean distintas.

4.º Cuando las acciones provengan de una misma *causa*, aunque se den contra muchos y haya, por consiguiente, diversidad de personas.

5.º Cuando las acciones provengan de una misma *causa*, aunque sean diversas las personas y las cosas.

6.º Cuando haya identidad de *acciones y de cosas*, aunque las personas sean distintas.

Son acumulables entre sí los juicios ordinarios, los ejecutivos, los interdictos, y en general los que sean de la misma clase, siempre que concurra alguna de las causas enumeradas. Pero no son acumulables los juicios ejecutivos entre sí, ni a juicio universal, cuando solo se persigan los bienes hipotecados, salvo lo dispuesto en la ley hipotecaria a este respecto Y en dichos juicios ejecutivos no será obstáculo para la acumulación, cuando proceda, el que haya recaído sentencia firme de remate: para este efecto no se tendrán por terminados mientras no quede pagado el ejecutante, o se declare la insolvencia del ejecutado.

La acumulación puede pedirse en cualquier estado del pleito, antes de la citación para sentencia definitiva, pero no son acumu-

lables los autos que estuvieren en diferentes instancias, ni los ordinarios concluidos para sentencia.

El procedimiento a seguir en la acumulación de autos es diferente según que se sigan ante un mismo juez o ante jueces diversos: véanse los arts. 168 y sigs. de la L. E. C.

El efecto de esta clase de acumulaciones es el de seguir en un solo juicio los autos acumulados y terminar por una misma sentencia.

Para completar la referencia legislativa a este capítulo pueden verse también el art. 1252 del Código Civil, relativo a la presunción de cosa juzgada.

TERCERA PARTE

Los presupuestos procesales.

LIBRO PRIMERO

Órganos del Estado en el proceso.

CAPÍTULO PRIMERO

La jurisdicción (1).

§ 13

Concepto y límites de la jurisdicción (1)

I. *Concepto*.—Cuanto llevamos dicho hasta aquí acerca del destino del proceso nos permite comprender mejor y definir en sí misma la función pública que en él se desarrolla: la *jurisdicción* (§ 2).

La soberanía es el poder inherente al Estado, o sea a la organización de todos los ciudadanos para fines de interés general.

(1) Véase § 3.

(2) BETHMANN - HOLLWEG, *Röm. Civilprozess.*, § 71; WETZELL, *System*, pág. 514; WLASSAC, en Pauly Wissowa, voz *Cognitio*; sobre el *ius dicere* BEKKER, en la *Rivista della Fondazione Savigny*, 1906, parte romanista, págs. 1 y sigs.; GILLOT, *De jurisdictione et imperio*, París, 1538; ANSALDO, *De jurisdictione*, 1643; HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire*, cap. VI; KAEMPFE, *Die Begriffe der Jurisdictio*, 1876; DUGUIT, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, en la *Revue du Droit Public.*, 1906, pág. 413; PISANELLI, MANCINI y SCIALOJA, vol., I, parte primera; PALMA, *Diritto costituzionale*, vol. II, sec. 2.^a, cap. VIII; MORTARA,

Pero este poder único comprende tres grandes funciones: *legislativa, gubernativa (o administrativa) y jurisdiccional*.

Todas se refieren al Estado: en particular emana exclusivamente del Estado la jurisdicción. Ya no se admite hoy que personas o instituciones diferentes del Estado constituyan jueces, como ocurría en otras civilizaciones, particularmente en favor de la Iglesia, cuyos jueces pronunciaban sobre muchas materias (especialmente en las relaciones entre eclesiásticos), incluso con efectos civiles. El principio contenido en la Constitución (art. 68): *la justicia emana del Rey y es administrada en su nombre por los jueces que Él instituye*, no significa precisamente sino la exclusiva pertenencia de la jurisdicción a la soberanía del Estado (residiendo en el Estado soberanía y jurisdicción (1)).

Commentario, I; ORLANDO en el *Trattato di Dir. amm. ital.*, vol. III; CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giust. amm.*, I, págs. 94 y siguientes; VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti cittadini verso l'autorità amministrativa*, en el *Trattato* de ORLANDO; SCIALOJA V., *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, en la *Giustizia amministrativa*, 1901, parte cuarta, pág. 61; SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, § 14; CHIOVENDA, *L'azione*, págs. 26 y sigs., en nota; CALDA I *concetti di giurisdizione e d'azione*, 1910; BRUSA C. F., *Azioni commerciali*, en el *Commentario al Cod. di Comm.* de Vallardi, págs. 21 y siguientes; LONGHI S., *Repressione e prevenzione nel diritto penale attuale*, 1911, págs. 476 y sigs.; GRISPIONI, *La natura giuridica dei provvedimenti relativi alle persone penalmente irresponsabili*, en la *Riv. di Dir. e Proc. Pen.*, 1911; CARUSO-INGHILLERI D., *Il contenzioso d'annullamento degli atti amministrativi*, en la *Riv. di Dir. Pubbl.*, 1911, I, págs. 516 y siguientes; WACH, *Handbuch*, I, págs. 47 y sigs.; 314, 321 y sigs.; BERNATZIR, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft (jurisdicción y cosa juzgada sustancial)*, págs. 1 y sigs.; LABAND, *Staatsrecht* (4.^a ed.), II, págs. 160 y sigs.; MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, §§ 7, 8, 12 y sigs.; BAHR, *Lo Stato secondo il diritto*, trad. it. de OLIVIERI (Bibliot. de ciencias políticas, serie 1.^a, vol. VII), § 17, FISCHER, *Die Verfassung Englands (La constitución de Inglaterra)*, libro 5.^o; DE FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*, vol. I, pág. 7 y sigs.

(1) Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, art. 3.^o Ley Napolitana abolutiva del feudalismo, 2 Ag. 1806: «Todas las jurisdicciones hasta ahora baronales, y cualesquiera rentas que hayan sido anexas a ellas, quedan reintegradas a la soberanía, de la cual serán inseparables.»

En los Estados confederados, puede haber jueces de los Estados particulares y jueces de la Confederación: Por ej.: en Alemania y en Suiza los Estados particulares constituyen y proveen los jueces de los Tribunales inferiores, el Imperio y la Confederación, los del Tribunal Supremo (*Reichsgericht, Bundesgericht*). Pero como los particulares Estados pertenecen a un todo único cuya soberanía es superior a las soberanías particulares, los diversos jueces considéranse pertenecientes a un Estado único: p. ej.: a los efectos de la ejecución recíproca de sus sentencias (1).

Entre las tres funciones de la soberanía observamos una separación conceptual más o menos clara, pero frecuentemente difícil de determinar. Si la contraposición es bastante sencilla entre función legislativa y jurisdiccional, porque corresponde a aquélla *poner* las normas reguladoras de la actividad de los ciudadanos y de los órganos públicos (§ 1), y a ésta *actuarlas* (§ 2), es menos fácil definir la diferencia entre administración y jurisdicción de manera que sea adaptable a todos los casos, porque también la administración puede contraponerse a la legislación como actuación de ley.

Examinando la diferencia de las *funciones*, no se puede, sin petición de principio, resolver la cuestión mirando a los *órganos* que de ellas están investidos. Ciertamente, como veremos, que habitualmente las dos funciones están confiadas a órganos diversos, pero no siempre: hay órganos jurisdiccionales con funciones administrativas (jurisdicción voluntaria) y órganos administrativos con función jurisdiccional (p. ej.: el ministro, en cuestiones de quintas y de Aduanas). Y la importancia práctica de la cuestión consiste frecuentemente en determinar si un funcionario tiene función

(1) Según el § 161 de la ley de Organización judicial alemana, las sentencias de un Estado son ejecutorias sin más requisitos en los demás Estados del Imperio. Conforme la Constitución Federal Suiza, art. 61, las sentencias dadas en un cantón deben tener ejecución en toda Suiza; pero las particulares leyes cantonales difieren en cuanto a la necesidad de una especial otorgación de la ejecutoriedad que algunas requieren] (ej.: Ginebra, 1891, art. 479; Vaud, 1869, art. 519, y ley 16 Mayo 1891, 6 Sep. 1900; Friburgo, 1849, art. 653; Grisonas, 1871, art. 305); otras no (ej.: Argovia, 1900, § 378; Berna, 1888, § 388; Lucerna, 1895, § 330; Zurich, 1874, § 751, pero dejando a salvo alguna la cuestión de competencia y otras).

jurisdiccional, aunque orgánicamente pertenezca a la administración (1).

Tampoco las *garantías exteriores* de la función (independencia del funcionario, formas procesales, contradictorio, discusión) pertenecen a la esencia de la jurisdicción, porque puede tenerse una jurisdicción que carezca de ellas, y viceversa: actos administrativos rodeados de iguales garantías.

Así también deben rechazarse las definiciones de la jurisdicción que se funden en los modos de entender el destino del proceso que antes llamamos unilaterales (§ 2).

Mas generalmente suele decirse que el acto jurisdiccional, presupone siempre relaciones jurídicas ya existentes y se propone la reintegración de derechos subjetivos lesionados, mientras que el acto administrativo, debiendo proveer a la consecución de una de las variadísimas utilidades económicas y morales de orden colectivo, tiende ordinariamente a regular las relaciones de hecho conforme a esta utilidad general. Dedúcese de aquí que el juez sigue necesariamente un puro procedimiento lógico, consistente en la aplicación de una precisa norma de ley al caso concreto: por el contrario, la administración hace todo lo que cree conforme al interés público (poder discrecional). Dedúcese también que la actividad del juez es siempre una actividad imparcial, mientras que la actividad administrativa está siempre inspirada por la consideración *unilateral* del interés público.

Esto corresponde a lo que ocurre en el mayor número de los casos, pero no es rigurosamente exacto. Por una parte también el administrador puede tener delante una norma precisa de ley que aplicar; por otra, también el juez puede tener poderes discretionales (Cód. Civ., arts. 544 y 578, Cód. Proc. Civ., art. 363); ni debe creerse que el administrador tenga una absoluta *libertad de obrar*, en el sentido ilimitado de la palabra, ya que está siempre *obligado a hacer lo que le parezca conforme a la utilidad del Estado*: en esta libertad intelectual de apreciación consiste el

(1) La cuestión se ha agitado mucho en Italia, particularmente desde el año 1890, para establecer la naturaleza de la función, de la Sección IV del Consejo de Estado (§§ 16-17). La ley 7 Marzo 1907 ha puesto término a la discusión acerca de este punto, reconociendo a la IV Sección del Consejo de Estado (además de la V) carácter jurisdiccional.

nión dominante (1). Nosotros, al contrario, nos hemos adherido a él (2), pero nos ha parecido que el concepto merecía ser mejor determinado (3), puesto que, verdaderamente, tanto el acto de voluntad como el juicio lógico, considerados *en sí mismos*, sólo pueden tener un valor constante y único.

Nos parece que la característica de la función jurisdiccional es la *sustitución* de una actividad pública a una actividad ajena. Esta sustitución tiene lugar de dos maneras correspondientes a los dos

(1) En las *Lezioni di diritto giudiziario*, cit. 1902, 1903, Roma, lit., páginas 119 y sigs. Las consideraciones de SIMONCELLI pueden resumirse en estas tres proposiciones:

1.^a «El acto jurisdiccional y el acto administrativo difieren por el *fin*, »que en el primero es predominantemente la utilidad privada, y en el segundo la utilidad pública.» Pero en la jurisdicción penal, ¿no prevalece »la utilidad pública?»

2.^a «Difieren por los *medios*, en cuanto se fundan ambos en un silo- »gismo; pero la premisa mayor del silogismo, que es base del acto juris- »diccional, es una norma de ley, mientras la mayor del silogismo, que es »base del acto administrativo, es dada por el fin y por la utilidad del »Estado, valuada en el caso concreto por la voluntad libre del administra- »dor.» Acerca de esto, sirva cuanto dijimos antes.

3.^a «Difieren por los *efectos*, porque el acto jurisdiccional regularmente »no produce efecto más que entre las partes litigantes (incluso en los casos »del art. 544 y 578 Cód. Civ.), mientras que el acto administrativo actúa »la utilidad de todos, y refiérese a todos los ciudadanos interesados». Pero —aparte de las objeciones que se pueden hacer a este modo de entender la cosa juzgada (§ 80)—, esta diferencia no se refiere a la naturaleza de las funciones, sino a la esfera en que habitualmente se desarrollan, para la una privada, para la otra pública. Además, una decisión jurisdiccional que anulase (y, a veces, también confirmase) un acto administrativo, »tendría la misma extensión que éste.

(2) *Azione*, cit. pág. 34, nota.

(3) Hemos tratado de hacerlo ampliamente en nuestro curso de Derecho Procesal (1903-1904) en Bolonia, litogr. págs. 134 y sigs.); más brevemente en nuestro estudio *Cosa giudicata en competenza e los Scritti giuridici*, en honor de CARLOS FADDA, vol. II, 1906, reprod. después en los *Nuovi saggi di Dir. proc. civ.*, 1912, págs. 67 y sigs. Cuanto decimos en el texto no es sino la repetición de lo que dictamos y escribimos entonces. Conceptos afines vense también en ROCCO, *Sentenza civile*, 1906, pá-

hecha antes (§§ 2, 4 y 6) o sea que la sentencia es esencialmente formulación *de la voluntad del Estado* respecto de la cual el razonamiento tiene oficio meramente preparatorio.

Nótese que a veces la administración juzga de la actividad propia pero en vista de una actividad ajena, y viceversa cuando el juez pronuncia un juicio acerca de la actividad ajena juzga al mismo tiempo de lo que él mismo debe hacer: juzga si tiene la obligación de proveer en el fondo (por ejemplo si es competente) y juzga de lo que debe hacer para sustituir la actividad ajena, corregirla o repararla. Pero en la administración predomina el juicio sobre la actividad propia y en el juez el juicio sobre la actividad ajena (1).

Así puede hablarse de una diversa *acentuación*. El juicio correspondiente sobre la actividad ajena en el administrador no es sino una de las determinantes de la voluntad y de la actividad administrativa, y por lo mismo meramente ocasional, superficial y provisional: mientras que en el juez es un juicio reflejo, especial del cual la actividad posterior del juez no es sino la consecuencia (2).

(1) Ya observamos (§ 3) e insistiremos más adelante que el juicio que el juez emite sobre la propia actividad (por ejemplo: sobre la competencia no tiene la misma naturaleza e importancia que el juicio sobre el fondo.

(2) Ciertamente es fácil aquí recaer en lo indeterminado especialmente en el campo de la tutela cautelar o preventiva del derecho. El pretor que ordena un embargo o provee contra un daño temido u obra nueva, aparenta desarrollar una actividad semejante intrínsecamente a la del agente de la fuerza pública que impide robar a un ladrón o a la del alcalde que ordena el derribo de una casa ruinoso y obliga al propietario a hacer las reparaciones con amenaza de realizarlas de oficio. También es posible una distinción en estos casos.

El agente de la fuerza pública tiene por misión defender el orden público; por lo mismo no juzga el acto del ladrón que intenta robar, para establecer si verdaderamente se trata de una tentativa de hurto, sino sólo para determinarse a intervenir impidiendo el hurto que cree inminente. Corresponderá al juez penal establecer si se trataba propiamente de una tentativa de hurto y, caso afirmativo, castigarlo: El alcalde tiene por misión tutelar la seguridad de los inquilinos, de los transeuntes, de los propietarios próximos, contra las casas que amenaza peligro e impedir el

Hay, pues, una fundamental diferencia entre las decisiones meramente administrativas y las jurisdiccionales; entre el *recurso jerárquico* y la *acción*. La decisión administrativa puede devenir definitiva porque no haya un superior a quien recurrir o porque no se recurra dentro del término establecido; pero siendo una declaración de lo que la administración cree que debe hacer en cuanto *se considere* o no obligada a hacer, es por su naturaleza *revocable* a no ser que haya dado origen a derechos ajenos (1). Una deuda puede derivarse de un acto administrativo irrevocable, pero este acto no afirma la existencia de la deuda anterior al acto mismo, ni que la administración tuviese derecho de constituirla, sino que la decisión jurisdiccional afirma la preexistente voluntad de la ley de que la prestación se realice o el derecho a la prestación se constituya, produce la cosa juzgada, es irrevocable, frente a las partes y al juez (2). Por lo demás, en cuanto a su funcionamiento interno, la jerarquía administrativa y la jurisdiccional actúan de la misma manera. El superior no tanto juzga de la actividad del inferior como de la actividad debida por la administración por la cual él mismo obra. El juez de apelación no juzga la actividad del juez de primer grado, sino la misma actividad de la parte, de la que ha juzgado el primer juez. Acerca de la función de la casación véase § 20, II.

Pero de cuanto se ha dicho dedúcese que puede muy bien concebirse una jurisdicción basada en actos administrativos. Tiénese ésta cuando existe una verdadera *sustitución* de órganos del

deslucimiento que ocasiona a la ciudad una ruina. Por eso juzga el peligro, no tanto para establecer si el propietario está o no obligado a reparar su casa, como para saber si a él le corresponde impedir, en interés público, una ruina que verdaderamente amenaza.

Por el contrario el juicio del pretor, aunque provisional, refiérese en primer término a la actividad debida por otros, a lo que otros deben hacer o no hacer.

(1) FORTI, *La revocabilità del decreti emessi su ricorso gerarchico* en el *Foro Ital.* 1907, III, pág. 48; CAMMEO, *Comment.* págs. 176, 177.

(2) La cosa juzgada es *efecto* característico y exclusivo de la decisión jurisdiccional, pero es preciso prescindir de esto cuando se busca la *esencia* de la jurisdicción, si no se quiere caer en un círculo vicioso. LONGHI, *Repressione e prevenzione*, cit. pág. 749.

Estado a órganos del Estado, al afirmar la existencia o inexistencia de una voluntad de ley o al cumplirla, de manera que unos juzguen la actividad debida por los otros, obren en lugar de los otros. Es difícil determinar en la práctica cuando se da esta sustitución; y para señalar la intención de la ley podrán aprovecharse y ayudar incluso aquellos criterios que antes hemos visto que eran inadecuados para significar la *esencia* de la jurisdicción, como la posición del órgano juzgador y las formas y garantías de procedimiento; ayudará sobre todo la naturaleza de la cuestión, porque si de la ley resulta que se ha querido conceder una verdadera acción, debe corresponder a ésta la existencia de una jurisdicción (1).

En vista de esto, podemos decir que: *la jurisdicción consiste en la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos a la actividad ajena*, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica (2).

(1) Cuando el órgano juzgador sea un órgano indudablemente administrativo, la cuestión es aún más grave (por ejemplo decisiones de los ministros en materia de quintas y de aduanas). En estos casos debe tenerse en cuenta también la naturaleza de los órganos que han pronunciado en primera instancia: si estos son jurisdiccionales también en segunda instancia se trata de jurisdicción.

No es necesario poner de manifiesto la importancia práctica que tiene considerar una decisión como administrativa o como jurisdiccional: ya sea por los efectos diferentes de cada una, ya por las diversas normas que rigen su impugnación.

(2) GALANTE, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2.^a ed. pág. 263, declarando seguir nuestro concepto de jurisdicción termina luego por confundirlo con el de MORTARA que es muy diferente. También MORTARA, *Principii di proc. civ.* pág. 25 ha hablado de *sustitución*, pero en un sentido opuesto al nuestro o sea en el sentido de que el magistrado sustituye la falta de consentimiento del ciudadano pronunciando «un consentimiento forzoso *en lugar y nombre* del ciudadano reacio». Además de esto MORTARA excluye de la jurisdicción gran parte de las actividades ejecutivas y ve en la ejecución ejercicio de función jurisdiccional en tanto en cuanto está llamada a «*constreñir al particular a emplear* para el cumplimiento (de sus obligaciones) una cantidad de bienes genéricos de valor adecuado o los particulares bienes designados al fin especialmente por la ley o por el contrato» (*Comment.* 1, 4.^a ed. núm. 162 al final).

II. *Límites, jurisdicción y ejecución* (1). Según esta definición también la ejecución forzosa es jurisdicción, puesto que en ella precisamente se da la actuación de la ley mediante una sustitución de actividad. Por consecuencia los órganos ejecutivos son órganos jurisdiccionales en cuanto sean autónomos en su oficio, comprendidos también los órganos judiciales (ujieres), que el artículo 41 Código procesal civ. hace autónomos frente a los jueces.

Es preciso ligar la ejecución con el objeto final del proceso. No solamente cuando en el curso de la ejecución surgen discusiones que es preciso resolver, sobre la existencia de la acción ejecutiva o sobre las particulares medidas ejecutivas, se tiene jurisdicción, sino que la aplicación misma de las medidas ejecutivas es jurisdicción porque se dirige a la actuación de la ley. La aplicación de estas medidas hállese repartida entre el juez y el ujier: hay procedimientos ejecutivos que se desarrollan únicamente por obra del ujier, sin intervención de juez (Cód. proc. civ. art. 643): en esto la actividad del juez y del ujier son evidentemente idénticas, tanto una como otra son actuación autoritaria de la ley y si hay diferencia entre las dos es diferencia cuantitativa, no cualitativa, porque el juez tiene funciones más difíciles e importantes, el ujier más simples y mecánicas.

En cambio en la doctrina italiana domina la opinión de que la ejecución es mero ejercicio de imperio, es función administrativa y que la jurisdicción se limita al conocimiento y se agota con la sentencia. Se comprende esto dado el concepto de jurisdicción, aún muy generalizado (definición de controversias). Pero no es necesario tratar de justificar este concepto con ideas romanas conexas a la particular organización de los romanos (2). Sólo en el derecho común se ha desarrollado el principio: *jurisdictio in sola notione consistit*, aceptado después por la doctrina italiana y francesa. No debemos hoy contraponer *imperio* y *jurisdicción*, como cosas cualitativamente diversas, ya que la jurisdicción no es sino

(1) Véase CHIOVENDA, *L'azione*, pág. 26 y sigs. y los autores allí citados.

(2) Véase CHIOVENDA, *L'azione*, pág. 30 y los allí citados. Acerca del concepto originario del *jus dicere*, véanse las observaciones de BEKKER en la *Riv. della fondazione Savigny*, parte romanista, 1906, pág. 1 y sigs.

un complejo de actos de imperio agrupados para un cierto fin que lo caracteriza.

En Alemania es tradicional la doctrina de que la ejecución es jurisdicción (1). Por esto, cuando se trató de acoger el principio francés de la autonomía de los ujieres, muchos lo combatieron como puerta abierta a la «justicia de gabinete», dadas las pocas garantías de independencia de los ujieres (2). Acogido aquel principio, la doctrina dominante atribuye al ujier carácter jurisdiccional (3).

Mas adelante (§ 18 y sigs.), veremos cuales son las diversas funciones que integran el contenido de la jurisdicción, y a que órganos están confiadas.

De cuanto hemos dicho hasta aquí, resulta que *jurisdicción y proceso* son conceptos correlativos ya que este es el campo en que aquella se desarrolla. Pero no toda persona pública que interviene en el proceso es órgano jurisdiccional (§ 24), ni siquiera todo acto de ejecución de una declaración procesal es jurisdicción (véase § 10).

III. *Extensión de la jurisdicción.*—Como función de soberanía la jurisdicción llega a donde llega la soberanía. Pero como la jurisdicción es actuación de la ley, no puede haber *sumisión a la jurisdicción*, sino donde pueda haber sumisión a la ley: y viceversa *de ordinario*, donde hay sumisión a la ley hay sumisión a la jurisdicción. De aquí que el mismo Rey en cuanto está sometido a la ley civil (Estatuto, art. 20), está sometido a la jurisdicción civil, salvo la representación especial suya, atribuída al Ministerio de la Real Casa, (Cód. proc. civ. art. 138) (4).

(1) Véase KAEMPFE, *Die Begriffe der Jurisdiction (El concepto de la jurisdicción)*, 1876, pág. 237.

(2) Véase WIEDING, *Der justinianische Libellprozess*, 1865, pág. 27 y sigs.

(3) WACH, págs. 314, 321 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed., págs. 201, 202; en contra PLANCK, *Lehrbuch*, II, pág. 261.

(4) Esto no es propio del derecho moderno. Vemos por ej. al rey de Francia citado por cuestiones particulares ante el Parlamento y sometido a sus sentencias hasta el punto de sufrir la ejecución forzosa patrimonial. Véase GLASSON, *Le roi grand justicier*, en la *Nouvelle Revue historique*, 1902, pág. 717.

Este paralelismo entre legislación y jurisdicción, dentro de los límites territoriales de la soberanía, no desaparece cuando aparentemente en los juicios del interior se aplica la ley extranjera: en realidad, el juez italiano aplica siempre la ley italiana. Todo Estado debe reconocer a los demás Estados como soberanos dentro de los límites de sus respectivos territorios; en cumplimiento de este deber genérico internacional, todo Estado civilizado aunque en medida diferente, reconoce la actividad realizada por los demás Estados en el ejercicio de su soberanía, sin detrimento de la propia. En cuanto a la actividad *legislativa*, las normas preliminares del Cód. civ. arts. 6 y 12, señalan los límites dentro de los cuales el legislador italiano *reconoce* el derecho extranjero como norma de relaciones que interesan tanto a los extranjeros como a los nacionales. En virtud de estas *normas de aplicación*, el juez aplica derecho extranjero pero como derecho *nacionalizado* y no como derecho extranjero: el reconocimiento del derecho extranjero, consiste en que estas normas abstractas de *aplicación*, hagan posible un número indeterminado de voluntades concretas de la ley interior, las cuales asumen su contenido del derecho extranjero, pero la voluntad que el juez actúa, sólo puede ser voluntad del Estado del cual es órgano (§ 3). En cuanto a los nacionales, la voluntad de la ley extranjera deviene en concreto voluntad de la ley interior por el solo hecho de entrar aquellos en relaciones, que según la ley interior, están reguladas por la extranjera. Pero aún cuando se habla de extensión de la jurisdicción *a los extranjeros* debe tenerse en cuenta que ésta no es sino la consecuencia de la existencia *en el Estado* de una ley que obliga a los extranjeros: que el legislador puede obtener de dos maneras, dictando normas que obligan *también* a los extranjeros (p. ej., relativas a bienes inmuebles), o haciendo propia la ley extranjera y garantizando su aplicación en el Estado. A esto provee en abstracto el Código civ. (art. 6 y sigs. disps. prels.); el Cód. de proc. determina las circunstancias por las cuales se da *en concreto* la asunción de la ley extranjera a ley del Estado respecto del demandado extranjero (obligaciones nacidas en el Reino, reciprocidad, residencia en el Reino, etc. arts. 105 y 106).

La persona del extranjero, como tal, no goza por lo tanto, de ninguna *exención* de la jurisdicción.

Por una costumbre nacida de consideraciones internacionales

están considerados *exentos* de la jurisdicción del Estado, los Estados extranjeros, los jefes de los Estados extranjeros, los agentes diplomáticos y sus familias, (y en virtud de tratado, los miembros de los tribunales arbitrales internacionales en el ejercicio de sus funciones), salvo para algunas relaciones privadas, como las acciones sobre bienes inmuebles situados en el Estado. Puede suceder, pues, que se tenga una voluntad del Estado para actuar, pero no el poder de pedir su actuación: ésta sólo podrá pedirse ante los tribunales del Estado extranjero, en cuanto las leyes de éste se presten a asumir como propia aquella voluntad (1).

Falta de jurisdicción puede significar, pues, varias cosas.

1.º Falta de poder jurisdiccional en un cierto órgano respecto de otros órganos del mismo Estado.

2.º Falta de poder *en todos los órganos* de un Estado por defecto de una voluntad de ley para actuar.

3.º Falta de poder *en todos los órganos* de un Estado, en virtud de la exención de que goza el demandado.

Quien goza de la exención como demandado *puede renunciar*

(1) Para un análisis preciso y riguroso acerca de la naturaleza jurídica de la exención de los Estados. (sumisión potencial de todos los Estados el uno a la jurisdicción del otro, pero exención concedida en virtud de una norma de derecho internacional, determinada por razones de conveniencia, por la cual los estados están recíprocamente autorizados a exigirla y obligados a concederla), véase ANGILOTTI, *L'esecuzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione*, en la *Riv. di dir. internaz.*, 1910, pág. 476 y sigs., siguiendo el cual he modificado el texto. Para los límites: la misma obra, núm. 11; TOSI-BELLUCCI, *Le azione giudiziarie contro gli Stati stranieri*, Turin, 1909. Para la inmunidad diplomática: PISANELLI, *Commentario*, I, pág. 257 y sigs.; RICCI A., *Agenti diplomatici*, en el *Dizionario pratico di diritto privato* dirigido por V. SCIALOJA; FIORE, *Agenti diplomatici*, en el *Digesto italiano*; DIENA, *Principii di diritto internazionale*, Nápoles 1908, I, § 54, TOSI BELLUCCI, *Immunità diplomatiche*, en el *Archivio giuridico*, IX. Para los miembros de los tribunales arbitrales internacionales, véase el art. 24, Convención de la Haya, 29 Jul. 1899, para la regulación pacífica de los conflictos internacionales (ley 28 Diciembre 1902), correspondiente al art. 46 de la nueva Convención (8 Octubre 1907).

están considerados *exentos* de la jurisdicción del Estado, los Estados extranjeros, los jefes de los Estados extranjeros, los agentes diplomáticos y sus familias, (y en virtud de tratado, los miembros de los tribunales arbitrales internacionales en el ejercicio de sus funciones), salvo para algunas relaciones privadas, como las acciones sobre bienes inmuebles situados en el Estado. Puede suceder, pues, que se tenga una voluntad del Estado para actuar, pero no el poder de pedir su actuación: ésta sólo podrá pedirse ante los tribunales del Estado extranjero, en cuanto las leyes de éste se presten a asumir como propia aquella voluntad (1).

Falta de jurisdicción puede significar, pues, varias cosas.

1.º Falta de poder jurisdiccional en un cierto órgano respecto de otros órganos del mismo Estado.

2.º Falta de poder *en todos los órganos* de un Estado por defecto de una voluntad de ley para actuar.

3.ª Falta de poder *en todos los órganos* de un Estado, en virtud de la exención de que goza el demandado.

Quien goza de la exención como demandado *puede renunciar*

(1) Para un análisis preciso y riguroso acerca de la naturaleza jurídica de la exención de los Estados. (sumisión potencial de todos los Estados el uno a la jurisdicción del otro, pero exención concedida en virtud de una norma de derecho internacional, determinada por razones de conveniencia, por la cual los estados están recíprocamente autorizados a exigirla y obligados a concederla), véase ANGILOTTI, *L'esecuzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione*, en la *Riv. di dir. internaz.*, 1910, pág. 476 y sigs., siguiendo el cual he modificado el texto. Para los límites: la misma obra, núm. 11; TOSI-BELLUCCI, *Le azioni giudiziarie contro gli Stati stranieri*, Turin, 1909. Para la inmunidad diplomática: PISANELLI, *Commentario*, I, pág. 257 y sigs.; RICCI A., *Agenti diplomatici*, en el *Dizionario pratico di diritto privato* dirigido por V. SCIALOJA; FIORE, *Agenti diplomatici*, en el *Digesto italiano*; DIENA, *Principii di diritto internazionale*, Nápoles 1908, I, § 54, TOSI BELLUCCI, *Immunità diplomatiche*, en el *Archivio giuridico*, IX. Para los miembros de los tribunales arbitrales internacionales, véase el art. 24, Convención de la Haya, 29 Jul. 1899, para la regulación pacífica de los conflictos internacionales (ley 28 Diciembre 1902), correspondiente al art. 46 de la nueva Convención (8 Octubre 1907).

a ella: en todo caso puede presentarse a los Tribunales *como actor*.

En cuanto a la actividad *jurisdiccional* de los demás Estados, como no es más que la especificación legislativa en el caso concreto (*lex specialis*), nuestra ley con rigor lógico la trata y la reconoce como la legislativa (1). Como en el Cód. Civ. los arts. 6

(1) Véase ANZILOTTI, *Il riconoscimento della sentenza straniera di divorzio*, cit., OTTOLENGHI, *Gli atti della legislazione straniera e la loro efficacia in Italia*, en la *Riv. di Dir. Civ.*, 1901.

Mientras ANZILOTTI exprésase de conformidad con los conceptos expuestos en el texto, OTTOLENGHI, aun admitiendo el paralelismo entre el reconocimiento de la actividad legislativa extranjera y el de la actividad jurisdiccional extranjera, lo deriva de un concepto común opuesto al nuestro. Nuestro concepto de que el derecho extranjero no pueda aplicarse en Italia sino como derecho *nacionalizado*, cree OTTOLENGHI que no puede aceptarse «sin equivocar *toda la función* de las normas de aplicación», puesto que, según OTTOLENGHI, «cuando es admitida la competencia de la ley extranjera, ésta sólo viene asumida como fuente de Derecho en nuestro Estado, del mismo modo que la ley interior». Parécenos que un concepto tan sencillo e intuitivo como el de que la ley extranjera no puede imperar en Italia, y que el juez italiano no puede ser órgano sino de la ley italiana, no confunde «*toda la función*» de las normas de aplicación, sino, al contrario, la pone en un plano que responde mejor a la realidad. Y cuando OTTOLENGHI justifica su concepto observando que «un Estado no puede rechazar sistemáticamente *la aplicación de la ley extranjera* sin ofender la soberanía de los otros Estados», se manifiesta en éste el vicio lógico de la opinión por él defendida: de la premisa justa de que el Estado está obligado a reconocer la actividad legislativa de los demás Estados, derivase que admite la eficacia de esta actividad en el propio territorio. Al contrario: el Estado cumple aquel deber genérico produciendo actos *de voluntad propia* de contenido conforme con las normas extranjeras. Que una misma norma de aplicación pueda referirse así a *todos los derechos extranjeros* no excluye la verdad de cuanto decimos, y prueba únicamente que las normas de aplicación tienen un contenido *potencial* indeterminado.

No otra cosa debe decirse de la sentencia extranjera. Es intuitivo que ésta—precisamente porque es extranjera—no puede tener eficacia alguna en Italia. Con esto no quiere decirse, como parece creer OTTOLENGHI,

a 12, preliminar, señalan los límites del reconocimiento de la ley extranjera, el art. 941 del Cód. proc. civ. marca los límites del reconocimiento de la sentencia extranjera; el núm. 1 deja a salvo

que el Estado desconozca la sentencia extranjera. Todo lo contrario: el Estado que reconoce al Estado extranjero, reconoce las actividades de este como provistas de plenísima eficacia en el territorio extranjero. Pero ninguna sentencia extranjera puede tener eficacia en el territorio del Estado e imponerse a los órganos de éste no sólo como orden para cumplir, sino también solamente como orden de no decidir lo contrario (cosa juzgada), más que después de haber devenido formulación de una voluntad *propia del Estado*. Las formas en que puede ocurrir esto son varias. Es posible que un Estado, con una norma general, ordene a sus órganos adaptarse sin más al contenido de las sentencias extranjeras (exteriormente la norma sería: «las sentencias extranjeras son ejecutivas en el Estado»). Con esto no estaría reconocida *la eficacia* de las sentencias extranjeras *en el Estado*, pero habría emanado un acto de voluntad *del Estado*, de contenido potencial e indeterminado frente al cual cualquier sentencia extranjera a cumplir en el Estado encontraría poco a poco nacionalizada. Nuestra ley, en cambio, confía este oficio al juez (art. 10, disp. prel. Cód. civ.). Por esto, sólo cuando el juez ha pronunciado el reconocimiento tiénese un acto de voluntad *actual* de nuestro Estado que presenta por contenido el contenido de la sentencia extranjera, tiénese una sentencia *constitutiva*, no de la *ejecutoriedad* de la sentencia extranjera (valga esta manera de decirlo), sino de una voluntad de nuestro Estado, de contenido conforme a ésta; sentencia cuyos efectos precisamente por esta conformidad de contenido se retrotraen al día al que se remontan los efectos de la sentencia extranjera. Con esto no quiere decirse que *antes* de la sentencia de reconocimiento exista la sentencia extranjera, ni se da razón a OTTOLENGHI, que estima que siguiendo este concepto no se podría *excepcionar la cosa juzgada* a base de la sentencia extranjera. Antes de la sentencia de reconocimiento existe la sentencia extranjera como HECHO ocurrido en territorio extranjero, existe una voluntad de nuestro Estado que tiene por condición este HECHO y que impone al juez examinarlo para determinarse en su caso a reconocerlo, de donde nacerá otra voluntad actual del Estado, de contenido conforme a la sentencia extranjera. A base de esta no se excepciona, pues, la *cosa juzgada* (también este es un modo de decir elíptico y abreviativo), se excepciona la *EXISTENCIA* de la sentencia extranjera y se pide al juez que la examine para dar vida eventualmente a una cosa juzgada italiana.

la competencia jurisdiccional *exclusiva* de nuestro Estado (derivada de la competencia legislativa exclusiva) (1); los núms. 2.º y 3.º determinan los requisitos mínimos del reconocimiento de la existencia de la sentencia extranjera (citación y legal representación de las partes ante el juez extranjero); el núm. 4.º (corresponde al art. 12 preliminar Cód. civ.) exceptúa el orden público y el derecho público interior del reino. El reconocimiento de la actividad *legislativa* extranjera hácese directamente por el *legislador* interior; el reconocimiento de la actividad del *juez* extranjero se hace normalmente por el *juez* interior. El juicio del juez interior en este caso consta de un elemento *sustancial y formal*: sustancialmente declara las condiciones del reconocimiento, formalmente pronuncia el reconocimiento que asume el acto del poder extranjero como acto del poder interior, lo *nacionaliza*. Lo mismo ocurre con las resoluciones de cautela y con las sentencias relativas a la instrucción de los pleitos (Cód. proc. civ. arts. 943 y 945); lo mismo con las citaciones para comparecer ante autoridades extranjeras o con las notificaciones de actos procedentes del extranjero, que se verifiquen en el reino (art. 947) (2); y lo mismo, en fin, con los actos auténticos autorizados en país extranjero, los cuales también provienen de persona revestida no siempre

Lo cual no contradice, como cree OTTOLENGHI, admitir como nosotros admitimos, un juicio de relación *incidental* (§ 81). La existencia de hecho de la sentencia extranjera puede ser objeto de examen ya con el fin de constituir con su reconocimiento un acto general de voluntad del Estado, de contenido conforme a la sentencia extranjera para todos los efectos, ya con el más limitado de constituir un acto particular de voluntad a los efectos de un cierto caso, de un proceso particular.

(1) Véase ANZILOTTI, en la *Giurisprudenza italiana*, 1901, I, I, 698, seguido por MORTARA, *Comm.*, V., núm. 37.

(2) Véase ANZILOTTI, en la *Rivista di Diritto Internazionale*, 1907, página 356 y sigs. En contra, MORTARA, *Comm.*, V, núm. 40, nota. Sobre las notificaciones, véase además de la Convención de La Haya, 17 Jul. 1905, la circular del Ministro de Gracia y Justicia, 10 Agosto 1910, en el *Bollettino del M. di G. y J.*, 11 Agosto 1910, y en la *Giurispr. it.*, 1910, IV, pág. 468, con apéndices.

de autoridad, pero siempre ciertamente de una función pública (art. 944). Véase § 81 (1).

(1) Las leyes de los demás Estados regulan de la manera más varia la cuestión de las sentencias extranjeras, ya estableciendo condiciones más o menos rigurosas para el reconocimiento, ya fundándose en el principio de la reciprocidad, ya exigiendo el nuevo examen del fondo de la sentencia extranjera. Véase CUZZERI, *Sull' art. 950*; LA LOGGIA, *La esecuzione delle sentenze straniere*, 1902; LÖWENFELD und LESKE, *Rechtsverfolgung im internationalen Verker*. Tratados particulares entre Italia y otras naciones regulan esta materia (PALMA, *Trattati e convenzioni*, 2.º vol., 1880; GIANZANA, *Cod. di proc. civ.*, vol. 3.º; CUZZERI, loc. cit.): generalmente, según los principios del art. 941 (así, p. ej., entre los más recientes, el art. 8.º del Tratado entre Italia y la República Argentina, R. D. 19 En. 1902; el art. 21 de la ley 21 Oct. 1906 sobre el Tratado con Nicaragua); pero, a veces, en sentido aún más amplio en favor de las respectivas sentencias (así, según el Tratado con la Rep. de San Marino, ley 19 Jul. 1907, art. 1.º, la autoridad judicial se limita a examinar la autenticidad de la expedición; el carácter de cosa juzgada de la sentencia, su no oposición al orden público o al derecho público interior.

La Convención de La Haya sobre procedimiento 14 Nov. 1896 (R. D. 14 Mayo 1899, arts. 12 y 13, reglamentó entre los Estados intervinientes la ejecución de las sentencias desestimatorias que encierren *condena en los gastos* del actor, limitando también el examen de la autoridad del país de ejecución a la autenticidad de la expedición y a la calidad de cosa juzgada de la decisión. Y el Tratado 17 Jul. 1905 (ley ital. 29 Jun. 1909) añade (art. 19) que la ejecutoriedad será concedida *inoida* la parte, pero la parte dispositiva será redactada (o acompañada de una traducción) en el idioma de la autoridad solicitada o en el convenido por los Estados interesados.

La Convención 12 Jun. 1902 (ley ital. 7 Sep. 1905) para regular los conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de divorcio y de separación personal contiene la obligación para los Estados intervinientes de reconocer el divorcio y la separación pronunciados por un Tribunal competente. Acerca de estas cuestiones, véase ANZILOTTI, *Riconoscimento*, citado; OTTOLENGHI, *Gli atti della Giurisdiz. straniera*, cit.; DIENA, *Principii di Dir. intern.*, II, pág. 158.

§ 14

La jurisdicción en el Estado moderno.

L. *Autonomía de la función jurisdiccional.*—Hay una incompatibilidad psicológica entre el oficio de legislar y el de actuar la ley. Hay una incompatibilidad psicológica aún mayor entre el oficio del administrador y el oficio jurisdiccional, porque el administrador puede estar dominado por la consideración del interés del Estado. De aquí la conveniencia de que la función jurisdiccional sea confiada a órganos *autónomos* para que el que actúa la ley no siga más norma que la que él considera ser la voluntad de la ley conforme a su ciencia y conciencia. Precísase también que estos órganos sean *independientes* para impedir las intromisiones de la administración en la justicia (justicia de gabinete).

Estas exigencias son mayores en el período de conocimiento, en el cual debiendo declararse la voluntad de la ley a base de un juicio lógico hay mayor peligro de que éste sea influido por prevenciones subjetivas o por presiones externas. Y el peligro existe también en la ejecución forzosa: no es sólo por razones de simplificación administrativa por lo que se confía a los tribunales. Y si algunas funciones ejecutivas son confiadas directamente a los ujieres, ya vimos que esto se consideró como un peligro (§ 13).

La exigencia de la separación orgánica de la función jurisdiccional de las otras es tan marcada que la vemos también en los Estados absolutos, pero en estos actúase imperfectamente y responde a conceptos lógicos y técnicos, no políticos. En el Estado absoluto, como la ley es la voluntad de uno solo o de pocos, los órganos jurisdiccionales son los ejecutores de la voluntad de uno o de pocos, y están sometidos a la inestabilidad y al arbitrio de estos. En cambio en el Estado moderno constitucional la ley resulta de la cooperación de varias voluntades que concurren a formarla, en cuyo concurso participan más o menos directamente tantas voluntades de miembros del Estado que la ley manifiéstase verdadera-

mente como una voluntad *general* o *colectiva* a la que todos están sujetos, incluso los órganos del Estado (*Estado de derecho*, § 1). La acción del Estado asume así la certidumbre y la precisión propia de las relaciones jurídicas.

La autonomía de la función jurisdiccional tiene pues en el Estado moderno un significado enteramente diverso. El ejemplo de la independencia que la organización judicial en Inglaterra había conquistado frente al rey, les teorías de escritores ingleses (LCKE) y franceses (MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XI, 6), hicieron acoger en la mayor parte de los Estados modernos el principio de la «división de los poderes» como una excelente garantía de libertad. Las funciones del Estado deben repartirse entre órganos diferentes, los cuales, procediendo legalmente de una manera autónoma e independiente el uno del otro y debiendo observar límites rigurosamente señalados por la ley, presentan el poder del Estado, uno en su esencia, fraccionado en su ejercicio de manera que hace más difíciles las intromisiones (1). De esta manera la jurisdicción ofrécese a los ciudadanos como la mejor garantía de la observancia de la ley separada de las mudables corrientes de la administración y de la política.

II. *La jurisdicción en sus relaciones con otras funciones.*—La teoría de la división de los poderes en sus primeras aplicaciones en Francia entendiéndose en un sentido rígido y mecánico, de manera que cada órgano no debiese tener sino una función y no pudiese ingerirse en la acción de otro ni siquiera para fiscalizarla o corregirla. Dependía esto en parte de los inconvenientes a que habría dado lugar el poder preponderante asumido por el más importante órgano jurisdiccional francés, el Parlamento, respecto de la administración y del mismo poder real. De aquí el principio de que «los jueces no pudiesen, bajo pena de deslealtad, molestar en modo alguno las operaciones de los cuerpos administrativos a causa de sus funciones (2).

(1) No imposibles. No hay una garantía absoluta contra los atentados al régimen libre. La sanción suprema y más eficaz del Estado de derecho está dada por el consentimiento de la mayoría en el amor a la libertad y a la justicia.

(2) Ley 16-24 Ag. 1790, tít. II, art. 13; Const. 1791, cap. V, art. 3.º, Constitución 1795, art. 203.

Estas reconocense hoy como exageraciones. A la separación conceptual de las funciones no puede corresponder una separación absoluta de poderes. (1) La distribución se da de un modo aproximativo en interés del libre funcionamiento de la cosa pública. Los órganos legislativos tienen funciones administrativas (resoluciones del Congreso sobre su servicio interior, encuestas parlamentarias, deliberaciones para construcción de obras públicas, etcétera). Órganos jurisdiccionales tienen funciones administrativas (disciplina, jurisdicción voluntaria). Órganos administrativos tienen funciones legislativas (reglamentos de ejecución, reglamentos delegados) (2) y tienen funciones jurisdiccionales.

Pero admítase sobre todo que entre los diferentes órganos no debe haber contraposición sino coordinación.

Frente a los órganos legislativos el juez puede tener la facultad no de modificar la ley o rehusar su aplicación sino, dentro de ciertos límites, fiscalizar la legitimidad de sus actos (§ 18).

Frente a los órganos administrativos esta *fiscalización jurisdiccional* considérase por la moderna doctrina como el medio más eficaz para mantener la actividad administrativa dentro de los límites de la ley (3). Esta fiscalización puede ser *indirecta*, como cuando el juez penal examina si una orden de la autoridad administrativa fué dada legalmente para castigar o no castigar al contraventor (4). Pero puede ser *directa*, como cuando se impugna directamente ante la autoridad jurisdiccional (ordinaria o especial) el acto administrativo. Más adelante veremos dentro de que límites puede ocurrir esto (§ 16).

(1) La misma fórmula «división de los poderes» es inexacta. Véase LABAND, *Deutsches Staatsrecht (Derecho público alemán)*, 4.^a ed., vol. II, páginas 6 y sigs., 160 y sigs.

(2) Véase CAHIN, *Le gouvernement législateur*, Paris, 1903.

(3) Hay a este fin una serie de comprobaciones: *políticas* (peticiones al Parlamento, interpelaciones, interrogaciones, mociones, encuestas, discusiones de presupuestos, acusaciones a los Ministros) y *administrativas* (vigilancia jerárquica, medidas disciplinarias, registro en el Tribunal de Cuentas, etc., etc).

(4) Véase LONGHI, *La legittimità della resistenza agli atti dell' autorità nel Diritto penale*, 1908.

III. *Carácter moderno de los oficios jurisdiccionales.*—Correspondiendo al carácter popular o real del derecho, históricamente la justicia fué administrada por el pueblo (colectivamente en asamblea popular o mediante jueces populares) o por el monarca (personalmente o por medio de sus funcionarios). En la organización judicial franca los dos elementos son mixtos, de manera que los populares (regidores) *encuentran* y producen la sentencia, el funcionario regio dirige el pleito y *proclama* la sentencia.

En los Estados modernos los jueces son funcionarios y ordinariamente empleados del Estado. La participación de los particulares en la administración de justicia admítase solo con limitaciones (comerciantes en los tribunales comerciales, industriales y obreros en los juicios de *probi viri*; jurados en materia penal; en Inglaterra también jurados civiles, si bien decadentes) pero aunque en los Estados monárquicos como el nuestro aparezcan los jueces como empleados del rey, instituidos por el rey y sentenciando en su nombre (Cod. proc. civ. art. 54, Estatuto art. 8) no representan la persona del rey, no son *delegados* por el rey para hacer justicia, el mismo rey no puede hacer justicia; los jueces son órganos autónomos del Estado.

Un principio democrático preside también la formación de los funcionarios jurisdiccionales como la de los demás funcionarios públicos; es el mismo principio que se manifiesta en la forma representativa parlamentaria, en la tendencia a la descentralización administrativa y a la vigorización de las autonomías locales (*Self government*) o sea la *participación más o menos directa de los gobernados en el gobierno de la cosa pública*. Los funcionarios jurisdiccionales no son nombrados caprichosamente por el gobierno; los oficios no son asignados como un beneficio, como ocurría en otros tiempos, ni mucho menos cedidos al mejor postor o transmitidos por herencia, sino que los nombramientos hácense según normas fijadas por la ley, que abren el camino a los más idóneos aspirantes. Además los oficios judiciales más delicados se remuneran directamente por el Estado: no producen lucros más o menos grandes según los asuntos tratados. Así, mientras que en otros tiempos (§ Introducción) los investidos por un oficio sentíanse investidos de un verdadero derecho patrimonial y entre los distintos oficios nacían aquellos celos, aquellos antagonismos, aquellas usurpaciones que acostumbran a surgir, por ejemplo, entre las diver-

sas propiedades, en nuestro sistema los diferentes oficios públicos, y especialmente los judiciales, concedidos por el Estado a los más aptos entre los solicitantes, directamente remunerados por el Estado, reglamentados en su actividad y en sus relaciones por la ley, aparecen como el fraccionamiento armónicamente ordenado de la acción pública en pro del interés general.

IV. *La jurisdicción y sus clases.*—Según la diversa naturaleza de las leyes a actuar, tenemos varias clases:

a) Jurisdicción *civil y penal.*

b) Jurisdicción *civil y administrativa.*

Examinaremos la jurisdicción *ordinaria y especial.* En la doctrina y en las leyes existe también la distinción de la jurisdicción en *contenciosa y voluntaria.*

§ 14 bis

Jurisdicción contenciosa y voluntaria (1).

1. *Examen de la diferenciación.*—El libro III del Cód. proc. civ. art. 778 y sigs. reúne los «diversos procedimientos especiales». De éstos algunos son verdaderas formas de proceso caracterizadas por alguna particularidad exterior correspondiente a la particular naturaleza de las relaciones jurídicas que son su objeto. Otros en cambio son procedimientos de «jurisdicción voluntaria». Caracteres extrínsecos comunes a estos últimos: se desarrollan mediante *recurso* «sin contradictor»; el magistrado provee «in camera di consiglio» o sea sin discusión en audiencia pública (arts. 778 y 779) y con *decreto*.

Pero estos caracteres extrínsecos no bastan para darnos el criterio diferencial de la «jurisdicción voluntaria»: por una parte son comunes también a algunas formas de proceso propia y verdade-

(1) WACH, págs. 47 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed., § 28; WEISMANN, § 70 HELLWIG, *Lehrbuch*, § 12, *Grenzen der Rückwirkung*, en las publicaciones del jubileo de la Universidad de Giessen, 1907; KISCH, *Deutsches Zivilprozessrecht*, 1909, § 17; UNGER A., *Die Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, en la *Riv. Pel. Proc. Civ. Ted.*, vols. 34, 36, 37, 38, 39, 41; DIANA, *La giurisdizione volontaria*, Città di Castello, 1904; MORTARA, *Manuale*, 5.^a ed., vols. II, pág. 371 y sigs.; 455 y sigs.; *Comm.*, V, números 473 y sigs.; CHIOVENDA, *Sulla natura contenziosa dei provvedimenti emessi dal Tribunale in base all' art. 153 Cod. comm.*, en el *Foro ital.* 1909, pág. 1.342, reproducido en los *Nuovi saggi di Diritto proc. civ.*, 1912, págs. 173 y sigs.; CALDA, *I concetti de giurisdizione e d'azione*, 1919, págs. 33 y sigs.; GRISPIGNI, *La natura giuridica dei provvedimenti relativi alle persone penalmente irresponsabile*; en la *Rivista di Dir. e Proc. Pen.*, 1911, § 9; los comentaristas al art. 778 y sigs., Código proc. civ., y las monografías sobre los procedimientos «in Camera di Consiglio» de PATERI SAREDO, BO y FORMENTANO.

ramente tal (art. 778, núms. 2 y 3). Hay procedimientos contenciosos que se desarrollan sin contradictorio, otros que producen decretos u ordenanzas, tales son el procedimiento de secuestro, el procedimiento *ingiunzionale* (§. 8. *bis*), el procedimiento por reclamación de los socios regulado por el art. 153 del Cód. com., el procedimiento para la declaración de la quiebra y otros que son anormales por diversas causas. Por otra parte, a veces un procedimiento establecido como cosa de jurisdicción voluntaria se transforma, presenta un contradictor, una discusión, una *sentencia* y entonces trátase de saber si la transformación es puramente exterior o también intrínseca.

La «jurisdicción voluntaria» no es «jurisdicción» en el sentido que hemos indicado. Por esto la oposición tradicional señalada entre jurisdicción «contenciosa» y «voluntaria» es hoy impropia: llámese con denominación romana *jurisdictio voluntaria* en la doctrina y en la práctica del proceso italiano medioeval, al conjunto de actos que los órganos de la jurisdicción realizaban frente a un solo interesado o por acuerdo de más interesados «*in volentes*»: y el nombre se usó también para designar entre tales actos aquéllos que pasaron con el tiempo de la competencia de los jueces *ordinario*; a la de los notarios (de los procesos simulados ante el juez pásase a la constitución de *instrumentos* con cláusula de *garantía* expedida por notarios, llamados por esto *judices chartularii*) (1).

El nombre derivase, pues, de la función habitual del órgano jurisdiccional. Aun hoy vemos que una gran parte de actos de jurisdicción voluntaria se confían a los jueces, lo cual no priva que tales actos sean actos de simple administración; pero tratándose de actos que requieren una formación especial y especiales garantías de autoridad en los órganos a los cuales son confiados, es natural que el Estado utilice a este fin la misma jerarquía judicial.

(1) BRIEGLEB, *Executiv-Prozess*, parte II, y las fuentes allí recogidas, entre las cuales, p. ej., JACOPO BOTTRIGARI *lec. super l. 3 Cod. ubi et apud quem cogn.*; 2,47): «Attende, quod judices chartularii sunt illi, qui sunt ordinarii et habent jurisdictionem *inter volentes tantum*, et multi sunt in Tuscia; nam quasi omnes tabelliones sunt judices ordinarii et faciunt instrumenta debiti et mandant in eodem instrumento debitori volenti et sponte confitenti, quod solvat usque ad talem diem.»

Pero no todos los actos llamados de jurisdicción voluntaria se verifican por los órganos judiciales. También entre los actos de los órganos administrativos los hay que son perfectamente afines a los que la ley atribuye a los jueces como jurisdicción voluntaria, aun cuando no estén regulados en el Cód. de proc. civ.

La jurisdicción voluntaria es, pues, una forma particular de actividad del Estado ejercitada en parte por los órganos judiciales, en parte por los administrativos y perteneciente a la función administrativa, pero distinta también de la masa de los actos administrativos por ciertos caracteres particulares.

Se ha creído encontrar el criterio diferencial de ambas jurisdicciones en el carácter contencioso de la relación jurídica: pero aquél no es esencial al proceso, puede haber proceso sin *contienda* (esto ocurre siempre en el juicio en rebeldía), y aun puede haber proceso en que el demandado reconozca la pretensión adversaria.

Ni siquiera la *coacción* es un carácter exclusivo del proceso: no es exacto que toda resolución de jurisdicción voluntaria carezca de carácter obligatorio. Las resoluciones relativas a la tutela son ordinariamente resoluciones obligatorias y realizables coactivamente (por ejemplo, el nombramiento de tutores, de miembros del consejo de familia, etc.)

También la *declaración irrevocable* frecuentemente falta en el proceso (procedimiento ejecutivo basado en actos contractuales, letras de cambio, simples órdenes de pago), y en cambio puede obtenerse con actos no procesales, como una declaración administrativa (§§ 10 y 13).

Finalmente, es inexacto afirmar que el fin de los actos de jurisdicción contenciosa es la *represtón* y de los actos de jurisdicción voluntaria la *prevención*. Hay formas procesales de tutela *preventiva* (§ 9) y viceversa, muchos actos de jurisdicción voluntaria no tienen finalidad *preventiva* (tutela).

La jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin *constitutivo*; los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la *constitución* de estados jurídicos *nuevos* y cooperan al *desarrollo* de relaciones *existentes*. En cambio la jurisdicción propiamente tal, tiende a la *actuación* de relaciones *existentes*. Este es el concepto de WACH (1) que aceptamos en su sustancia. Sabemos que la jurisdicción

(1) *Manuale*, págs. 47 y sigs.

comprende el juicio sobre una voluntad de ley concerniente a las partes y la sustitución de la actividad del órgano público a las partes, ya afirmando la existencia de aquella voluntad, ya haciendo lo necesario para que sea conseguido el bien garantizado por la ley. La jurisdicción civil supone, pues, en una parte la espectación de un bien respecto de la otra, sea este bien una *prestación*, sea un *efecto jurídico*. Esto falta en la jurisdicción voluntaria, *no se dan dos partes*, no hay un bien garantizado *contra otro*, una norma de ley para actuar *contra otro*, sino un estado jurídico que sin intervención del Estado no podría *nacer o desarrollarse* o se desarrollaría imperfectamente.

Nótese que hemos encontrado en el campo del proceso, esto es de la jurisdicción, también sentencias constitutivas, con las cuales se ligan *nuevos* estados jurídicos (§ 8). Y esto por muchas dificultades. Así WEISMAM acreditando que existen esas sentencias constitutivas deduce de ahí que la *constitución* de nuevos estados jurídicos no puede tomarse como criterio diferencial de la jurisdicción voluntaria y niega en general la posibilidad de una separación de concepto de la jurisdicción voluntaria y contenciosa (1). Esta afirmación nos parece inexacta. Hay sentencias *constitutivas* pero estas contienen la actuación de un *derecho* a la constitución de un nuevo estado jurídico, derecho que corresponde a un sujeto jurídico *contra el otro* (2). En cambio la constitución o desarrollo de estados jurídicos que tiene lugar en la jurisdicción voluntaria no actúa un *derecho que corresponda* a A contra B. No es, pues, carácter de la jurisdicción voluntaria la falta de contradictorio sino la falta de dos partes. También la jurisdicción contenciosa tiene procedimientos sin contradictorio (§ 8 bis) pero no sin *dos partes*: puede tomarse una resolución jurisdiccional *in oïda parte*, pero siempre *contra o frente* a una parte a la cual debe comunicarse para que pueda cumplirse o ser impugnada. En la jurisdicción voluntaria se dan uno o varios solicitantes, pero no partes.

(1) *Manuale*, 1, pág. 25. La diferenciación ha sido negada recientemente entre nosotros por TOESCA DI CASTELLAZZO, en la *Legge*, 1907, páginas 2.382, 2.392.

(2) Véase HELLWIG, *Grenzen der Rückwirkung*, cit. pág. 23, núm. 5; 37 GRISPIGNI, ob. cit.

El padre, por ejemplo, que pide al magistrado una resolución de autorización *en interés del hijo menor* (Cód. civ. arts. 224 y 225) no pide que se *declare* frente al hijo su derecho de patria potestad y la utilidad del acto; y si el magistrado examina ambas cosas sólo lo hace para determinarse a cumplir oportunamente la misión estatal de atender a los incapaces como a cada paso hace el administrador público antes de desplegar la actividad que la ley *directamente le impone* (§ 13.)

Pero notemos que del mismo modo que un acto de administración, aunque diferente por su naturaleza del jurisdiccional, puede constituir objeto de jurisdicción cuando deba juzgarse si es legítimo y oportuno y por consecuencia revocarlo o confirmarlo, un acto de jurisdicción voluntaria, si se impugna, puede dar lugar a la función jurisdiccional: en este caso (como ocurre en la justicia administrativa) el fin último del acto jurisdiccional puede ser el mismo del acto impugnado (por ejemplo, proveer de la mejor manera en interés de un incapaz): pero el fin inmediato es la reforma del acto de jurisdicción voluntaria inoportuno o su confirmación. En esto nos separamos de WACH; para nosotros es verdadera jurisdicción la discusión acerca de las deliberaciones del consejo de familia (Cód. proc. civ. art. 815), la discusión acerca de la obligación de asumir la tutela (Cód. civ. art. 275). Aquí la finalidad es siempre proveer de la mejor manera al interés del menor: pero la deliberación del consejo de familia que ha provisto a aquel interés de manera inoportuna o ilegal constituye un estado de hecho contrario al derecho, a cuya remoción provee la jurisdicción (1). Lo mis-

(1) Que las discordes apreciaciones acerca de la conveniencia del acto puedan estar «igualmente exentas de culpa, antes bien igualmente respetables», no excluye, como cree CALDA, *Concetti di giurisprudizione e d'azione*, pág. 37, que la deliberación del Consejo de familia, contraria a los intereses del menor, sea objetivamente un estado de hecho contrario al derecho. Y puesto que en la hipótesis del art. 815 trátase de deliberaciones no sujetas a revisión, y por lo mismo *definitivas y ejecutivas*, lo que la ley concede a los miembros de la minoría del Consejo y al ministerio público es un verdadero *derecho de impugnación* que se actúa en el juicio *contencioso*, frente a la mayoría. La *culpa* nada tiene que ver con esto. Ni la identidad del fin a que tienden la deliberación del Consejo a la sentencia, esto es, la tutela del menor, impide que se trate de actos jurí-

mo debe decirse de las discusiones acerca de obligación del conservador de hipotecas, de realizar una inscripción o cancelación (Cód. civ. art. 2039), del funcionario público, de expedir una copia (Cód. proc. civ. art. 915), etc., etc.

La diferenciación entre actos de jurisdicción voluntaria y contenciosa tiene una gran importancia práctica: la resolución de jurisdicción voluntaria como acto de pura administración, por sí no produce *cosa juzgada*; el interesado puede obtener la revocación de un decreto negativo y la modificación o renovación de un decreto favorable dirigiéndose al mismo órgano que lo ha producido y convenciéndolo de que ha errado. También puede servirse el interesado de la reclamación a la autoridad superior (Código proc. civ., art. 781): pero esta reclamación facultativa y sin término no da carácter jurisdiccional a la resolución producida ni a la que deba producirse: no tiene ni siquiera la importancia de la reclamación jerárquica en el campo administrativo, porque en el campo de la jurisdicción voluntaria, la falta de reclamación no hace *definitiva* la resolución de la autoridad inferior. En todo caso un decreto de jurisdicción voluntaria puede ser impugnado en vía jurisdiccional por defecto de condiciones (por ejemplo porque una autorización para contraer un préstamo fué dada a quien no tenía la legítima representación del incapaz): ni el tercero para salvar los derechos adquiridos a base del decreto impugnado podría excep-

cos muy diferentes; como en cualquier caso en que sea dado al juez un juicio de oportunidad, el fin del juez puede coincidir con el fin del autor del acto impugnado (p. ej., administrador). Lo que importa ver es la posición del juez respecto del acto. Si éste es definitivo y ejecutivo, y el juez llamado a modificarlo, estamos ante un derecho de impugnación que el juez declara y actúa, *sustituyéndose* a las partes, lo cual es jurisdicción (§ 13). Si, en cambio, el juez es llamado a concurrir con su voluntad a la *formación* de un acto complejo, no tenemos aquí un derecho a actuar sino una mera actividad de jurisdicción voluntaria: tal es el caso de la revisión (*omologazione*) de las deliberaciones del Consejo de familia sujetas a ella; por eso a nadie que quiera seguir nuestra doctrina puede ocurrir, como cree CALDA, loc. cit., pág. 37, considerar la revisión como jurisdicción contenciosa! En el caso del art. 815, el criterio sustancial defendido por nosotros coincide perfectamente con los criterios formales suministrados por la letra del artículo.

cionar la cosa juzgada, a lo más podría fundarse únicamente en la naturaleza pública, autoritaria del decreto (1). En cambio el acto jurisdiccional por excelencia, la *sentencia*, lleva consigo la calidad de cosa juzgada. Esto, incluso cuando pueda fácilmente modificarse por cambiar las circunstancias, que cambian el fundamento de la cuestión decidida (p. ej., sentencia de interdicción).

Es también una diferencia importantísima la inadmisibilidad del recurso de casación contra los *decretos* de jurisdicción voluntaria: esto se deduce de la letra de la ley (Cód. proc. civ. art. 88 y 517) y de la misma naturaleza de la casación (§ 20).

II. Actos de jurisción voluntaria. Pueden agruparse con WACH en las siguientes categorías:

1.º *Intervención del Estado en la formación de sujetos jurídicos.* Unica manifestación de esta actividad es la constitución de personas jurídicas mediante el *reconocimiento*.

2.º *Intervención en la integración de la capacidad jurídica.* Disciplina general de la tutela (nombramiento, vigilancia, revocación de la tutela: constitución de los consejos de familia: autorizaciones: revisiones); tutela o ingerencia en los actos de los entes morales o colectivos (municipios, obras pías, sociedades, etc.) (2).

El procedimiento de interdicción (y de inhabilitación) puede entenderse de dos maneras. WACH afirma que es jurisdicción vo-

(1) HELLWIG, *Grenzen der Rückwirkung*, cit. págs. 31 y sigs.

(2) No es preciso observar que también aquí puede darse ejercicio de jurisdicción contenciosa: esto ocurre siempre que pueda concebirse el *derecho de una parte contra la otra*. Tal es el caso de los recursos contra negativas de consentimiento o autorizaciones (arts. 67, 136, Cód. Civ., página 190). Tal el de las reclamaciones contra la remoción de la tutela. (Cód. Civ. art. 271). Tal el de las reclamaciones de los socios contra los síndicos o administradores sospechosos de conducta irregular en el cumplimiento de su obligación (Cód. Com., art. 153). No excluye que este último caso pertenezca a la jurisdicción, las formas especiales en que se desarrolla el procedimiento. Acerca de esto, véase CHIOVENDA, *Sulla natura contenziosa e sui conseguenti effetti dei provvedimenti in base all' art. 153 Cod. comm.*, en el *Foro ital.*, 1909, pág. 1.342, reproducido en los *Nuovi saggi di Dir. proc. civ.*, 1912, págs. 173 y sigs.; DIANA, en la *Riv. di Dir. Comm.*, 1909, II, págs. 638 y sigs.; *Giurisprud. it.*, 1909, I, 2, página 469.

luntaria porque su objeto es la tutela del enfermo mental (o del pródigo): la interdicción es un medio, no es un fin en sí misma, es un acto en favor, no en contra del interdicto: no hay pues, oposición de intereses, el interés del Estado no es sino el bien entendido interés del interdicto. El juicio acerca del estado mental o de la prodigalidad no es sino una premisa necesaria para proveer a integrar la capacidad jurídica del demandado; no hay aquí más que una apariencia de proceso.

Pero por otra parte puede observarse: cuando se trata de privar al enfermo o al pródigo de la capacidad de obrar, en todo o en parte, es también en interés del interdicto, e incluso de la colectividad y de los particulares (familia, cónyuge, personas con derecho a los alimentos, herederos legítimos). El estado de enfermedad de un mayor de edad puede considerarse, pues, contrario objetivamente al derecho, en cuanto éste tutela las relaciones económicas entre los ciudadanos. La remoción de tal estado *anormal* puede considerarse como una voluntad de ley *frente* al interdicto: la actuación de esta voluntad es la jurisdicción.

Este parece ser el concepto de nuestra ley (Cód. civ. arts. 324 y 338): y las formas contenciosas establecidas para este juicio (Código proc. civ., art. 836 y sigs.) lo confirman (1). Lo cual no

(1) Como se ve en el texto las formas adoptadas por la ley pueden servir de base para inducir de los casos expresamente regulados por la ley el criterio diferencial general de las jurisdicciones contenciosa y voluntaria. Es una afirmación arbitraria que llevaría a excluir la utilidad de todo procedimiento lógico deductivo o inductivo en la interpretación de la ley que las formas deban servir exclusivamente para afirmar que *en el caso particular* se trata de jurisdicción contenciosa, lo mismo para el caso de la interdicción (§ 1), que para el, ahora examinado, de las deliberaciones del Consejo de familia. En efecto; la conclusión de la obra de CALDA en este como en otros puntos, es negativa de todo concepto y en todo criterio.

Para demostrar que nuestro concepto no puede aplicarse a los casos *dudosos*, cita CALDA el de autorización judicial de la mujer casada en el caso de negarle el marido (Cód. Civ., art. 136; Cód. proc. civ., art. 801). Observa CALDA que la negativa del marido no es un hecho contrario al derecho, porque «el marido ES LIBRE de apreciar los intereses de la mujer y de la familia COMO LE PAREZCA». Esto no es exacto. La mujer tiene derecho a la autorización si el acto es útil. El marido *es libre* en la aprecia-

priva que alguna legislación, considerando predominantemente otro elemento (interés del interdicto) lleve este procedimiento a la jurisdicción voluntaria. En este caso la diversidad de las formas puede ser índice de la diversidad de sistema. Se ha estimado que hasta la revocación de la interdicción debe solicitarse con las formas contenciosas aunque las partes estuviesen en ello de acuerdo (1).

3.º *Intervención en la formación del estado de las personas.* Concurriendo a formarlo (matrimonio, declaración de ausencia) o documentándolo (Registro del estado civil, rectificaciones de los mismos, (Cód. proc. civ. arts. 845 y 846) (2).

Un caso de intervención del Estado en la formación del estado de las personas se encuentra en el decreto de la Corte de apelación que *declara haber lugar a la adopción* (Cód. civ. art. 216). El decreto del magistrado en este caso no constituye un nuevo estado jurídico *en actuación de un derecho correspondiente a una persona hacia otra*, pero coopera a la constitución de un estado que las partes *están conformes en constituir*. La Corte puede *no aprobar* la adopción si reconoce que el adoptante no goza de buena fama o que la adopción *no conviene* al adoptado (Código civil art. 215). No hay aquí un «derecho» de adoptar, sino en el sentido general de «capacidad jurídica» (como se dice también impropriamente que se tiene «derecho» de vender, de obligar-

ción sólo en cuanto es libre su criterio de la utilidad, como en cualquier caso de poder discrecional (§ 16, I, B). Pero si la negativa del marido es contraria a la utilidad (voluntaria o involuntariamente), es objetivamente injusta y da lugar a un *derecho* de la mujer a la autorización judicial (§ 8). Lo mismo en el caso de negativa del consentimiento para el matrimonio (§ 8).

Cuanto hemos dicho acerca de la interdicción extiéndese, por GRISPIGNI. op. cit., pág. 34, a las resoluciones de admisión de los dementes en los Manicomios por la ley 14 Feb. 1904.

(1) Cas. Palermo, 9 Dic. 1902, en el *Foro ital.*, 1903, pág. 229.

(2) No es preciso recordar que el procedimiento de separación personal pertenece a la jurisdicción contenciosa. MORTARA, *Comm.*, V, núms. 508 y sigs., entiende que el período que se desarrolla hasta la falta de conciliación es de jurisdicción voluntaria. Pero en realidad el proceso se inicia con la demanda de separación, y una vez iniciado éste, la intervención conciliadora del magistrado no puede tener carácter de jurisdicción voluntaria.

se, etc.), pero con limitaciones que la Corte de apelación determina en cada caso concreto.

Lo mismo debe decirse de la legitimación por R. D. (Código civil art. 194 y sigs.) El decreto se produce a base de la declaración de condiciones *legales* y de condiciones *de oportunidad*. La declaración de las condiciones legales confiase a la Corte de apelación (art. 200), pero esta es función de jurisdicción voluntaria y no contenciosa, porque la «deliberación» de la Corte no es más que un dictamen preparatorio del acto discrecional del Rey. No se trata de derecho, no se tiene «derecho» de legitimar por medio de real decreto. Es verdad que el dictamen negativo de la Corte impide, sin más, la legitimación, pero esto no autoriza a entender que contra el decreto negativo se dé recurso de casación (como ha estimado la Corte de casación de Roma (1): puede desearse que se conceda una garantía al recurrente contra los posibles errores de la Corte de apelación, pero esto debería hacerse mediante una norma expresa de ley (2).

4.º *Participación en el comercio jurídico*. Legalizaciones, conservación de los registros de hipotecas, del catastro, de las patentes, recepción de las promesas de matrimonio, del acto de adopción, de las renunciaciones de herencias, de las aceptaciones a beneficio de inventario, formación de inventarios, visado de los registros comerciales, etc.

III. *La conciliación*.—Pertenece también a la jurisdicción voluntaria la actividad que el Estado desarrolla para conciliar a las partes. Considerando la importancia de la función de dirimir los pleitos, el Estado la asumió a sí mismo porque tanto mayor es la probabilidad de que la *conciliación* se logre, cuanto mayor es la autoridad que la intenta.

El órgano del Estado es normalmente el conciliador, que por esto tiene una doble función jurisdiccional y conciliadora, la primera sujeta a límites de valor, la segunda nó (Cód. proc. civ. artículo 1.º)

(1) 3 Feb. 1904, en *Foro ital.* 1904, pág. 193.

(2) El art. 159 de la ley consular considera expresamente como pertenecientes a la jurisdicción voluntaria las resoluciones relativas a las adopciones y a las legitimaciones.

El conciliador no interpone su oficio entre las partes *sino mediante petición*. Solo en caso de pleito pendiente el conciliador, y a veces también otro magistrado ante quien el pleito se tramite, tiene el deber, de oficio, de intentar la conciliación (Cód. proc. civ. artículos 417, 464, 379 y 808, Ley sobre conciliadores, art. 9 Cód. de la marina mercante, art. 16).

El intento de conciliación previa no es obligatorio para las partes: quiere decir que se puede acudir directamente al juez sin intentar la conciliación (1). Exceptúanse las controversias entre industriales y capataces o trabajadores, entre éstos y los aprendices, relativas al contrato de trabajo o aprendizaje, las cuales no pueden llevarse al jurado de *probitari* sin antes intentar la conciliación ante la oficina correspondiente (Ley sobre *probitari* 15 Jun. 1893, arts. 8 y 10); lo mismo las controversias acerca del contrato de trabajo en los arrozales (art. 104 texto único 1.º Ag. 1907, de las leyes sanitarias).

La conciliación es consecuencia de un acuerdo de voluntades, si bien procurado: es por tanto acto de disposición sujeto a las mismas limitaciones del compromiso (art. 2).

PROCEDIMIENTO Y EFECTOS.—Es conciliador *competente* el del municipio en el cual reside o tiene domicilio o habitación una de las partes que se desea traer a la conciliación, o en el cual se encuentra la cosa discutida (art. 3). Solicitud para la conciliación, incluso *verbal* (art. 3). Aviso para la conciliación escrito por el secretario, notificado por el alguacil municipal como las citaciones (art. 4). Comparecencia de las partes, *personal* o por medio de persona provista de poder especial y auténtico (art. 5). Faltando la comparecencia de una parte no se admiten otras solicitudes que no sean hechas por todas las partes (art. 5). No logrando la conciliación, hácese constar así en el registro: lográndola se levantará acta de ella (art. 6).

El llamamiento o la presentación voluntaria para la conciliación interrumpe la prescripción, siempre que la demanda judicial se interponga dentro de los dos meses siguientes a la no comparecencia o no lograda conciliación (Cód. civ. art. 2125).

(1) Principio diferente consigna el Cód. francés (art. 48) para las demandas referentes a objetos que pueden ser en materia de una transacción.

Quando el objeto de la conciliación no exceda de la competencia del conciliador como juez (liras 100), el acta de conciliación es *ejecutiva*. Si excede, o si el valor es indeterminado, el acto de conciliación tiene la fuerza de una escritura pública reconocida en juicio (Cód. proc. civ. art. 7, Ley sobre conciliadores, art. 12).

Que el acta sea ejecutiva no significa que se equipare a una sentencia de condena. Por esto el acta de conciliación no da lugar a hipoteca judicial (1) (§§ 8 bis y 10).

IV. *Ejercicio de la jurisdicción voluntaria*.—Puede consistir:

a) En la *documentación* de actividades realizadas por las partes.

b) En actividades *autónomas* de los órganos del Estado. Estas van naturalmente precedidas de un *conocimiento*: porque un cierto grado de conocimiento precede toda actividad. El conocimiento no es especial del proceso: lo que es especial del proceso es un cierto efecto del conocimiento (cosa juzgada).

(1) Véase COVIELLO L., *Foro italiano*, 1905, pág. 1.491.

APÉNDICE AL § 14 bis

Referencias al derecho español.

Nuestra ley de Enjuiciamiento civil dedica el tercero de los libros en que se halla dividida, a la *jurisdicción voluntaria*; y considerando «actos de jurisdicción voluntaria» todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada, sin promoverse cuestión alguna entre partes conocidas, refiere en dicho libro III la parte procesal de:

- a) Adopción y arrogación.
- b) Nombramiento de tutores y curadores.
- c) Depósitos de personas.
- d) Consentimiento de los padres, abuelos o curadores para contraer matrimonio.
- e) Elevación a escritura pública de un testamento o codicilo hecho de palabra.
- f) Apertura de testamentos cerrados y protocolización de las memorias testamentarias.
- g) Informaciones para dispensa de ley.
- h) Habilitaciones para comparecer en juicio.
- i) Informaciones para perpetua memoria.
- j) Enajenación de bienes de menores e incapaces y transacción acerca de su derecho.
- k) Administración de bienes de ausentes en ignorado paradero.
- l) Subastas voluntarias judiciales.
- m) Posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir.
- n) Deslinde y amojonamiento.
- o) Apeos y prorrates de foros.

Y, además, en una parte final regula «los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio», cuyas disposiciones, por cierto, no pueden considerarse del todo vigentes después de la publicación del Código de Comercio actual, así como el Civil ha modificado, en parte, las normas de jurisdicción voluntaria de

la ley de enjuiciar, en muchos de los casos cuya relación acabamos de hacer.

El procedimiento en los actos de jurisdicción voluntaria es más simple, menos formal que en la jurisdicción contenciosa. Véanse los arts. 1.812 a 1.824 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

* * *

El acto conciliatorio en la ley Procesal civil española no corresponde a la jurisdicción voluntaria, sino a la contenciosa. Precisamente el libro II de aquella ley (de la Jurisdicción contenciosa) se inicia con el tratado de los actos de conciliación que necesariamente constituyen un requisito, hay más bien un trámite previo, de los juicios declarativos, a excepción de:

- a) Los juicios verbales.
- b) Los declarativos que se promuevan como incidente, o consecuencia de otro juicio, o de un acto de jurisdicción voluntaria.
- c) Los juicios en que sean demandantes o demandados la Hacienda pública, los Municipios, los Establecimientos de Beneficencia y, en general, las Corporaciones civiles de carácter público.
- d) Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes.
- e) Los que se promuevan contra personas desconocidas o inciertas, o contra ausentes que no tengan residencia conocida, o que residan fuera del territorio del Juzgado en que deba entablarse la demanda; pero, en este caso, si los litigantes residen en un mismo pueblo, deberá intentarse la conciliación.
- f) Los juicios declarativos que se promuevan para reclamar la nulidad o el cumplimiento de lo convenido en acto de conciliación.
- g) Los juicios de responsabilidad civil contra jueces y magistrados.
- h) Los juicios de árbitros y de amigables componedores, los universales, los ejecutivos, de desahucio, interdictos y de alimentos provisionales.

Tampoco será necesario el acto conciliatorio para la interposición de las demandas de tanteo, de retracto y de cualquiera otra que sea urgente y perentoria por su naturaleza. Pero si hubiere de seguirse pleito, se exigirá el acto de conciliación o la certificación de haberse intentado sin efecto.

El juez no admitirá demanda a que no se acompañe certificación del acto de conciliación, o de haberse intentado sin efecto, en los casos en que por derecho corresponda, no obstante lo cual serán válidas las actuaciones que se hayan practicado sin este requisito, salvo la responsabilidad en que el juez haya incurrido; pero se procederá a la celebración del acto en cualquier estado del pleito en que se note su falta.

Corresponde a los jueces municipales del domicilio y en su defecto a los de la residencia del demandado, la competencia para autorizar los actos de conciliación que ante ellos se promuevan, en los casos en que con arreglo a derecho corresponda celebrarlos.

Si se suscitare cuestión de competencia o de recusación del juez municipal ante quien se promueva el acto de conciliación, se tendrá por intentada la comparecencia sin más trámites, y con certificación en que conste así, podrá el actor entablar la demanda que corresponda.

Procedimiento: el que intente el acto de conciliación acudirá al juez municipal presentando tantas papeletas firmadas por él, o por un testigo a su ruego si no pudiera firmar, cuantos fueran los demandados y una más, en cuyas papeletas expresará los nombres, profesión y domicilio del demandante y demandado, la pretensión que se deduzca y la fecha en que se presenten al juzgado. El juez, en el mismo día en que se presente la demanda, o en el siguiente hábil, mandará citar a las partes, señalando el día y hora en que haya de tener lugar la comparecencia, procurando que se verifique a la mayor brevedad posible, pero entre la citación y la comparecencia deberán mediar, por lo menos veinticuatro horas cuyo término podrá, sin embargo, reducir el juez si hubiese justas causas para ello. Pero en ningún caso podrá dilatarse por más de ocho días, desde él en que se hayan presentado las papeletas.

Verificada la notificación por los medios que, para cada caso, establece la ley, los demandantes y los demandados vienen obligados a comparecer en el día y hora señalados y, si alguno de ellos no lo hiciera ni manifestase justa causa para no concurrir, se dará el acto por intentado sin efecto, condenándole en las costas.

Tanto los demandantes como los demandados, se presentarán acompañados cada cual de un *hombre bueno*, cuyo oficio podrá desempeñar cualquier español que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

El acto de conciliación se celebrará exponiendo el demandante su reclamación y manifestando los fundamentos en que la apoya. Le contestará el demandado lo que crea conveniente, y podrá también exhibir cualquier documento en que funde sus excepciones.

Después de la contestación, podrán los interesados replicar y contrarreplicar si quisieren. Si no tuviere avenencia entre ellos, los *hombres buenos* y el juez municipal procurarán avenirlos. Si no pudieren conseguirlo, se dará el acto por terminado.

De todo lo ocurrido se extenderá acta en un libro que llevará el Secretario del Juzgado. En este libro se hará constar por diligencia haberse dado por intentado el acto de conciliación a que no hayan concurrido los demandados; y si, siendo varios, concurriere alguno de ellos, se celebrará el acto con él, y se tendrá por intentado sin efecto en cuanto a los demás.

Los gastos que ocasione el acto de conciliación serán de cuenta del que lo hubiere promovido.

Lo convenido por las partes en acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo juez municipal por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal cuando su interés no exceda de los límites señalados a la competencia de estos Juzgados (art. 18, Ley de 5 Agosto 1907). En otro caso tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne.

Contra lo convenido en acto de conciliación, podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

La demanda ejercitando dicha acción deberá interponerse ante el juez de primera instancia del partido, dentro de los ocho días siguientes a la celebración del acto, y se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda a su cuantía, pero si no excediese la suya de la que determina la competencia de los tribunales municipales, deberá sustanciarse también ante el juez de primera instancia por los trámites del juicio verbal y sin ulterior recurso.

El acto de conciliación no producirá efecto, y deberá intentarse de nuevo antes de promoverse el juicio, si no se presentare la demanda ordinaria dentro de los dos años siguientes al acto.

Tampoco producirá el efecto de interrumpir la prescripción si no se promoviere el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto conciliatorio sin avenencia.

§ 15.

Jurisdicción civil y penal (2).

I. *Concepto.*—Mientras que en el juicio civil se tiende a la consecución de un bien garantizado por una voluntad de ley originaria o derivada, mediante la actuación de ésta; en el juicio penal tiéndese al *castigo* del particular que ha violado una ley. Pueden aplicarse también medidas aflictivas (en el patrimonio o en la libertad personal) como medios puramente coercitivos para el cumplimiento de obligaciones: en este caso se aplican en el proceso civil (arresto personal, multa, p. ej., Cód. Civ. art. 255). Pero la violación de ciertas normas, como las normas de conservación que interesan más de cerca al orden jurídico, da lugar a la aplicación de medidas aflictivas como *penas*. La pena es querida por la ley: es ésta una voluntad derivada de la violación de una voluntad originaria (§ 1).

En sí la aplicación material de la pena es función administrativa, pero requiere la verificación *imparcial* de la existencia de la voluntad de la ley: esta función confiase a la «jurisdicción penal», la cual, por tanto, se ha desprendido de la administración por las mismas razones por que se ha separado de ella la jurisdicción civil, y aún con mayor motivo, puesto que en el castigo predomina el interés del Estado, y por esto los órganos administrativos son impropios para verificar su necesidad.

Al juez especial confiase también la selección o medida de la pena, lo cual da a su sentencia carácter constitutivo (§ 8) (3).

La diversidad del objeto entre la jurisdicción civil y la penal no

(1) No nos referimos aquí a otros *actos* de conciliación regidos por leyes especiales, sobre todo del trabajo.

(2) PISANELLI, MANCINI y SCIALOJA, vol. I, parte I, págs. 25 y siguientes; MORTARA, *Comment*, I, núms. 484 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed., § 29.

(3) Véase LANZA V, *La querela e il suo valore processuale*, 1911.

priva que la función sea idéntica. La jurisdicción penal consiste en la sustitución de la actividad de los órganos jurisdiccionales a los órganos administrativos para la afirmación de la existencia de la voluntad de ley de que el reo sea castigado; mientras que la ejecución de la sentencia penal es mera administración (§ 13). Es impropio decir que el *Estado* se somete a la jurisdicción penal. aquí hay una sustitución *de órganos*, lo cual explica por qué en el proceso penal interviene un órgano especial del Estado en representación de los órganos administrativos, o sea el ministerio público, que figura como actor, mientras que en los juicios civiles tiene escasas funciones (§ 23).

II. *Relaciones entre los órganos de las dos jurisdicciones.* Siendo funciones idénticas la jurisdicción civil y la penal, son orgánicamente compatibles entre sí: el mismo órgano puede ser juez civil y penal y aún veremos que el proceso penal presenta órganos jurisdiccionales especiales (§ 20).

Todavía más: por la diversidad de los intereses a que atienden, la jurisdicción civil y la penal, aunque funciones idénticas, proceden con medios y poderes diferentes: en el proceso civil domina la disposición de las partes, en el penal los poderes del juez (§ 47).

Pero puede suceder que un mismo hecho ponga en movimiento la jurisdicción penal para el *castigo* de su autor, la civil para proporcionar al perjudicado el *resarcimiento de los daños*. La ley italiana, siguiendo a la francesa, admite que en este caso puedan ejercitarse ambas jurisdicciones no solo por la misma persona, sino en el *mismo proceso*, dando lugar a la «acción civil» en el proceso penal.

La acción penal y la acción civil al pertenecer a dos sujetos distintos se nos presentan como dos acciones independientes, si bien conexas; y su unión en el proceso penal como un caso de *cumulatio actionum* por conexión. Sin embargo, es conveniente aclarar las particularidades históricas y racionales de esta acumulación.

El reato es un hecho *uno* aunque al mismo tiempo lesione normas o intereses diversos, esto es, públicos y privados. Y originariamente del reato solo nace una acción a favor del ofendido ya tienda a un objeto único, porque la idea de aquella doble lesión está sin distinguir aún y la idea de pena y de resarcimiento están todavía

confusas, ya al mismo tiempo al interés y a la pena. También cuando, gracias a la diferenciación progresiva de los intereses público y privado, se concibió la duplicidad de ambas acciones y se extendió el poder de los jueces de inquirir de oficio o se formaron órganos públicos para la persecución de los reos, la acción penal privada vivió mucho tiempo al lado de la pública; por una parte el particular podía (según la opinión que ha terminado por prevalecer), acumular la acción penal y la civil pidiendo con *libelo único* la pena y el resarcimiento: por otra parte parece que debe admitirse la acumulación incluso entre la acción penal pública y la penal privada y entre la acción penal pública y la acción civil, de tal manera que la *parte civil* se adhería a la acción antes promovida por la *parte pública*; o el juez u otro órgano público a la acción civil, o también se decidía que la causa criminal como *causa mayor* llamase a sí la civil, pero de todas maneras venía a constituirse una unidad procesal correspondiente a la unidad del reato (1).

Cuando la persecución de los reatos fué considerada como función exclusiva de los poderes públicos y las jurisdicciones civil y penal separáronse claramente y los procesos civil y penal como en el derecho moderno fueron dominados por principios fundamentales diferentes, la intervención de la acción civil en el proceso penal encontró siempre mayores dificultades teóricas y prácticas. Parece dado a dificultades e injusticias que una acción meramente civil como la acción de daños sea juzgada con formas y principios enteramente diversos de los suyos propios. Por esto algunas legislaciones modernas como la alemana rechazaron esta institución (2).

En la legislación francesa y la italiana prevaleció la consideración de algunas de sus ventajas prácticas (la economía de los juicios en caso de condena del reo) pero sobre todo la fuerza de la

(1) DURANTI, *Speculum judiciale*, lib. IV, parte 4.^a, *De furtis*, §§ 4 y sigs.; DE MATTEIS, *De cumulatione actionum*, 1562, §§ 125 y siguientes; PLANCK, *Die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht*, 1844, páginas 373 y sigs., y, sobre todo, para el Derecho francés, STEIN, *Geschichte des französischen Strafrecht und Processes*, 1846, págs. 574 y sigs.; 664 y sigs.

(2) SCHMIDT, 2.^a ed., págs. 175.

tradición. Pero esto la principal razón moderna de la institución radica en la *unidad* del reato. Ciertamente en nuestro derecho medioeval encuéntrase esto estudiado como un caso de acumulación de acciones con la doctrina de la *continentia causarum* (1). Pero ocurría esto por la afinidad del tema o por las menores diferencias que entonces se señalaban entre proceso penal y civil o porque aquella doctrina se inspiraba sobre todo en la necesidad de regir y dirimir los conflictos y las usurpaciones recíprocas de los jueces en el ejercicio de su derecho de juzgar y esta necesidad encontrábase igualmente en toda clase de acumulación de acciones. Pero ya entonces se notaban las *particularidades* de esta acumulación, puesto que la acción civil en el proceso penal fué considerada por alguno, no como una verdadera acción, sino como una simple *imploratio iudicis officii* (2): y era esta (como ya hemos visto antes, § 7), la demanda de resoluciones que en sí mismas se consideraban justas y, por lo tanto, inherentes al oficio del juez, aún sin constituir objeto de una pretensión de parte a parte (tal es en el proceso civil la condena en las costas al que ha sucumbido).

Tanto ha quedado este concepto en nuestra ley que el juez penal debe condenar al reo al pago de los daños a la parte perjudicada *aún no habiéndose constituido esta en parte civil*. (Código procesal penal, artículos 569 y 583). Por esto la constitución de parte civil no otorga al juez penal nuevos poderes; redúcese en el fondo a una duplicación de la persecución del reo, señalada y frecuentemente disfrazada en la práctica) por una finalidad económi-

(1) Acerca del tema de la conexión, véase § 31.

(2) MARANTA, *Speculum aureum*, parte 4.^a, dist. I, §§ 4, 6 y 28: «Iux quolibet delicto ex quo oritur accusatio criminalis ad poenam, oritur etiam actio in factum ad interesse... Ex quo sequitur quod est in potestate illius qui damnum seu injuriam passus est, agere criminaliter ad poenam ordinariam, vel civiliter ad interesse, vel utroque modo copulative... Ita demum actio civilis potest cumulari cum criminali, quando incidenter condemnatur quis ad rei restitutionem, *non principaliter, sed per implorationem officii iudicis*, imo et si non petatur potest iudex ex officio suo condemnare ad rei restitutionem... Debet accusator principaliter agere criminaliter, petendo reum puniri, et deinde incidenter *per officium iudicis* petere rei restitutionem.»

ca. Confirmación de cuanto hemos dicho, hállese en el art. 2 de la ley 26, junio 1904, sobre condena condicional, donde se utiliza la amenaza de la pérdida del beneficio como medio de coacción para obtener el resarcimiento de los daños ocasionados por el reato.

Este carácter derivado de la inescindible unidad del delito y de la originaria unidad de la persecución del mismo, marca una profunda diferencia entre este y cualquier otro caso de *cumulatio actionum*: *mientras que en la conexión ordinaria de pleitos las acciones conexas se proponen ante el mismo juez solo por el hecho de ser ejercitadas, sean o no fundadas, tengan el mismo o diferente (1) origen, la acción civil se propone ante el juez penal en el supuesto de que la acción penal sea fundada; y en tanto vale y subsiste la competencia del juez penal sobre la acción civil en cuanto la acción penal exista.* Consecuencia de esto:

1.º Si el imputado muere antes de ser definitivamente juzgado, cesa la competencia del juez penal, incluso para la acción civil y esta se ejercita contra los herederos ante el juez civil (Código procesal penal, art. 5). Y lo mismo debe decirse de cualquier otra causa de extinción de la acción penal (2).

2.º Cuando el juez penal absuelve al imputado o declara no haber lugar a procedimiento penal, no puede pronunciar sobre las demandas de la parte civil puesto que lo que la ley dispone para el caso de que ocurra un hecho *extintivo* de la acción penal antes de que se sepa si esta ha existido, debe considerarse con mayor motivo para el caso de que resulte *no haber existido nunca la acción*. Que no contradice esto el art. 571, Cód. proc. pen., porque este regula únicamente la *liquidación* de los daños en relación con las dos hipótesis de *condena* distintamente previstas por los artículos 569 y 570, se ha estimado con razón por la doctrina y jurisprudencia dominantes (3). Y la opinión aquí aceptada fué pre-

(1) Por esto puede aplicárseles el principio: *ubi acceptum est semel iudicium ibi et finem accipere debet*. más adelante, § 42.

(2) BENEVOLO, *La parte civile nel giudizio penale*, § 49, y los muchos allí citados. Para la amnistía, véase C. Nap., 29 Oct. 1907 (*Foro italiano*, 1908, I, pág. 352).

(3) BENEVOLO, *loc. cit.*, § 49; STOPPATO, *Azione civile* (en el *Digesto ital.*), núm. 40; MORTARA, *Comment.*, I, núm. 447; Cas. Roma, 20 Marzo 1902 (*Foro ital.*, 1902, II, 249); 26 Nov. 1901 (*Foro ital.* 1902, II, 25); 30 Diciembre 1901 (*Foro ital.* 1902, II, 120); 28 Sept. 1904 (*Foro italiano*, 1904, II, 25); 3 Ag. 1905 (*Foro ital.*, 1905, II, 475).

ferida por el nuevo Código de procedimiento penal, como se explica en la relación ministerial (1). Ni aún puede verse una excepción a este principio en el art. 512, Código procesal penal, concerniente a las absolutorias de las *Corte d'assise*: puesto que las demandas por daños de las cuales puede entender la Corte en este caso son las del acusado absuelto, como se deduce de haber sido citado solo el artículo 570 (2).

3.º La parte civil no puede apelar de la sentencia penal absolutoria ni siquiera a los efectos civiles. La parte civil tiene facultad de apelar *por lo que se refiere a la cantidad de los daños*, Código procesal penal, artículo 353, número 3, 399, número 3); no, pues, para agitar la cuestión de la existencia del reato, siquiera sea como simple hecho dañoso; luego, no de toda sentencia absolutoria sino únicamente de la que la haya condenado a los daños respecto del imputado y, según la mayoría, también de la sentencia que haya pronunciado *condena penal* conforme al art. 569 y que haya condenado a los daños en cantidad menor de la demandada o rechazado la demanda de los daños: censurándose en estos casos, el uso hecho por el juez penal del poder que le confiere el art. 569, la censura no podría llevarse a otro que al juez *penal* superior, mientras que en caso de absolutoria o la absolutoria es injusta y esto no puede hacerse valer por la parte civil sino por el órgano de la acción pública, o es justa y no podría reprobarse al juez penal no haber resuelto acerca de los daños, si este poder le es negado por la ley cuando absuelve o declara no haber lugar a procedimiento (3).

(1) § 135, pág. 543.

(2) Según el art. 675, la Corte de Casación, en los casos de anulación por no ser considerado el hecho como reato o porque ha dejado de ser punible, no ordenará reenvío (paso de una a otra jurisdicción), si no hay parte civil: en caso contrario, remitirá la causa para la resolución acerca de los intereses civiles ante un *pretor* o un *Tribunal* diferente de aquel al que pertenece el juez instructor, en el distrito de la misma Corte de Apelación. En todo caso, pues, remite a un juez de *primer grado*, lo cual da lugar a un juicio *ex novo*. Pero, además de esto, es correcta, gramaticalmente la interpretación más rigurosa de este artículo, según la cual, el reenvío sólo tiene lugar en el caso de haber desaparecido la punibilidad del reato (MORTARA, *Comm.*, I, núm. 499).

(3) MORTARA, *Comm.* cit. I, núm. 498. Véase también entre los menos recientes, SALUTO, IV, núm. 1.222; MASUCCI, en la *Rivista Pena*.

Ni a esto se opone el art. 260 del Código procesal civil que admite la oposición de la parte civil a las resoluciones de no haber lugar en el período instructorio: esto significa únicamente que la ley en tal caso utiliza la parte civil como *órgano supletorio de la acción penal* (1). Y también el art. 645, Código procesal penal, debe entenderse en conformidad con los principios antes expuestos, en el sentido de que la parte civil no pueda recurrir en casación contra sentencias absolutorias o de no haber lugar a procedimiento, que no contengan resoluciones contra él (2).

También son un lejano reflejo de la unidad originaria de la persecución procesal del reato las relaciones que la ley señala entre acción civil y acción penal, aunque acerca de su conservación puedan influir algunas consideraciones:

a) La acción civil puede proponerse también separadamente ante el juez civil. Sin embargo, en éste *suspéndese* su ejercicio hasta que se haya definitivamente pronunciado sobre la acción penal intentada *antes* de la acción civil o *durante* el ejercicio de ésta (Cód. proc. pen. art. 4). Análogamente, si en el curso de un juicio civil surge motivo razonable de la existencia de un reato de acción pública cuyo conocimiento *influya* en la decisión del pleito civil, éste *se suspende* donde sea promovida la acción penal (Cód. proc. pen. art. 31, para el caso de falsedad Cód. proc. civil art. 308). Si en el proceso penal se declara que el hecho no ha ocurrido o que el imputado *no lo ha cometido ni en él tuvo parte*, no puede ejercitarse la acción civil (Cód. proc. pen. art. 6): en

le, XX, 350; Cas. Roma, 27 Mar. 1899 (*Giur. pen.*, IX, 469); 25 Nov. 1889 (*Legge*, XXX, I, 532); 4 Oct. 1892 (*Foro ital.*, 1893, II, 3); 31 Mar. 1896 (*Giur. pen.*, 1896, II, 186. En la sentencia 15 Jul. 1904 (*For. ital.*, 1904, II, 412), la Corte suprema ha llegado a negar a la parte civil la facultad de apelar en el caso de que el juez penal, aun condenando al imputado, rechazase la demanda de los daños. Admite que en este caso la parte civil pierde el segundo grado de jurisdicción, con consecuencia necesaria de haber elegido la vía del proceso penal.

(1) PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura criminale*, I, página 180; Cas. Roma, 3 Oct. 1906 (*Legge* 1807, pág. 388).

(2) Cas. Roma, 18 May. 1898 (*Giur. ital.* 1898, II, 266), 10 En. 1907 (*Foro ital.* 1907, II, 135) MORTARA, *Comm.* I, núm. 499.

otros términos, el juez penal excluye el fundamento, tanto de la acción penal como de la acción civil.

b) El haber escogido la acción civil ante el juez civil impide el derecho de producir querrela, en los reatos de acción privada, y el derecho de constituirse parte civil en los de acción pública (Cód. proc. pen. art. 7).

c) Por otra parte, si la existencia de un reato depende de la existencia de una voluntad de ley, cuyo conocimiento pertenece al juicio civil (por ejemplo si A es o no hijo de B, si A es o no propietario de una cosa o tiene otro derecho real) la acción penal es impedida o suspendida hasta la decisión de la cuestión civil. Esto dispone la ley en términos absolutos para los reatos de supresión de estado (Cód. proc. pen. art. 32); remítase a la apreciación del juez penal en caso de excepciones concernientes a la propiedad u otro derecho real (art. 33).

Apéndice al § 15.

Referencias a derecho español.

El Código penal en sus artículos 18 a 21 ocúpase de las personas responsables civilmente de los delitos y faltas.

La Ley de Enjuiciamiento criminal determina (arts. 3 y sigs.) que, por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para solo el efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación.

No obstante, si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquella por quien corresponda, pero puede fijar un plazo, no mayor de dos meses para que las partes acudan al Juez o Tribunal civil o contencioso-administrativo competente, pasado el cual, sin haberlo utilizado se alza la suspensión y continúa el procedimiento.

Sin embargo de todo esto, las cuestiones civiles prejudiciales referentes a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, se deferirán siempre al Juez o Tribunal que deba entender de las mismas, y su decisión servirá de base a la del Tribunal de lo criminal.

Si la cuestión civil prejudicial se refiere al derecho de propiedad sobre un inmueble o a otro derecho real, el Tribunal de lo criminal podrá resolver acerca de ella cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión.

El Tribunal de lo criminal se atemperará, según los casos, a las reglas del Derecho civil o administrativo en las cuestiones pre-

judiciales que con arreglo a las disposiciones que acabamos de referir, deba resolver.

Un estudio más completo de esta materia puede verse en la obra de AGUILERA DE PAZ *Tratado de las cuestiones prejudiciales y previas en el procedimiento penal.*



§ 16

Jurisdicción civil y administrativa (1)

I. *Relaciones entre la administración y el ciudadano.*—Hemos visto (§ 1) que entre el Estado y el particular pueden mediar relaciones jurídicas, privadas y públicas. De aquí la posibilidad abstracta de que la Administración contra los ciudadanos o estos contra aquella, tengan que pedir la actuación de la ley. Las modernas organizaciones admiten ampliamente esta posibilidad, incluso en concreto, no solo en las relaciones privadas, sino también en las públicas. La jurisdicción que actúa en las relaciones públicas, esto es, que median entre el particular y la Administración como «poder», cualesquiera que sean los órganos a los cuales se confía puede llamarse con nombre complejo jurisdicción «administrativa», mientras que la jurisdicción «civil» en sentido estricto significa la jurisdicción que actúa en las relaciones entre particulares (comprendidas las relaciones en las cuales interviene la Administración pero obrando como particular, § 1). En un sentido más estricto, jurisdicción administrativa es la que actúa en las relaciones que interesan a la Administración cuando es confiada a órganos especiales (§ 2). Para comprender los varios sistemas referentes al caso y en particular al nuestro, conviene examinar antes en general estas relaciones.

La administración es *poder* conferido para el bien público y que quiere ser pronto en el ejercicio: esto explica por qué regularmente lo que la Administración como poder puede pretender del particular, por Ley o basándose en un propio acto de previo mando, no se pide en juicio, sino que se consigue directamente por

(1) CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*. I, MORTARA, *Comm.* I, WACH, I, pág. 77 y sigs. SCHMIDT, 2.^a ed., § 30; HELLWIG, I, § 8 y sigs.; WEISMANN, § 12. Véase además los citados más adelante en este mismo párrafo.

la Administración misma (principio de la ejecutoriedad de los actos administrativos) (1). Por lo mismo expropia y ocupa los bienes de los particulares por utilidad pública, requisita los ganados, construye o derriba obras, secuestra, etc., etc. Estas son actividades primarias que la Administración realiza por obligación propia, no sustituyendo la actividad que podría prestarse por el particular. Solo para la consecución de prestaciones en dinero mediante expropiación, la Administración dirígese a los órganos procesales (§ 10), y así también a veces, para obtener la ejecutoriedad de ciertas pretensiones administrativas (§ 8 bis) o para obtener la condena del particular a determinadas prestaciones (2). Pero ordinariamente la Administración como poder, no tiene como fin constituirse actora en juicio (3).

Tanto mayores son las ocasiones de que el ciudadano se constituya *actor* contra ella. El ciudadano puede dirigirse al tribunal: *a)* para pretender alguna cosa que le es debida por la Administración, *b)* o para oponerse a una pretensión actuada contra él por la administración.

En todo caso, el ciudadano que obra debe afirmar la existencia de una voluntad de ley que le garantice un bien *frente a la Administración*. Y este bien puede consistir en el goce de una cosa que *también* la Administración esté obligada a respetar o en una especial prestación debida por la Administración o en un poder jurídico frente a la Administración (§ 1).

Y ahora completaremos dos observaciones hechas antes: una (§ 8 bis) que hay casos en los cuales la ley dice expresamente lo

(1) CAMMEO, *Comment*, fág. 710; BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, cit.

(2) Así, conforme al art. 146 del Reg. 9 Mayo 1901 sobre puertos, playas y faros, corresponde al Tribunal ordenar a los particulares la ejecución de las obras necesarias en las riberas y canales, según el *proyecto ejecutivo* de la Administración. Análogamente, por virtud del art. 37 del Reg. 11 Enero 1901 sobre servidumbres militares, corresponde al Tribunal ordenar a los particulares la demolición de obras realizadas o iniciadas en los terrenos sometidos a servidumbre militar.

(3) Véase CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione* (en la *Giurisprudenza italiana*, 1905, págs. 51 y 53 del extracto).

que la Administración debe hacer o no hacer (actividad *reglada* o *ejecutiva*) y casos en los cuales remite a la *discreción* de la Administración hacer o no hacer (actividad *discrecional*); otra, (§ 1) que no toda norma que impone a la Administración hacer o no hacer garantiza un bien *al particular*.

A) *Actividad reglada* (1). Según la diversa calidad del bien que el ciudadano, basándose en la ley, pretende garantizado frente a la Administración, podemos hacer las siguientes observaciones:

a) El ciudadano puede fundarse en la ley que le garantiza el goce de una cosa: por ej.: reivindicar de la Administración, que la detenta de hecho, la cosa de su propiedad. Aquí hace valer un derecho suyo absoluto que también la Administración, como todo sujeto jurídico, tiene el deber de respetar. Pero la ley permite a veces

(1) Vease RANELLETTI, *Principii di Diritto amministrativo*, Nápoles, 1912, I, núms. 227 y sigs. El libro llega a nosotros después de corregidas las pruebas de las págs. precedentes. Constatamos gustosos uniformidad de pareceres sobre puntos fundamentales (así en torno a la autonomía de la acción, núm. 283; a los derechos potestativos, núm. 165; a las sentencias constitutivas, núm. 165; al fin del proceso, núm. 166). El concepto de jurisdicción de RANELLETTI, núm. 171 («la actividad del Estado, dirigida a hacer valer y actuar el derecho objetivo en las particulares relaciones concretas mediante la resolución definitiva y obligatoria de las cuestiones jurídicas a ellas relativas y la realización coactiva de la misma, en aplicación del derecho existente»), aunque estrictamente se extiende a la ejecución forzosa (§ 13), es aplicable también a actividades administrativas, puesto que diariamente el administrador actúa también coactivamente el derecho en las relaciones concretas, y para hacerlo resuelve cuestiones jurídicas. Que la solución jurisdiccional de las cuestiones sea «definitiva y obligatoria» es *consecuencia* de ser jurisdiccional, y no puede asumirse en el concepto de jurisdicción (§ 13). El criterio diferencial no puede encontrarse en la actuación del derecho, que es función común a las dos especies de órganos, sino en la posición de cada uno respecto de la actuación, que en el administrador es *primaria*, y en el órgano jurisdiccional, *secundaria* o de sustitución. RANELLETTI nos objeta que hay sustitución también en la ejecución de oficio, como medida de policía, y en el acto del superior jerárquico realizado por el inferior. Pero es cuanto nosotros hemos negado (§ 13). El administrador tiene siempre presente lo que él mismo *debe* hacer; el órgano jurisdiccional lo que *otro* debe hacer o sufrir.

a la Administración limitar el goce de las cosas de los ciudadanos, p. ej.: con impuestos, expropiación, etc. Si la Administración hace uso de este derecho, el ciudadano no puede defender pura y simplemente su propiedad: el acto administrativo constituye para la Administración un título preferente y el ciudadano debe ante todo remover ese título impugnándolo porque la limitación fué impuesta fuera de los casos previstos por la ley o sin las formas prescritas bajo pena de nulidad.

b) El ciudadano puede fundarse en una ley que impone particularmente a la Administración una cierta prestación. Si la prestación se debe por la Administración como podría deberse por un particular (*jure-gestionis*), es evidente que hay entonces un cierto ciudadano que puede pretenderla y por lo mismo no hay aquí otra cuestión que la de determinar quien sea él. Pero cuando se pretende una prestación debida por la Administración como «poder» se presenta el problema de la individualización del derecho (§ 1) porque entonces la ley puede estimar garantizar un bien a un cierto individuo o solamente a la colectividad: en este segundo caso el particular no puede pedir la actuación de la ley aunque (tenga interés, no solo como miembro de la colectividad, sino como individuo, en su observancia.

Así encontramos la diferencia entre *derecho e interés* (bien garantizado y no garantizado por la ley) (1). Pero el interés como contrapuesto al derecho, puede comprender muchas cosas. En primer lugar, no es derecho el interés que el ciudadano puede tener como miembro de la colectividad en la consecución de un bien garantizado a la colectividad, por ej.: el interés genérico en la observancia de la Ley por parte de la Administración (2). En segundo lugar no es derecho ni aun el interés lícito que coincide con una norma de ley pero que no está garantizado por esta: a este interés alcanza la norma solo *de rechazo* (llamado *interés ocasional*).

(1) De «una utilidad que no constituye un derecho» habla el art. 46 de la ley de 25 Junio 1865 sobre expropiación por utilidad pública.

(2) Esto es más evidente cuando el interés del ciudadano como tal hállese en oposición con su interés personal. Puede decirse que el condenado tiene interés como ciudadano en la ejecución de la condena, pero esto no es ciertamente un *derecho*.

mente protegido o interés legítimo) (1). No es derecho cualquier otro interés *lícito* pero no garantizado por la ley ni coincidente con alguna norma (llamado *interés simple*).

Suele ponerse el ejemplo de la Administración constructora de un ferrocarril siguiendo un trazado diferente del establecido por la ley: ofendería varios intereses: *a*) interés de todos los ciudadanos en la observancia de la ley (*intereses colectivos*); *b*) el interés de los propietarios de los fundos comprendidos en el trazado establecido por la ley a quienes puede convenir que el ferrocarril pase por sus fincas o cerca de ellas (*interés legítimo*); *c*) el interés de los propietarios de los fundos comprendidos en el trazado ilegal, quienes protestarán en defensa de sus propiedades (*derecho individual*).

Pero no siempre es tan fácil distinguir el interés del derecho. La cuestión está resuelta cuando la misma ley concede la acción en un caso concreto: precísase no obstante considerar que la ley puede conceder acción al particular sin reconocerle derecho alguno individual, sino haciéndolo órgano de la colectividad para la tutela de un derecho colectivo. Si la ley calla, conviene examinar caso por caso su voluntad, cuya investigación estará influida necesariamente por las tendencias más o menos favorables al reconocimien-

(1) RANELLETTI, *Diritti soggettivi e interessi legittimi*, en el *Foro italiano*, 1903; *Principii di Dir amm.*, cit. I, núms. 261 y sigs. Esta figura existe también en el derecho privado. Si A. tiene una *servitus altius non tollendi* sobre el fundo de B., también C., propietario de un fundo contiguo, puede ser alcanzado por el derecho de A., pero sólo de rechazo. RANELLETTI introduce también una subdistinción dentro de los mismos derechos subjetivos. Hay derechos absolutos e incondicionados frente al interés general y a la Administración pública, que, por tanto, no pueden ser sacrificados al interés general sino mediante indemnización, como la propiedad y derechos cuya existencia misma está condicionada al interés general, y por esto, cualquier acto realizado por la Administración en interés general, que los disminuya o suprima es conforme a la naturaleza misma, muy elástica, de tales derechos, y no da lugar a indemnización: p. ej., el derecho del concesionario, de una derivación de aguas. También estos derechos disminuídos llámense por RANELLETTI *intereses legítimos* en sentido diferente del primero, y tienen de común con los demás intereses legítimos (ocasionalmente protegidos) la defensa de la jurisdicción administrativa contra el acto *discrecional*.

to de derechos individuales que dominen en la ley, en la doctrina o en los jueces (1).

B) Actividad discrecional (2). Aquí la Administración puede hacer o no hacer. Como ya hemos visto, esta libertad refiérese al criterio, no a la voluntad, porque la Administración está siempre obligada a hacer lo que crea conforme al bien público, lo que crea oportuno. También la oportunidad es una ley obligatoria (3). Por eso en cierto modo se puede tener derecho también a una prestación que dependa del arbitrio de la Administración, pero esto no tiene importancia práctica cuando por ser tal norma atribuida al criterio del interno administrador, no se puede pretender su actuación. Lo cual no priva que en algún caso la ley pueda admitir una jurisdicción de oportunidad (4).

(1) Ejemplo: son verdaderos derechos subjetivos públicos el derecho electoral, el del empleado al sueldo, el derecho a la producción de actos administrativos cuando estén precisamente determinadas por la ley, las condiciones para obtenerlos, como el derecho a una certificación de estado civil, a la admisión en un establecimiento docente, a la habilitación para una profesión, a la licencia para construir, ejercer una industria, etc. Puede tenerse un derecho o un simple interés en ser admitido a un empleo según las condiciones establecidas por la ley, por el concurso, etc. Tal ocurre con la promoción.

(2) RANELLETTI, *Principii di Dir. amm.*, cit. núms. 227 y sigs.; PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, en la *Giur. ital.*, 1910; TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden*, Viena, 1888; STIER-SOMLO, *Das freien Ermessen in Rechtssprechung und Verwaltung*, en los *scritti* en honor de LABAND, 1908; LAUN, *Das freie Ermessen und seine Grenzen*. 1910.

(3) *Oportet* encuéntrase empleado en los textos, tanto para indicar lo que por ley debe hacerse, como lo que es oportuno hacer. Acerca de estas ideas, véase PLANCK, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozess.*, página 137; BERNATZIK, *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, página 46; SCHMIDT, 2.^a ed., pág. 349; POLLAK, I, 115 (en particular acerca de uso de la palabra PUEDE en las normas relativas a funcionarios públicos); CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale*, págs. 307, 332. Véase pág. 294, y en sentido favorable, RANELLETTI, *Principii* cit., pág. 970.

(4) Conforme RANELLETTI, *Principii* cit. I, pág. 362. Por ej., los artículos 3.^o y 4.^o de la ley 12 Jun. 1902 sobre monumentos, antigüedades, etc., disponían que el Ministro PODRÁ autorizar la venta de ciertos

Comunmente pues, frente a los poderes discrecionales, el particular sólo puede tener simples intereses. El empleado, por ejemplo, tiene un simple interés *en no ser jubilado* desde un cierto límite de edad. Aún un acto que se presenta como discrecional, puede ser ilegal: por incompetencia del funcionario o por inobservancia de formas (falta de dictamen pericial, falta de aviso a los interesados, etc., etc.) o por la relación en que se encuentra con otro acto (por ejemplo no hay obligación de ascender a A, pero no se puede ascender a B antes que A, que es más antiguo).

Poder discrecional no debe confundirse con juicio no fiscalizable del hecho: puede tenerse aquél y no éste y viceversa, y frecuentemente no tener uno ni otro. El acto administrativo puede ser *ilegal* ya por haber violado la ley como norma abstracta, ya por haberla aplicado a un hecho *que no existe* (1). Hay hechos, no obstante, que admiten una cierta libertad de apreciación (como el *peligro*, la *insalubridad*, el *interés histórico*, el *valor artístico*, etc.) Suele hablarse aquí de *discrecionalidad técnica* (2).

II. *Diversos sistemas de justicia administrativa.* Puede darse:

a) Atribución del conocimiento de las contiendas relativas a

objetos de arte, y que, contra su negativa, cabe el recurso ante la 4.^ª (hoy 5.^ª) sección del Consejo de Estado, que fallará también en el fondo. La nueva ley 20 Jun. 1909 (art. 2.^º) ha sustituido por dictamen conforme del Consejo Superior de las Antigüedades y Bellas Artes.

(1) CAMMEO, *Comment.*, pág. 342.

(2) CAMMEO, en la *Glur. Ital.*, vol. 54, y en el *Comm.* págs. 134 y sigs.; 343, 773 y sigs.; PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, cit. Contra la utilidad de esta particular denominación, RANELLETTI, *Principii*, cit. pág. 369, nota. Ej.: la ley sobre Obras hidráulicas, tex. ún., 25 Julio 1904, dispone (art. 52): «Corresponde a la autoridad administrativa sin la menor intervención de la autoridad judicial, reconocer incluso en los casos de discusión, si los trabajos responden al *fin* para el cual deben servir, a las *exigencias técnicas* y a las *buenas reglas del Arte.*» Ya se entiende que en estos casos conviene distinguir cuidadosamente lo que puede remitirse al criterio de la Administración de lo que puede formar parte de una obligación jurídica suya. Por ej.: la Administración *puede* adoptar cualquier sistema en las señales de los puertos, pero *debe* mandar que las adoptadas funcionen normalmente: Cas. Roma, Seccs. unidas, 12 Diciembre 1906 (*Foro Ital.*, 1909, pág. 1.446).

relaciones entre el ciudadano y la Administración, a la Administración misma.

b) Atribución de tales contiendas a la autoridad judicial ordinaria (*jurisdicción única*).

c) Atribución a tribunales especiales.

d) Reparto de tales contiendas entre los tribunales ordinarios y los especiales.

Cada uno de estos sistemas puede tener algo de bueno, según los lugares y los momentos en que se aplique. Idealmente el sistema de la *jurisdicción única* es el mejor, pero su actuación completa, difícilmente es posible.

Según el *sistema francés* (1) bajo la influencia del riguroso modo de entender la «división de los poderes» y la independencia de la Administración respecto de la jurisdicción, la decisión de las contiendas entre Administración y particulares («contencioso administrativo») confíase a corporaciones constituídas en el mismo seno de la administración (Consejo de Estado, Consejo de prefectura). A estos debe dirigir el particular sus demandas incluso para hacer valer derechos verdaderos y propios (por ejemplo basados en subastas, empréstitos públicos, daños, indemnización por expropiaciones). En un principio, se atribuyó a ellos toda contienda en que estuviese interesada la Administración aún por un acto meramente privado: solo más tarde la doctrina y la jurisprudencia vinieron suavizando este principio admitiendo la competencia judicial para los actos de *pura gestión*.

Este «contencioso» constituye de *hecho* verdadera jurisdicción, pero la doctrina anterior lo concibió como un autocontrol administrativo, como administración *juzgadora* frente a la administración *activa*, como jurisdicción *retenida*. Estos conceptos han sido favorecidos por el hecho de que lo contencioso estaba compuesto de elementos sacados de la Administración y de que por mucho tiempo la decisión de las contiendas fué pronunciada con decreto del jefe del Estado que en teoría habría podido separarse de

(1) SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, 1842; LAFERRIERE, *Traité de la juridict. administr.*; CAMMEO, *Comment.*, cit.; SALANDRA *La giustizia amministrativa*, etc.

la deliberación del órgano de lo contencioso. Solo más tarde fué reconocida a éste una jurisdicción *propia*.

Lo contencioso francés tiene también otra función formada lentamente: conoce de las reclamaciones contra actos administrativos que, sin lesionar derechos individuales, esto es, voluntades de ley que *garanticen un bien al particular*, sean ilegales por *incompetencia, vicios de forma, violaciones de ley, abuso y exceso de poder*. Acerca del carácter de este «*contencioso de anulación*» la doctrina no es unánime.

Según el *sistema germánico (prusiano o austriaco)*, los tribunales administrativos, derivados del contencioso francés se conciben como órganos jurisdiccionales autónomos, más que como órganos internos de la administración diversos entre sí según admitan el juicio de derecho o también de hecho. Diferentes del contencioso francés también porque el criterio para delimitar su competencia no se deriva de la presencia de la administración como sujeto de las relaciones jurídicas, sino *de la naturaleza de las relaciones*: para las *relaciones privadas* se da la vía jurídica ordinaria, para las *públicas* la administrativa (1). El criterio parece más sencillo, pero es difícil en su actuación práctica: domina en ésta la tendencia a extender lo más posible la categoría de los derechos privados para someter el mayor número de pleitos al juicio ordinario.

En el *sistema inglés (americano)* la jurisdicción común se dirige generalmente con determinadas condiciones incluso a los actos administrativos, sin demasiadas distinciones de relaciones públicas o privadas (2).

(1) STÖLZEL O., *Rechtsweg und Kompetenzkonflikt (Via jurídica ordinaria y conflictos de competencia)*, Berlín, 1901; MAYER O., *Zur Lehre von den materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen (Sobre la teoría de la cosa juzgada sustancial en materia administrativa)*, 1906, y en el *Archivio pel diritto pubblico tedesco*, vol. XXI, págs. 1 y sigs., además de los antes citados, pág. 285; n nota.

(2) Véase FISCHER, *Verfassung Englands (La constitución de Inglaterra)*, lib. V, cap. I; DE FRANQUEVILLE, *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*, vol. I, págs. 54 y sigs.; LAWRENCE LOWELL, *The Government of England*, Londres, 1908, II, págs. 489 y sigs.; CAMPBELL

III. *La justicia administrativa en Italia* (1). Está regulada actualmente por cinco leyes fundamentales (además de varias leyes especiales).

a) La ley 20 Marzo 1865, apéndice E, sobre lo contencioso administrativo.

b) La ley 31 Marzo 1877 sobre conflictos de competencia.

c) La ley del Consejo de Estado, tex. único 2 jun. 1889.

d) La ley 1.º de Mayo 1890 sobre organización de la justicia administrativa y en particular sobre juntas provinciales administrativas.

e) La ley 7 Marzo 1907 sobre la reorganización de las instituciones para la justicia administrativa, la cual habiendo modificado en parte las dos leyes precedentes, se ha refundido con las mismas en dos diferentes textos únicos, fecha 17 Ag. 1907, números 638 y 639.

Como vemos, el sistema se ha venido formando parte por par-

BLACK, *Handbook of american constitutional Law.*, 3.ª edic. 1910, página 94 (excluidos los actos políticos y los que implican poderes discrecionales).

(1) VOLPICELLI, *Principii regolatori della competenza amministrativa e dei conflitti d'attribuzione* (Nápoles), 1852; SERVICI, *Il contenzioso-amministrativo* (Estado pontificio), 1869, BERTETTI, *Il contenzioso-amministrativo*, Turín, 1865; MANTELLINI, *I conflitti d'attribuzione, 1871-1878; Lo Stato e il Codice civile*, 1882; SPAVENTA, *Discorso all'Associazione costituzionale di Bergamo*, 1880; LEPORINI, *La giustizia nell'amministrazione*, 1886; FRANCESCHELLI, *La giustizia nell'amministrazione*, 1889; ARMANNI, *La riforma del Consiglio di Stato e la giustizia amministrativa*, 1889; MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso-amministrativo* (en la *Giustizia amministr.*), 1891; DE NAVA, *Il Consiglio di Stato* (en el *Digesto italiano*); VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei cittadini verso l'autorità amministrativa* (en el vol. III del *Trattato di Diritto amministr. ital.*, dirigido por ORLANDO); SALANDRA, *Trattato della giustizia amministrativa*, 1904; ORLANDO, *La giustizia amministrativa* (en el *Trattato* supradicho, vol. III); MORTARA, *Commentario*, volumen I (4.ª ed.); CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I; VITTA, *Giustizia amministrativa*, 1903; CHINCA, *La giustizia amministrativa, innanzi alla Giunta prov. amm.*, 1910. Véanse también los Manuales de Derecho administrativo de MEUCCI, 5.ª edic., de ROMANO, de PRESUTTI, y citadas más adelante las posteriores a la reciente ley de 7 de Marzo de 1907.

te, y en su formación dominaron, entre mucha incertidumbre de ideas y con inevitables incongruencias las diversas influencias, ya del sistema francés, ya del sistema germánico, además de algún concepto propio del sistema belga.

Antes del 1865, regían en los diferentes estados italianos instituciones parecidas al contencioso administrativo francés, en el principio informador fundamental. Debiendo resolverse la unificación administrativa del Reino, preparóse una reforma sobre una base enteramente distinta, sobre el concepto fundamental de que las cuestiones concernientes a *proprios y verdaderos derechos* de cualquier modo que en ellos estuviese interesada la Administración pública, debiesen atribuirse a la jurisdicción ordinaria. Sucediéronse varios proyectos concordantes con esta idea, pero que diferían en las excepciones opuestas al principio de la jurisdicción única y oscilaban entre la idea de proceder por normas genéricas o por enumeraciones de las cuestiones dejadas o sustraídas a la Administración. Hasta que un proyecto PERUZZI (Ponente BORGATTI) modificado por las comisiones parlamentarias afirmó estos principios:

a) Que a la autoridad judicial ordinaria debía corresponder el conocimiento de las contiendas relativas a *derechos civiles o políticos*, aunque en ellas esté interesada la Administración pública, y aunque se hayan producido resoluciones de la autoridad administrativa.

b) Que a la autoridad administrativa correspondía el conocimiento de las reclamaciones contra los actos de pura administración (lesivos de simples intereses, no de derechos).

c) Que la autoridad judicial no podía conocer más que de las consecuencias del acto administrativo, relativas al derecho del particular, pero sin revocar el acto mismo, que únicamente podría hacerlo la Administración.

Estos principios reproducidos en el proyecto LANZA fueron después la ley 20 Mar. 1865, apéndice E (1).

(1) Art. 1.º Los TRIBUNALES ESPECIALES actualmente investidos de la jurisdicción contencioso-administrativa, tanto en materia civil como en materia penal, QUEDAN ABOLIDOS, y las controversias cuya competencia le fué atribuída por diversas leyes vigentes serán en adelante devueltas a la jurisdicción ordinaria, según las normas contenidas en la presente ley.

A) *Le ley 20 Marzo 1865, ap. E (1)*. Es la base del sistema italiano: parte de la diferencia entre *derecho e interés*, o sea entre el bien garantizado y no garantizado por la ley.

En cuanto a los intereses no garantizados, (*negocios*) que también en adelante podían dar lugar a recurso ante los tribunales de lo contencioso, dispúsose (art. 3), que no pudiesen dar lugar más que a recurso ante la administración pura (recurso jerárquico, § 13); pero donde la ley *garantiza* un bien al particular, incluso de fren-

Art. 2.º Se atribuyen A LA JURISDICCION ORDINARIA todos los pleitos por contravenciones y todas las materias en las cuales se discuta UN DERECHO CIVIL O POLÍTICO, de cualquier manera que pueda estar interesada en él la ADMINISTRACION PÚBLICA, Y AUNQUE hayan sido dictadas RESOLUCIONES POR EL PODER EJECUTIVO O POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

Art. 3.º Los ASUNTOS no comprendidos en el artículo precedente serán de la competencia de las autoridades administrativas, las cuales, admitidas las deducciones y las observaciones por escrito de las partes interesadas, proveerán con decretos motivados, previo dictamen de los Consejos administrativos que para los diversos casos establezcan las leyes.

Contra tales decretos, que se escribirán a continuación del dictamen igualmente motivado, admítase el recurso, EN VÍA JERÁRQUICA, conforme a las leyes administrativas.

Art. 4.º Cuando la discusión recae en un derecho que se pretende lesionado por un acto de la autoridad administrativa, los Tribunales se limitarán a conocer LOS EFECTOS DEL ACTO, en relación con el objeto deducido en juicio.

El acto administrativo NO PODRÁ SER REVOCADO NI MODIFICADO sino por recurso a las competentes autoridades administrativas, las cuales se adaptarán a la sentencia de los Tribunales en cuanto se refiera al caso decidido.

Art. 5.º En este como en cualquier otro caso, las autoridades judiciales aplicarán los actos administrativos y los Reglamentos generales y locales EN CUANTO SEAN CONFORMES A LAS LEYES.

Los otros artículos de la ley 20 Marzo 1865 refiérense a la competencia relativa a las cuestiones de impuestos (art. 6.º), a algunos particulares poderes de la administración en los casos de urgencia (arts. 7 y 8), a la secuestrabilidad de las cantidades debidas por el Estado (art. 9.º), etcétera, etc.

(1) CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*.

te a la Administración, se ha dispuesto que la actuación se pida no a tribunales privilegiados de la Administración, sino a la jurisdicción común (arts. 1 y 2).

Esto debía entenderse tanto para las relaciones *privadas* como para las *públicas (civiles y políticas)*: precisamente la importancia de la reforma estaba en haber deferido a los tribunales ordinarios todas las relaciones con la Administración, *incluso* las públicas, puesto que, en cuanto a las relaciones privadas, la Administración ya estaba sujeta a la ley procesal común. Y si los tribunales de lo contencioso habían tenido competencia incluso para las relaciones privadas, esto habíase venido ya limitando en lo contencioso sardo a relaciones que presentaban un elemento de interés público (contratos de subasta de obras públicas). Pero al aplicar la nueva ley, nuestros jueces mostráronse reacios en admitir el carácter *jurídico* de las relaciones en que la Administración entra como «poder» manteniendo la distinción tradicional entre actos de *gestión* y *actos de imperio*, considerando en cambio como relaciones privadas muchas que no lo eran, sometiéndolas por este procedimiento a su juicio.

La diferencia entre actos de gestión y de imperio no debería tener importancia para la determinación de los límites de la jurisdicción ordinaria. Para saber si esta puede actuar *en favor del actor*, no es preciso mirar si la Administración se encuentra en una relación como particular o como poder, sino si existe una voluntad de ley que garantice un bien al actor. Y también es impropio hablar de *competencia* de la autoridad judicial frente a la Administración: desde el momento en que la autoridad judicial puede siempre investigar *si el actor tiene un derecho* contra esta, no puede verdaderamente declararse competente o incompetente, sino tan sólo declarar la existencia o inexistencia del derecho (§ 3, 5). La cuestión tiene carácter prejudicial solo en cuanto se reduce a una cuestión de derecho (¿existe una norma *abstracta* de tal naturaleza que pueda garantizar un bien al particular?) § 5 y 70 (1).

(1) Véase PRESUTTI, en la *Legge*, 1903, pág. 1.984 y sigs.; ANZILOTTI, en la *Riv. di Dir. Púbb.*, 1909, parte II, pág. 212; Cas. Roma, sec. ún. 18 Mayo 1908 (en la *Legge*, 1908, pág. 1.783).

Pero el conocimiento de la autoridad judicial no fué admitido sin una importante limitación. Hemos visto que en abstracto el derecho del ciudadano contra la Administración puede consistir en un derecho de impugnación contra un *acto administrativo* ilegal, a) que disminuya o prive al ciudadano del goce de un bien garantizado por la ley, b) o imponga al ciudadano una prestación no debida. Y aún nuestro derecho no admite estos derechos de impugnación contra los actos administrativos sino con grandes limitaciones y reservando su examen a jueces especiales. En efecto, la existencia de un derecho de impugnación manifiéstase en las palabras que el juez pronuncia «anulo», «rescindo», «revocho», palabras que expresan el efecto que por ley se verifica con la declaración del derecho de impugnación (§ 8). En cambio, frente al *acto administrativo*, niégase este poder al juez ordinario no puede anularlo ni modificarlo (art. 4), sino que debe limitarse a declarar su ilegitimidad y, por consecuencia, la ocurrida lesión del derecho por parte del acto administrativo, poniendo a la Administración en la alternativa de revocar ella misma el acto o de modificarlo en forma que haga cesar la lesión, o compensar ésta con el resarcimiento de los daños, la condena en los cuales suele incluirse en la sentencia, dando lugar de hecho a una forma simplificada de expropiación por utilidad pública. Esta limitación (traída de la práctica belga) significa en parte un homenaje a la teoría de la división de los poderes y en parte está determinada por razones prácticas; el acto administrativo, a diferencia del acto del particular, siempre puede tener una repercusión en importantes intereses generales, y lo mismo su anulación; de aquí la oportunidad de que el juez ordinario se limite a afirmar la existencia del vicio de acto concerniente a un ciudadano lesionado en su derecho individual o injustamente gravado con una obligación; por eso el administrador, aún estando obligado a hacer cesar la lesión, puede al mismo tiempo dirigir la correspondiente resolución al interés general (1).

(1) Esta limitación tiene por consecuencia la inadmisibilidad, contra los actos que se estiman administrativos, de aquellas acciones que por su naturaleza conducirían a suspender el acto administrativo, como algunas acciones de cautela y, sobre todo, la denuncia de obra nueva (véase CAM-MEO, *Comm.*, I, pág. 855, nota). En cuanto a las acciones posesorias (que,

Dedúcese de la letra y del espíritu del art. 4:

1.º Que la limitación no tiene lugar si no hay un *acto administrativo*; por lo tanto no se verifica en los actos realizados por la Administración en concepto de particular (*jure gestionis*). A éste respecto la distinción entre actos de imperio y de gestión puede aplicarse y ordinariamente se aplica por las sentencias (1). Resulta en efecto, de los precedentes de la ley que la limitación no puede extenderse a las relaciones que ya antes de la ley estaban sometidas a la autoridad judicial ordinaria y a la ley procesal común. Ni podría explicarse de otra manera la letra de la ley según la cual pueden darse controversias que afecten a la Administración sin haberse producido resoluciones de la *autoridad* administrativa o del *poder* ejecutivo (arts. 2 y 4). En cambio, según la opinión

no obstante la común y errónea opinión contraria, no tienen relación especial alguna con las denuncias, como no sea la proximidad en que se encuentran en el Cód. Civ.), su admisibilidad frente al acto administrativo depende de admitir o no el «derecho a la posesión». Admitido éste, ninguna dificultad se opone a admitir una declaratoria del despojo y del inquietamiento, por parte del juez ordinario para actuar, mediante recursos a la quinta sección del Consejo de Estado. Para nosotros, que negamos «el derecho de posesión» (§ 1), la inadmisibilidad es evidente. La jurisprudencia acerca de estos particulares es incierta sobremanera, especialmente en los fundamentos. — Véase, entre las decisiones más recientes: Cas. Roma, Secc. Ún., 5 Dic. 1908 *Giurisprud. ital.* 1909, pág. 15; 7 Enero 1909 (*Giustizia ammin.* 1909, III, pág. 1); 26 Marzo 1909 (*Legge*, 1909, página 1.045); 17 En. 1911 (*Giurisprud. ital.*, 1911, pág. 287).

(1) RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, en las publicaciones jurídicas en honor de V. SCIALOJA, págs. 9 y sigs. del extracto, *Principii di Dir. amm.*, I, núms. 238 y sigs. Véase antes pág. 32.

Precísase, pues, distinguir:

1.º Para la aplicación del art. 2.º de la ley la diferenciación de actos de imperio y de gestión no tiene importancia porque son relaciones jurídicas tanto las privadas como las públicas.

2.º Para la aplicación del art. 4.º sí que la tiene, porque puede haber una impugnación contra un acto de gestión (p. ej., nulidad o rescisión de un contrato) o contra un acto de imperio que haya perjudicado a un particular, limitando ilegalmente el goce de un bien (p. ej.: decreto de expropiación) o imponiendo ilegalmente una prestación (ej.: inscripción en una matrícula de contribuciones).

contraria que antes incluso a nosotros nos pareció fundada, acto administrativo sería *todo acto* de la Administración: y habría *siempre* un acto administrativo cuando estuviere en pleito la Administración. Precísase observar aún, que la categoría de los actos de imperio no debe tomarse (incluso en la aplicación del art. 4) demasiado literalmente, comprendiendo en ella sólo los actos de ejercicio de *imperio* en sentido estricto. Por el contrario hay que mirar a la finalidad inmediata del acto que puede ser finalidad *pública* aunque la Administración no haga uso en él de sus atributos de *poder*. Así la doctrina favorable a la distinción reconoce una categoría de actos públicos mayor que la de los de imperio, comprendiendo en ella actos que exteriormente considerados podrían también realizarse por los particulares, pero que están caracterizados por una finalidad *inmediata* pública, esto es, propia de la Administración (1). También en la jurisprudencia se encuentran referencias a estos actos, definidos como *actos mixtos* (2). Deben tratarse como actos de gestión aquellos en los cuales (aún debiendo encontrarse una finalidad pública lejana y mediata, inescindible de cualquier actividad del Estado, como persona una e indivisible) la finalidad *inmediata* es idéntica a la que se proponen los particulares, esto es, puramente económica y patrimonial, como cuando la Administración arrienda sus bienes, cultiva sus terrenos, contrae préstamos ordinarios. etc., etc.

2.º Que ni aún todo *hecho* realizado por la Administración como «poder» da lugar a la limitación. El simple incumplimiento de sus obligaciones es un hecho de la Administración que puede ser querido por razones de interés público, pero no es un acto administrativo, una resolución autónoma con la cual la Administración pueda crearse un *título* frente al ciudadano, de modo que sea necesario impugnarlo. Si yo pido la condena de la Administración al pago de una deuda, pido la actuación de la ley que me garantiza aquél bien y no ya que se anule la negativa de la Administración a pagarme. Puede suceder que esa negativa revista la forma exterior de una resolución, como si el Comisario regio sus-

(1) RANELLETTI, *Principii di Dir. amm.*, I, núms. 239 y sigs.

(2) Cas. Roma, 13 Ab. 1907 (*Foro ital.*, 1907, pág. 698); 11 En. 1908

(*Foro ital.*, 1908, pág. 78).

pende por decreto el pago de las deudas de un municipio (1), pero sustancialmente la cosa no cambia; la orden no es más que el anuncio de no querer observar relaciones existentes, no es título de relaciones nuevas ni puede ser objeto de una cuestión autónoma: la cuestión de si la negativa a pagar es válida se confunde con la de si el pago es debido. Esto puede decirse de toda negativa a prestaciones debidas: la Administración puede ser siempre condenada a la prestación, a menos que un acto autónomo administrativo haya creado una *nueva* relación entre Administración y ciudadano, de tal índole que para llegar a la prestación *se deba remover antes esta relación* (2).

3.º Pero cuando hay un acto administrativo que remover, hasta que la Administración no lo revoca o reforma, conserva la eficacia que le es inherente. Siempre sería pues, imposible en estos juicios (en los cuales el acto no se puede remover, la combinación de la acción de impugnación y de la de condena (§§ 5 y 8) porque a la condena no se puede llegar. La práctica no entiende así el art. 4.º, de un lado inclínase a imponerse la limitación de este artículo y se abstiene fácilmente de condenar a la Administración al cumplimiento *específico* de las prestaciones debidas por ella, pero admite la condena de la Administración al equivalente en dinero, como si fuese indemnización de un derecho expropiado (sin perjuicio para la Administración misma, de cumplir en cambio la prestación debida): de otro lado suaviza estos errores con otro porque descubre fácilmente en el acto realizado un acto privado, incluso donde sería público, y en este caso condena a la Administración a la prestación debida (3).

4.º Si la prestación debida por la Administración es un acto *administrativo* el juez no puede realizarlo en su lugar, pero esto, no por aplicación del art. 4 sino por consecuencia de la normal infungibilidad de los actos administrativos. No es de pensar, por

(1) Caso decidido por la Cas. Roma, Sec. ún., 30 Mayo 1879 (*Giurisprudenza ital.*, 1879, I, 1; 37).

(2) Cuestión muy controvertida. Para la doctrina de los actos administrativos en general, véase VITTA, en la *Giur. ital.* 1906, p. IV., págs. 189 y sigs.; RANELLETTI, *Principii*, cit. I, núms. 173 y sigs.

(3) CAMMEO, *L'azione*, cit. pág. 79 y sigs. del extracto.

ejemplo, que el juez conceda licencias de construcción, de apertura de establecimientos y otras semejantes, que realice la inscripción de un estudiante, etc., etc., ni es de pensar un medio de suplir esta actividad debida por la Administración. Aquí verdaderamente no puede admitirse sino la afirmación del derecho del actor, de tener el acto y la condena alternativa de la Administración para la producción del acto o para los daños. No obstante la ley puede disponer *expresamente* que la sentencia del juez supla un cierto acto administrativo (1).

La norma del art. 5, por la cual siempre las autoridades judiciales APLICARÁN los actos administrativos y los reglamentos generales y locales *en cuanto sean conformes a las leyes* supone que en juicio se pida alguna cosa con el fundamento de un acto administrativo (de ordinario un reglamento): si esto es ilegal desestimase la *aplicación* rechazando la demanda. Esto tiene lugar más frecuentemente en materia penal.

B) *La ley de 31 de Marzo de 1877.*—La resolución de los conflictos entre la Autoridad judicial y la administrativa había sido conservada por la ley de 1865 a un órgano impropio por su naturaleza, esto es al Consejo de Estado. La ley de 31 de Marzo de 1877 atribuyó la resolución de tales controversias a las *Secc. Un.* de la Cas. Roma (2).

Según esta ley la cuestión sobre los poderes de la autoridad judicial puede plantearse de dos maneras: en vía *ordinaria* cuando sea propuesta como cualquier otra cuestión ante la autoridad judicial competente para el litigio y siga normalmente los grados de jurisdicción. En vía *extraordinaria* cuando la Administración promueva directamente la decisión de la Cas. Roma sobre la *competencia* de la autoridad judicial, con tal que si ella es parte en el pleito este se encuentre aún en primer grado: y si no lo es en cual-

(1) Los arts. 12 y 13 de la ley 20 Jun. 1909 sobre Antigüedades y Bellas Artes concede la acción ante la autoridad judicial contra la negativa por parte del Ministro de Instrucción Pública, de la autorización para modificar, demoler, remover, restaurar, cosas comprendidas en la ley. El carácter de esta acción no está bien claro. Véase MORTARA, I, 4.^a ed., pág. 530.

(2) Además de los citados en la pág. 340, véase la sentencia de las Secciones Unidas Cas. Roma, 14 Feb. 1907 (*Legge*, 1907, pág. 467).

quier estado del pleito siempre que no haya recaído declaración firme de competencia de la autoridad judicial (art. 1 y 2).

En ambos casos, el conocimiento de la cuestión corresponde exclusivamente a las Secc. Un. de la Cas. Roma (art. 3, núm. 1 y artículo 5).

La petición para la decisión directa (medio extraordinario) hácese mediante decreto del prefecto, notificado a las partes y comunicado a la Autoridad judicial, la cual por decreto *suspende todo procedimiento* (acerca de los efectos de esta suspensión § 72). De esta manera, como varias veces hemos observado (§§ 3, 5 y el presente) bajo el nombre de «cuestión de competencia» descúbrese en realidad una cuestión de fondo separándose del resto del pleito y se provoca una decisión anticipada sobre ella. Esto es más evidente cuando se pide una prestación, porque negar la competencia aquí es como negar la existencia de una norma abstracta que *pueda* aplicarse al caso. Pero también cuando se impugna un acto administrativo como lesivo de un derecho, la cuestión de si un cierto acto *puede* lesionar un derecho particular, puede presentarse como cuestión abstracta y resolverse aparte. Admitida esta posibilidad abstracta (decisión que afirma la competencia) el pleito sigue sin perjuicio de las otras cuestiones acerca de la existencia del derecho y de la procedencia de la acción (art. 4).

Corresponde además a las Secciones Unidas de la Cas. Roma, juzgar:

a) De los conflictos de jurisdicción positivos y negativos entre los tribunales ordinarios y otras jurisdicciones especiales.

b) De la nulidad de las sentencias de estas jurisdicciones por *incompetencia o exceso de poder* (art. 3, núm. 3).

c) *La ley 31 Marzo 1889 refundida con la ley 20 Marzo 1865 ap. D. en el texto único 2 Jun. 1889, y la ley 7 Marzo 1907 refundida con la ley 2 Jun. 1889 en el nuevo texto único 17 Agosto 1907.* Con la abolición de lo contencioso-administrativo quedaron privados de toda consideración los *intereses no derechos* que antes podían dar lugar a recursos ante los tribunales de lo contencioso y ahora quedaban abandonados a la discreción de la Administración con las escasas garantías del recurso jerárquico. El inconveniente fué agravado por la resistencia de la autoridad judicial (y de la misma Cas. Roma) a admitir derechos subjetivos *públicos*. Así que la distinción entre derechos e intereses en sí mis-

ma racional, se encontró desnaturalizada. Muchos derechos verdaderos y propios encontráronse rechazados entre los *negocios*, esto es entre los intereses simples o legítimos.

Se determinó un largo movimiento reformista (animado por SILVIO SPAVENTA en la doctrina y por CRISPI en el Parlamento). Su finalidad genérica era el aumento de las garantías de legalidad y de «justicia en la Administración». Esto podía conseguirse con una interpretación auténtica de la ley 1865, art. 2, que extendiese claramente el concepto de derecho civil o político hasta comprender todo derecho subjetivo público, manteniendo la diferenciación entre derecho e interés, vuelta así a su significado recto; o abandonando este concepto e instituyendo un nuevo órgano tipo germánico para la tutela de los derechos subjetivos públicos. Buscóse en cambio la reforma en la constitución de un nuevo órgano que en opinión de los primeros proponentes habría debido estar investido de un amplio poder de revisión de la *oportunidad y de la justicia intrínseca* de los actos administrativos, incluso discrecionales sirviendo así para la tutela de los intereses *simples* sin restar nada a la jurisdicción ordinaria. Este órgano fué la 4.ª Sección del Consejo de Estado la cual (especialmente por las modificaciones introducidas en el último proyecto de ley por la oficina central del Senado) vino a encontrarse investida únicamente de una competencia *genérica de anulación* de los actos administrativos por *ilegitimidad* y de una competencia limitada a algunos casos expresamente determinados para conocer *también del fondo* (ley 31 Marzo 1889, texto único, 2 Jun. 1889).

Hoy con la ley 7 Marzo 1907 (texto único 17 Agosto 1907, número 638) agregada una 5.ª Sección al Consejo de Estado, esa competencia repartióse entre las Secciones 4.ª y 5.ª reservando a la 4.ª el conocimiento de los recursos por *ilegitimidad* y atribuyendo a la 5.ª el conocimiento de los recursos que permiten un juicio del *fondo* (1).

(1) Publicaciones posteriores a la nueva ley; SCIALOJA V., *Per una riforma delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato* (en la *Rivista di dir. pubbl.* 1909, pág. 5 y sigs.); SCHANZER, *Vicende e riforme della giustizia amm. in Italia* (en la *Nuova antologia*, 1910, 2.º sem. pág. 458); CHIOVENDA, *Sugli effetti del ricorso diretto a una sezione incompetente*

Texto único, 17 Agosto 1907, núm. 638; art. 22. Corresponde a la 1.ª sección del Consejo de Estado decidir los recursos por *incompetencia, exceso de poder o violación de ley*, contra actos o resoluciones de una autoridad administrativa, o de un cuerpo administrativo deliberante, que tengan por objeto un interés de individuos o de entes morales jurídicos; cuando los recursos no sean de competencia de la autoridad judicial ni se trate de materia que corresponda a la jurisdicción o a las atribuciones contenciosas de cuerpos o colegios especiales.

del Consiglio di Stato (en la *Legge*, 1909, reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Nápoles, 1902, pág. 151 y sigs.); CODACCI-PISANELLI en el *Foro ital.* 1909; III, pág. 149 y sigs; CAMMEO, *L'efficacia d'un ricorso al Cons. di Stato diretto a una sezione incompetente*, en la *Giur. ital.*, 1909, III, pág. 178; CARUSO-INGHILLERI, *Sull'unità giurisdizionale della IV e V Sezione del Cons. di Stato*, en la *Legge*, 1909, página 1541 (sobre la reforma en *Rivista di dir. pub.*, 1910, I, pág. 486 y siguientes); TOVAJERA, *Sui rapporti fra la IV e V Sezione del Cons. di Stato e sulla natura della loro funzione*, en la *Legge*, 1910, pág. 1641; GIORGI, *La giustizia amministrativa nel Cons. di Stato*, en la *Legge*, 1910, página 2361; MORTARA, *Commentario*, I, 4.ª ed.; DETTORI, *Sui rapporti fra la IV e la V Sez. del Cons. di Stato*, Cagliari, 1912; D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le due sezioni giurisdizionali del Cons. di Stato*, Milán, 1912; CODACCI-PISANELLI, *Riforme desiderabili nell'ordinamento della giustizia amministrativa centrale*; D'AMELIOS, *Della istituzione di un tribunale supremo amministrativo* (memoria al Cong. jur. de Roma, 1911); CAVALIERI, *Casi d'incerta competenza fra le sez. giurisd.* (Anuario CUZZERI, 1909).

La mayor parte de los escritores citados diríjense a la cuestión de la llamada dualidad o unidad jurisdiccional de las dos Secciones, observada ya primeramente por nosotros en estos *Principii* (2.ª ed. pág. 338) y desarrollada en la obra antes citada en sentido favorable a la unidad y contrario a la decisión 8 Feb. 1909 de la 5.ª Sec. del Cons. de Est. que desestimó por transcurso de término un recurso propuesto ante ella después de que la 4.ª Sec. ya se había declarado incompetente. Según las ideas enunciadas por nosotros en esta obra, las dos secciones jurisdiccionales del Consejo de Estado no son órganos autónomos de jurisdicción, sino como su mismo nombre de «secciones» indica, partes de un todo, es decir, del Consejo de Estado, en el cual reside la jurisdicción, aunque éste la ejerza solo con las dos secciones 4.ª y 5.ª. Esto se deduce de las mismas palabras del art. 35, texto único 17 Ag. 1907, núm. 638 «Tal recurso (de casación) solo puede

No se admite el recurso si se trata de actos o resoluciones emanados del Gobierno en el ejercicio del poder político.

El recurso que no implique incompetencia o exceso de poder no se admite contra decisiones concernientes a contiendas aduaneras o cuestiones sobre el servicio militar.

Los casos de juicio en el fondo determinados por la ley 2 Junio 1889 encuéntrase hoy aumentados por la ley 1.º Mayo 1890 y por otras leyes sucesivas.

proponerse *por defecto absoluto de jurisdicción* DEL CONSEJO DE ESTADO». Ni esto se halla contradicho por los trabajos parlamentarios (de los cuales resulta únicamente que con la institución de la Sec. 5.ª se quiere facilitar el despacho de los asuntos) ni por ser la materia de competencia de cada sección establecida (como en otros casos) por ley, con la obligación de dirigir el recurso a la Sección *competente* (art. 28, Reg. proc. artículo 6), puesto que esto se hace para sustraer el reparto de los recursos entre las dos secciones al arbitrio del presidente, y por la falta de un presidente común a las dos secciones (además del presidente del Consejo de Estado cuya intromisión en las secciones jurisdiccionales quiere reducirse al *mínimum*), de aquí que este reparto legal de la competencia no destruya la unidad jurisdiccional de las dos secciones y no priva de validez al recurso erróneamente dirigido a la sección incompetente, puesto que el recurso a través de la sección es dirigido al Consejo de Estado *en sede jurisdiccional* y esto basta para su validez. Véase acerca de la naturaleza de las secciones § 20, núm. V.

A las mismas conclusiones llega con argumentos en parte diferentes, CAMMEO en la obra antes citada, que ha salido después de la nuestra. Pronunciáronse por la unidad TOVAJERA, GIORGI, MORTARA, CAVALIERI, DETTORI; por la dualidad CODACCI, PISANELLI, CARUSO, INGHILLIERI y D'ALESSIO en las obras citadas. El último de cuyos escritores, el más reciente y completo defensor de la dualidad, funda su demostración en la dilerencia de las competencias de las dos secciones que dará lugar en su opinión a una progresiva diferenciación orgánica, hasta quedar en el Cons. de Estado las funciones que ahora corresponden a la 5.ª Sec. y a concentrarse en un órgano separado las que están confiadas a la 4.ª (págs. 160-242). Prescindiendo de cuanto podría decirse sobre estas previsiones, (en particular puesto que a las materias de competencia de la 5.ª sec. esta es juez *incluso* de la legitimidad, es evidente que sus componentes deberán poseer las dotes de aptitud, talento y carácter que D'ALESSIO estima necesarias para este juicio, (págs. 226 240; en cuyo caso la creación de un órgano *distinto* para el juicio de legitimidad sería inútil); cierto es que en nuestro derecho

Art. 23. La V Sección del Consejo de Estado decide pronunciando también en el fondo:

1.º Las contiendas entre el Estado y sus acreedores, referentes a la interpretación de los contratos de empréstitos públicos, las leyes relativas a tales empréstitos y otras sobre la deuda pública.

2.º Los secuestros temporales, resoluciones concernientes a las atribuciones que corresponden a las potestades civiles y eclesiásticas y los actos provisionales de seguridad general relativos a esta materia.

3.º Los recursos por contiendas entre ayuntamientos y diferentes provincias para la aplicación de la tasa establecida por la ley 11 Agosto 1780, núm. 5784, ap. O.

4.º Los recursos por contiendas sobre los límites de Ayuntamientos o provincias.

5.º Los recursos encaminados a obtener el cumplimiento de la obligación de la autoridad administrativa de conformarse en cuanto se refiera al caso decidido, a la sentencia de los tribunales que haya reconocido la lesión de un derecho civil o político.

6.º Los recursos en materia de consorcios para caminos que toquen el territorio de varias provincias, y sobre contiendas acerca de las resoluciones para el régimen de las aguas públicas, confor-

actual no hay trazas de esta diferenciación orgánica. Cualquiera que sean las diferencias en la materia de competencia de las dos secciones (no mayores por lo demás) de las que pueden mediar entre los asuntos de competencia del juez ordinario como una acción de nulidad de matrimonio, un juicio electoral, una demanda de deslinde, una cuestión de aguas entre dos propietarios, es lo cierto que si el legislador ha encontrado en ellas un criterio cómodo y relativamente sencillo de reparto de las materias entre las dos secciones, no ha querido, basándose en ellas, crear dos competencias distintas por materia. Prueba de ello es el hecho de que no se ha dado ninguna impugnación contra la incompetencia de la sección *como tal*; y que las dos secciones presentan idéntica constitución subrayada por la anual alternativa de los consejeros (texto único citado, arts. 8, 37 y 40; véase CHIOVENDA, *Nuovi saggi* cit. pág. 168). Por lo demás el mismo D'ALESSIO termina por reconocer que en su demostración «ha integrado la organización positiva actual con el PREVISIBLE y RACIONAL desarrollo de la evolución en curso» lo cual—tratándose de un problema de derecho actual—es una equivocación.

me a lo dispuesto en la primera parte del art. 124, ley 20 Marzo 1865 referente a obras públicas.

7.º Los recursos contra la negativa de autorización para comparecer en juicio entes morales jurídicos sometidos a la tutela de la administración pública.

8.º Recursos sobre todas las cuestiones que por leyes especiales no derogadas en las diversas provincias del Reino hayan sido de competencia de los Consejos y de las *Consultas* de Estado.

9.º Recursos contra el decreto del Prefecto para proveer, según el 2.º párrafo del art. 106 de la ley provincial y municipal, a la administración de las propiedades o actividades patrimoniales de las *fracciones* o a los intereses de los vecinos parroquiales, que estuviesen en oposición con los del Ayuntamiento o de otras fracciones del mismo.

10. Recursos contra el decreto del Prefecto que, por reclamación de parte o de oficio, haya proveído para regular o prohibir el ejercicio de industrias insalubres o peligrosas, conforme a los arts. 32, 33 y 34 de la ley sobre seguridad pública.

11. Cuestiones acerca de la competencia pasiva de los gastos considerados obligatorios para el Estado, provincia y municipio, conforme a las leyes vigentes en materia de sanidad pública, y recursos referentes a la competencia en materia de hospitalidad entre provincia y provincia.

12. Recursos en materia de consorcios para obras hidráulicas para los cuales provee el Estado en concurso de las provincias y con los interesados, o a las cuales concurre el Estado en interés general.

13. Recurso en materia de concurso de gastos en obras de mejora realizadas directamente por el Estado con el concurso de las provincias de los Ayuntamientos y de los propietarios interesados.

14. Recursos referentes a la clasificación de los caminos provinciales, y contra las deliberaciones de la Junta provincial administrativa, referentes a la clasificación de los caminos municipales.

15. Recursos contra acuerdos de la administración pública en cuanto a obras de interés particular, existentes o que pudiesen ocurrir cerca de los caminos nacionales, o a la construcción o reparación de muros u otros análogos cerca de los mismos caminos.

16. Recursos contra las resoluciones del Prefecto y contra las deliberaciones de la Junta provincial administrativa en materia de

apertura, reconstrucción o sostenimiento de los caminos municipales o provinciales.

17. Recursos contra las deliberaciones de la Junta provincial administrativa en materia de peajes sobre los puentes o sobre los caminos provinciales o municipales.

18. Recursos contra las resoluciones acordadas por el Prefecto conforme a lo prescrito en el art. 378 de la ley 20 Marzo 1865, ap. F., sobre obras públicas, relativas a obras públicas de las provincias o del Estado.

19. Recursos en materia de hospitalidad y albergue de los incapacitados para el trabajo.

20. Recursos contra las decisiones pronunciadas por las Juntas provinciales administrativas en sede jurisdiccional en los casos previstos por el art. 1.º, texto único de las leyes relativas a las atribuciones de la Junta provincial administrativa en sede jurisdiccional y por cualquier otra disposición legislativa, que atribuya a las juntas jurisdicción sobre el fondo.

21. De los recursos relativos a todas las contiendas, que por cualquier ley general o especial estén deferidas a la jurisdicción del Consejo de Estado, incluso por el fondo.

A los recursos producidos a la V Sección, es aplicable lo dispuesto por el 2.º párrafo del art. 22.

Ninguna innovación se ha introducido, incluso en las materias previstas en este artículo, en las disposiciones de las leyes vigentes por lo que se refiere a la competencia judicial.

Conforme en lo dispuesto en el art. 21, competen a la Sección V, otros recursos establecidos en las leyes siguientes:

- a) L. forestal 20 Junio 1877, art. 10.
- b) L. 27 Abril 1885 sobre convenios ferroviarios, art. 14.
- c) L. sobre obras pías, 17 Julio 1890, arts. 42, 43, 51, 81, 92, 93 y 94.
- d) L. municipal y provincial 21 Mayo 1908, arts. 56, 87, 95, 161, 162, 163, 304.
- e) L. 21 Junio 1896 sobre autorizaciones a las provincias, Ayuntamientos, obras pías para aceptar donaciones y legados y adquirir bienes inmuebles, arts. 2 y 3.
- f) L. 31 Mayo 1900, sobre hospitales romanos, art. 5.
- g) Texto único 16 Mayo 1900, sobre servidumbres militares, artículo 28.
- h) L. 14 Febrero 1904, sobre dementes, art. 7.

- i) L. 29 Junio 1909, sobre antigüedades y bellas artes, arts. 2, 4
- k) L. 2 Julio 1896, sobre expropiaciones en materia de minas, artículos 3, 6, 13.
- l) L. 21 Enero 1902, sobre las asociaciones o empresas tontinas, arts. 2, 8, 13, 14, 15.
- m) L. 26 Junio 1902, sobre el acueducto pullés, arts. 4, 8.
- n) Texto único, 25 Julio 1904, sobre obras hidráulicas, art. 14; y arts. 9 y 10 modificados por la ley 13 Julio 1911, sobre cuencas montanas.
- o) L. 25 Junio 1909, sobre consorcios de cooperativas de producción y trabajo, art. 3.
- p) L. 2 Enero 1910, sobre navegación interior, artículos 6, 10, 16, 17, 26.
- q) L. 20 Marzo 1910, sobre Cámaras de Comercio, art. 28.

Si una u otra Sección reconoce que el caso de derecho sometido a su examen ha dado lugar a precedentes decisiones en *sede jurisdiccional* diferentes entre sí, podrá a petición de las partes o de oficio remitir la discusión de la controversia a la sesión plenaria (texto único 17 Agosto 1907, art. 37). Las formas del proceso ante las secciones están determinadas por el Regl. de proc. (Real Decreto 17 Agosto 1907, núm. 642).

Juicio de legitimidad (art. 22). Es objeto de la demanda la anulación de un acto o resolución *definitivos* (art. 26), de una *autoridad* administrativa o de un cuerpo administrativo deliberante: excluidos los actos de poder público, excluidos los actos de naturaleza administrativa pero producidos por órganos *no administrativos*, como por ejemplo: los actos de jurisdicción voluntaria realizados por los jueces (§ 14): comprendidos en cambio los actos administrativos realizados por autoridades o cuerpos pertenecientes orgánicamente al poder ejecutivo, aunque también se hallen investidos de funciones de otra naturaleza (jurisdiccionales, etcétera) (1). Pero la anulación no se dirige a la tutela de intereses *sim-*

(1) Como el Tribunal de Cuentas. Véase CAMMEO, *La competenza della IV Sezione sugli atti amministrativi delle autorità non amministrative e la posizione costituzionale della Corte dei Conti* (en la *Giurisprudenza italiana*, 1903); Consejo de Estado, IV sección, 11 Julio 1909, (*Foro italiano*, 1908, III, pág. 36).

ples. Las condiciones para que la anulación se pronuncie son:

1.º Que el recurrente (individuo o ente moral) demuestre un *interés* personal en ella.

2.º Que el acto impugnado tenga uno de estos tres vicios:

a) *Violación de ley* (que sea producido contra una norma de ley o fuera de los casos previstos o sin observar las formas previstas por la ley, lo cual no debe confundirse con el juicio *de derecho* atribuído a la casación, porque el examen de la violación de ley no excluye algunas investigaciones de hecho.)

b) *Incompetencia* (que sea producido por un órgano distinto de aquél que podía producirlo.)

c) *Exceso de poder* (1). Discútese mucho en que consiste el carácter de esta forma de violación de ley. En primer lugar puede considerarse que hay exceso de poder cuando falta totalmente a la autoridad administrativa el poder para producir el acto, ya falte originariamente, ya porque la Administración misma con acto general haya puesto límites al propio poder discrecional y pretenda sobrepasarlos en el caso concreto. Un caso típico de exceso de poder tiénese cuando resulte del acto mismo que fué realizado por fines diferentes de aquellos por los cuales la ley permitía realizarlo, lo que propiamente se llama *desviación de poder*, como si una expropiación fuese decretada por fines de utilidad privada, o una orden de hacer o no hacer cualquier cosa que la autoridad puede discrecionalmente producir por motivos de higiene o de orden público sea *evidentemente* producida con fines fiscales o para perjudicar a un particular o favorecer a otro. Pero la práctica consi-

(1) CODACCI-PISANELLI, *Ecceso di potere nel contenzioso-amministrativo*, en los *Studi di Diritto pubblico*, 1900; CAMMEO, *Commentario*, I, páginas 340 y sigs.; TIRANTI, *L'ecceso di potere*, 1906; PACINOTTI, *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni*, 1907, págs. 447 y sigs.; 78, 354 y sigs.; RAGNISCO, en la *Legge*, 1906, págs. 1.747 y sigs.; LONGHI, *La legittimità della resistenza agli atti della autorità*, 1908, págs. 295 y siguientes; REDENTI, en *Tem.*, 1908; FORTI, *La revocazione nei ricorsi amministrativi*, en la *Giur. ital.*, 1908, pág. 45 del extracto; PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità nella giurisprudenza della sezione IV*, 1910, números 48 y sigs.; RAGGI, en la *Rivista de Diritto pubblico*, 1910, II, páginas 552 y sigs.; D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le due sezioni giurisdizionali*, cit. núms. 91 y sigs.

dera como *exceso de poder* otros muchos vicios del acto administrativo como la contradicción entre el acto y sus motivos, y en general entre el acto y la realidad de los hechos resultantes de los actos del pleito; sea que los hechos considerados por la Administración resulten inexistentes, sea que la apreciación que de ellos se haga, resulte errada o irracional, sea que se trate de hechos *disfrazados* cuando esto sea evidente y no requiera *apreciación* de pruebas ni se refiera a hechos respecto de los cuales tenga la Administración una esfera de discrecionalidad técnica (1).

El recurso no es pues acogido porque se reconozca (además del derecho de acción) un bien al *recurrente*. Correspondería esto, según el principio fundamental de la ley 20 Marzo 1865, apéndice E, a la autoridad judicial. La legitimidad de los actos administrativos en sí no es un bien garantizado al particular sino a la colectividad, (§ 1). El derecho a la legitimidad de un acto administrativo corresponde a todos los ciudadanos estén o no personalmente interesados en el acto (2). El particular puede tener un derecho *individual* de impugnación únicamente si el acto administrativo ilegal le impide el goce de un bien que le está garantizado por la ley o le impone una prestación no debida: pero la 4.ª sección no debe examinar esto, sino únicamente la *legalidad* en sí misma. La nueva ley ha concedido, pues, al particular el poder jurídico de pedir la actuación de la ley en el interés general de la legalidad administrativa. El particular como tal, solo tiene la *pura acción*, (§ 150): este es todo el elemento *subjetivo* que se descubre en la jurisdicción de legitimidad del Cons. Est.: en sí es jurisdicción de mero derecho objetivo, o sea actuación de la ley independientemente del derecho individual de alguien (3). V. Pero la ley no ha dado la ac-

(1) Véase Consejo de Estado, IV Sección, 3 Nov. 1906, en la *Giustizia amministrativa*, 1906, I, p. 514.

(2) Véase RANELLETI, *Principii di Dir. amm.*, cit. págs. 427 y sigs.

(3) La posibilidad de jurisdicciones de mero derecho objetivo encuéntrase sostenida por D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti fra le due sezioni*, citado págs. 104 y sigs., que justamente la deriva de nuestro concepto de acción que él acepta. Véase en este autor el estado y los precedentes de la cuestión. Véase también, conforme sobre estas materias, CALDA, *Concetti di giurisdizione e di azione*, cit. págs. 20 y sigs., y

ción a todo administrado, sino sólo al administrado *interesado*. Ni el interés del particular está considerado ni tutelado *en sí mismo*, tanto es así que si el acto administrativo es anulado por incompetencia o violación de forma y renovado en forma legal, el interés del particular no queda satisfecho. Hay pues, dos intereses respecto del acto impugnado, el interés individual y el interés general, pero el primero considérase solamente como condición para hacer valer el segundo (1).

De cuanto hemos dicho sobre la naturaleza de la jurisdicción y la posibilidad de una jurisdicción administrativa (§ 131), resulta que la 4.ª sección también en el juicio de legitimidad (art. 22) ejer-

CARUSO-INGHILLERI, *Il contenzioso d'annullamento deglie atti amministrativi*, en la *Riv. di Dir. Pub.*, 1911, I, págs. 516 y sigs.

(1) En contra GALANTE, *Dir. Proc. Civ.*, 1907, pág. 357 (2.ª ed., página 158); PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità nella giurisprudenza della giurisdizione ordinaria*, extracto de la revista *Diritto e Giurisprudenza*, año XXV, págs. 31 y nota), examinando cuanto aquí exponemos, especialmente en relación con las consecuencias que de ello derivan de en cuanto a la extensión de la cosa juzgada, derivada de las decisiones administrativas respecto de los juicios ordinarios (§ 17, núm. 4), encuentra incompatible nuestra tesis, no sólo con la jurisprudencia constante de la Corte de Casación de Roma (lo cual es innegable) sino también con el hecho de que no se concede el recurso *a todo ciudadano*, sino únicamente al *interesado*. A nuestro entender, si el legislador asume el interés individual, no como objeto de la tutela jurisdiccional, sino como condición para pedir la tutela del interés general, lo hace, como en casos análogos (delitos perseguibles a instancia de parte, nulidades no elevables de oficio, excepción de caducidad, etc.), porque considera presumiblemente descuidable la lesión del interés general cuando él, directamente perjudicado por el acto no se resiente de la ilegitimidad; y, por otra parte, pone un freno a los recursos, que, de otro modo, podrían elevarse de todas partes sólo con intenciones vejatorias o partidistas. En cuanto PRESUTTI considera esta doctrina como nuestra, y observa que la hemos quitado de peso «de la doctrina francesa» nos concede un mérito y una referencia inmerecidas: hemos seguido en sustancia, como se verá más adelante (§ 17, núm. 4, las enseñanzas de V. SCIALOJA y de F. FILOMUS GUELFI, que son de los pocos que en esta intrincada materia valoraron justamente el aspecto procesal.

Véase también BONANDI, *La tutela degli interessi collettivi*, Turin, 1910, páginas 21 y sigs. y los allí citados.

Juicio de fondo (art. 23). Aquí la competencia no es genérica sino establecida para casos particulares, algunos ya reservados a la jurisdicción administrativa especial por la ley 1865, otros nuevos. Juicio de fondo significa juicio común, pleno, en cuanto la quinta sección conoce aquí también de la existencia de un bien garantizado por la ley *al recurrente*, estatuye como el juez ordinario, pudiendo además anular el acto administrativo, modificarlo y sustituirlo (1). Pero aún más, el recurso es dado a veces contra actos discrecionales legalmente realizados y en este caso el juicio de fondo comprende también el examen de la oportunidad del acto (conveniencia, por ejemplo, de imponer un *vínculo* forestal). Aquí hay en juego verdaderos derechos *del particular* tendentes a una prestación o consistentes en una impugnación. Tampoco aquí se ha realizado, pues, la tutela de los intereses simples sino, en cambio, extendido una jurisdicción especial fluctuante entre el antiguo contencioso y los tribunales administrativos germánicos y en contraste con el principio fundamental de la ley de 1865. Nada se ha innovado, pues, incluso en cuanto a la jurisdicción de fondo, en las disposiciones sobre la competencia judicial (2).

Un caso importante de juicio de fondo encuéntrase en el artículo 23 núm. 5 (antes art. 25 núm. 6). Con él se completa el art. 4 de la ley de 1865. Lo que éste no concede del juez ordinario (pág. 344) concédese al juez especial *administrativo*. La quinta sección puede sustituirse a la administración al hacer lo que es exigido al mismo tiempo por el fallo y por las necesidades administrativas. Quiere decir esto que la quinta sección puede anular o modificar el acto administrativo y tomar todas las resoluciones

(1) Véase acerca de la materia CAMMEO, *Il ricorso a la IV Sezione contro le decisioni della giunta prov. amm.* en *la Giur. ital.* 1911, parte IV, especialmente pág. 185 y sigs.

(2) Por ej. para las materias previstas en el núm. 6 del art. 23, el artículo 124 l. y 20 Marzo 1865 ap. F. sobre las obras públicas, (art. 2, del texto único 25, Jul. 1904 sobre las obras hidráulicas): «Sin perjuicio de que haya además razón para el resarcimiento de daños, la correspondiente acción será propuesta ante los jueces ordinarios, los cuales no podrán discutir las cuestiones ya resueltas en vía administrativa «Salvo que en este caso están expresamente sustraídas a la autoridad judicial las cuestiones ya resueltas por la 5.ª Sección. Véase § 17, núm. 4.

que el juez ordinario no ha podido tomar debido a la limitación del art. 4.º, o también, excluida por consideraciones administrativas la posibilidad de la reintegración directa del derecho lesionado, proveer a la indemnización conveniente (1). En sustancia, la sección 5.ª es un juez de la ejecución; como tal le corresponde la interpretación del fallo ordinario (2).

D) *La ley 1.º Mayo 1890 con las modificaciones de la ley 7 Marzo 1907 (texto único 17 Agosto 1907, núm. 639)*. Ha completado la organización de la justicia administrativa reglamentando un nuevo órgano de jurisdicción local, las juntas provinciales administrativas (ya existentes como órgano administrativo con algunas atribuciones jurisdiccionales). También este nuevo órgano tiene una jurisdicción de *fondo* (art. 1) como el órgano central de jurisdicción administrativa, y de *legitimidad* (art. 2).

Art. 1. La Junta provincial administrativa tiene jurisdicción administrativa para decidir, pronunciando también en el fondo, los recursos que no sean de competencia de la autoridad judicial, ni pertenezcan a la jurisdicción o a las atribuciones contenciosas de cuerpos o colegios especiales, relativos a las materias siguientes:

1.º Recursos contra las deliberaciones de los Consejos municipales relativos a las instituciones hechas en favor de la generalidad de los habitantes de los Ayuntamientos o de sus *fracciones*, a las cuales no sean aplicables las reglas de las instituciones de caridad y beneficencia, y a los intereses de los vecinos de las parroquias, a la fiscalización y revisión de las cuentas de las obras de caridad y beneficencia, de las iglesias parroquiales y demás administracio-

(1) DE CUPIS, *Dell'esecuzione del giudicato sulla legittimità dell'atto amm.* (Riv. di dir. publ. 1911, I, pág. 481 y sigs.; FORTI, *L'art. 25, núm. 6 della legge sul Consiglio di Stato*, en los *Studii e questioni di diritto amministrativo*, Turín, 1906, pág. 165 y sigs.; MONTESANO, en la *Riv. di dir. pub.*, 1911, II, pág. 206. Consúltense también los casos decididos por la V Sección el 14 Jun. 1909 (en la *Giust amm.*, 1909, I, pág. 326; 3 Jun. 1910 (en el *Foro ital.*, 1911, III, pág. 93); 30 Dic. 1910, (*Giur. ital.*, 1911, página 87).

(2) Cas. Roma, Sec. Un. 18 En. 1909 en el *Foro ital.*, 1909, pág. 227; MORTARA, *Comm.*, I, núm. 133 y sig. 137; CAMMEO, *Comment.*, I, página 862.

nes subvencionadas por el Ayuntamiento, conforme a lo dispuesto en los arts. 127 y 128 del texto único de la ley municipal y provincial, aprobado por R. D. 4 Mayo 1898 núm. 164 (ahora de 21 Mayo 1908 núm. 269).

2.º Recursos contra las deliberaciones de los Consejos provinciales y municipales relativas a la ejecución de gastos atañentes a construcciones cuya reparación o restablecimiento atribuyen eventualmente las leyes de la provincia o del Ayuntamiento respectivamente, con arreglo al art. 289 (ahora 310) del texto único citado.

3.º Recursos contra las deliberaciones de los Consejos provinciales o municipales en materia de gastos de hospitalidad.

4.º Recursos contra las resoluciones posibles y urgentes de seguridad pública producidas por el alcalde sobre materias de urbanismo y de policía local y en materia de higiene pública, atribuidas por la ley a los Ayuntamientos, contra la orden por ellos dictada de ejecución de las resoluciones mismas a costa de los interesados, y contra la ordenanza del Prefecto que hace ejecutoria la nota de los gastos mismos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 151 del texto único referido.

5.º Recursos contra las resoluciones producidas por el alcalde en materia de higiene de la habitación, de acuerdo con las atribuciones que le confieren los arts. 39 y 40 de la ley sobre pública sanidad de 22 Diciembre 1888, núm. 5849 (serie 3.ª) y art. 41 de la misma ley con la adición relativa al art. 15 de la ley 25 Febrero 1904, núm. 57 (arts. 69, 70, 71, texto único 1.º Agosto 1907).

6.º Recursos en materia de consorcios entre provincia, ayuntamientos, entes morales o particulares, para obras de caminos que no pasen de los límites de la provincia; y contra las deliberaciones de los consejos municipales en materia de caminos vecinales.

7.º Recursos en materia de consorcios para obras hidráulicas que la ley deja a cargo exclusivo de los propietarios colindantes sin concurso obligatorio del Estado en el interés general.

8.º Recursos en materia de consorcios voluntarios y obligatorios para saneamiento contra el paludismo y terrenos palúdicos, a realizar y mantener principalmente a costa de los propietarios interesados sin concurso obligatorio del Estado en el interés general.

9.º Recursos contra las resoluciones acordadas por los alcaldes por infracciones de la ley de obras públicas en 20 Marzo 1865, número 2248, ap. F., relativos a las obras públicas de los municipios.

10. Recursos contra las deliberaciones de las Juntas municipales relativas al cultivo del arroz, presentados por los interesados o devueltos de oficio por haber sido negado el *visto* del Prefecto con arreglo al art. 3.º de la ley 12 Junio 1866, núm. 2969.

11. Recursos y oposiciones contra las deliberaciones de los Consejos municipales en materia de ferias y mercados con arreglo al art. 1.º de la ley 17 Mayo 1866, omitida la decisión de la Diputación provincial prevista en el 2.º párrafo de dicho artículo.

12. Recursos de los empleados provinciales, municipales de las obras pías y de los entes morales, sometidos a la tutela de la Junta provincial administrativa, contra las deliberaciones de las respectivas administraciones, por las cuales hayan sido destituidos, dispensados del servicio o de cualquier manera licenciados, o hayan sido suspensos por un tiempo mayor de tres meses, o se haya emitido resolución referente a la formación de la matrícula de retiro.

Art. 2. Corresponde a la Junta provincial administrativa decidir los recursos por incompetencia, exceso de poder o violación de ley que no sean de competencia de la autoridad judicial ni pertenezcan a la jurisdicción de cuerpos o colegios especiales:

1.º Contra las deliberaciones de la autoridad de seguridad pública en materia de licencia de establecimientos y agencias públicas, conforme a los arts. 50, 51, 52, 67 y 69 del texto único de las leyes sobre seguridad de 30 Junio 1889, núm. 6144 (serie 3.º).

2.º Contra las deliberaciones de las representaciones de las provincias, de los Ayuntamientos, de las obras pías y de cualquier ente moral sujeto a la tutela de la Junta provincial administrativa, por las cuales se hayan aplicado a los respectivos empleados penas disciplinarias inferiores a las indicadas en el núm. 12 del artículo precedente o se hayan dado, en cuanto a su carrera, resoluciones diferentes de las indicadas en dicho artículo.

De las decisiones de la junta puede interponerse recurso ante el Consejo de Estado, que en algunos casos dirígese a la sección 4.ª y se limita a la legitimidad del acto; y en otros a la sección 5.ª y puede extenderse al *fondo*, de manera que la sección 5.ª en éste respecto ejerce funciones de juez de apelación (1).

(1) El recurso o apelación en el fondo fué introducido por la ley 7 Marzo 1907, antes estaba limitado en todo caso a la incompetencia y exce-

E) *Otras jurisdicciones administrativas especiales* (1). Hay además otros órganos de jurisdicción administrativa invertidos del conocimiento de relaciones ya públicas ya privadas, pero que en todo caso afectan a una administración (y desde luego distintos de los órganos meramente *consultivos* llamados únicamente a producir dictámenes que no vinculan a la administración). Estos órganos son principalmente:

a) El *Tribunal de Cuentas*, ley 14 Agosto 1862 (examen de los derechos a pensión que en todo o en parte están a cargo del Estado, y de otros establecidos en algunas leyes especiales (2); examen de las cuentas de los administradores del Estado, equiparados y provinciales y en segundo grado de los municipales; juicio sobre las reclamaciones de los empleados del Tribunal de Cuentas contra las resoluciones del Tribunal mismo, impugnadas por incompetencia, exceso de poder y violación de ley (3).

b) Los *Consejos de Prefectura*. (Examen de las cuentas de los administradores municipales); ley provincial y municipal texto único 21 Mayo 1908, art. 300.

c) Las *Comisiones para los impuestos directos*. Hay comisiones *censoarias* (municipales, provinciales y centrales) para conocer, ya con simple voto, ya con verdadera decisión, las complejas operaciones necesarias para la declaración del *impuesto fundiario* (de limitación y determinación; manifestación, justiprecio, al efecto

so de poder. Véase acerca de esta materia CAMMEO, *Il ricorso alla IV Sezione contro le decisioni della Giunta Prov. Amm.* en la *Giur. ital.*, 1911, parte IV, pág. 180 y sigs. En cuanto a los casos de jurisdicción de la G. P. A., establecidos por otras leyes véase CAMMEO, pág. 177 de aquella obra. CARUSO-INGHILLERI en la *Riv. di dir. pubb.*, 1910, I, pág. 46 y sigs. 148 y sigs.

(1) Para la enumeración y el examen de estas jurisdicciones véase MORTARA, *Commentario*, I, núm. 273 y sigs; compilación de los textos legales en SALANDRA, *Codice della giustizia Amministrativa*, CERRACCHIO, 1912.

(2) Véase MORTARA, *Commentario*, I, 4.^a ed., pág. 399, nota

(3) Texto único acerca del estado jurídico de los empleados, 22 noviembre 1908, art. 58; Reg. 10 Jun. 1909, art. 66; Reg. 5 Sept. 1909, art. 2. Véase MORTARA, en la *Riv. di dir. pubb.*, 1909, pág. 481 y sigs. y *Commentario*, I, 4.^a ed. núm. 291.

de establecer la renta imponible de las tierras): ley 1.º Marzo 1886. Hay otras comisiones (mandamentales, o, si el municipio comprende varios mandamientos, simplemente municipales, provinciales y centrales) para conocer de la declaración del *impuesto sobre la riqueza mueble* (ley 24 Agosto 1877, art. 42 y sigs.; Reg. 11 Julio 1907, art. 7 y sigs.) y, con diferente composición, de la *contribución urbana* (Reg. 24 Agosto 1877, Reg. 29 Diciembre 1889). La autoridad judicial no es competente para las cuestiones de contribuciones *antes de la publicación de las matriculas (ruoli)* (ley 20 Marzo 1865, ap. E. art. 6); y en todo caso se sustraen a la competencia de la autoridad judicial las cuestiones de *valoración catastral* y de reparto de cuota (ley 20 Marzo 1865, art. 6); y las cuestiones de simple *estimación* de las rentas para el impuesto de riqueza mueble (ley 24 Agosto 1877, art. 53) (1).

d) Los *Comités forestales*, ley 20 Junio 1877, art. 8, para la declaración de los *vínculos forestales*.

e) Los *Prefectos* o los *Comisarios repartidores* en las provincias napolitanas y sicilianas para los procedimientos referentes a las disoluciones de comunidades, divisiones en masa y subdivisiones de las propiedades municipales y los de reintegración por ocupación e ilegítima enajenación de las mismas propiedades (ley 20 Marzo 1865, ap. E, art. 16).

f) Los *Consejos de quintas* y los *Ministros de la Guerra y de la Marina*, en cuestiones de quintas (texto único 6 Ag. 1888 sobre reclutamiento; texto único 16 Diciembre 1888 sobre servicio militar marítimo).

g) Las *Cámaras de Comercio* y el *Ministro de Hacienda* para las contiendas aduaneras respecto de la calificación de las mercancías (texto único 9 Abril 1911).

h) La *Comisión de presas* para justificar la legitimidad de las presas y de su confiscación (ya sea por contrabando de guerra, ya

(1) Por el art. 8 del Reg. 19 Feb. 1905 de la ley 8 jul. 1904 sobre las resoluciones para Roma, quedó excluida la competencia de la Autoridad judicial en las controversias «acerca de la cuantía de la renta a los efectos de la exención por diez años» (concedida por la misma ley a las nuevas edificaciones de una cierta renta máxima), y «acerca del transcurso y extinción de tal exención». La legalidad de esta limitación hecha por Reglamento es muy dudosa.

por derecho de presa) y las demás cuestiones atribuidas a su jurisdicción por el Cod. de la Marina, Mercante (art. 225: en los aspectos de la guerra italo-turca R. D. 13 Octubre 1911, R. D. 18 Enero 1912).

i) *Las Juntas y Comisiones de árbitros* en particular para la abolición de usos municipales (ley 23 Abril 1865, 18 Agosto 1870, 2 Agosto 1897, 28 Julio 1902, R. D. 29 Diciembre 1904, ley 14 Julio 1907 acerca de los *adempriati* y derechos de *cussorga* en Cerdeña; ley 15 Agosto 1867 sobre derechos de pasto y leñas en el exprincipado de Piombinó, ley 22 Mayo 1876 sobre franqueo de tierras de Sila en Calabria; ley 2 Abril 1882 sobre derecho de herbaje y pasto en algunas provincias venecianas; texto único 3 Agosto 1891 sobre la abolición de servidumbres ciudadanas en las provincias arte pontificias; ley 28 Febrero 1882 sobre abolición de la servidumbre de leñas en Tatti, en la provincia de Grosseto; ley 4 Agosto 1894 sobre organización de las propiedades colectivas en las antiguas provincias pontificias y en la Emilia; ley 8 Marzo 1908 sobre servidumbres ciudadanas), para las contiendas relativas al consorcio azufrero siciliano (art. 14 ley 15 Julio 1906); para las contiendas nacidas de la ley sobre las provincias meridionales Cerdeña, Sicilia; 15 Julio 1906, núm. 383. art. 16.

A veces el Colegio arbitral es nombrado para la determinación pura y simple de un valor, siendo dudoso si se trata de una jurisdicción o de una pericia (§ 4). Tal es el caso del Colegio pericial para la valoración de las indemnizaciones y de los daños debidos por mejoras (texto único sobre mejoras 22 Marzo 1900, art. 15; leyes sobre cuencas montañosas y saneamientos 13 Julio 1911, art. 33) (1). Mas seguro parece el carácter jurisdiccional del arbitraje para la valoración de las indemnizaciones por expropiación, dependientes de la ley 2 Junio 1910 sobre el dominio forestal (art. 11), dado el carácter de las normas procesales dictadas con el Reglamento 19 Febrero 1911 (art. 81 y sigs.).

F) *Lo contencioso-administrativo colonial*. Según los arts. 11 y 12 del R. D. 2 Julio 1908 sobre organización judicial de la Colonia Eritrea (correspondiente a los arts. 58, 59 del R. D. 8 Junio

(1) MORTARA, (*Comm. I*, 4.^a ed. pág. 452) lo considera como un caso de *arbitramento forzato*.

1911 sobre la organización de la Somalia italiana) las contiendas de cualquier especie en materia civil, comercial o administrativa entre los particulares y el Gobierno de la Colonia en cuanto sean de competencia de una autoridad judicial colonial, se deciden en primera instancia por el Gobernador, el cual podrá hacerse asistir, según las circunstancias, de dos funcionarios de la Colonia. Contra sus decisiones admítase el recurso ante el Rey en vía extraordinaria.

G) *Recurso ante el Rey en vía extraordinaria.* Una institución paralela al recurso ante la 4.^a sección es el *recurso extraordinario al Rey* (ley 2 Junio 1889, art. 12, núm. 4, texto único 17 Agosto 1907, art. 12, núm. 4). Es éste un sedimento de anteriores instituciones conservado con poca oportunidad. Corresponde, como el recurso ante la 4.^a sección, sólo contra la resolución *definitiva* que puede ser también un R. D. producido a base del simple recurso jerárquico: pero no tiene carácter jurisdiccional. Con anterioridad a la ley 7 Marzo 1907, no estaba sujeto a términos, la nueva ley lo somete al término de 180 días desde la comunicación de la resolución. También está limitado a la *legitimidad* (1).

Los dos recursos concurren alternativamente: uno excluye al otro (art. 26) (2). Pero a veces sólo se consiente ese (art. 1.^o de la ley 30 Julio 1896 sobre la beneficencia en Roma y art. 5 de la ley 7 Julio 1907 núm. 435 sobre las reformas de legados existentes en Sicilia).

(1) CAMMEO, *Questione di diritto amministrativo*, 1900, pág. 7 y siguientes; *Commentario*, I, pág. 616 y sigs.

(2) CAMMEO, *Commentario*, pág. 631.

deben sujetarse estos trámites, así como los términos en los cuales han de evacuarse las consultas e informes pedidos, cuando procedan; y determinan también los casos en que unos y otros pueden ser prorrogados, señalando, en fin, uno máximo dentro del cual ha de terminarse el expediente en la vía administrativa.

Contra las resoluciones recaídas se conceden recursos de alzada (1) (sin perjuicio de que, preparados los expedientes para su resolución, se comuniquen a los interesados para que puedan allegar documentos y justificaciones que consideren pertinentes), salvo los casos en que la resolución administrativa cause estado.

Se admiten también en estos procedimientos los recursos extraordinarios reconocidos en derecho procesal.

El procedimiento *económico-administrativo* (Reglamento 13 Octubre 1903 y R. O. 6 Febrero 1917, fundamentales) corresponde, orgánicamente, en *primera instancia* a los Delegados de Hacienda y administradores especiales de las provincias Vascongadas y Navarra; a las Juntas administrativas establecidas por R. D. de 20 de Junio de 1852, a las Juntas arbitrales de Aduanas y a los Directores o Jefes superiores de los centros generales en los asuntos propios de la Administración central. En *apelación*, y para entender de todos los recursos extraordinarios, compete al Ministro, Tribunal gubernativo o a los Directores generales, según los casos.

Las Juntas arbitrales de Aduanas conocen y resuelven en primera o única instancia, según que la cuantía exceda o no de 500 pesetas, de las cuestiones a que se refiere la sección 2^a, cap. V, título IV de las Ordenanzas.

Los Delegados de Hacienda, en única instancia, de las reclamaciones que se promuevan contra los actos administrativos dictados por los Jefes de las dependencias provinciales o por los demás organismos de la Administración económica provincial cuya cuantía no exceda de 1.500 pesetas.

En primera instancia, de las demás reclamaciones si excediere su cuantía de dicha cantidad o fuera inestimable.

Quedan exceptuados del conocimiento de los Delegados de Hacienda los expedientes de contrabando y defraudación, de los cuales continuarán conociendo en única o primera instancia, con

(1) Aparte los ordinarios concedidos durante la tramitación.

arreglo a la cuantía determinada anteriormente, las Juntas administrativas.

También continuarán entendiendo en única o primera instancia, según la cuantía, determinada por el límite de 250 pesetas, los Delegados especiales de las provincias Vascongadas y Navarra en los demás ramos administrados por la Hacienda pública.

Competencia de los Directores generales: en única instancia, las reclamaciones que se interpongan contra actos o acuerdos de las dependencias subalternas centrales cuya cuantía no exceda de 8.000 pesetas. En primera instancia, las de igual índole, pero cuya cuantía exceda de 8.000 pesetas o sea inestimable, o asuntos propios de la Administración central. En segunda instancia, los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los Delegados de Hacienda, Juntas administrativas de contrabando y defraudación, arbitrales y administraciones especiales de las provincias Vascongadas y Navarra, en expedientes cuya cuantía no exceda de 8.000 pesetas.

El Tribunal gubernativo resolverá en única instancia las reclamaciones que se interpongan contra actos administrativos de la Administración central sobre asuntos cuya cuantía exceda de 8.000 pesetas. En segunda los recursos de alzada interpuestos contra las resoluciones de primera instancia dictadas por los Delegados de Hacienda, Juntas administrativas de contrabando y defraudación, arbitrales de Aduanas y las Administraciones especiales de las provincias Vascongadas y Navarra, en expedientes cuya cuantía exceda de 8.000 pesetas o sea inestimable, y las que se promuevan contra las resoluciones de primera instancia de la Dirección general.

Corresponde al Ministro de Hacienda la resolución de los asuntos que le estén atribuidos por disposición del Poder legislativo: aquellos con ocasión de los cuales, a juicio del Tribunal gubernativo, deban dictarse disposiciones de carácter general en virtud de la potestad reglamentaria de la Administración, los en que la resolución exija o diere lugar a la concesión de créditos extraordinarios, suplementos de crédito o cualquiera alteración de los consignados en los presupuestos generales del Estado: aquellos en que deba oírse al Consejo de Estado, los que hayan de sustanciarse en única instancia como trámite previo de la interposición de toda demanda contra el Estado, los relativos al pago de costas en que el Estado haya sido condenado, los que tengan por objeto au-

torizar contratos, pero no sus incidencias, los que, a juicio del Tribunal, han de ser consultados al Ministro y aquellos en que la resolución principal no obtuviera tres votos conformes de los individuos del Tribunal o cuya revisión por el Ministro solicite el Interventor general.

El Estado ante los Tribunales puede presentarse como demandante o como demandado.

La representación y defensa en juicio del Estado (D. L. 12 de Enero 1915, Reglamento 27 Enero 1920 y sus precedentes) ante los Tribunales, corresponde a los Abogados del Estado (en algunos casos a los Registradores de la Propiedad: R. D. 10 Enero 1903). A la Dirección general de lo Contencioso corresponde conocer en los expedientes incoados para entablar acciones civiles a nombre del Estado; y los Abogados del Estado deberán consultar a la Dirección para la interposición de demandas, dándole además conocimiento periódicamente de la marcha e incidencias del pleito y no podrán abandonar la acción entablada a nombre del Estado sin estar autorizados por R. O.

El que intente entablar una demanda contra el Estado, deberá antes reclamar en la vía gubernativa el reconocimiento de su derecho, sometiéndose al procedimiento especial establecido por Real decreto de 23 de Marzo de 1886.

En todo caso los abogados del Estado vienen obligados a consultar a la Dirección general de lo Contencioso antes de contestar a las demandas, ateniéndose durante la tramitación del pleito a las instrucciones que reciban de aquel Centro; y no podrán allanarse a las demandas que se dirijan contra el Estado, sin estar autorizados por R. O.

La jurisdicción contenciosa-administrativa en España ha experimentado importantes evoluciones.

Establecida en 1845 tuvo en un principio el carácter de *retenida* y fué atribuída a los Consejos Provinciales y al Consejo Real. Más tarde la Ley orgánica del Consejo de Estado de 1860 restableció la sección de lo Contencioso; en 1868 se suprimió esa jurisdicción incorporándose al Tribunal Supremo y a las audiencias. El decreto ley de 20 de Enero de 1875 restableció lo contencioso-administrativo a cargo de las comisiones provinciales y del Consejo

de Estado, pero siempre con jurisdicción *retenida*. La ley de 5 de Abril de 1904 atribuye la jurisdicción contencioso-administrativa a la Sala 3.^a del Tribunal Supremo; y por R. D. de 27 de Septiembre de 1920 se crea una 4.^a Sala en el Tribunal Supremo para compartir con la 3.^a dicha jurisdicción. (Véase también Reglamento 22 Junio 1894 y RR. OO. 30 Diciembre 1899 y 14 Enero 1900).

El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse por la Administración o por los particulares, contra las resoluciones administrativas que reúnan los requisitos siguientes:

- 1.º Que causen estado.
- 2.º Que emanen de la Administración en el ejercicio de sus facultades regladas.
- 3.º Que vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento u otro precepto administrativo.

El recurso contencioso-administrativo podrá interponerse de igual modo contra resoluciones de la Administración, que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando aquellas hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general si con ésta se infringe la ley que dió origen a aquellos derechos. Y la Administración podrá someter a *revisión* en la vía contencioso-administrativa las providencias de primera instancia que por orden ministerial se declaren lesivas de los intereses del Estado. Pero en ningún caso corresponderán al conocimiento de los tribunales de lo contencioso-administrativo: 1.º, las cuestiones que se refieran a la potestad discrecional; 2.º, las de índole civil y criminal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria, ni las que por su naturaleza sean de la competencia de otras jurisdicciones; 3.º, las resoluciones que sean reproducción de otras anteriores que hayan causado estado, y las confirmatorias de acuerdos consentidos por no haber sido apelados en tiempo y forma; 4.º, las que se dicten con arreglo a una ley que expresamente las excluya de la vía contenciosa; 5.º, las consultadas por el Consejo Supremo de Guerra y Marina como asamblea de las Ordenes Militares de San Hermenegildo, San Fernando y Mérito Militar, y 6.º, las reales órdenes que se refieran a ascensos y recompensas de jefes y oficiales del Ejército y Armada, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas o postergaciones impuestas reglamentariamente.

Continuarán, no obstante, atribuídas a la jurisdicción contencioso-administrativa, las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración central, provincial y municipal, para obras y servicios públicos de toda especie, y aquellas respecto de las cuales se otorgue el recurso, especialmente, en una ley o reglamento si no estuvieran comprendidas en las anteriores excepciones.

La importancia doctrinal de lo contencioso-administrativo, exige que demos aquí una idea de su procedimiento.

El recurso habrá de interponerse necesariamente dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la notificación administrativa de la resolución reclamable.

Cuando sea la Administración la que utilice el recurso, el mencionado término se contará desde el siguiente día al en que se declare lesiva para los intereses de aquélla la resolución impugnada; y si hubieran transcurrido *cuatro años* desde que tal resolución se dictó, se tendrá por prescrita la acción administrativa.

En este procedimiento las partes pueden prescindir de procurador, concurriendo por sí mismas o valiéndose tan solo de letrado con poder al efecto.

Los tribunales de lo contencioso-administrativo podrán acordar, oído el fiscal, la suspensión de las resoluciones reclamadas en vía contenciosa cuando la ejecución pueda ocasionar daños irreparables, exigiendo fianza de estar a las resultas al que hubiere pedido la suspensión, y, si el fiscal se opusiere a ella, fundado en los perjuicios que puedan seguirse al servicio público, no podrá llevarse a efecto sin acuerdo del Gobernador o del Gobierno, según los casos.

El procedimiento, cuando no se entabla por la Administración, se inicia con un escrito solicitando que se tenga por interpuesto el recurso y que se reclame el expediente gubernativo de las oficinas en que se halle y expresando en él el domicilio del actor o de su representante al efecto de recibir las notificaciones.

Presentado el escrito con los documentos que le acompañen, el Tribunal acordará reclamar el expediente administrativo del ministerio de donde proceda la resolución que motiva el recurso, y que se publique en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletín Oficial* el anuncio de haberse interpuesto, para conocimiento de los que tuvieren interés directo en el asunto y quisieran coadyuvar en él a la Administración.

Remitido el expediente, se pone de manifiesto al actor para que formalice la demanda en el término de veinte días prorrogables por diez más.

Si la reclamante es la Administración, el fiscal presentará desde luego la demanda, acompañando a ella el expediente gubernativo.

En las demandas se le consignarán las alegaciones relativas a la competencia del Tribunal, condiciones de la resolución reclamada para poder impugnarla en vía contenciosa, personalidad del demandante, término en que el recurso se interponga y fondo del asunto, formulando claramente la pretensión que se deduzca.

Una vez presentada la demanda se emplazará al demandado o al fiscal y después a los coadyuvantes, a fin de que la contesten en el plazo legal (veinte días prorrogables).

Tanto el demandado como sus coadyuvantes podrán proponer como excepciones la incompetencia de jurisdicción, falta de personalidad en el actor o en su representante y en el demandado, defecto legal en el modo de proponer la demanda y prescripción de la acción.

Por lo demás, la contestación a la demanda se redactará consignando separadamente los puntos de hecho y fundamentos de derecho, relativos al fondo del asunto, y formulando con claridad la pretensión que se reduzca.

El recibimiento a prueba sólo podrá pedirse por medio de *otrosí* en los escritos de demanda y de contestación.

Luego se celebrará la vista, una vez verificado el extracto del pleito, y se dictará sentencia.

Hasta aquí, en líneas generales, el procedimiento ante el Tribunal de lo contencioso-administrativo. La primera instancia en los provinciales sigue análoga tramitación.

Contra las providencias dictadas por uno u otros tribunales sólo procederá el recurso de reposición. Contra los autos y sentencias del Tribunal de lo Contencioso se dará únicamente el de aclaración. Contra los que dictan los provinciales, el de apelación con el correspondiente recurso de queja en su caso. Contra las sentencias firmes de estos tribunales cabe el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

Quizá la nota más excepcional de nuestro procedimiento contencioso-administrativo es la que se refiere a la ejecución de las sentencias.

La ejecución corresponde a la Administración misma, pero el Ministerio correspondiente examinará si por razones de interés público debe suspenderse temporalmente aquélla, o si por haberse hecho imposible, material o legalmente, el cumplimiento de lo mandado, es necesario acordar que no se ejecuten, o si pudiendo cumplirse la sentencia, cree el Gobierno, por razones de interés público, que no debe llevarse a efecto su ejecución.

En cualquiera de estos casos corresponderá al interesado una indemnización, cuya cuantía, en el último de los mencionados, se fijará por una ley.

No podrán suspenderse, ni menos dejar de ejecutarse, las sentencias confirmatorias de resoluciones de la Administración.

Transcurridos seis meses desde la fecha de la sentencia sin que el fallo se haya ejecutado, o desde la en que esté fijada la indemnización o proveído lo conducente sin que se haya hecho efectivo, el mismo Tribunal, a instancia de la parte litigante, dará cuenta a las Cortes a fin de que se exijan las responsabilidades consiguientes a la desobediencia de las resoluciones del Tribunal.

Las competencias entre los poderes ejecutivo y judicial resuélvense en nuestra legislación con un criterio de preponderancia del poder ejecutivo, y así los Tribunales no pueden plantearlas sino mediante el llamado *recurso de queja por abuso de poder*, mientras que tratándose del poder ejecutivo promueve éste verdaderamente la *cuestión de competencia*.

Conforme a la ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 118 y sigs.) los jueces y tribunales no podrán suscitar cuestiones de competencia a las autoridades del orden administrativo. Sin embargo, podrán sostener la jurisdicción y atribuciones que la Constitución y las leyes les confieren reclamando contra las invasiones de dichas autoridades por medio de recursos de queja que elevarán al Gobierno.

Estos recursos podrán promoverse a instancia de parte agraviada, en virtud de excitación del Ministerio fiscal y de oficio.

Sólo las Salas de Gobierno de las Audiencias y la del Tribunal Supremo, podrán recurrir en queja al Gobierno contra las invasiones de la Administración en las atribuciones judiciales.

Los juzgados municipales y los de primera instancia cuando sean invadidas sus atribuciones por autoridades del orden administrativo, lo pondrán en conocimiento de la Sala de Gobierno de la

Audiencia para que ésta pueda formular el recurso de queja si lo estima procedente. Al efecto, los juzgados municipales remitirán a los de primera instancia de su partido, los expedientes en que consten los hechos relativos al exceso de atribuciones cometido por los agentes del orden administrativo, y los segundos los pasarán con su informe a la Audiencia respectiva.

En cambio cuando los expedientes nacieren en los juzgados de primera instancia, serán remitidos directamente a la Audiencia; y si se formaran en las Salas de justicia o del Tribunal Supremo se pasarán después de instruídos a la respectiva Sala de Gobierno.

Estas Salas resolverán previo dictamen del Ministerio fiscal y cuando acordaren que debe elevarse el recurso de queja lo harán en una exposición fundada, a no ser que acepten el dictamen fiscal sin adición alguna.

La resolución de estos conflictos corresponde al Gobierno, quien oír a la autoridad administrativa respecto al exceso de atribuciones que haya dado lugar al recurso; y al Consejo de Estado.

Hasta aquí los recursos de queja. En cuanto a las *cuestiones de competencia*, dispone la ley de Enjuiciamiento civil que los Gobernadores de provincia con las únicas autoridades que pueden suscitar en nombre de la Administración competencias positivas o negativas a los Juzgados y Tribunales por exceso de atribuciones en el caso de que estos invadan las que corresponden al orden administrativo; y el R. D. de 8 de Septiembre de 1887 ha venido a desarrollar esta base procesal.

Conforme a esta disposición corresponde al Rey decidir las competencias de atribuciones y de jurisdicción que ocurran entre las autoridades administrativas y los Tribunales ordinarios y especiales.

Sólo los Gobernadores de provincia podrán promover cuestiones de competencia, y únicamente las suscitarán para reclamar el conocimiento de los negocios que, en virtud de disposición expresa, corresponda a los mismos Gobernadores, a las autoridades dependientes de ellos, o a la Administración pública en general.

Los Gobernadores no podrán suscitar cuestiones de competencia:

a) En los juicios criminales, a no ser que el castigo del delito o falta haya sido reservado por la ley a los funcionarios de la Administración, o cuando, en virtud de la misma ley, deba decidirse por la autoridad administrativa alguna cuestión previa de la

cual dependa el fallo que los Tribunales ordinarios o especiales hayan de pronunciar.

b) En los juicios fenecidos por sentencia firme, y en aquellos que sólo penden de recurso de casación o de revisión ante el Tribunal Supremo.

c) Por no haber precedido la autorización correspondiente para perseguir en juicio a los empleados en concepto de tales.

d) Por falta de la que deben conceder los mismos Gobernadores, con arreglo a las leyes, cuando se trate de pleitos en que litiguen los pueblos o establecimientos públicos.

En estos dos últimos casos quedarán expeditos a los interesados los recursos a que pueda dar margen la omisión de dichas formalidades.

Los Gobernadores, oídas las Comisiones provinciales, harán los requerimientos de inhibición a los Jueces o Tribunales que estén conociendo del asunto, y sólo cuando unos u otros procedan por delegación, se dirigirán aquellos al Tribunal delegante; y así los Jueces y Tribunales, oído el Ministerio fiscal, o a excitación de éste como los Gobernadores, oídas las Comisiones provinciales, se declararán incompetentes, aunque no intervenga reclamación de autoridad extraña, cuando se someta a su decisión algún negocio cuyo conocimiento no les pertenezca.

El Ministerio fiscal, tanto en la jurisdicción ordinaria, como en las especiales, y en todos los grados de cada una de ellas, interpondrá de oficio declinatoria ante el Juez o el Tribunal respectivo siempre que estime que el conocimiento del negocio pertenece a la Administración, salvo la excepción, antes apuntada, de los juicios fenecidos por sentencia firme; y si el Juez o Tribunal no decretaren la inhibición, el Ministerio fiscal lo comunicará al Gobernador, pasándole sucinta relación de las actuaciones y copia literal del escrito en que propuso la declinatoria.

El Gobernador, al requerir de inhibición manifestará las razones que le asisten y el texto legal en que se apoye; y el Juzgado o Tribunal requerido suspenderá, apenas reciba el oficio, todo procedimiento en el asunto a que se refiera, mientras no se termine la contienda. Sin embargo, los Jueces de instrucción podrán seguir practicando las diligencias urgentes y necesarias para la comprobación del hecho, absteniéndose de dictar auto de procesamiento ni de detención.

El requerido acusará recibo de oficio inmediatamente al Gobernador y comunicará el asunto al Ministerio Fiscal y a las partes; se citará para vista y, verificada ésta, el requerido dictará auto declarándose competente o incompetente.

De esta resolución se podrá apelar, sustanciándose el artículo por los propios trámites establecidos para la primera instancia. Contra el auto que recaiga no se da recurso alguno.

Cuando el requerido se declare incompetente remitirá los autos al Gobernador. Si se declara competente lo oficiará a dicha autoridad para que deje expedita su jurisdicción o, de lo contrario, tenga por formada la competencia.

El Gobernador, oída la Comisión provincial, dirigirá nueva comunicación al requerido insistiendo o nó en estimarse competente. Si desiste quedará, sin más trámites, expedito al requerido el ejercicio de su jurisdicción. En caso contrario, ambos contendientes remitirán directamente por el primer correo al Presidente del Consejo de Ministros las actuaciones que ante cada cual se hayan instruído. El Presidente, después de acusar recibo, los pasará al Consejo de Estado, el cual, oyendo a las secciones de Estado y Gracia y Justicia, consultará la decisión motivada que estime procedente.

El Consejo de Estado remitirá la consulta original al Presidente del de Ministros, acompañada de todas las diligencias y al mismo tiempo dirigirá copias de la consulta al Ministro de la Gobernación y al Ministro o Ministros de quienes dependen los otros jueces y autoridades con quienes se haya seguido la competencia.

Si los mencionados Ministros estuviesen conformes con la decisión consultada, lo manifestarán al Presidente del Consejo de Ministros. Si alguno de ellos no lo estuviere hará igual manifestación para que lo someta a la resolución de dicho Consejo.

La decisión que el Rey adopte, a propuesta del Consejo de Ministros o de su Presidente, será irrevocable; se extenderá motivada y en forma de Real decreto, refrendada por el referido Presidente, y para su cumplimiento se comunicará a los contendientes y se publicará en la *Gaceta*.

Los términos señalados para la tramitación de este procedimiento son fatales e imprórrogables.

Aparte las citadas, y ciñéndonos exactamente al concepto que, de jurisdicción administrativa, tiene el autor, podremos decir que,

entre nosotros, solo merece considerarse como tal la del *Tribunal de Cuentas*, y aún ésta con las debidas reservas.

Este Tribunal, que tiene la categoría de Supremo, sin que contra sus resoluciones quepa más recurso que el de súplica, tiene una jurisdicción especial a la cual corresponde (Reg. 3 Oct. 1911):

1.º La revisión del examen previo que de las cuentas sometidas a su calificación hubiesen hecho otras autoridades administrativas, procediendo, en su virtud, al examen definitivo de las mismas en forma de juicio, aprobando dichas cuentas mediante fallo absolutorio o declarando el alcance que procediere y condenando a su abono a las personas responsables.

2.º Conocer, hasta su definitiva resolución, de los expedientes de reintegro para hacer efectivos los alcances declarados en el examen y juicio de las cuentas mencionadas.

3.º Conocer, hasta su resolución definitiva, de los expedientes de reintegro para la realización y efectividad de los descubiertos y desfalcos que resulten en el manejo de los fondos públicos fuera del juicio de las cuentas, ya por efecto de los delitos de malversación de tales fondos, ya determinados por cualquier otro acto u omisión derivados de la gestión de los funcionarios encargados de la recaudación, custodia y manejo de los mismos.

4.º Resolver acerca de la cancelación de las fianzas prestadas para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones o deberes administrativos por los funcionarios encargados de la gestión y manejo de los caudales del Estado o de fondos provinciales o municipales, y para asegurar la efectividad de las responsabilidades contraídas por los mismos en el desempeño de sus cargos.

5.º Conocer de los recursos de apelación de los fallos dictados por las Diputaciones provinciales que interpusieren los depositarios de fondos municipales y los administradores de fondos de beneficencia que resultaren alcanzados en sus cuentas respectivas.

6.º Informar a las Cortes acerca del resultado ofrecido por el examen de las cuentas generales del Estado; y

7.º Los demás asuntos cuyo conocimiento le atribuyan la ley y reglamentos por los que se rija.

La jurisdicción del Tribunal de Cuentas alcanza, no solo a los responsables directos, sino a los subsidiarios, pero el conocimiento de las tercerías de dominio o de mejor derecho se reserva a los Tribunales ordinarios, así como las contiendas que se promuevan

sobre legitimidad de las escrituras de fianzas, extensión de las obligaciones generales contraídas por los fiadores, cualidad de heredero o causahabiente de los responsables y demás cuestiones que exijan alguna declaración de derecho civil.

Aunque no deben ser consideradas como verdaderas jurisdicciones sino, más bien, como formas jurisdiccionales de la administrativa, mencionaremos para completar este apéndice y en armonía con la exposición del capítulo precedente, las que siguen:

a) *Juntas arbitrales de Aduanas* (1).—Suprimidas, menos en las provincias aforadas, por R. D. 30 Agosto 1901, se restablecieron, según antes hemos visto, por el Reglamento de 13 Octubre 1903).

Conocen de las cuestiones y faltas, que no sean de contrabando y defraudación, que se susciten o hayan sido cometidas en el recinto de las aduanas; y resolverán en primera o en única instancia, según que la cuantía exceda o no de 500 pesetas.

b) *Juntas administrativas* (2).—Conocen de los delitos de contrabando y defraudación que se cometan dentro de la demarcación aduanera de cada provincia (R. D. 3 Septiembre 1904).

c) *Jurados de riegos*.—(Ley de Aguas de 13 de Junio 1879), arts. 242 y sigs.) Corresponde a estos jurados conocer de las cuestiones de hecho que se susciten sobre el riego entre los interesados en él: e imponer a los infractores de las Ordenanzas de riego las correcciones a que haya lugar con arreglo a las mismas.

d) *Comunidades de labradores* (Ley 8 Julio 1898).—Toda Comunidad tendrá un Jurado que conocerá de las cuestiones de hecho que se susciten entre los interesados con ocasión de los servicios que el Sindicato realice e impondrá a todos los infractores de las Ordenanzas las multas a que hubieren dado lugar.

e) Por último, las *Cámaras de Comercio y Agrícolas*, que tienen una especie de jurisdicción *prorrogada*, pero con limitaciones que disculparían la omisión en este lugar de tales organismos (RR. DD. 9 Abril 1886, 14 Noviembre 1890, 21 Junio 1901) (3).

(1) Recuérdese cuanto atrás dejamos dicho sobre estos organismos.

(2) Idem id.

(3) Para el estudio de la materia objeto de este capítulo y de los siguientes véase la merítisima obra de RIVES MARTI, continuación de notas legadas por el malogrado AGUILERA DE PAZ, *El Derecho judicial español*, Madrid, 1920.

sobre legitimidad de las escrituras de fianzas, extensión de las obligaciones generales contraídas por los fiadores, cualidad de heredero o causahabiente de los responsables y demás cuestiones que exijan alguna declaración de derecho civil.

Aunque no deben ser consideradas como verdaderas jurisdicciones sino, más bien, como formas jurisdiccionales de la administrativa, mencionaremos para completar este apéndice y en armonía con la exposición del capítulo precedente, las que siguen:

a) *Juntas arbitrales de Aduanas* (1).—Suprimidas, menos en las provincias aforadas, por R. D. 30 Agosto 1901, se restablecieron, según antes hemos visto, por el Reglamento de 13 Octubre 1903).

Conocen de las cuestiones y faltas, que no sean de contrabando y defraudación, que se susciten o hayan sido cometidas en el recinto de las aduanas; y resolverán en primera o en única instancia, según que la cuantía exceda o no de 500 pesetas.

b) *Juntas administrativas* (2).—Conocen de los delitos de contrabando y defraudación que se cometan dentro de la demarcación aduanera de cada provincia (R. D. 3 Septiembre 1904).

c) *Jurados de riegos*.—(Ley de Aguas de 13 de Junio 1879), arts. 242 y sigs.) Corresponde a estos jurados conocer de las cuestiones de hecho que se susciten sobre el riego entre los interesados en él: e imponer a los infractores de las Ordenanzas de riego las correcciones a que haya lugar con arreglo a las mismas.

d) *Comunidades de labradores* (Ley 8 Julio 1898).—Toda Comunidad tendrá un Jurado que conocerá de las cuestiones de hecho que se susciten entre los interesados con ocasión de los servicios que el Sindicato realice e impondrá a todos los infractores de las Ordenanzas las multas a que hubieren dado lugar.

e) Por último, las *Cámaras de Comercio y Agrícolas*, que tienen una especie de jurisdicción *prorrogada*, pero con limitaciones que disculparían la omisión en este lugar de tales organismos (RR. DD. 9 Abril 1886, 14 Noviembre 1890, 21 Junio 1901) (3).

(1) Recuérdese cuanto atrás dejamos dicho sobre estos organismos.

(2) Idem id.

(3) Para el estudio de la materia objeto de este capítulo y de los siguientes véase la meritisima obra de RIVES MARTI, continuación de notas legadas por el malogrado AGUILERA DE PAZ, *El Derecho judicial español*, Madrid, 1920.

§ 17

Relaciones entre las distintas jurisdicciones.

I. *Jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales* (1).—La jurisdicción confiase a un complejo de órganos, que la misma ley les da i gúe en *ordinarios y especiales* (arts. 1 y 2, ley 20 Marzo 1865, ap. E; art. 3, núm. 3, ley 31 Marzo 1877). Esta contraposición orgánica no se refiere a la jurisdicción civil frente a la penal, que ambos pueden reunirse en los mismos órganos, sino a cada una de las dos jurisdicciones en sí mismas consideradas.

Por lo que se refiere a la jurisdicción civil (*lato sensu*) es jurisdicción *ordinaria* la que conoce de todos los pleitos, civiles en sentido estricto y administrativos (art. 2, ley 20 Marzo 1865, ap. E.) excepto aquellas particulares controversias que la ley defiere a órganos especiales, que constituyen las jurisdicciones *especiales*. Según que la controversia sustraída a la jurisdicción ordinaria sea civil o administrativa, tenemos jurisdicciones especiales *civiles* (por ejemplo *probiuri*; § 20) o *administrativas* (§ 16).

La cualidad de ordinario o no ordinario de un órgano no deriva necesariamente de su pertenencia a la carrera judicial ni de la naturaleza de la ley que lo instituye, sino de sus atribuciones. El juez es ordinario cuando tiene tanto de jurisdicción propia, que por la *generalidad* de las personas que a ella están sujetas, se presenta como jurisdicción *general*. Así son jueces especiales los *probiuri* porque los asuntos ante ellos se dan entre categorías de personas determinadas (industriales y obreros). Son especiales las jurisdicciones administrativas porque uno de los sujetos litigantes es siempre determinado (administración).

(1) ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, en el *Tratado de Derecho Administrativo* de Orlando, vol. III, págs. 509 y siguientes; CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, en las obras en honor de FADDA (y en los *Nuovi saggi di Dir. proc. civ.*, 1912, págs. 67 y sigs.).

Naturalmente, cada uno de los órganos entre los cuales está repartida la jurisdicción ordinaria, tiene una limitación en sus atribuciones (§ 26 y sigs.). Pero los órganos de la jurisdicción ordinaria pertenecen a un complejo idealmente investido de toda la jurisdicción: por eso cada uno de los órganos (de primer grado) es como la ramificación de un órgano único, tiene potencialmente la jurisdicción en todos los pleitos, únicamente tiene *limitado su ejercicio* y esta limitación de sus atribuciones, esta medida de su jurisdicción en acto, llámase «*competencia*» en sentido propio. En cambio el órgano de la jurisdicción especial es un órgano autónomo, tiene idealmente la única jurisdicción que tiene en acto; fuera de estos límites no solo le está prohibido ejercer jurisdicción, sino que carece de jurisdicción, es *incapaz* por defecto absoluto de poder.

La consecuencia práctica es que la sentencia pronunciada por el juez ordinario de primer grado fuera de los límites de su competencia, es siempre una sentencia de juez y transcurridos los términos para impugnarla, vale como actividad del Estado, como si fuese la sentencia del órgano competente. Por el contrario la sentencia del juez especial, fuera de los límites de sus atribuciones está pronunciada «*sub praetextu jurisdictioni*»: y aunque no sea impugnada en tiempo no puede devenir obligatoria (1).

(1) LAURENT, *Principil*, vol. XX, núm. 15; WACH, I, pág. 361; KOHLER, *Patentrecht*, pág. 801; *Zivilprozess und Konkursrecht*, págs. 64, 139; *Grundriss des Zivilprozesses*, 1907, pág. 26; HELLWIG, I, págs. 88, 89, 93; CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenzaa* (en los *Nuovi saggi*, 1912, páginas 67 y sigs). En contra: WITTMACK, en el *Archivio per la pratica civile*, 1900, págs. 1 y sigs.; WEISMANN, I, pág. 31.

Las ideas aquí sostenidas fueron aceptadas en Italia por DIANA, *La sentenza straniera e il giudizio di delib.*, en la *Riv. di Dir. Intern.*, 1908, página 99; CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile*, en el *Archivio giuridico*, 1903, pág. 31 del Extracto; OTTOLENGHI, *Gli atti della giurisdizione straniera e la loro efficacia in Italia*, en la *Riv. di Dir. Civile*, 1911, págs. 752 y sigs; DE PORCELLINIS, en la *Riv. di Dir. Pubbl.*, 1912, II, página 38, y combatidos por CAMMEO, *Comm.*, pág. 910, nota 3; LE-SONA, *Nullità e inesistenza di sentenza*, en el *Foro ital.* 1911, pág. 8 del Extracto; GATTI, *L'autorità della cosa giudicata*, 2.ª edic. 1911, págs. 130 y siguientes. Véase núm. II, letra f.

Casos prácticos: Cas. Roma, Secc. Ún., 20 Junio 1908 (en la *Giusti-*

La *jurisdicción* y la *competencia* son pues, presupuestos procesales de distinta importancia.

II. *Relaciones y conflictos entre los diversos órganos* (1). Los diferentes pleitos distribúyense entre los jueces ordinarios de primer grado según el valor y otros criterios (§ 26). En el mismo pleito pueden ser llamados a desempeñar su oficio diversos órganos ordinarios *sucesivamente* (grados de jurisdicción).

El mismo pleito puede ser asignado a un órgano especial en primer grado y a los órganos ordinarios para los grados superiores.

El principio fundamental que rige las relaciones entre los diversos órganos es que «*la misma voluntad concreta de ley sólo puede ser objeto de una sola actuación jurisdiccional*». Por consecuencia:

a) No puede haber órganos diversos de primer grado *concurrentes*, es decir, competentes en el mismo pleito, sino *alternativamente*, de manera que no pueda actuar la ley más que el uno o el otro (ej. Cód. proc. civ., art. 104).

b) La relación normal entre diferentes órganos de primer grado es la *separación*; cada uno es competente en ciertos pleitos con exclusión del otro.

c) Es necesario un órgano superior al cual pueda pedirse la *reglamentación en los conflictos* de jurisdicción entre diversos órganos. El conflicto puede ser *positivo* (si dos o más órganos se creen *competentes* para conocer del mismo pleito); *negativo* si se declaran *incompetentes*. En la relación entre los órganos ordinarios esta función se atribuye a diversas autoridades según la naturaleza de los órganos en conflicto (Cód. proc. civ., art. 105; § 32). En la relación entre los órganos ordinarios y las jurisdicciones especiales es órgano de los conflictos la Cas. Roma en Secc. Un.

zia amm., 1908, III, pág. 65; con afirmaciones genéricas contrarias al texto, pero no aplicables al caso que fué decidido correctamente: la orden del prefecto había pasado a cosa juzgada, porque, interpuesta la apelación, caducara ésta); Cas. Roma, Secc. Un., 4 Mar. 1911 (*Giurispr. ital.* 1911; página 449; 3 Ag. 1908 (*For. ital.* 1908, pág. 1.187); Ap. Palermo, 4 Junio 1809 (*For. ital.*, 1909, pág. 1.477).

(1) CAMMEO; *Comment. cit.* págs. 347-359.

(ley 31 Marzo 1877, art. 3, núm. 3; texto único 17 Agosto 1907 artículo 40): los conflictos entre tribunales ordinarios y administrativos resuélvense pues por una autoridad que orgánicamente pertenece a la jurisdicción ordinaria (1). En otras leyes (alemana) el órgano de estos conflictos compónese de elementos traídos de la jurisdicción ordinaria y de la administrativa. Para los conflictos entre diversas secciones de una misma magistratura, § 20.

d) Los excesos de atribuciones del órgano jurisdiccional pueden prevenirse con la *excepción de incompetencia* basándose en la cual el juez (aunque obligado a relevar también de oficio la propia incompetencia) está constreñido a un pronunciamiento expreso sobre la competencia propia. Ordinariamente todo juez, ordinario o especial puede pronunciar acerca de la competencia propia (tiene lo que llaman los alemanes *competencia sobre la competencia kompetenz-kompetenz*). Pero a veces la ley niega esta competencia sobre la competencia, así hace con las casaciones territoriales, las cuales, si se suscita contienda acerca de si se trata de pleito de competencia de la Cas. Roma, deben sin más, transmitir las actuaciones a ésta, que en secciones unidas resuelve la cuestión de competencia (R. D. 23 Diciembre 1875, art. 6); así también hacía respecto de la 4.ª sección del Cons. de Est. (art. 41, ley 2 Junio 1889) la cual, elevada la excepción de incompetencia debía suspender toda decisión y remitir las actuaciones a la Cas. Roma para la decisión sobre la competencia. Lo mismo debían hacer las juntas provinciales administrativas (ley 1.º Mayo 1890 artículo 15). Pero la ley 7 Marzo 1907 ha atribuído tanto a las secciones del Cons. Est. como a las juntas provinciales administrativas la competencia sobre la competencia (ley 17 Agosto 1907, número 638, art. 39 y ley 17 Agosto 1907, núm. 639, art. 15).

e) Una decisión puede impugnarse porque el juez no tenía poder para pronunciarla, aún en los casos en los que no puede ser impugnada por el fondo (por ejemplo la sentencia inapelable del conciliador, la sentencia de los Tribunales del trabajo, las decisiones de jurisdicciones especiales) (2). En cuanto a las decisio-

(1) En la relación entre dos jurisdicciones especiales (dos Juntas de árbitros) es competente la casación territorial: Cas. Roma, Secc. Ún., 2 Agosto 1900, en el *Foro ital.*, pág. 1.311.

(2) Este principio, que se nos presenta constante en nuestra ley,

nes de las jurisdicciones especiales, la impugnación se lleva a la Cas. Roma, Secc. Un. (ley 31 Marzo 1877, art. 3, núm. 3) salvo si la ley ha dispuesto otra cosa (las decisiones de los tribunales del trabajo, por ejemplo se impugnan ante el pretor o ante el tribunal). Conforme la distinción generalmente aceptada, *incompetencia* de un juez es la usurpación de las atribuciones de un órgano del mismo orden; *exceso de poder* en el acto jurisdiccional (a diferencia del exceso de poder en el acto administrativo, § 16) es la usurpación de las atribuciones de un órgano de otro orden (1).

nos ha permitido argumentar por la falta de una impugnación, concedida por la ley, contra las decisiones de las Secciones jurisdiccionales del Consejo de Estado *como tales*, la falta de autonomía de las mismas (§ 16).

(1) Es una formulación evidentemente inexacta y arbitraria, sugerida por algún caso especial no apreciado exactamente, y en el cual, sin querer y protestando o queriendo, se duplica el concepto de incompetencia. Mucho más exacta nos parece la fórmula de REDENTI (en *Teml.* 1908, página 213): exceso de poder es siempre «el uso de poderes conferidos para una cierta función fuera de los límites de la misma función...» «cuando faltan los presupuestos para el ejercicio actual de la función» o cuando, concurriendo tales presupuestos, el uso de los poderes no se haga de un modo coherente y no contradictorio con la función». Ya, tratando de impugnación de las decisiones de los *proviviri*, se habían considerado también en las discusiones parlamentarias, como casos típicos de exceso de poder, la *ultra-petita*, el pronunciamiento sin citación de parte (véase LESSONA, *Cod. del proviviri*, págs. 68 y sigs.; la *Giur. de proviviri* en la *Riv. de Dir. Comm.*, 1903, I, págs. 223 y sigs., núm. 8). Incompetencia y exceso de poder tienen ciertamente un fondo común, pero sobre este fondo son muy diferentes entre sí. El fondo común consiste en que ambos son vicios de *actividad*, y no de *juicio*. Es cierto también que sobre la propia actividad juzga el juez, pero juzga como cualquier hombre para determinarse a obrar; por esto, si la acción es defectuosa, el vicio aparece como vicio de actividad, y no de juicio. En cambio, cuando el juez pronuncia en el fondo, pronuncia sobre la actividad *de las partes*; los errores que puedan ocurrir son errores *de juicio*, ya sea de hecho, ya de derecho (véase CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, cit.; véase también §§ 3, 13, 18 II, 20 II, 32 III, y 76 III. Ahora bien: del «exceso de poder» debe excluirse cualquier censura que se dirija contra el «juicio» propio y verdadero del magistrado; pero no pueden excluirse las censuras dirigidas contra la actividad del juez sólo porque ésta también va precedida de un juicio. El exceso de poder del

f) Si una decisión viciada de incompetencia no es impugnada en tiempo, el efecto que de esto deriva es distinto según sea ordinario o especial el juez, como ya vimos. La decisión del juez especial no podrá ser impugnada directamente, pero la parte interesada será garantizada de otra manera: el actor cuya demanda fué rechazada, podrá volver a proponerla ante el juez competente; el demandado-condenado podrá valerse de una acción de declaración negativa ante el juez competente o con la oposición a los actos ejecutivos. Esto se deduce, ya de la diferencia intrínseca que media entre juez ordinario y especial, ya de la imposibilidad de proveer completamente de otro modo a garantizar las atribuciones del juez ordinario (1).

juez comprende, pues, todos los errores de *actividad* consistentes en la inobservancia de *límites* diferentes de la «medida» de la jurisdicción. En contra PRESUTTI, en la *Corte d'Appello*, 1910, y en el *Annuario* de CUZZERI, 1910, pág. 401, partiendo de la afirmación de que la posición del juez frente a las normas que regulan el ejercicio de la función jurisdiccional «no es diferente de aquella en que se encuentra respecto a las normas que regulan la relación jurídica sometida a su decisión». Aquí hay una fundamental divergencia de principios.

(1) La opinión dominante en Italia es contraria. Admite la eficacia de la decisión del juez especial no impugnada, basándose en la idea de que se *forme la sentencia sobre la competencia*. Hemos combatido esta idea en la obra citada *Cosa giudicata e competenza*, diferenciando la cosa juzgada de la simple preclusión. Puede consultarse en aquella el estado de la cuestión. No es preciso, entendemos, negar, como hace HELWIG, la competencia sobre la competencia para negar el paso en calidad de cosa juzgada de una sentencia sobre la competencia. Puede formarse la preclusión de la cuestión de competencia, la cual obra sólo en el proceso en que recurre, y no la cosa juzgada sobre la competencia, que obligaría para todos los procesos futuros. Lo que pasa en calidad de cosa juzgada es la *sentencia sobre el fondo*; pero este efecto es necesario y constante sólo en las sentencias de los jueces ordinarios; en cuanto a las de los jueces especiales, siempre queda en pie la cuestión de si el juez especial podía pronunciar o no: HELWIG llega al mismo resultado, pero negando a los jueces especiales la *Kompetenz-Kompetenz*. PESCATORE, *Sposizione della proc. criminale*, II, pág. 140, admite la existencia de sentencias que no pasan en calidad de cosa juzgada por defecto absoluto de potestad de juzgar pero, sin distinguir entre jueces ordinarios y especiales, toma como criterio la existencia o no existencia de una *duda fundada* sobre la

III. *Coordinación entre la actividad de los diversos órganos.*
Aunque regularmente los diferentes órganos jurisdiccionales encuéntrase entre sí en la relación de «separación» su actividad puede hacer necesaria una coordinación.

competencia; cuando no hay duda *fundada en la competencia del juez que se ha considerado competente*, la sentencia no pasa en calidad de cosa juzgada. Pero ya se comprende que este criterio es poco preciso y peligroso. ¿Que es duda fundada? ¿Quién dirá si una duda es o no fundada?

Entre los expositores antes citados, CAMMEO niega que pueda distinguirse entre órganos ordinarios que tengan potencialmente toda la jurisdicción (sólo limitada en su *ejercicio*), y órganos especiales que tengan solamente la jurisdicción que tienen en acto (y, por tanto, sus límites son límites de *capacidad*): encuentra en esta distinción una simple repetición «en forma metafísica» del problema, y le niega toda razón de ser: el reparto de atribuciones entre jueces ordinarios y especiales tendría la misma naturaleza que entre varios jueces ordinarios. Creemos que un atento examen del concepto de «ordinariedad» debe persuadir de lo contrario: el juez ordinario tiene jurisdicción *general*, lo cual se entiende para las personas y para los objetos; personas de toda clase, pleitos variadísimos, pueden llevarse ante el juez ordinario. Es verdad que de algunas fracciones de jurisdicción se priva a éste por la ley, y son conferidas al juez especial por razones de oportunidad (mayor sencillez de procedimiento, mayor economía, mayor confianza inspirada por el juez especial a ciertas clases de litigantes, incluso, algunas veces, mayores conocimientos técnicos en ciertas relaciones); pero, en sustancia, nadie se preocuparía si el juez ordinario pronunciase en materia confiada a juez especial, porque él tiene la capacidad genérica para hacerlo, sino que todos se preocuparían si el juez especial pudiese resolver en cualquier materia de competencia del ordinario. Este reflejo, punto metafísico, justifica el principio sostenido por nosotros. Si este principio encuentra alguna dificultad, depende de que, en la práctica, difícilmente el juez especial rebasa los límites de sus atribuciones en materias a que estén *abiertamente* sustraídas a su competencia; si un Jurado de *probiviri* resolviese acerca de una reivindicación; si un capitán de puerto ordenase la restitución de un préstamo; un comisario de emigración resolviese acerca de una servidumbre, todos estarían conformes en la necesidad de aquel principio; pero la ciencia del Derecho no debe esperar para buscar los principios el impulso del caso concreto.

LESSONA se funda principalmente en el hecho de que, conforme la ley 31 Marzo 1877, art. 3.º, núm. 3, las decisiones de las jurisdicciones especiales pueden impugnarse dentro de un término perentorio con recurso

a) Ocorre esto en primer lugar en caso de usurpación que uno haga de las atribuciones del otro; de lo cual ya hemos hablado.

b) En segundo lugar, los pleitos confiados a órganos diferentes pueden—aun cuando *diferentes*—presentar algún nexo o relación entre sí de manera de hacer oportuna la coordinación de las actividades relativas a ellos. El caso más importante de esta coordinación, es el de las relaciones entre la jurisdicción civil y la penal antes examinadas (§ 15).

Pero también en la relación entre diversos órganos de la jurisdicción *civil* puede darse el mismo hecho cuando la decisión de una cuestión debe fundarse en la solución de otra (*cuestiones prejudiciales*) (1). Véase § 72-93.

c) Suele llevarse también a este tema el estudio de la influencia de la cosa juzgada de una jurisdicción respecto de otra (influencia, por ejemplo de la sentencia penal en la acción civil y viceversa). Pero en realidad no se trata aquí de una relación entre

a las Secciones unidas. La objeción (que WACH, *Urteilsnichtigkeit*, en la *Rheinischezeitschrift*, 1911, pág. 340, encuentra «*nicht überzeugend*»), había sido antes rebatida por nosotros ya en la monografía citada *Cosa giudicata e competenza*, ya aquí en el texto, observando que el transcurso del término sin impugnación *por sí* solo produce la consecuencia de que la decisión no pueda ser impugnada directamente, en el mismo proceso. Por eso queda eficaz y ejecutiva si—y en cuanto y hasta que—no está en juego la competencia del juez ordinario. La cuestión estriba en determinar si hace TAMBIÉN estado respecto a la competencia del juez ordinario. De otro modo, cuando hubo la impugnación y las Secciones unidas declararon competente el juez especial: esto afecta también al juez ordinario (§ 18, II).

GATTI, en fin, niega importancia a la distinción entre juez ordinario y especial, y admite en el juez especial por el solo hecho de que tenga una fracción, aunque sea mínima de jurisdicción, la capacidad potencial de pronunciar en cualquier materia. Observa (pág. 132, nota) que las atribuciones del juez ordinario tienen eficaz garantía en el principio de que las cuestiones incidentalmente decididas no producen cosa juzgada. Pero este principio (que también nosotros aceptamos (§§ 79 y 93), no afecta en el caso de que el juez especial haya usurpado en *via principal* la competencia del juez ordinario.

(1) Véase MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Viena, 1905.

actividades de órganos diferentes. La cuestión sobre la influencia de la sentencia puede presentarse a un órgano jurisdiccional tanto frente a la sentencia propia como a la ajena. Por esto la cuestión pertenece a otro tema. Baste recordar aquí que la fuerza del fallo no consiste en impedir una decisión solo lógica o moralmente incompatible con ella, sino una decisión diferente respecto de la *misma acción* o sea que signifique disminución material del bien en ella reconocido (conflicto *práctico* de sentencias; § 2). Y aun más, la ley puede con *normas expresas* extender caso por caso la eficacia de la cosa juzgada con el fin de evitar también un conflicto *teórico*, o sea simples contradicciones lógicas contrarias a la dignidad del oficio jurisdiccional (por ejemplo disponiendo que un cierto hecho admitido por una sentencia deba considerarse existente y viceversa) (1). Pero a falta de normas expresas se aplican los principios sobre la identificación de las acciones (§ 12).

IV. *La IV sección del Consejo de Estado y la jurisdicción ordinaria* (2). El art. 24 de la ley 2 Junio 1889 (actual art. 22 del tex-

(1) Así el art. 6.º Cód. Proc. Pen., como ya vimos, dispone: «La parte dañada u ofendida no podrá ejercitar la acción civil por los daños sufridos cuando con sentencia irrevocable se haya declarado no haber lugar a procedimiento, porque conste no haber ocurrido el hecho objeto de la imputación, o el imputado haya sido absuelto porque resulte que no ha cometido el reato ni tomó parte en él». Contraria la ley alemana: véase SCHMIDT, 2.ª ed., pág. 176.

(2) SCIALOJA V, *Sul limiti della competenza della Sezione IV del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria* (en la *Giustizia amministrativa*, 1891, parte IV, págs. 59 y sigs.); *Ancora sui limiti ecc.* (en la *Giustizia amministrativa*, 1891, IV, págs. 50 y sigs.); *Sulla funzione della IV Sezione del Consiglio di Stato* (en la *Giustizia amministrativa*, 1901, IV, págs. 61 y sigs.); RANELETTI, *A propósito d'une questione di competenza della IV Sezione*, 1892; PORRINI, en el *Archivio giuridico*, volumen 4; LEPOKINI en los *Studi senesi*, vol. IX; CARUCCI, en la *Giustizia amministrativa*, 1893; ORLANDO, en el *Archivio di Diritto pubblico*, volumen II, págs. 58 y sigs.; FILOMUSI GUELFU, *Discorso su Silvio Spaventa*, con notas, 1894; CODACCI-PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, en la *Giurisprud. italiana*, volumen XLV; SCHANZER, *La posizione costituzionale della IV Sezione del Consiglio di Stato*, en la *Legge*, 1901, págs. 280 y sigs.; SIMONCELLI,

to único 17 Agosto 1907) excluye de la competencia de la 4.^a sección los recursos «de competencia de la autoridad judicial».

Fácilmente ocurre que cualquier titular de un derecho propio y verdadero (bien garantizado por la ley) creyéndose perjudicado por un acto administrativo, en lugar de recurrir a la autoridad judicial, prefiere la vía más rápida, económica, y eficaz del recurso a la IV sección, haciendo valer su derecho, no como derecho, sino como interés legítimo, o sea como simple condición para pedir en interés general la nulidad del acto (pág. 335).

Surgió la cuestión de si esto es admisible. La 4.^a sección estimó poder conocer de estos recursos: la Cas. Roma en cambio, la declaró incompetente; subsiste todavía la divergencia.

La Casación encuentra en estos recursos una disminución de las atribuciones de la autoridad judicial; y al defenderlas llega a considerar competentes los tribunales ordinarios (o sea a admitir posibles derechos del particular contra la administración) en muchos casos en los cuales antes de la reforma de 1889 estimaba lo contrario. Pero por otra parte la jurisprudencia de las secciones unidas viene a limitar notablemente la competencia de la autoridad judicial, puesto que parte de la idea de que las decisiones de las secciones jurisdiccionales «precisamente porque lo son» causan estado respecto de la autoridad judicial (1).

Lezioni di Diritto giudiziario, § 79; más los recientes Tratados citados antes (págs. 340, nota 3), y en particular las Memorias de CODACCI-PISANELLI y de S. D'AMELIO al Congreso jurídico de Roma, Octubre 1911, y la discusión que tuvo lugar sobre las mismas (*verbali* del Congreso); el discurso de SCHANZER encuéntrase también en la *Riv. di Dirit. Pubbl.*, año 1212; I, páginas 161 y sigs.; allí también están reproducidas las dos relaciones, páginas 37 y sigs., y 74 y sigs.

(1) Véase por último: Cas. Roma, Secc. Ún., 24 Jun. 1911 (*Legge*, 1911 página 2397); 7 Sept. 1911 (*Giur. Ital.*, 1911, págs. 1293); 11 Junio 1911. (*Riv. di Dir. Pubbl.*, 1912, II, pag. 144). Que las secciones IV y V sean jurisdiccionales tiene poca importancia para la cuestión. Ante todo, las cuestiones decididas incidentalmente no constituyen cosa juzgada (página 374, nota, §§ 79-93). En segundo lugar, si aquellas Secciones pronunciasen en vía principal sobre materia de competencia judicial, como jueces, *especiales*, no podrían prejuzgar la competencia de la autoridad judicial. Sobre estos dos aspectos procesales (olvidados con demasiada frecuencia),

En la doctrina fué SCIALOJA el primero en sostener la admisibilidad del recurso (1), por estas razones admitidas hoy por la mayor parte de los escritores:

1.º Puesto que a la 4.ª sección se pide la nulidad del acto administrativo y esto jamás puede pedirse a la autoridad judicial, no se puede decir que el recurso ante la 4.ª sección pueda ser de competencia de la autoridad judicial. Hay ciertamente diversidad de *objeto*, de *petitum*. FILOMUSI ha observado que en este caso hay también diversidad de *causa petendi* (2) puesto que el recurso ante la autoridad judicial está siempre fundado en el derecho civil o político del actor y en cambio el recurso ante la 4.ª sección, incluso cuando es propuesto por quien tiene un derecho civil o político no se funda en éste sino en el derecho a la nulidad del acto administrativo por ilegitimidad.

2.º No es propio suponer que en el sistema de nuestra ley reciba una tutela mayor, aún cuando ocasional, el simple interés, no el derecho, como ocurriría si se negase el recurso ante la 4.ª sección todas las veces que existe un derecho. Es verdad que a base del art. 25, núm. 6, (actual art. 23, núm. 5), se puede recurrir a la 4.ª Sección para obtener que la Administración se sujete al fallo del tribunal ordinario, pero este recurso no puede equivaler siempre por los efectos, al recurso basado en el art. 22 porque este conduce a la nulidad del acto administrativo y aquél *puede* conducir a ese fin, pero no necesariamente; y de todas maneras conduce más lentamente.

3.º Según la opinión contraria, la Sección 4.ª debería examinar caso por caso si el recurso se funda en un derecho civil o político: lo cual es contrario a su natural función.

La cuestión consiste en ver si en el caso examinado la competencia de la autoridad judicial puede absorber la de la 4.ª Sección

de la cuestión, hemos tratado de llamar la atención del Congreso jurídico a que se refiere la nota anterior. Véase posteriormente, en defensa de la opinión común, MONTESANO, *Riv. di Dir. Pubbl.*, 1912, II, págs. 144 y siguientes.

(1) En las dos primeras publicaciones en la *Giust. amm.* citadas en la nota precedente.

(2) En el discurso sobre Silvio Spaventa, 1894, pág. 49.

o sea si ante los dos órganos se pide la actuación *de la misma* voluntad de ley: que no es así, porque el derecho que se ejerce ante la autoridad judicial es un bien individual diferente del bien general al que se dirige la demanda de nulidad ante la 4.^a Sección; y puede ser reconocido uno y desconocido el otro sin que haya conflicto *práctico* entre las sentencias. Puede haber en ese caso un conflicto *lógico*, en cuanto los dos pleitos pueden tener común la cuestión de «si el acto ha violado o no la ley»; pero es preciso considerar diferentes la mera cuestión *lógica* y la cuestión *jurídica* (1); para excluir el mero conflicto lógico precisase una *norma expresa de ley* (2). Y no puede decirse que el bien individual esté comprendido en el bien general (ni siquiera cuando el derecho de impugnación individual tienda a remover un acto administrativo que impone una prestación al individuo) porque los dos bienes son de distinta naturaleza. Y de todas maneras, si allí existiese esta relación de más a menos nos llevaría únicamente a excluir la competencia de la autoridad judicial, lo cual está prohibido por el mismo principio contenido en el art. 24. Cuyas consideraciones conservan toda su importancia también frente a la nueva ley 7 Marzo 1907, la cual ha reconocido expresamente el carácter jurisdiccional de la 4.^a Sección, pero en cuanto a la coordinación entre la actividad de esta y de la autoridad judicial, nada ha innovado respecto de la ley precedente, entendido en el sentido antes indicado (3).

(1) §§ 2, 4, 6, 13.

(2) Tal es la ya antes recordada del art. 6 del Cód. proc. pen. para las relaciones entre la jurisdicción penal y la civil. Tal es también—precisamente en las relaciones entre la Administración o la jurisdicción administrativa y la jurisdicción ordinaria—la del art. 124 de la ley 20 Marzo 1865 cap. F. sobre las obras públicas (art. 2 del texto único 25 Jul. 1904 sobre obras hidráulicas): «siempre que haya además motivo para el resarcimiento de daños, correspondiente acción será ejercitada ante los jueces ordinarios LOS CUALES NO PODRÁN DISCUTIR LAS CUESTIONES YA RESUELTAS EN VIA ADMINISTRATIVA».

(3) No podemos dejar de referir la enseñanza que el mismo SCIALOJA dió, volviendo sobre este tema, en la tercera de las publicaciones antes citadas (1901): «Tal vez nosotros como jurisconsultos prácticos podemos inclinarnos a la autoridad de la Corte Suprema de Casación, que bien o

Apéndice al § 17.

Derecho español.

Con el fin de armonizar en lo posible la sistemática del autor con el orden seguido por nuestras leyes, expondremos las notas referentes a este § con las correspondientes al 32 que trata de los conflictos de jurisdicción.

«mal ha seguido hasta aquí un camino, del cual no podrá ahora fácilmente desviarse. Conviene decir alguna vez *hoc jure utimur* pensando que cuando se trata de competencia es más necesario *lo cierto* que *lo bueno*, porque de todas las condiciones es la peor no conocer el juez a quien debe acudirse. Y si el magistrado supremo en materia de competencia sigue en sus determinaciones constantemente un cierto criterio este deviene en realidad un principio del derecho positivo».

§ 18

Contenido del poder jurisdiccional (1)

I. *En general.*—La jurisdicción comprende una serie de facultades que en sí mismas pueden pertenecer también a órganos no jurisdiccionales, pero que tienen carácter jurisdiccional por el fin al cual se dirigen o sea la *sustitución* de una actividad pública a la actividad ajena. Aparecen más estrictamente jurisdiccionales los actos en los cuales *se realiza* esta sustitución, como la sentencia y las medidas ejecutivas; menos directamente los actos simplemente dirigidos a prepararla o hacerla posible. Las facultades jurisdiccionales pueden ser de *decisión*, de *coerción*, de *documentación*.

II. *Decisión.*—En la decisión se afirma ante todo la existencia o inexistencia de una voluntad de ley. Pero de dos maneras y con efectos distintos:

a) O se afirma una voluntad de ley *concerniente a las partes*: como hace siempre la sentencia *de fondo* y a veces la sentencia que pronuncia sobre *una excepción* procesal (§ 3). Tiene lugar aquí la forma más delicada y propia de actividad jurisdiccional y le acompaña el efecto, especial, de la «cosa juzgada sustancial»; esto es, la sentencia, que deviene irrevocable (cosa juzgada *formal*) y reconoce un bien a una parte, tiene el efecto de garantizar este bien para el porvenir, incluso frente *a otros procesos* (cosa juzgada *sustancial*).

b) O se afirma una voluntad de ley *concerniente al deber del juez* de pronunciar en el fondo. Y esta es una actividad jurisdiccional meramente preparatoria; porque no se pronuncia por el juez acerca de la actividad ajena, *sino de la propia*, ni se reconoce

(1) Véase WACH, *Handbuch*, pág. 313 y sigs.; KOHLER, *Civilprozess*, pág. 65 y sigs.

un bien a la parte (§§ 3, 13, 18 II, 20 II, 32 III, 76 III). Esta sentencia (p. ej. de competencia o incompetencia) no impugnada deviene irrevocable, pero no produce la cosa juzgada sustancial, sino únicamente la *preclusión* de la cuestión decidida, con efectos limitados al proceso sin obligar *para otros procesos* (Cód. proc. civ. art. 115). Un conflicto de competencias es un conflicto de *actividades*, no de fallos. La actividad superior que lo dirime es por sí misma un acto administrativo que deviene acto jurisdiccional porque se dirige al fin jurisdiccional, pero no obliga a los jueces inferiores como fallo, sino como acto de *autoridad superior* (1). Así la sentencia de las Secciones unidas de la Cas. Roma que declare la competencia de una jurisdicción especial, obliga también al juez ordinario a reconocer la sentencia de fondo de ésta sin que él pueda volver a examinar la competencia (2). Esta distinción entre las diferentes normas que el juez examina en el proceso, concernientes a su misma actividad y concernientes a las partes, nos ha servido antes (§ 17) para determinar mejor el concepto de exceso de poder.

Ya hemos visto (§ 2) que, al decidir, el juez no crea ni modifica la ley sino que la aplica (incluso si la cree injusta). Estos límites del poder del juez frente a la ley están garantizados: a) Por el principio de que la interpretación de la ley hecha por el juez no es obligatoria para todos, sino solo para las partes litigantes: obligatoria para todos solo es la interpretación *auténtica*; o sea la que surge del mismo poder legislativo (art. 73 Estatuto); b) Por la Casación, la cual «está instituída para mantener la exacta observancia de la ley» (ley sobre organización judicial, art. 122, Cód. proc. civ. arts. 88 y 517, núm. 3).

Pero el juez debe investigar si existe una *ley* (3).

(1) HELLWIG, *Lehrburch*. II, pág. 270 niega a este acto carácter ya sea administrativo ya jurisdiccional y le atribuye naturaleza *legislativa*. Pero parte de la idea de que sobre la competencia se forma la cosa juzgada y de que la actividad superior destruye esta *sentencia*, lo cual no puede ser obra de un acto administrativo, sino únicamente del legislador.

(2) CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, cit.

(3) MORTARA, *Comment.*, I, núm. 60 y sigs.; CAMMEO, *Comm.* I, página 761 y sigs.; LESSONA, *La legalità della norma e l'autorità giudiziaria*.

En un sentido *formal*, ley es una emanación de voluntad de los órganos propios de la función legislativa (las dos Cámaras y el rey colectivamente: Estatuto, art. 3). El juez no puede examinar si la ley es *intrínsecamente* conforme al Estatuto, puesto que no existiendo entre nosotros un poder *constituyente*, fuera y sobre el poder legislativo, las leyes contrarias al Estatuto valen como indiscutibles modificaciones del mismo. Pero puede examinar si la ley es *extrínsecamente* conforme al Estatuto, o sea producida conforme a sus exigencias (art. 55), es decir, si existe una ley: no puede ciertamente controlar la regularidad de las deliberaciones de las dos Cámaras porque ésta hállase asegurada inapelablemente por la proclamación de los documentos parlamentarios; pero puede examinar si el texto aprobado por una Cámara es conforme al aprobado por la otra (en Italia ya ocurrió lo contrario algunas veces): ni a este examen se opone la *sanción* real, como quieren algunos, aplicando una doctrina formada para otros derechos positivos (LABAND) (1) puesto que la sanción, en nuestro derecho es participación en la formación de la voluntad de la ley y supone pero no *asegura* la existencia de las dos deliberaciones conformes. La promulgación es anuncio de la sanción, acto del poder ejecutivo realizado por el Rey bajo la responsabilidad ministerial (2).

Ley en sentido *sustancial* es la constitución de normas jurídicas. Puede haber leyes *formales* que no tienen esta función, como aquellas con las cuales el parlamento ejerce atribuciones de naturaleza administrativa. En cuanto puede aplicarse por el juez la ley se entiende en sentido sustancial. Pero también una ley de naturaleza meramente formal, que por excepción constituyese o modificase relaciones jurídicas, debería ser aplicada por el juez y la aplicación hecha por él podría censurarse en casación. Tal ocurre con la ley de presupuestos, con las leyes que aprueban contratos que afectan a administraciones públicas.

ria, 1900: LONGHI, *La legittimità della resistenza*, etc., cit. pág. 393 y siguientes; HELLWIG, II, pág. 138 y sigs.

(1) Seguida por la mayor parte de los publicistas alemanes, combatida por la mayor parte de los civilistas: Véase HELLWIG II, pág. 152 y los allí citados en nota 8.

(2) Véase RACIOPPI, en la *Legge*, 1904, pág. 296).

Por lo demás—como hemos visto—también hay normas aplicables en el Estado cuando nuestra ley hace propia una ley extranjera. También en este caso puede tenerse violación de ley y por lo tanto recurso de casación (1). También la violación de normas de derecho internacional, sea fundada en la costumbre, sea en tratados (normativos), puede denunciarse en casación (2): puesto que si bien estas normas no pueden ser objeto de aplicación *directa* (esto es, de actuación) por parte de los jueces de un Estado, ordinariamente considéranse existentes o inexistentes por los jueces en vía prejudicial o sea como base de la actuación de normas *internas* (3): y se censura precisamente en casación el juicio sobre la existencia o inexistencia de normas (§§ 5, 20 II).

Normas aplicables en juicio pueden derivarse también de actos de los órganos administrativos: ya sean leyes verdaderas y propias producidas por delegación general o especial de los órganos legislativos, ya *reglamentos* (reglamentos de *ejecución*, artículo 6 del Estatuto, reglamentos *delegados*, reglamentos *independientes*, reglamentos *municipales* y *provinciales*). En cuanto a los reglamentos la autoridad judicial tiene el poder de examinar si son *conformes a las leyes* (art. 5 Ley 20 Mar. 1865, ap. E.) y si no lo son rehusa su aplicación (4). Igual poder no puede reconocérsele o negársele en términos absolutos en cuanto a aquellos actos—*extraconstitucionales*—que el Gobierno produce para que sirvan como leyes para proveer las necesidades de momento (decretos-leyes) (5). Este es verdaderamente un caso en el cual puede estar reservado a nuestro magistrado un oficio parecido al que ejercía el pretor romano; los decretos-leyes están fuera del Estatuto, pero no necesariamente fuera del derecho, puesto que si fal-

(1) Véase FEDOZZI, *El dir. proc. civ. internaz.*, cit, pág. 472 y sigs. en contra ANZILOTTI, *Il dir. to internazionale nei giudizi interin.* Bologna, 1905, p, 323.

(2) ANZILOTTI, *op. cit.* p. 306 y sigs.

(3) ANZILOTTI, *op. cit.*

(4) Ej. Acerca del reg. 11 Jul. 1904 a la precedente ley sobre monumentos y objetos de arte: Corte Ap. Brescia 18 Oct. 1905, en el *Foro Ital.* 1906, I, 89.

(5) Véase ROSSI L., *Lo stato d'assedio nel diritto pubblico italiano*, en el *Archivio di diritto pubblico*, 1894.

ta la posibilidad de encontrar su justificación en la ley escrita, que para nosotros es fuente normal de derecho, pueden estar justificados por la conciencia jurídica colectiva, que en las supremas necesidades y en los momentos anormales de la vida pública encuéntrase restituída a su oficio originario de fuente directa de las normas aplicables: la cuestión de si el decreto-ley debe aplicarse no puede decidirse sino caso por caso por el magistrado que buscará su solución en la propia conciencia como partícipe de la conciencia jurídica colectiva e intérprete de ella (1).

La investigación de la autoridad judicial acerca de la legalidad de los actos administrativos puede extenderse hasta controlar la verdad de las afirmaciones que contiene y esto es aplicable también a los RR. DD., por ej. acerca de la afirmación de haber oído el Consejo de Ministros (2). Lo cual no privan las dificultades prácticas que podrían tenerse en este examen, por ej. para obtener la producción, de la deliberación ministerial; ni la existencia del control *preventivo* del Tribunal de Cuentas (registro) que puede también tener en cuenta tanto lo intrínseco como lo extrínseco del acto administrativo, pero con otros fines y efectos distintos del control jurisdiccional.

El poder genérico de decisión comprende también el poder de *decretar* u *ordenar* esto es, de proveer a cuanto se ha pedido por el desarrollo del proceso.

III. *Coerción*.—El campo propio del desarrollo del poder coercitivo es el período de ejecución (§ 10). Pero también tiene lugar en el período de conocimiento. En el acto mismo de la notificación de la citación, como en otros actos procesales se ma-

(1) En circunstancias análogas son tan de temer los actos de servilismo o temor, como los gestos de valor fácil y de inconsiderada independencia,

(2) En contra Cas. Roma 31 Dic. 1901 (en la *Giu. ital.* 1902, página 356). Véase en cambio SIMONCELLI en el *Foro Ital.* 1902, pág. 142, y sigs. que a este propósito escribe:

«Bajo la apariencia de una alta consideración a la majestad del Jefe del Estado esta teoría implica una evidente irreverencia hacia aquella suprema potestad: No es el ministro quien con su responsabilidad cubre la persona del Rey, sino el Rey quien con su firma cubre la conducta del ministro

ta la posibilidad de encontrar su justificación en la ley escrita, que para nosotros es fuente normal de derecho, pueden estar justificados por la conciencia jurídica colectiva, que en las supremas necesidades y en los momentos anormales de la vida pública encuéntrase restituida a su oficio originario de fuente directa de las normas aplicables: la cuestión de si el decreto-ley debe aplicarse no puede decidirse sino caso por caso por el magistrado que buscará su solución en la propia conciencia como partícipe de la conciencia jurídica colectiva e intérprete de ella (1).

La investigación de la autoridad judicial acerca de la legalidad de los actos administrativos puede extenderse hasta controlar la verdad de las afirmaciones que contiene y esto es aplicable también a los RR. DD., por ej. acerca de la afirmación de haber oído el Consejo de Ministros (2). Lo cual no privan las dificultades prácticas que podrían tenerse en este examen, por ej. para obtener la producción, de la deliberación ministerial; ni la existencia del control *preventivo* del Tribunal de Cuentas (registro) que puede también tener en cuenta tanto lo intrínseco como lo extrínseco del acto administrativo, pero con otros fines y efectos distintos del control jurisdiccional.

El poder genérico de decisión comprende también el poder de *decretar* u *ordenar* esto es, de proveer a cuanto se ha pedido por el desarrollo del proceso.

III. *Coerción*.—El campo propio del desarrollo del poder coercitivo es el período de ejecución (§ 10). Pero también tiene lugar en el período de conocimiento. En el acto mismo de la notificación de la citación, como en otros actos procesales se ma-

(1) En circunstancias análogas son tan de temer los actos de servilismo o temor, como los gestos de valor fácil y de inconsiderada independencia,

(2) En contra Cas. Roma 31 Dic. 1901 (en la *Giu. ital.* 1902, página 356). Véase en cambio SIMONCELLI en el *Foro ital.* 1902, pág. 142, y sigs. que a este propósito escribe:

«Bajo la apariencia de una alta consideración a la majestad del Jefe del Estado esta teoría implica una evidente irreverencia hacia aquella suprema potestad: No es el ministro quien con su responsabilidad cubre la persona del Rey, sino el Rey quien con su firma cubre la conducta del ministro

nifiesta la coacción, puesto que si también el destinatario rehusa recibir materialmente la copia del acto, se tiene por entregada ésta, dejándola en el lugar, y precisamente porque la notificación es acto autoritario, nuestra ley, como ya hemos visto (§ 13), no permite que aquella se realice por el oficial judicial en conexión con la actividad de las autoridades extranjeras, sin una formal autorización de un órgano superior (el Público Ministerio) que nacionaliza, por decirlo así, la actividad de la autoridad extranjera al único efecto de que pueda tener la necesaria integración, por un acto de la autoridad italiana (art. 947, Cód. proc. civ.) (1).

El derecho moderno no admite medidas coercitivas para obtener la comparecencia de las *partes* sino en casos excepcionales (Cód. proc. civ. art. 80: § 50). Pero el órgano jurisdiccional puede remover coercitivamente los obstáculos que se interpongan al ejercicio de su función, en particular a la ejecución de sus órdenes:

a) Para el mantenimiento del buen orden, del respeto, del silencio necesario en la audiencia, los *presentes* (partes, abogados, extraños) están sujetos al poder de quien la preside, que puede amonestar a los contraventores, expulsarlos, imponerles arrestos hasta 24 horas, salvo el procedimiento inmediato aplicable a los delitos cometidos en la audiencia (Cód. proc. civ. arts. 243, 354, 355 y 358; Cód. proc. pen. arts. 619 y sigs.)

b) El *testigo* tiene el deber de testificar; el testigo remitente fué en otros tiempos desterrado o excomulgado; y aún hoy puede ser conducido por la fuerza al examen y si rehusa deponer o jurar puede ser condenado a una pena pecuniaria y a prisión hasta 30

esto si que es subversivo! El ministro podría hollar la justicia para esconderse tras el prestigio y la autoridad soberana. Justamente se ha dicho que esto es peligroso: sería confundir quien es responsable con quien es irresponsable, lo cual llevaría a anular toda responsabilidad y a engendrar la rebelión legítima de la conciencia nacional orgullosa de la más grande conquista de los nuevos tiempos, la justicia en la Administración».

Admitióse por el contrario, el control de la afirmación de haber interpelado a las administraciones locales interesadas, por la Cas. Roma, Secc. Un. 24 En. 1912 (*Giur. ital.* 1912, pág. 150).

(1) Véase acerca de esto ANZILOTTI, en la *Riv. di dir. internaz.* 1907, página 354 y las objeciones opuestas a él por MORTARA, *Comm. V*, nú-

días (Cód. proc. civ. art. 239); para la aplicación de la pena artículo 383 Reg. gen. jud.) Admite la ley que pueda haber en tal caso «razones legítimas, que el juez estimará, para rehusar depone: y estas pueden consistir ya en ser depositario de un secreto de oficio o profesional, ya en el daño que podría proporcionar al testigo la declaración (1). El que no puede ser oído porque es pariente de una parte (Cód. proc. civ. art. 236) *a fortiori* puede negarse a declarar salvo en las cuestiones de Estado o de reparación personal (2).

c) El *terzo pignorato* está obligado a declarar si es deudor o detentador de los muebles del deudor; pues si no, puede ser condenado como tal (art. 614).

d) No hay obligación en los juicios civiles (a diferencia de los penales, Cód. proc. pen. art. 159) de *asumir* el oficio de *perito* pudiendo fácilmente este oficio prestarse por diversas personas. No hay medidas coercitivas ni siquiera contra el perito que ha aceptado el encargo y no lo cumple (salvo el resarcimiento de los daños) (arts. 260 y 268).

e) Puede obtenerse coercitivamente durante un proceso *la exhibición de escrituras* del depositario de las mismas: a) si tiene por derecho civil la obligación de comunicarlas (Cód. proc. civil, artículo 913 y sigs.) o a exhibir los originales de las escrituras para servir a la *comparación* (art. 287 y 306) o al cotejo (arts. 918 y 919). Medios de coacción son en este segundo caso la pena pecuniaria y la detención personal (Cód. proc. civ. arts. 287 y 915; Código civ. art. 2.094, núm. 3). Véase pág. 86 (3).

mero 40, nota. Ya se entiende que la ley interior puede renunciar a este rigor formal: por tanto un tratado con un Estado determinado puede derogar la necesidad de la autorización exigida por el art. 947 sin que por esto el art. 947 en cuanto quede aplicable no deba entenderse del modo indicado. Véase nuevamente ANZIOTTI, *Riconoscimento delle sentenze di divorcio*, pág. 81.

(1) Expresamente en el Regl. germánico § 384. Véase nuestro Código procesal pen. art. 288 y Cód. pen. art. 215, núm. 1.

(2) ALBERICI, *Eccezioni. al dovere della testimonianza*, Turín, 2.^a edición 1911.

(3) LESSONA, *L'azione esibitoria*, en la *Rivista pratica di dottrina e giurisprudenza*, 1903; SIMONCELLI, *Il decreto reale e il potere giudiziario*.

f) El órgano jurisdiccional puede reclamar la asistencia de la fuerza pública para remover toda *resistencia* ilegal de las partes o de los terceros al cumplimiento de sus actos; como el juez en la ejecución de un acceso judicial, el ujier en el cumplimiento de un acto de ejecución forzosa (art. 576).

g) El juez civil no puede realizar acto de instructoria penal expidiendo orden de captura contra los autores de la falsedad (Código proc. civ. art. 308), contra el quebrado (Cód. Com. art. 695).

Todo acto de poder del órgano jurisdiccional debe ejercitarse en los confines de su jurisdicción. Si un acto relativo al proceso debe cumplirse en otro distrito, requiérese a la autoridad de ese lugar, la cual está obligada sin más a realizar la obra suya) Ej. Código proc. civ. art. 208). Puede darse el caso de que un órgano jurisdiccional puede realizar fuera del propio distrito actividades que no impliquen necesariamente el uso de los poderes jurisdiccionales, pero también necesarias o útiles al proceso, como la inspección directa de los lugares a que se refiere una contienda (inspección ocular, acceso judicial); el juez del proceso podrá proceder a estos actos pero asistido del juez del lugar para el empleo de los poderes judiciales en el caso concreto.

II. *Documentación*.—Lo que sucede ante los órganos jurisdiccionales o por parte de estos debe estar documentado de manera que haga fe de lo ocurrido (actas del pleito, hoja de audiencia, actas de la prueba, relaciones de notificaciones). Esta necesidad del proceso da lugar a una función autónoma que tiene su lugar entre las jurisdiccionales.

en el *Foro ital.* 1902, pág. 142 y sigs.; HUGGENBERGER, *Die Urkundene-dition*, 1892; SIEGEL, *Die Vorlegung von Urkunden im Prozesse*, 1904; HELDMANN, *Die Pflicht öffentlicher Behörden und Beamten zur Vorle-gung ihrer Urkunden in Zivilprocessen*, en la *Riv. pel. proc. civ. ted.* vo-lumen 42, (1911) pág. 79 y sigs.

Apéndice al § 18.

Referencias al derecho español.

Por vía de ejemplos confirmatorios en nuestra legislación, de la doctrina expuesta por el Prof. Chiovenda, pueden consultarse:

a) Para la *decisión*; arts. 72 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento civil; Constitución de la monarquía, arts. 18 y 76; Ley de lo contencioso-administrativo art. 3.º; Código penal, art. 388; Ley orgánica del Poder judicial, art. 7.º

b) Para la *coerción*; arts. 660 y sigs. de la Ley orgánica del Poder judicial; 501 Ley Enjuiciamiento civil; 643 de la misma, etcétera, etc.

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.; HENPION 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 pré-vention* 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 *probituri* 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 (*proviviri* conciliadores) no puede deducirse que éste sea juez de equidad. En contra: LESSONA, *La giurisprudizione dei proviviri*, en la *Riv. di dir. comm.*, 1903, pág. 11 del extracto; POLACCO, *Deviazioni al diritto commune conseguite al terremoto Calabrosicuro*, 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 (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, *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, 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.

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 *casa* 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 Cod. 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), dirige 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 admítese 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, Bolonia, 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 Perusa, 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 Perusa, 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 (*scaòinato* 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 (*Foro 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.

Pero este reparto entre las *secciones* diferentes del mismo tribunal hecho por la ley a semejanza de la distribución de las competencias entre *tribunales* distintos, se diferencia profundamente de la competencia, ante todo por la razón que la determina, que es la de sustraer en todo o en parte al arbitrio del presidente la asignación de los pleitos para suprimir a la vista de los ciudadanos el peligro de que los pleitos sean distribuidos con arreglo a consideraciones e intereses personales. Se diferencia también de la competencia, porque la relación entre las diferentes autoridades judiciales preséntase antes que nada *en el mismo momento de la constitución del pleito*, mientras que la relación entre las diferentes secciones, aunque preexistente al pleito, sólo se presenta en el momento en que debe tomarse una resolución sobre el pleito, esto es, *en el momento en que el tribunal debe obrar*; porque entonces se manifiesta la obligación del *tribunal* de obrar mediante un órgano con preferencia a otro. Síguese de aquí, que el pleito está válidamente constituido con la invocación del *tribunal* competente (1).

Nosotros tenemos en las secciones penales de la Cas. Roma, un ejemplo de reparto de competencia entre secciones, hecho por la ley misma (ley 4 Jun. 1893).

(1) Y así, conforme al art. 35 del Cód. proc. civ., el que quiera hacer valer un derecho en juicio debe proponer la demanda ante *la autoridad judicial competente*. El art. 1 de la ley fundamental sobre la organización judicial enumera las autoridades judiciales: conciliadores, pretores, tribunales, cortes de apelación y de casación. El art. 41 dispone: hay *un* tribunal civil y penal en cada uno de los municipios designados en la tabla correspondiente. El art. 64: hay *una* corte de Apelación en los lugares designados en la correspondiente tabla. Los arts. 44, 48, 65 regulan la división de estas autoridades judiciales en secciones; pero bien claro aparece del tenor de estos artículos que la división en secciones respete la unidad de la autoridad judicial. Ni este estado de cosas podría cambiarse mediante una norma del género de aquéllas antes referidas, introducida más bien que por disposiciones presidenciales por ley o reglamento, que prescribiese; en los tribunales divididos en secciones las apelaciones de las sentencias de los pretores se juzgan exclusivamente por la primera sección. La apelación estaría válidamente propuesta con la simple invocación, p. ej. del tribunal de Roma. Todavía más; si el apelante por exceso o por error hu-

La ley habla aquí de *competencia*; y la cuestión, propuesta por las partes o suscitada de oficio, de si un recurso es de competencia de una o de otra sección, es preliminarmente resuelta por la Corte en Secc. Unidas. Pero la forma de la proposición de las reclamaciones en materia penal, que comprende la simple declaración de apelar o recurrir y no la invocación del juez competente (Código proc. pen., arts. 356, 401 y 648), no da lugar a la cuestión acerca de la validez de la reclamación a *sección* incompetente.

Otro ejemplo tenemos en las secciones jurisdiccionales del Consejo de Est., cuya fundamental unidad hemos demostrado (§ 16) (1).

Puede ocurrir aún, que la sección tenga una sede autónoma, con una particular circunscripción territorial. Aquí ciertamente, las dificultades aumentan todavía; la semejanza con la competencia es mayor, y no puede excluirse *a priori* que la ley, conservando la división en secciones por motivos de economía, entienda tratar las secciones como otras tantas autoridades judiciales. Pero en la duda, incluso la sección con circunscripción autónoma debe considerarse, como en cualquier otro caso, por lo que su mismo nombre significa, aunque puede aparecer lo contrario de la manera como se hallan reguladas las secciones de Pretura (2).

biese indicado en el acto de apelación la sección segunda, ¿quién pensaría seriamente que esta apelación debería tratarse como propuesta ante juez competente? Es que invocar la *sección* de una autoridad judicial quiere decir ante todo invocar esta autoridad judicial y esto basta para *la válida constitución de la relación procesal*: el error concerniente a la sección podrá subsanarse fácilmente *durante el desarrollo de la relación*, precisamente porque afecta al desarrollo y no a la constitución de la relación misma.

(1) La cuestión se ha presentado también respecto de las secretarías de las dos secciones. La cuarta sección, 15 Jul. 1910 (*Just. amm.* 1910, p. 385) estima decaído el recurso depositado erróneamente ante una en vez de otra sección.

(2) En cuanto a las secciones con audiencias periódicas el Regl. 24 Mayo 1908 dispone: «... Corresponde tratar en las audiencias periódicas de la sección los pleitos civiles que serían de competencia, conforme a la ley, de una Pretura cuya circunscripción estuviese constituida por el territorio de la sección.

Ya sabemos la relación en que se encuentran las casaciones de Turín, Florencia, Nápoles, Palermo, con la de Roma en cuanto al reparto de la competencia hecho entre ésta y aquéllas por la ley 12 Dic. 1875. El recurso a una casación incompetente atribuye el

«La cuestión de si un pleito civil debe ser tratado ante el oficio de la sección o el de la Pretura debe proponerse antes de cualquier otra solicitud o defensa y antes de que se proceda a cualquier acto de instrucción, bajo pena de caducidad. Décidese en la sesión por el Pretor con *ordenanza* incluida en el proceso verbal de la audiencia no sujeta a reclamación alguna (art. 12)».

Cómo aquí faltan dos personas distintas juzgadoras, no puede hablarse siquiera de una verdadera cuestión de competencia; y esto obsérvese justamente en la Relación al Rey. En cuanto a las secciones fijas (*a ufficio fisso*) hay distinción de personas, el titular y el regente de la sección, pero ambas tienen plenitud de jurisdicción en todo el mandamiento, como se deduce de las normas ya recordadas (art. 25), por las cuales el titular puede realizar cualquier acto de jurisdicción en la sección, y el regente tiene calidad de vicepretor en todo el mandamiento; dedúcese también del art. 23 que permite al titular y al regente realizar, sin formalidad alguna, en todo el *mandamiento* actos de instrucción en los pleitos civiles y penales de competencia del *capoluogo* o de la sección. Por todo esto, resulta claro que aunque los pleitos de competencia de la Pretura estén asignados por la ley misma al *capoluogo* o a la sección según las respectivas circunscripciones territoriales, y según el art. 23, la sección «tenga jurisdicción propia y exclusiva» para los asuntos correspondientes a su territorio, tampoco puede hablarse aquí de verdadera competencia, la cual supone limitación de poderes jurisdiccionales en los jueces entre los cuales está distribuida, sino más bien de una *localización* de los negocios, de una condición de *lugar* agregada a las otras condiciones de los actos procesales en interés de los ciudadanos (§ 43, IV). Y ciertamente las citaciones indicarán la audiencia de la sección o del *capoluogo*, según los casos; pero los pleitos pertenecen a la *competencia de la pretura*, con la obligación del magistrado de pretura de tratarlos en un lugar con preferencia a otro. Y la observancia de esta obligación podrá dar lugar a cuestiones, que el Regto. llama cuestiones de competencia. Pero todo consiste siempre en entender el significado de esta palabra. Nadie intentará tratar como demanda propuesta ante juez incompetente, y contraria al art. 25 del Cód. proc. civ. la citación que indicase la audiencia del *capoluogo* en lugar de la de la sección. La misma manera como vendrá resuelta esta cuestión sirve para probarlo, no

derecho a la discusión del recurso ante la casación competente (1). Esto aparece de las disposiciones del R. D. 23 Nov. 1875 sobre la manera de resolver las cuestiones de competencia y en particular del 5.º párr. del art. 7 que dispone: «La Corte de Casación declarada competente *procederá a los actos posteriores*». En este caso y por este efecto, teniendo en cuenta la unidad ideal de la institución de la Casación (Cód. proc. civ., art. 88; ley org. jud., arts. 1 y 122), las diversas Cortes de Casación han sido consideradas como *secciones* de Corte de Casación, aplicándoles el principio que antes vimos derivar de la naturaleza de la sección, que la *invocación de la sección incompetente de una autoridad judicial es ante todo invocación de esta autoridad judicial, y esto basta para la válida constitución de la relación procesal, pudiendo el error corregirse durante el desarrollo de la relación misma* (2).

IV. *De los Jueces ordinarios en particular.* Enumerando las particulares magistraturas, exprésase también la materia de su competencia, pero ésta debe ser examinada en sus fundamentos y en sus límites en el estudio de la competencia:

A) CONCILIADOR (Cód. proc. civ., art. 70 y sigs., ley org. judicial art. 28 y sigs., ley 16 Jun. 1892, sobre competencia de los conciliadores, art. 10 y sigs.) (3). Juez único de primer grado para las acciones *personales mobiliarias* (civiles y comerciales), de valor no superior a 100 liras; para las acciones que no pasen de este valor, relativas al arrendamiento de bienes inmuebles; para las acciones por perjuicios y daños en fincas rústicas o urbanas, setos, cercados, plantas y frutos, siempre que no impliquen cuestiones de propiedad o de posesión, y la demanda de resarcimiento no

con sentencia sujeta a impugnación, como en los casos de incompetencia, incluso territorial, sino con *ordenanza no sujeta a reclamación alguna* (art. 24), y el pleito prosigue en el *capoluogo* o en la sección según los casos.

(1) Cas. Roma, Secc. Un. 24 Nov. 1908 (en la *Giur. ital.* 1909 p. 131).

(2) CHIOVENDA, *Sugli effetti del ricorso diretto a una sezione incompetente del Consiglio di Stato* (en la *Legge*, 1909, reproducido en los *Nuovi saggi di dir. proc. civ.* Nápoles, 1912, p. 151 y sigs.)

(3) CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile*, en el *Archivio giuridico*, 1908, considera al conciliador como juez *especial*.

exceda del valor supradicho; para la convalidación de la licencia para la dejación de inmuebles cuando el alquiler no exceda de 300 liras por toda la duración del arrendamiento (ley 24 Dic. 1896, artículo 1); para las contiendas relativas a las matrículas (*ruoll*) anuales de las prestaciones de obra a cargo de los *comunistas*, ley 30 Ag. 1868, acerca de los caminos comunales obligatorios). En las contiendas que no excedan del valor de 50 liras juzga en instancia única (salvo la apelación por incompetencia). En la ejecución mobiliaria de las sentencias de conciliador y actas de conciliación, decide las contiendas surgidas, dentro de los límites de su competencia, y ejercita las atribuciones del pretor (ley sobre conciliadores, 16 Jun. 1892, art. 13) (1).

Particulares atribuciones jurisdiccionales.—Resoluciones temporales, sin tener en cuenta el valor, en las contiendas surgidas en tiempo de feria o mercado, (Cód. Com., art. 871), y en la ejecución forzosa (Cód. proc. civ., 572); autorización de la pignoración inmediata (Cód. proc. civ., art. 578).

Jurisdicción voluntaria: función de conciliación (§ 14); elección del *arbitrator* (Cód. civ., art. 1.454); recepción de testamento especial (Cód. civ., art. 789); formación de actos notorios en el caso de los arts. 78 y 80, Cód. civ., y convocatoria de los consejos de familia y de tutela en los municipios donde no reside pretura, por delegación del pretor (ley 16 Jun. 1892, sobre conciliadores, art. 14); aposición de sellos (Cód. proc. civ., art. 847).

El conciliador no tiene funciones penales. En cada oficio de conciliación hay agregado regularmente un viceconciliador; y puede haber agregados más viceconciliadores cuando las necesidades lo exijan (ley 16 Jun. 1892, art. 1).

B) **PRETOR** (Cód. proc. civ., art. 71 y sigs.; ley org. jud. artículo 34 y sigs.). Juez único civil y penal de primero y de segundo grado (y en un caso de grado único). Es además, oficial de policía judicial, y tiene jurisdicción voluntaria aparte otras atribuciones administrativas.

a) *Jurisdicción civil de primer grado limitada:* acciones rea-

(1) Acerca de los jueces municipales de algunas partes de Alemania, véase HEGLER, *Das Gemeindegerechtsverfahren in Baden und Württemberg*, en el *Archivio per la pratica civile*, vol. 106 (1910), p. 52 y sigs.

les; acciones *personales inmobiliarias* (fuera de las personales inmobiliarias de competencia del conciliador), cuyo valor no exceda de 1.500 liras; *personales mobiliarias* de 100 a 1.500 liras; acciones relativas a prestación de alimentos hasta 200 liras anuales; en las contiendas derivadas de accidentes del trabajo, a falta de *proviviri*, juzga hasta 200 liras sin apelación (text. ún. 31 En. 1904 artículo 13).

b) *Jurisdicción civil sin limites de valor*: acciones posesorias; de desahucio por conclusión del arrendamiento; acciones por daños y perjuicios en fincas rústicas y urbanas, setos, cercados, plantas y frutos desde 100 liras en adelante; denuncia de obra nueva y de daño temido, y acciones relativas a las distancias legales en la plantación de árboles y setos (Cód. proc. civ., art. 82); convalidación de la licencia para dejación de bienes inmuebles cuando el alquiler exceda de 300 liras (ley 24 Dic. 1896, art. 1); embargo conservador (Cód. proc. civ., art. 926); decreto de ejecutoriedad del laudo (Cód. proc. civ., art. 24); procedimiento de estimación de las mercancías vendidas (Cód. Com., art. 71); resoluciones de urgencia en tiempo de feria o mercado (Cód. com., art. 871); las atribuciones en general, de ejecución mobiliaria; las de ejecución inmobiliaria fiscal (text. ún. 29 Jun. 1902); algunas atribuciones de ejecución inmobiliaria ordinaria (Cód. proc. civ., arts. 572 y 664 y Reglamento 9 May. 1901, sobre puertos y playas, art. 149); de ejecución por quiebra (ley 24 Mayo 1903, sobre pequeñas quiebras; Código com. arts. 733 y 763); la resolución en el procedimiento fiscal *ingiunzionale* (art. 134, ley 20 Mayo 1897, sobre las tasas de Registro, y art. 2, text. ún., 14 Ab. 1910, sobre el procedimiento coactivo para el cobro de los ingresos patrimoniales, etc., página 222 y sigs.); presidencia de los colegios jurisdiccionales especiales (ley 15 Julio 1906, núm. 383, que contiene resoluciones para las provincias meridionales, (art. 16), etc.

c) *Jurisdicción civil de segundo grado y atribuciones de juez superior*: conocimiento de las apelaciones por exceso de poder e incompetencia de las sentencias de los *proviviri* en pleitos cuyo valor no exceda de 100 liras (ley 15 Jun. 1893, art. 11); de las apelaciones de las sentencias de los conciliadores en pleitos de valor superior a 50 liras, y en cuanto a la competencia incluso en las inferiores; de ésta juzga también en vía incidental (Cód. proc. civil,

artículo 456 y sigs., ley 16 Jun. 1892, art. 17); determinación de competencia y conflictos de jurisdicción entre conciliadores dependientes de él, conocimiento de los motivos de recusación de los mismos (Cód. proc. civ., arts. 108 y 120).

d) *Pleitos sustraídos a los pretores y conciliadores*: cuestiones sobre los impuestos directos e indirectos (Cód. proc. civ., artículos 70 y 71); ley 20 Marzo 1865, ap. E, art. 6); pleitos de valor indeterminable (Cód. proc. civ., art. 81); de falsedad de documentos (Código proc. civ., arts. 406, 491 y 455); las materias especiales confiadas a jurisdicciones especiales (*probiuiri*, capitanes de puerto, comisiones arbitrales diversas).

e) *Jurisdicción voluntaria*: constitución y presidencia de los consejos de familia, vigilancia de los tutores, etc., (Cód. civ., artículo 249 y sigs., art. 329 y sigs., art. 339); emancipaciones (Código civ., art. 311). Además el pretor autoriza el cobro de los capitales y la venta de los muebles de menores sujetos a patria potestad (Código civ., art. 225); el alejamiento del hijo de la casa paterna (Código civ., art. 221); presencia el depósito o la apertura de los testamentos ológrafos y secretos (Cód. civ., art. 912 y sigs.); autoriza testamentos especiales (Cód. civ., art. 789); vigila los registros de las tutelas y curatelas (Cód. civ., art. 349); inspecciona los registros del estado civ. (ley organización del Estado civil, art. 126); visa los registros de los comerciantes (Cód. com., art. 23); nombra curadores para herencias yacentes (Cód. civ., art. 981); apone los sellos, ordena los inventarios (Cód. proc. civ., art. 847 y sigs.); Código civ., art. 959 y sigs.); recibe actos notorios (Cód. civ., artículos 78 y 80); elige el *arbitrator* (Cód. civ., art. 1.454); etc.

f) *Jurisdicción penal*: delitos para los cuales establece la ley la pena de la reclusión o detención no superior en su grado máximo a tres meses, o del confinamiento no superior en su grado máximo a un año, o de la multa sola o agregada a una de dichas penas, no superior en el grado máximo a 1.000 liras. Faltas previstas por el Cód. pen. o por leyes especiales, cuando la ley establece una pena restrictiva de la libertad personal, no superior en el grado máximo a dos años, o una pena pecuniaria no superior en el grado máximo a 2.000 liras (Cód. proc. pen., art. 11).

Cuando se trate de alguno de los delitos para los cuales la ley establece una pena restrictiva de la libertad personal, no superior

en el grado máximo a tres años y en el mínimo a tres meses o una pecuniaria no superior en el grado máximo a 3.000 liras, sola o agregada a dicha pena (y no se trate de delitos de competencia de la Corte de assise), la Cámara de Consejo puede remitir al imputado ante el pretor, si reconoce que por su estado mental o por otras circunstancias que disminuyen la pena, menos las atenuantes genéricas del art. 59, Cód. proc. pen., o por la poca importancia del delito, se pueda dar lugar, respecto de todos los imputados, a la aplicación de una pena que no supere la competencia del pretor, siempre que aquella remisión sea acordada por unanimidad de votos (Cód. proc. pen., art. 252). En este caso, si las circunstancias que disminuyen la pena, admitidas en la orden de remisión resultan desechadas por el debate, el pretor debe retener el pleito y puede redoblar la medida de la pena para la cual sería competente (art. 346) (1).

La sentencia de condena del pretor en materia penal es inapelable cuando se trata de faltas por las cuales haya sido aplicada la pena de la multa por suma no superior a 150 liras, o la suspensión del ejercicio de una profesión o de un arte por un tiempo no superior a un mes; la sentencia absolutoria es inapelable cuando se haya pedido una de dichas penas (art. 353), apelable en los demás casos.

g) *Atribuciones de oficial de policía judicial*: (Cód. procesal pen., art. 53, núm. 3; arts. 71 a 78).

h) *Atribuciones administrativas*: la presidencia de la junta mandamental para la lista de los jurados (art. 12, ley 8 Junio 1874 y sigs.); el examen de los electores; la presidencia de las mesas electorales (ley electoral 28 Marzo 1895, art. 19; ley 21 Marzo 1908, artículo 63).

(1) Según el nuevo proyecto de Cód. proc. pen. presentado por el ministro FINOCCHIARO APRILE en la sesión del 23 Mayo 1911 al Senado y aprobado por éste, tal relación entre el pretor y el tribunal se alteraría; los delitos de que habla el art. 252 Cód. proc. pen. serían de competencia inmediata del pretor, cuando por las circunstancias que disminuyen la pena, fuera las atenuantes previstas en el art. 59 Cód. pen. o por la poca importancia del reato, pueda aplicarse a todos los imputados una de las penas indicadas en el art. 11 del Cód. vigente (art. 17).

En las ciudades no inferiores a 40.000 habitantes y donde haya varios pretores, pueden establecerse preturas urbanas para los juicios penales (art. 34, ley org. jud.).

Desde la reciente ley 14 Julio 1907, el nombre de pretor no significa un grado de la carrera judicial: en ésta los primeros grados están representados, como se verá (prescindiendo del *auditor* judicial) por *jueces-adjuntos* y *jueces*, los cuales pueden ser destinados tanto a formar parte del Colegio de primera instancia (tribunal civil), como a *ejercitar las funciones de pretor*. Por esto sería más propio hablar de ahora en adelante, como en la organización sarda, de juez y de *judicatura de mandamiento*. Pero ya que por el contrario el nombre de pretor y de pretura continúan en todas nuestras leyes procesales indicando el *oficio judicial mandamental*, es probable que en la práctica siga indicándose con el nombre de pretor también al titular del oficio; y la misma ley 14 Julio 1907 nos lo confirma (art. 3, II párr.) (1).

El titular de la pretura puede ser coadyuvado *en las instructorias civiles y penales y en los asuntos de jurisdicción voluntaria*, aparte en la función de *juzgar* las causas penales de faltas, por *auditores judiciales* destinados a este fin después de seis meses de aprendizaje: puede ser también auxiliado en todas sus atribuciones por *vice-pretore*s mandamentales (*honorarios*) y en los mandamientos más importantes por jueces adjuntos menos antiguos en misión de vice-pretore (ley 14 Julio 1907, art. 14 y 16).

En caso de falta o impedimento del titular, puede ser llamado a desempeñar temporalmente sus funciones, mediante decreto del primer presidente de la Corte de Apelación, el pretor de un mandamiento *del mismo término* o un juez adjunto de un tribunal del distrito; excepcionalmente (y con limitación de un número no superior a 75) un auditor judicial ya habilitado para las funciones judiciales (art. 3, L. 14 Julio 1907).

Acerca de las *secciones* de pretura v. lo dicho atrás. El oficio

(1) Así ha sucedido en efecto. Y el Reg. sobre las secciones de pretura 24 Mayo 1908 habla frecuentemente de «pretor». Según el proyecto FINOCCHIARO APRILE sería restablecido también el «grado» de pretor, artículo 5.

judicial de la sección con oficio fijo está compuesto de un juez adjunto y de un auditor habilitado para las funciones judiciales, de uno o más adjuntos o alumnos de cancillería y de un oficial judicial (art. 22, Real decreto 24 Mayo 1908).

C) TRIBUNAL (Cód. proc. civ., art. 84; ley org. jud. arts. 41 y siguientes). Juez colegiado civil y penal (no *correcional*: Real decreto 1 Diciembre 1889) de primero y segundo grado. Como colegio está compuesto de *tres* votantes (1). Los componentes del Tribunal además del presidente llámanse «jueces». En los tribunales divididos en secciones, cada sección está presidida por un juez (generalmente el más antiguo) de entre los que componen la sección, designado en el decreto anual de composición de las secciones o por un consejero de Corte de Apelación, de menos antigüedad que el presidente, designado por el mismo decreto (en número no mayor de 40). Para completar el Colegio, puede formar parte de éste *un* juez adjunto; en su falta o estando impedido, un pretor o vice-pretor del municipio o en defecto el pretor más próximo no impedido; art. 48 ley org. jud. Es, por lo tanto, contrario a la ley que tengan lugar al mismo tiempo en el Colegio un adjunto y un pretor. (2).

a) Juzga de las *apelaciones* propuestas contra las sentencias de primer grado de los pretores de su circunscripción, de los árbitros (Cód. proc. civ., art. 29) y de los *proviviri* (art. 11, ley 15 Junio 1893), en cuanto las apelaciones de las sentencias de estos no sean de competencia del pretor (y excluidas las sentencias inapelables de los árbitros y de los pretores). Es además juez en las reclamaciones relativas a algunos asuntos electorales de inferior importancia (reclamaciones acerca de la formación de las listas de

(1) Según el proyecto FINOCCHIARO APRILE sobre organización judicial aprobado por el Senado, el Tribunal funcionaría como colegio solo en materia penal y en los juicios de primera instancia en materia civil: en las demás materias como juez único (el presidente o un juez), art. 18. Para componer el colegio, cuando el Tribunal no tenga número de jueces suficientes, se proveería con la intervención de dos jueces pertenecientes a tribunales próximos, designados al principio de cada año con arreglo al art. 44 de la Ley sobre org. jud. 6 Dic. 1865 (art. 19).

(2) Véase Cas. Roma 8 Abril 1904, en la *Giust. penal.*, 1904, col. 611.

los electores, de las operaciones electorales, de la capacidad electoral y de la elegibilidad en cuanto a los *probituri*; art. 21, ley 15 Junio 1893; recurso contra las operaciones electorales y la elegibilidad en cuanto a las comisiones de conciliación por el contrato de trabajo en los arrozales; arts. 10, 19 del Reg. 5 Enero 1911.

b) Las atribuciones de juez de *primer grado* pueden delimitarse negativamente en el sentido de que el Tribunal conoce de todos los pleitos no atribuidos a otros jueces. Lo mismo también en materia penal (Cód. proc. pen., art. 10).

c) Otras atribuciones son la regulación de la competencia y de los conflictos entre jueces inferiores (Cód. proc. civ., art. 108); el conocimiento de las causas de recusación de los pretores (artículo 120); las funciones disciplinarias sobre los propios miembros y sobre los conciliadores y pretores (ley org. jud., 6 Diciembre 1865, arts. 215-218) y las funciones de jurisdicción voluntaria no atribuidas a otro juez.

d) Son atribuciones especiales del *presidente* del Tribunal, poner en posesión de los bienes inmuebles hipotecados a las instituciones de crédito fundiario (art. 41, texto único, 16 Julio 1905); algunos procedimientos especiales como el procedimiento de la comprobación de actos públicos (Cód. proc. civ., arts. 913 y sigs); el procedimiento de estimación de las mercancías vendidas (Código com., art. 71); la suspensión de la ejecución basada en letra de cambio (Cód. com., art. 323); la expedición de nuevas copias ejecutivas (art. 557); la suspensión de las deliberaciones de las juntas (Cód. com., art. 163); la presidencia de las comisiones provinciales electorales (ley 21 Mayo 1908, art. 42; ley 28 Marzo 1895, artículo 92); la presidencia de las comisiones arbitrales de emigración (ley 31 Enero 1901, arts. 26 y 27); el nombramiento de peritos en el procedimiento de estimación para la aplicación de las tasas de registro (ley 20 Mayo 1897, art. 25); etc.

Además tiene, en virtud de otras leyes, muchas atribuciones de jurisdicción voluntaria o de carácter meramente administrativo, como la amonestación (ley de seguridad pública, 30 Junio 1889); formar parte de la comisión provincial para la designación a *domicilio coatto* (ley cit., art. 125); la presidencia de la junta de distrito para las listas de los jurados (art. 18, ley 8 Junio 1874); el nombramiento de los regentes de los archivos notariales (ley notarial 25

Mayo 1879, art. 97); la legalización de las firmas de los notarios y de los oficiales del estado civil (art. 119 y sigs. del Reg. gen. jud.; y ley sobre organización del estado civil, art. 150); el nombramiento de los concilleres en los oficios de conciliación (ley 28 Julio 1895, art. 3); el nombramiento de los ujieres de conciliación (ley 21 Diciembre 1902, art. 10); la inspección de jueces y pretores y de concilleres y ujieres (ley org. jud., arts. 218, 246 y 250), la llamada o alejamiento del hijo de la casa paterna (Cód. civ., artículo 221); etc.

e) La jurisdicción penal debido al principio inquisitorio que en ella prevalece, tiene órganos especiales. En el Tribunal son el *juez instructor* y la *Cámara de Consejo*. Pertenece al primero la policía judicial, así como la instrucción de los procesos penales de competencia del Tribunal y de la Corte de assise (Cód. proc. penal, arts. 57, 79, 81 y sigs.); puede delegar en el pretor incluso en el lugar de su residencia, pero en este caso sólo cuando esté legítimamente impedido (art. 81, cit.). Puede haber varios jueces instructores en un Tribunal: uno es el *juez instructor jefe*, los demás son *aplicados* (1). El encargo de la instrucción en el Tribunal puede confiarse a un consejero de Corte de Apelación de antigüedad inferior a la del presidente del Tribunal (art. 4, ley 28 Junio 1908, número 312). La *Cámara de Consejo* está compuesta de dos jueces del Tribunal penal y de juez instructor (Cód. proc. pen., art. 198). Juzga colegiadamente los resultados de la instrucción. Esta termina según los casos con ordenanza del juez instructor o de la Cámara de Consejo (Cód. proc. pen., arts. 197, 200, 246, 248, 250 y 255). La Cámara de Consejo ha sido considerada por muchos como un órgano inútil (2).

(1) Art. 43 ley 6 Dic. 1865. Según el proyecto FINOCCHIARO APRILE sobre organización judicial aprobado por el Senado, si por falta de jueces no puede proveerse conforme a este artículo, se encargará de la instrucción de las causas penales el juez instructor de uno de los tribunales próximos (art. 19).

(2) Véase por último ALIMENA, *Studi di proc. pen.*, 1906, pág. 249 y sigs. El nuevo proyecto de Cód. de proc. pen. FINOCCHIARO APRILE aprobado por el Senado, de acuerdo con la menor importancia de la instrucción penal escrita que es uno de sus conceptos fundamentales, supri-

Tribunales comerciales.—La jurisdicción comercial en Italia tiene una larga historia, pero los tribunales especiales de comercio han desaparecido entre nosotros. El art. 52 y sigs. de la ley sobre org. jud. los admitía aún, si bien como órganos *no necesarios* al lado de todos los tribunales civiles. Estaban compuestos de un presidente y de jueces elegidos entre los comerciantes, a veces el presidente era un magistrado. Las atribuciones de los tribunales de comercio estaban reglamentadas por la ley de Organización judicial (art. 541), y por el Cód. proc. civ., arts. 85, 406 y sigs. Suprimieronse con la ley 25 En. 1888; acerca de los efectos de la supresión, véase § 28.

D) CORTE DE APELACIÓN (Cód. proc. civ., art. 87, ley org. judicial, arts. 64 y sigs.). Juez colegial (que comprende por lo menos dos secciones), civil y penal, de primero y de segundo grado. Como colegio está compuesto en las materias civiles de *cinco* votantes, en las penales de *cuatro* (2). Los que constituyen la Corte además del presidente y de los presidentes de sección, llámense «consejeros». Cuando falte por causa legítima el número para componer el Colegio, puede ser llamado un *suplente* (presidente del tribunal, ley org. jud. art. 71).

a) En segundo grado juzga las apelaciones de sentencias de tribunales civiles y penales, árbitros, comisiones provinciales electorales, consejos provinciales y juntas provinciales administrativas en materia electoral administrativa (ley 21 Mayo 1908, arts. 47, 89 y 95, ley 28 Marzo 1895, art. 37); así para algunos asuntos electorales menores (recurso contra las decisiones de la Cámara de comercio o del tribunal referente a listas electorales comerciales, artículo 20 ley 20 Marzo 1910, contra las deliberaciones de la junta de distrito sobre listas de jurados, art. 20, ley 8 Jun. 1874, contra las deliberaciones del Consejo comunal en cuestiones de elegibili-

me la Cámara de consejo. La sentencia de remisión a juicio pronúnciase para los delitos de competencia del Tribunal por el juez instructor y para los de competencia de la Corte de assise por la sección de acusación (art. 308). La sección de acusación decide también las apelaciones contra las ordenanzas y sentencias del juez instructor (art. 410).

(1) Según el proyecto FINOCCHIARO APRILE cit. la Corte de Apelación juzgaría con tres votantes (art. 20)

dad de conciliador, art. 3, ley 16 Jun. 1892), tribunales consulares: la apelación de las sentencias de los tribunales consulares con residencia en Egipto y en los demás países no africanos donde existen tribunales consulares se lleva a la Corte de Ancona; la apelación contra las sentencias de los tribunales consulares residentes en Africa, excluido Egipto, llévase a la Corte de Génova (art. 105 de la ley consular, 28 En. 1866) (1).

También en materia de jurisdicción voluntaria, la Corte de Apelación puede estar investida de la reclamación contra las autoridades inferiores (Cód. proc. civ., arts. 87 y 781, ley org. jud., artículo 66).

b) Funciones de jurisdicción contenciosa *civil* de primer grado; consentimiento para el matrimonio (Cód. civ., art. 67), acción para el pago de gastos judiciales (Cód. proc. civ., art. 103), acción civil contra el conciliador, el pretor, el tribunal, los jueces, el procurador del Rey y sus sustitutos (Cód. proc. civ., art. 785), juicios de reconocimiento (Cód. proc. civ., arts. 941 y sigs.), controversias sobre la inscripción en las matrículas y la disciplina de los abogados y procuradores (ley 8 Jun. 1874, arts. 11, 31, 41 y 51).

c) Funciones de jurisdicción contenciosa *penal* de primer grado, las realiza sólo por medio de la sección de acusación, en cuanto esta concurre a la inscripción de los procesos en materia de competencia de la corte de assise.

d) Funciones de jurisdicción voluntaria atribuidas exclusivamente a la Corte de Apelación; adopción (Cód. civ., art. 214 y siguientes), dictamen para la legitimación de los hijos naturales (Código civ., art. 200).

e) Atribuciones disciplinarias (ley org. jud., art. 215 y sigs. y ley 24 Jul. 1908, art. 15, Consejo disciplinario) y otras atribuciones de juez superior como la regulación de la competencia (Cód. procesal civ., art. 108), la designación del Tribunal para conocer de los motivos de recusación de los jueces de otro tribunal (art. 126).

f) También el *primer presidente* de la Corte de Apelación (que preside la primera sección), tiene funciones administrativas a

(1) Según la reforma de la ley consular proyectada en los últimos años, las apelaciones se llevarían siempre a la Corte de Apelación de Roma.

él reservadas como el nombramiento de un suplente al pretor (ley 14 Jul. 1907, art. 3), el nombramiento, suspensión, revocación de los conciliadores (ley 16 Jun. 1892, art. 2), el nombramiento de los ujieres de pretura, tribunales y cortes (ley 19 Marzo 1911, arts. 5 y 7), la composición anual de la Cámara de Consejo, o sea la designación de los jueces que la componen además del juez instructor, (Código proc. pen., art. 198), el nombramiento del presidente de las comisiones para la defensa gratuita (R. D. 5 Dic. 1865, art. 2), el nombramiento del presidente adjunto de las assises (ley 14 Julio 1907, art. 10), el nombramiento del presidente o tercer árbitro o de árbitros en diversas comisiones arbitrales (ley 15 Jun. 1906, número 333, referente al consorcio azufrero en Sicilia, art. 14, R. decreto 25 Nov. 1909, referente a los colegios arbitrales permanentes para la indemnización de expropiación en los países castigados por el terremoto, art. 2; Reg. 19 Feb. 1911, núm. 188, sobre el dominio forestal del Estado art. 87), etc.

g) Sección de acusación.—Es una sección constituida en el seno de la Corte de Apelación, con atribuciones exclusivamente penales, está particularmente coordinada a la Corte de Assise. Para las causas de competencia de la Corte de Assise, la Cámara de Consejo transmite los actos al Procurador general (art. 255, Código proc. pen.) que hace sus requisitorias (art. 422 y sigs., Código proc. pen.). La sección deliberando sobre dichas requisitorias del Procurador general envía a la Corte de Assise o a otra autoridad o absuelve (art. 430, Cód. proc. pen., art. 437). Pronuncia también en segundo grado o sea sobre las oposiciones a las ordenanzas de la Cámara de Consejo (Cód. proc. pen., art. 264). Está compuesta de cinco miembros y uno o más suplentes que pueden pertenecer también a las otras secciones y juzga con tres votantes (1).

E) CORTE DE ASSISE (Cód. proc. pen., art. 9, ley org. jud., artículo 73, ley sobre jurados 8 Jun. 1884). Juez colegiado penal de primer grado. Sus atribuciones se expresan en el art. 9, Cód. procesal pen.

La Corte de Assise, conforme a la ley sobre org. jud., arts. 74

(1) Véanse las notas precedentes para las modificaciones proyectadas.

y 76, estaba compuesta de un presidente (elegido entre los consejeros de apelación), y de dos jueces del tribunal del lugar y juzgaba con intervención de los jurados. La ley 14 Jul. 1907, ha simplificado la constitución; la Corte se compone del presidente y de los jurados; solo en las causas en rebeldía que se tramitan sin intervención de los jurados, se mantiene el antiguo colegio. En los debates cuya duración se prevé larga, el primer presidente de la Corte de Apelación, puede designar un presidente adjunto (ley organización jud., art. 76, modificado por la ley 23 Dic. 1875 y ley 14 Jul. 1907, art. 10). El *jurado*, probable derivación remota de la *inquisitio per bonos homines* carolingia (1), es un colegio de 12 ciudadanos (jurados), con la función de juzgar sobre el hecho (Código proc. pen., art. 495); a base de este juicio puramente de hecho, el presidente *aplica* la ley (Cód. proc. pen., arts. 512 y siguientes, ley 14 Jul. 1907, art. 10, R. D. 1.º Dic. 1907, núm. 777, para la actuación del art. 10 e instrucciones correspondientes del Ministerio de Gracia y Justicia) (2).

(1) Véase BRUNNER, *Zeugen-und Inquisitionsbeweis (Prueba testifical e inquisitoria)* en los *Atti dell'accademia delle scienze di Vienna*, 1865, 343; *Die Entstehung der Schwurgerichte (El origen del jurado)*, Berlín, 1871; THEA, *Der Laienrichter*, Munich, 1909; Relación ministerial sobre el proyecto de nuevo Cód. de proc. pen. por el ministro FINOCCHIARO APRILE el 23 Mayo 1911, pág. 52 y sigs.; PERTILE, *Storia della Procedura*, § 228. Los jurados surgieron pues como *medio de prueba* (testigos requeridos de oficio en los asuntos de interés regio o público) y devinieron poco a poco *jueces* civiles y después, penales. Como jueces los jurados forman y exponen la *propia* convicción, no representan la opinión pública. «Felices aquellos jurados... si entraron en su sala bien persuadidos de que no sabían aún nada, si no conservaron en su mente algún eco de aquel rumor de fuera, si pensaron, no que eran el país, como se dice frecuentemente con una metáfora de las que hacen perder de vista el carácter propio y esencial de la cosa, con una metáfora siniestra y cruel en los casos en que el país se ha formado ya un juicio sin tener medios para ello; sino que eran hombres exclusivamente investidos de la sagrada, necesaria, terrible autoridad de decidir si otros hombres son culpables o inocentes» (MANZONI, *Storia della colonna infame*, cap. I). Sobre la decadencia del jurado en los pleitos civiles en Inglaterra véanse las «Estadísticas judiciales» de MACDONELL en el *Law Magazine and Review*, 1904.

(2) Según el proyecto FINOCCHIARO APRILE sobre el nuevo Cod. de

él reservadas como el nombramiento de un suplente al pretor (ley 14 Jul. 1907, art. 3), el nombramiento, suspensión, revocación de los conciliadores (ley 16 Jun. 1892, art. 2), el nombramiento de los ujieres de pretura, tribunales y cortes (ley 19 Marzo 1911, arts. 5 y 7), la composición anual de la Cámara de Consejo, o sea la designación de los jueces que la componen además del juez instructor, (Código proc. pen., art. 198), el nombramiento del presidente de las comisiones para la defensa gratuita (R. D. 5 Dic. 1865, art. 2), el nombramiento del presidente adjunto de las assises (ley 14 Julio 1907, art. 10), el nombramiento del presidente o tercer árbitro o de árbitros en diversas comisiones arbitrales (ley 15 Jun. 1906, número 333, referente al consorcio azufrero en Sicilia, art. 14, R. decreto 25 Nov. 1909, referente a los colegios arbitrales permanentes para la indemnización de expropiación en los países castigados por el terremoto, art. 2; Reg. 19 Feb. 1911, núm. 188, sobre el dominio forestal del Estado art. 87), etc.

g) Sección de acusación.—Es una sección constituida en el seno de la Corte de Apelación, con atribuciones exclusivamente penales, está particularmente coordinada a la Corte de Assise. Para las causas de competencia de la Corte de Assise, la Cámara de Consejo transmite los actos al Procurador general (art. 255, Código proc. pen.) que hace sus requisitorias (art. 422 y sigs., Código proc. pen.). La sección deliberando sobre dichas requisitorias del Procurador general envía a la Corte de Assise o a otra autoridad o absuelve (art. 430, Cód. proc. pen., art. 437). Pronuncia también en segundo grado o sea sobre las oposiciones a las ordenanzas de la Cámara de Consejo (Cód. proc. pen., art. 264). Está compuesta de cinco miembros y uno o más suplentes que pueden pertenecer también a las otras secciones y juzga con tres votantes (1).

E) CORTE DE ASSISE (Cód. proc. pen., art. 9, ley org. jud., artículo 73, ley sobre jurados 8 Jun. 1884). Juez colegiado penal de primer grado. Sus atribuciones se expresan en el art. 9, Cód. procesal pen.

La Corte de Assise, conforme a la ley sobre org. jud., arts. 74

(1) Véanse las notas precedentes para las modificaciones proyectadas.

y 76, estaba compuesta de un presidente (elegido entre los consejeros de apelación), y de dos jueces del tribunal del lugar y juzgaba con intervención de los jurados. La ley 14 Jul. 1907, ha simplificado la constitución; la Corte se compone del presidente y de los jurados; solo en las causas en rebeldía que se tramitan sin intervención de los jurados, se mantiene el antiguo colegio. En los debates cuya duración se prevé larga, el primer presidente de la Corte de Apelación, puede designar un presidente adjunto (ley organización jud., art. 76, modificado por la ley 23 Dic. 1875 y ley 14 Jul. 1907, art. 10). El *jurado*, probable derivación remota de la *inquisitio per bonos homines* carolingia (1), es un colegio de 12 ciudadanos (jurados), con la función de juzgar sobre el hecho (Código proc. pen., art. 495); a base de este juicio puramente de hecho, el presidente *aplica* la ley (Cód. proc. pen., arts. 512 y siguientes, ley 14 Jul. 1907, art. 10, R. D. 1.º Dic. 1907, núm. 777, para la actuación del art. 10 e instrucciones correspondientes del Ministerio de Gracia y Justicia) (2).

(1) Véase BRUNNER, *Zeugen-und Inquisitionsbeweis (Prueba testifical e inquisitoria)* en los *Atti dell'accademia delle scienze di Vienna*, 1865, 343; *Die Entstehung der Schwurgerichte (El origen del jurado)*, Berlin, 1871; THEA, *Der Laienrichter*, Munich, 1909; Relación ministerial sobre el proyecto de nuevo Cód. de proc. pen. por el ministro FINOCCHIARO APRILE el 23 Mayo 1911, pág. 52 y sigs.; PERTILE, *Storia della Procedura*, § 228. Los jurados surgieron pues como *medio de prueba* (testigos requeridos de oficio en los asuntos de interés regio o público) y devinieron poco a poco *jueces* civiles y después, penales. Como jueces los jurados forman y exponen la *propia* convicción, no representan la opinión pública. «Felices aquellos jurados... si entraron en su sala bien persuadidos de que no sabían aún nada, si no conservaron en su mente algún eco de aquel rumor de fuera, si pensaron, no que eran el país, como se dice frecuentemente con una metáfora de las que hacen perder de vista el carácter propio y esencial de la cosa, con una metáfora siniestra y cruel en los casos en que el país se ha formado ya un juicio sin tener medios para ello; sino que eran hombres exclusivamente investidos de la sagrada, necesaria, terrible autoridad de decidir si otros hombres son culpables o inocentes» (MANZONI, *Storia della colonna infame*, cap. I). Sobre la decadencia del jurado en los pleitos civiles en Inglaterra véanse las «Estadísticas judiciales» de MACDONELL en el *Law Magazine and Review*, 1904.

(2) Según el proyecto FINOCCHIARO APRILE sobre el nuevo Cód. de

F) CORTE DE CASACIÓN (Cód. proc. civ., art. 88, L. org. judicial, art. 122). Juez colegiado civil y penal. Como colegio juzga con *siete* votantes, y en secciones unidas con número impar no inferior a *quince* (1).

Ya hemos tratado de su función en general (§§ 3, 5 y en el actual). De esta misma función se deduciría la necesidad de que fuese única. En cambio, razones políticas han hecho conservar las cuatro casaciones preexistentes a la establecida en Roma por la ley 12 Diciembre 1875. Esta última tiene atribuciones *especiales* que constituyen un primer paso hacia la unificación.

a) Atribuciones *generales*, o sea comunes a las cinco Cortes de Casación.

En materia *civil*, la Casación conoce de los recursos para la anulación de *sentencias* pronunciadas *en grado de apelación*.

A la regulación de competencia (Cód. proc. civ., art. 108), respecto de las autoridades dependientes de la misma casación proveen también las particulares casaciones (L. 12 Dic. 1875, art. 3, número 1). Con anterioridad a la L. 6 Dic. 1888, las cuatro Cortes diferentes de la romana tenían también jurisdicción penal (conocimiento de los recursos para la anulación de las sentencias penales inapelables o pronunciados en grado de apelaciones), y competencia en los recursos en los cuales la casación debe pronunciar en secciones unidas (Cód. proc. civ., art. 517), ahora ya no.

b) Atribuciones *especiales* de la Casación de Roma. Ya la ley 12 Dic. 1875, que establecía las secciones temporales de la Casación de Roma, le confiaba (art. 3), las siguientes atribuciones especiales en simple sección:

proc. pen. ahora aprobado por el Senado, el presidente vendría en un caso a cooperar con el *jurado* en el juicio de hecho; puesto que" cuando el veredicto haya sido afirmativo sobre el hecho principal o sobre la circunstancia agravante por la simple mayoría de *siete* votos y el presidente estime que los jurados se han engañado, si el error ha caído sobre el hecho principal el acusado es absuelto, y cuando el error haya recaído sobre la circunstancia agravante no se tiene en cuenta para la aplicación de la pena (art. 532).

(1) Respectivamente con *cinco* y *once* según el proyecto FINOCCHIARO APRILE sobre organización judicial, ahora aprobado por el Senado.

1.º Los conflictos de jurisdicción entre autoridades judiciales antes dependientes de *diversas* Cortes de Casación, entre tribunales ordinarios y especiales.

2.º La acción civil contra colegios y funcionarios del orden judicial en los casos deferidos a la Corte de Casación por el Código proc. civ., y los recursos para anular las sentencias pronunciadas en la misma materia por las Cortes de Apelación.

3.º La remisión de los pleitos de una a otra Corte por motivos de seguridad pública, o de sospecha legítima.

4.º Los procedimientos disciplinarios atribuidos a la Corte de Casación por la ley sobre organización judicial.

5.º Los recursos contra las sentencias pronunciadas *entre particulares y la administración del Estado* que sean impugnadas por violación o falsa aplicación (1).

a) De las leyes sobre impuestos o tasas del Estado, directas o indirectas;

b) De las leyes sobre la supresión de las Corporaciones religiosas o de otros entes morales eclesiásticos y sobre la liquidación y conversión del patrimonio eclesiástico.

6.º Las faltas contra las leyes referentes a las materias indicadas en el número precedente.

7.º Los recursos en materia de elecciones políticas o administrativas.

La L. 31 Marzo 1897, añadió las examinadas por nosotros en otro lugar (§§ 16 y 17).

Con la ley 6 Dic. 1888, (art. 4), que suprimió las secciones penales de las cuatro Cortes menores (ley org. jud., art. 126), las cuales conocían de los recursos para la nulidad de las sentencias inapelables o en grado de apelación, en *materia penal*; se atribuyó la jurisdicción penal solamente a la Corte de Roma (art. 1.º); por consecuencia le atribuyó también *todos los recursos posibles en secciones unidas* (Cód. proc. civ., art. 547, págs. 87-347). En este último

(1) Según un proyecto de ley aprobado por el Senado en 4 Junio 1907 la limitación de la competencia de la Corte de Roma al caso de sentencias pronunciadas *entre particulares y la administración* sería suprimida, extendiendo la competencia al caso de sentencias pronunciadas también *entre particulares*.

caso, si el recurso comprende también motivos de competencia de la sección sencilla, juzga de ellos la misma Cas. Roma, en sección sencilla (art. 8), y esta fué una nueva atribución de la Cas. Roma en sección sencilla, añadida a las indicadas antes.

Finalmente, las leyes sobre justicia administrativa 2 Jun. 1889, (artículo 41) y 1.º Mayo 1890 (art. 15), habían atribuído a la Casación Roma, el conocimiento *preliminar* de la competencia de la 4.ª Sección del Cons. de Est. y de las juntas provinciales administrativas, pero la ley 7 Marzo 1907 (art. 6 y 9), derogó estos dos artículos salvo el recurso a la Cas. Roma, Secc. Un. contra la decisión de las secciones jurisdiccionales (§ 16).

La competencia entre las diversas Cortes y la romana hállase regulada por el R. D. 23 Dic. 1875 (art. 6 y sigs.); las casaciones regionales no tienen la competencia sobre la competencia; producida la excepción de incompetencia deben remitir los actos a la Corte de Roma que decide en Secc. Un. (§§ 17 y actual).

La Corte de Roma está dividida en *secciones*, civil y penal (ley 12 Dic. 1875, art. 1), y la penal en dos secciones (ley 6 Dic. 1888, artículo 2). Rechazóse en la organización de la Casación italiana el sistema francés, que admite una tercera sección que juzga de la admisibilidad de los recursos (*Chambre des requetes*). Cada una de las secciones penales puede a su vez subdividirse en ordinaria y extraordinaria (ley 6 Dic. 1888, art. 3). Entre las dos secciones penales, las atribuciones, según el art. 2 de la ley 6 Dic. 1888, modificado por la ley 4 Jun. 1893 (puesta en vigor el 1.º En. 1900 por Real decreto 1.º Ag. 1899), repártense así: la primera juzga de los recursos contra las sentencias de las secciones de acusación y de las Cortes de assise, de los conflictos de jurisdicción de competencia de la sección penal, de la remisión de las causas de una a otra autoridad judicial por motivos de seguridad pública o de sospecha legítima, además de los recursos que impugnan sentencias de las Cortes de apelación, de los tribunales o de las preturas en cuanto han pronunciado sobre delitos previstos por leyes especiales, aunque las impugnen también en cuanto han pronunciado sobre delitos previstos por el Cód. pen.; la segunda conocerá de cualquier otro recurso, negocio o instancia en materia penal.

Propuesta por las partes o producida de oficio la cuestión de si el recurso es de competencia de una o de otra sección resuélve-

se preliminarmente por la Corte en *Secciones unidas*, en Cámara de consejo, con sentencia motivada, oído el ministerio público.

Por lo tanto la Cas. Roma prevé en Secc. Un. en los casos siguientes:

1.º En caso de recurso contra sentencias de los jueces inferiores impugnadas por los mismos motivos por los cuales fué precedentemente casada la sentencia antes impugnada en casación en el mismo asunto, y esto tanto en materia civil (Cód. proc. pen., artículo 547), como en materia penal (Cód. proc. pen., art. 683).

2.º En caso de pronunciamiento: sobre la competencia de la autoridad judicial frente a la administración, en vía ordinaria y extraordinaria; sobre un conflicto negativo de competencia entre la autoridad judicial y la administrativa; sobre un conflicto positivo o negativo de competencia entre tribunales ordinarios y las jurisdicciones especiales; además de sobre la nulidad de las sentencias de estas jurisdicciones por incompetencia o exceso de poder (ley 31 Marzo 1877, arts. 5 y 3, núm. 1, 2, 3).

3.º En caso de pronunciamiento sobre la competencia de la Cas. Roma frente a las casaciones regionales (Real decreto 23 Diciembre 1875).

4.º En caso de pronunciamiento sobre la cuestión de si un recurso es de la competencia de una u otra sección penal (ley 4 Junio 1893).

Las secciones *unidas* se componen en materia *penal* con las *dos penales*: en materia *civil* según la ley 6 Diciembre 1888 (artículo 8), se formaban uniendo a la sección civil la segunda penal: lo cual traía inconvenientes, dada la inferior idoneidad de los consejeros penales para conocer de materias profundamente diferentes de aquéllas de las que ordinariamente se ocupan; por eso la ley 2 Julio 1905 dispuso que las Secc. Un. en materia civil se formen uniendo a la sección civil consejeros agregados a las secciones penales; lo cual en la práctica permite componer las Secciones unidas civiles con elementos traídos preferente y a veces exclusivamente del *ruolo* de la sección civil.

En caso de falta de consejeros provee la ley org. jud. (art. 127) y la ley 6 Diciembre 1888 (art. 9). También el presidente de la Corte de Casación puede tener atribuciones administrativas especiales como el nombramiento de los ujieres en la Casación (ley

19 Marzo 1911, art. 8): la vigilancia de los miembros de la Corte, de los cancilleres, ujieres (ley org. jud., arts. 218, 246 y 250).

VII. *Jueces especiales en particular.*—Hay muchos jueces especiales con caracteres y fines diversos, y principalmente:

A) TRIBUNALES MILITARES (ley org. jud., art. 1). La jurisdicción penal para los delitos cometidos por militares, fuera de aquellos conexos con delitos de competencia ordinaria, ejercítase por tribunales territoriales, por tribunales cerca de las tropas concentradas y por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina (Cód. penal militar, arts. 293 y 337). Las residencias y circunscripciones determinanse por Real decreto (art. 294). Para juzgar a los oficiales se constituyen tribunales especiales diferentes según el grado del imputado (art. 312). La instrucción pertenece a comisiones de investigación. No se admite la constitución de parte civil (1): el juicio por daños ante los tribunales civiles, queda en suspenso hasta el pronunciamiento definitivo sobre la acción penal (art. 352). El Tribunal Supremo tiene su sede en Roma. Está compuesto de un presidente y ocho jueces, pero puede deliberar con siete votantes, tres militares, cuatro no militares (Cód. pen. mil., arts. 317 y 319). Tiene también funciones de jurisdicción especial en materia de dotes militares (L. 24 Diciembre 1896). Hay también tribunales penales militares marítimos para los juicios que se hacen en tierra. A bordo juzgan los consejos de fuerza y consejos sumarios (art. 317, Código pen. mil., mar.).

B) PROBIVIRI (mejor llamados en Alemania tribunales industriales, Gewerbegerichte): L. 15 Junio 1893, seguida del Reg. 26 Junio 1894 (2). Su institución y constitución no es obligatoria. Pueden ser establecidos donde existan fábricas o empresas *industriales* para cada industria y para grupos de industrias afines, con el fin de *conciliar y definir* las cuestiones entre empresarios y obreros y aprendices, dependientes del ejercicio de tales industrias o de las relaciones de obrero y aprendiz (excluídas las industrias agrícolas) además de las controversias sobre la determinación de

(1) Acerca de esta norma vease MORTARA, *Comm.* I, núm. 506.

(2) LESSONA, *Codice dei probiviri*; REDENTI, *Manuale della giurisprudenza de probiviri*, introduzione, 1906.

la indemnización en caso de accidentes del trabajo (texto ún., 31 Enero 1904, art. 13). La función conciliadora se ejercita en las controversias a que se refiere el art. 8. La jurisdiccional, en las mismas, si su valor no excede de 200 liras, excluidas las cuestiones sobre los salarios *a pactarse* y las horas *a convenirse* (art. 9). El intento de la conciliación es obligatorio para poder promover un pleito. Las actas de conciliación tienen valor de título ejecutivo dentro de los límites de la competencia por el valor; mas allá de éstas, de escritura reconocida (art. 41). Las sentencias son inapelables, menos por incompetencia o exceso de poder (§ 17), en cuyo caso la apelación llévase al pretor o al Tribunal según el valor del litigio (arts. 10 y 11). Al jurado puede acudirse como colegio arbitral para cualquier valor (art. 12).

El jurado se compone de diez a veinte miembros, además de presidente. Pero como colegio juzgador consta de cinco miembros; para el ejercicio de la función conciliadora de tres, siempre con igual intervención del elemento industrial y obrero, además del presidente.

B bis) COMISIONES DE CONCILIACIÓN PARA EL TRABAJO EN LOS ARROZALES (texto ún. de las leyes sanitarias, 1 Agosto 1907, art. 98 a 106; ley 17 Julio 1910 que modifica los arts. 98, 99 del texto único citado; Real decreto 5 Enero 1911 u 41 que aprueba el Reglamento sobre las comisiones de conciliación). En cada municipio de los territorios, cultivados con arroz, todos los años y hasta el establecimiento de los *probiviri* agrícolas elígese una comisión de conciliación para examinar todas las controversias de carácter individual o general entre los arrendadores y arrendatarios de obra, o entre arrendadores de obras locales y los inmigrados, referentes a los contratos de trabajo de arrozal (arts. 98, 99). Funciona como árbitro amigable componedor, y su resolución, cuando es emitida con intervención de todos los comisarios y adoptada por unanimidad tiene los efectos de la sentencia arbitral y se hace ejecutiva por el pretor conforme al art. 24 del Cód. procesal civ. (arts. 100, 103). La resolución es inapelable, excepto por defecto de composición en la comisión y por defecto de jurisdicción, en cuyo caso se propone la impugnación con recurso al Tribunal civil, que decide definitivamente. Si el Tribunal declara la nulidad de la sentencia por defecto de composición, tiene lugar

una segunda tentativa de conciliación en los modos, términos y efectos del precedente (art. 103). Esa preventiva proposición de la controversia a la comisión es obligatoria para el que quiera obrar ante la autoridad judicial (art. 104).

La comisión se compone de nueve miembros, cuatro delegados de los arrendadores de obra, cuatro de los trabajadores de arrozales locales, y el noveno, que la convoca y preside elegido de acuerdo por los otros ocho, y en caso de discrepancia por el pretor, al cual corresponde también el nombramiento de los comisarios en los casos de elección frustrada por falta de intervención de los electores a dos sesiones sucesivas regularmente convocadas y en los casos de renuncia. Donde inmigran trabajadores, estos eligen cuatro delegados de la misma categoría para la duración del período de trabajo, para el cual han inmigrado (art. 99). Las elecciones se realizan mediante listas formadas todos los años, conforme al Reg. 5 Enero 1911 (art. 1 a 20).

La comisión funciona con cinco miembros, o sea el presidente y dos delegados de los arrendatarios y dos de los trabajadores locales, o dos de los trabajadores inmigrados si la cuestión se refiere a estos últimos, o también un delegado de los trabajadores locales y uno de los inmigrados, si se refiere a ambos; si el asunto media entre los trabajadores locales y los inmigrados, dos delegados de los primeros y dos de los segundos (art. 99).

C) CÓNSESLES Y TRIBUNALES CONSULARES (Cód. proc. civ., artículo 86; ley consular 28 Enero 1866, art. 65 y sigs.; Reg. de la ley consular 7 Junio 1866, art. 213 y sigs.) (1). La jurisdicción consular (excepción del principio de la territorialidad de la jurisdicción) es una institución de origen italiano, nacida con las grandes expansiones comerciales de nuestras ciudades marítimas de Levante. Los cónsules pueden tener funciones de jurisdicción voluntaria y fun-

(1) Véase DIENA, en la *Riv. di dir. internaz.*, 1906, pág. 509 y sigs.; véase también GEMMA, *Consoli e consolati*, en el *Di. esto italiano*; FEDOZZI, *Console*, en el *Dizionario di dir. priv.*; BARDUZZI, *La giurisdizione di consolare nelle terre islamiche, nell'estremo oriente, negli stati vassalli e nei protettorati*, I, Turin, 1909; CONTUZZI, *Trattato teorico-pratico di diritto consolare e diplomatico*, I, Turin, 1910 (y acerca de esto RAPISAR-DI-MIRABELLI, en la *Rivista per le scienze giur.* 48 (1910), p. 89 y sigs.)

ciones de jurisdicción contenciosa civil y penal según los tratados consulares y las costumbres (1).

La ley las regula en general, refiriéndose a los lugares y a los casos en los cuales los tratados y los usos las consienten (ley consular, art. 65). El cónsul puede ser conciliador (art. 58) y árbitro si a ello no se oponen las leyes del lugar (art. 59).

Como juez único pronuncia inapelablemente en las controversias entre los individuos que componen las tripulaciones de los buques mercantes nacionales, dependientes de la navegación (sin límite de valor) y en cualquier controversia *entre nacionales* o en que sean *demandados los nacionales*, en los límites de valor de 500 liras; y además en las controversias que particularmente le atribuyen las leyes, tratados y costumbres. En los países donde está vigente el régimen de las capitulaciones (como Turquía y países sometidos o tributarios de Turquía, China, Siám, Persia), existen además del cónsul, los *tribunales consulares* compuestos del cónsul (Presidente) y de dos jueces (art. 68, elegidos con arreglo al 69). Los tribunales deciden en primer grado todos los pleitos que no sean de competencia del cónsul, inapelablemente cuando el valor no excede de 1.500 liras (art. 105); en los de valor superior a 1.500 liras la apelación se lleva a la Corte de Génova o de Ancona, como antes hemos dicho. Cuando por cualquier razón no pueda componerse o reunirse el Tribunal consular, el cónsul ejerce sus atribuciones (art. 71).

(1) Véanse los tratados consulares en GIANZANA, *Leggi complementari al Cod. di proc. civ.*, vol. III. Precísase, pues, separar como distintas la jurisdicción parcial que el cónsul puede tener en cualquier nación extranjera, incluso europea en cuanto los tratados y los usos la permitan, de la jurisdicción plena distribuída entre cónsul y tribunales consulares en los países sometidos al régimen de las capitulaciones. Por ej. en el art. 13 del tratado consular entre Italia y Francia 26 Julio 1862, se estipula que «les consuls... régleront eux mêmes les contestations de toute nature qui seraient survenues entre le capitaine, les officiers du navire et les matelots et spécialement celles relatives à la solde et à l'accomplissement des engagements réciproquement contractés.»

ciones de jurisdicción contenciosa civil y penal según los tratados consulares y las costumbres (1).

La ley las regula en general, refiriéndose a los lugares y a los casos en los cuales los tratados y los usos las consienten (ley consular, art. 65). El cónsul puede ser conciliador (art. 58) y árbitro si a ello no se oponen las leyes del lugar (art. 59).

Como juez único pronuncia inapelablemente en las controversias entre los individuos que componen las tripulaciones de los buques mercantes nacionales, dependientes de la navegación (sin límite de valor) y en cualquier controversia *entre nacionales* o en que sean *demandados los nacionales*, en los límites de valor de 500 liras; y además en las controversias que particularmente le atribuyen las leyes, tratados y costumbres. En los países donde está vigente el régimen de las capitulaciones (como Turquía y países sometidos o tributarios de Turquía, China, Siám, Persia), existen además del cónsul, los *tribunales consulares* compuestos del cónsul (Presidente) y de dos jueces (art. 68, elegidos con arreglo al 69). Los tribunales deciden en primer grado todos los pleitos que no sean de competencia del cónsul, inapelablemente cuando el valor no excede de 1.500 liras (art. 105); en los de valor superior a 1.500 liras la apelación se lleva a la Corte de Génova o de Ancona, como antes hemos dicho. Cuando por cualquier razón no pueda componerse o reunirse el Tribunal consular, el cónsul ejerce sus atribuciones (art. 71).

(1) Véanse los tratados consulares en GIANZANA, *Leggi complementari al Cod. di proc. civ.*, vol. III. Precísase, pues, separar como distintas la jurisdicción parcial que el cónsul puede tener en cualquier nación extranjera, incluso europea en cuanto los tratados y los usos la permitan, de la jurisdicción plena distribuida entre cónsul y tribunales consulares en los países sometidos al régimen de las capitulaciones. Por ej. en el art. 13 del tratado consular entre Italia y Francia 26 Julio 1862, se estipula que «les consuls... régleront eux mêmes les contestations de toute nature qui seraient survenues entre le capitaine, les officiers du navire et les matelots et spécialement celles relatives à la solde et à l'accomplissement des engagements réciproquement contractés.»

Las cuestiones de Estado resérvanse a los tribunales del reino, menos para su conocimiento en vía incidental (art. 79).

El cónsul puede tener también funciones de jurisdicción penal para las faltas cometidas por italianos en el distrito del consulado o a bordo de buques mercantes nacionales; y los tribunales consulares para los delitos, salva la competencia de las Cortes de assise de Génova y Ancona para los delitos de competencia de la Corte de assise (arts. 111 y sigs.). El cónsul obra además como juez instructor (art. 115).

El cónsul y los tribunales consulares tienen también funciones de jurisdicción voluntaria (art. 157 y sigs., art. 29), menos algunas atribuciones reservadas a los magistrados residentes en el Estado (artículo 159).

El régimen de las capitulaciones y con él la jurisdicción plena de los cónsules y de los tribunales consulares experimenta por lo demás limitaciones mayores. En algunos de los países que estaban sujetos a él, aquel régimen suprimiéndose poco a poco a medida que cayeron bajo la ocupación o el protectorado de una nación europea (Bosnia y Herzegovina, Argelia, Túnez); en cambio en otros la supresión lleva detrás la autonomía conquistada frente a Turquía en 1878 (excluida Bulgaria, la cual después de los hechos del 5 de Octubre de 1908, viene poco a poco librándose de este régimen); o a la realizada europeización de la civilización (Japón desde 1900 en adelante). En otros sitios el régimen no fué suprimido, sino suspendido (Chipre) o modificado y limitado con disminución de las controversias de competencia de los Tribunales consulares: así en la misma Turquía; así sobre todo en Egipto, donde mediante acuerdos con las naciones interesadas (en cuanto a Italia, acuerdo 24 Febrero 1875, aprobado por ley italiana 30 Mayo 1875), fueron establecidos tres tribunales de primera instancia y una corte de apelación para conocer de los *procesos mixtos*, esto es, ocurridos entre indígenas y extranjeros, o entre extranjeros de nacionalidad diferente, y además de esto, de todas las acciones reales inmuebles, incluso entre personas pertenecientes a la misma nacionalidad (menos las controversias correspondientes al estatuto personal y las reivindicaciones de inmuebles poseídos por establecimientos píos). Con la institución de tribunales mixtos (introducida por cinco años y prorrogada posteriormente de cinco en cinco

años) (1) la jurisdicción consular no fué transformada, sino limitada: los tribunales mixtos en Egipto están establecidos en virtud de un acuerdo internacional, pero sí bien compuestos con elementos en parte egipcios y en parte extranjeros, no son tribunales internacionales, sino egipcios (2).

D) **TRIBUNALES COLONIALES.** La organización judicial de la colonia eritrea fué primeramente regulada por delegación legislativa por el Real decreto 22 Mayo 1894, después por el Real decreto 9 Febrero 1902, y al fin por el Real decreto 2 Julio 1908. Según este último, la jurisdicción en la colonia, en los pleitos en que sean demandados o acusados ciudadanos italianos, o extranjeros equiparados a los mismos, se ejerce por *conciliadores* (para juzgar inapelablemente los pleitos y ejercer las atribuciones en los límites fijados por las leyes vigentes y por aquellas que sean publicadas en la colonia) por el *juez de la colonia* (en Asmara; decide como juez único de todos los pleitos civiles, menos los atribuidos al conocimiento de los conciliadores, que no superen en valor 2.000 liras y hasta 1.000 liras inapelablemente y de todos los reatos por faltas); por el *Tribunal de la colonia* compuesta del juez de la colonia que lo preside y de jueces honorarios, para decidir en primera instancia todos los pleitos en materia civil y mercantil, de cuantía superior a 2.000 liras o de valor indeterminable, y de todas las causas penales que no sean de competencia del juez único ni de la Corte de assise; por la *Corte de assise* (compuesta del juez de la colonia que la preside, de dos jueces honorarios y dos asesores, para conocer de los delitos asignados a su competencia por el Cód. procesal pen. y otras leyes (arts. 4, 21, 32 y 39). La apelación de las sentencias, tanto civiles como penales pronunciadas por el magistrado ordinario en primera instancia, es devuelta a la Corte de Apelación de Roma (art. 97). Contra las sentencias pronunciadas en apelación, admítase el recurso de casación (art. 98).

Las controversias en que sean demandados o acusados súbd-

(1) La última prórroga por parte de Italia fué hecha por ley 24 Julio 1911 a datar del 1.º Feb. 1910.

(2) Véase ANZILOTTI en la *Riv. di dir. internaz.*, 1907, p. 256 y sigs. En contra CASTELLANI, en la *Riv. di dir. comm.*, 1906, II, p. 411 y sigs. VIVANTE, en el *Foro ital.*, 1906, p. 713.

tos coloniales o asimilados, cualquiera que sea la nacionalidad del actor o de la parte lesionada, decídense por los jefes indígenas o por las autoridades administrativas de la colonia (arts. 5, 72 y sigs.).

La organización judicial de la Somalia italiana está regulada por el Real decreto 8 Junio 1911. Para los pleitos en que estén interesados ciudadanos italianos o extranjeros equiparados, la justicia civil administrase por los *residentes* (para las acciones civiles y comerciales cuyo valor no exceda de 5.000 liras, y hasta 500 inapelablemente, con exclusión también del recurso de casación); por el *juez colonial* (para las acciones civiles y comerciales de cuantía superior a 5.000 liras), y en grado de apelación para las acciones de valor superior a 500 liras juzgadas por el residente; por la *Corte de Apelación de Roma* (para las apelaciones de las sentencias decididas en primera instancia por el juez colonial (artículos 16, 17). En materia penal el *residente* conoce de los delitos que serían de competencia del pretor, cometidos por ciudadanos o extranjeros; de los delitos no correspondientes a la competencia de la Corte de Assise, cometidos en daño de italianos o extranjeros por súbditos coloniales o asimilados; de las faltas por cualquiera cometidas (art. 25); el juez *colonial* conoce de los delitos no comprendidos en la competencia del residente o de la Corte de Assise y en segundo grado de las sentencias del residente, menos de las pronunciadas en materia de faltas; contra las sentencias del juez colonial, menos las pronunciadas en grado de apelación, admítase el recurso a la Corte de Casación de Roma (arts. 25, 26); la *Corte de Assise* (compuesta del juez colonial y de cuatro asesores, conoce de los delitos por cualquiera cometidos para los cuales la ley establezca una pena más grave de la restrictiva de la libertad personal, no inferior en el grado mínimo a cinco años, ni superior en el máximo a diez; contra las sentencias de la Corte de Assise admítase el recurso de casación (arts. 29, 30, 33).

Para los pleitos en que estén interesados súbditos coloniales y asimilados, la justicia se administra por los cadíes, por los tribunales indígenas, por la Corte de Assise con asesores mixtos, por el Gobernador, por la Corte de Casación de Roma (arts. 1, 18, 19, 29, 31); a veces por los residentes (art. 1, último párrafo, art. 25, número 3).

E) CAPITANES Y OFICIALES DE PUERTO. Conocen (respectiva-

mente en el departamento o *circondario*) en los límites de valor de 400 liras, de las contiendas derivadas de hurto de naves en el puerto; socorros prestados a naves en peligro o naufragadas; servicio de pilotos, barqueros, etc. en el puerto; alquileres de pontones y otros. Contra su resolución no se da ni oposición ni apelación (Cód. marina mercante, arts. 14, 15).

En las cuestiones cuya cuantía exceda de este valor, se sigue una amigable composición de las partes, y en defecto redactan pericias y actas que transmiten al tribunal competente (art. 16). Este ensayo no es obligatorio (§ 14). Competencia en materia de faltas (Cód. mar. merc., art. 423, ley 17 Jul. 1910 sobre emigración, art. 13).

F) INSPECTORES DE EMIGRACIÓN, COMISIONES ARBITRALES DE EMIGRACIÓN, Ley 31 En. 1901. Los inspectores conocen inapelablemente de las controversias de cuantía no superior a 50 liras, que hayan surgido en el puerto de embarque entre emigrantes y *vettore* o entre emigrantes y hospederos, barqueros, mozos, y otros arrendadores de obra. Las otras cuestiones entre *vettore* y emigrantes por restitución de cantidades, resarcimiento de daños y otras cualesquiera relativas a la emigración, júzganse inapelablemente por *comisiones arbitrales provinciales*, presididas por el presidente del Tribunal o juez delegado, y compuestas del procurador del Rey o su sustituto, de un consejero de prefectura y de dos miembros elegidos por el consejo provincial (1). Es competente inderogablemente, la comisión de la provincia en la cual el emigrante trató el embarque, (arts. 26 y 27 y Reg. 10 Jul. 1901, artículo 84). Pero la competencia en estas comisiones arbitrales aparece restringida con límites de tiempo, la demanda debe proponerse dentro de los *seis* meses desde el desembarco, si es en el extranjero, o dentro de *tres* meses de la partida, si en el reino (ar-

(1) Para los efectos de esta jurisdicción especial es emigrante el que va en viaje de tercera clase a países no europeos más allá del estrecho de Gibraltar; o a países situados más allá del Canal de Suez, siempre que en este caso viaje en compañía de no menos de cincuenta emigrantes (art. 6). Véase Cas. Roma 7 Mar. 1906 (en la *Legge*, 1906, p. 1.042). Para los emigrantes no transoceánicos enrolados con obligación determinada de trabajo se admitirá el procedimiento arbitral del art. 27 (art. 29).

tículos 26 y 13 de la ley; art. 83 del Reg.). Transcurrido este término, discútese si debe entenderse que la competencia vuelve a la autoridad judicial ordinaria (1), como también se discute si durante el término el emigrante es libre para acudir a la autoridad ordinaria (2), y debátese lo mismo si la competencia especial refiérese también a la acción del pariente y del heredero, ya obre como tal, ya *jure proprio* (3).

F bis) **MAGISTRATURAS ESPECIALES EN LOS PAÍSES CASTIGADOS POR EL TERREMOTO.** Para regular parte de las controversias inherentes a las condiciones anormales producidas por la catástrofe de 28 Dic. 1908, instituyéronse diversas magistraturas especiales, más adaptadas al fin propuesto que la autoridad judicial ordinaria, ya sea por la composición, ya por las formas y criterios de juicio; al mismo tiempo que con R. D. 5 Feb. 1909, núm. 37, se atendía a reconstituir la justicia ordinaria misma, prescribiéndose formas y criterios especiales de fondo y de forma, en cuanto aquellas condiciones lo exigiesen (arts. 5 y 6).

a) Para proveer a la atribución de la posesión de los bienes muebles e inmuebles, por R. D. 13 En. 1909, núm. 13, establecióse una comisión compuesta de magistrados nombrados por el ministro de G. y J. con poderes jurisdiccionales y de policía judicial (artículos 4 y 5). Dispúsose que los comisarios debieren obrar en colegios de tres miembros para la posesión de los inmuebles, y particularmente para los muebles (art. 6), salvo la decisión del colegio en los casos más graves (art. 8). Dispúsose también que se debiese proceder en cuanto a las formas y a las pruebas, con criterios de equidad, y usando los medios más convenientes, según las circunstancias, con la mayor simplicidad y rapidez posible (artículo 6). Las decisiones en forma de decretos, sustraídas a toda reclamación, salvo de terceros que tuvieran un derecho mayor y más cierto a la posesión (art. 8).

b) Con la ley 13 Jul. 1910, salva la competencia de las comi-

(1) Véase MATARESE, en el *Foro ital.*, 1906, p. 1.132.

(2) Así Cas. Roma, Sec. Un. 24 Mar. 1909 (en la *Legge*, 1909, p. 732).

(3) Acerca de estas cuestiones BUONANNO, *Il trasporto degli emigranti e gli obblighi e le responsabilità del vettore*, en la *Riv. di dir. comm.*, 1911, I, p. 110 y sigs.

siones antedichas para la atribución de las posesiones *inmobilia-rias* y la competencia de los colegios arbitrales para las expropiaciones, se confió el conocimiento de todas las cuestiones que puedan surgir relativas a derechos sobre los inmuebles dañados o destruidos por el terremoto, a colegios de 1.º y 2.º grado; los colegios de primer grado en Mesina, Reggio y Palusi, compuestos de dos magistrados de tribunal y de un ingeniero, propuestos respectivamente por los ministros de G. y J. y por el de Obras públicas y nombrados por R. D. presididos por el magistrado más antiguo; los colegios de segundo grado en Mesina y Reggio, compuestos de dos magistrados de Corte de apelación y de un ingeniero jefe civil, nombrados y presididos como hemos visto antes (arts. 25, 26 y 27). Las decisiones de los colegios de primer grado equiparadas a sentencias de Tribunal, las de segundo grado a sentencias de corte de apelación. Admitida la apelación de los primeros a los segundos si el valor de la controversia excede de 5.000 liras; excluido el recurso de casación (arts. 27 y 28).

c) Por último, las contiendas relativas a indemnizaciones que se pretendan, dependientes de obras de la autoridad, fueron atribuidas a la decisión de colegios arbitrales, de los cuales puede discutirse si se trata de jurisdicciones especiales o de arbitrajes forzosos (§§ 4 y 16).

d) Por R. D. 6 Mayo 1909, núm. 255, el reconocimiento de la inobservancia de prevenciones en los derribos, la declaración de la importancia del daño y de la correspondiente indemnización, fué deferida a un colegio arbitral compuesto de un magistrado nombrado por el presidente del tribunal, de un representante del que reclama la indemnización y de un funcionario técnico gubernativo nombrado por el Ministro de Obras públicas (art. 2). Excluida la apelación y el recurso de Casación. En caso de anulación, nueva decisión por parte de un colegio compuesto análogamente (art. 3). El R. D. 3 Agosto 1909, núm. 600, regulando el funcionamiento de estos colegios, admitió el recurso de Casación.

B) Por R. D. 25 Noviembre 1909, núm. 756, para la liquidación de las indemnizaciones por expropiación ofrecidas por el Estado, en la construcción de barracas o edificios públicos o privados, o para la ejecución de obras públicas, se establecieron dos colegios arbitrales (Mesina y Reggio), compuestos por un presiden-

te, magistrado de la categoría de consejero de apelación nombrado por el primer presidente de la Corte de apelación, un ingeniero nombrado por el Ministro de Obras públicas, otro nombrado por el Consejo provincial (arts. 1 y 2). R. D. 24 Marzo 1910, número 158, dispuso que la sentencia de los mismos, fuese depositada y hecha ejecutiva con arreglo al art. 24, Cód. proc. civ., (art. 5); admitió el recurso de Casación, prescribiendo que en caso de anulación, el pleito fuese devuelto al mismo colegio (arts. 6 y 7). La Ley 13 Julio 1910, confirmó el establecimiento de estos colegios disponiendo que el magistrado sea nombrado por el Ministro de Gracia y Justicia (art. 47); y para los municipios no comprendidos en su jurisdicción creó otros colegios, compuestos de un magistrado designado por el presidente del Tribunal, un miembro nombrado por la Diputación provincial, uno por el expropiante (art. 48). El Real decreto 6 Abril 1911, núm. 455, asignó a estos colegios, también la competencia para la indemnización por ocupación temporal. El Decreto-ley 24 diciembre 1911, núm. 1479, admitió la apelación de estos colegios a un colegio arbitral de segundo grado con residencia en Roma, compuesto por dos magistrados nombrados por el Guarda-sellos, dos miembros técnicos del Consejo Superior de Obras públicas, nombrados por el Ministro de Obras públicas, y un referendario en el Cons. de Estado nombrado por el Ministro de la Gobernación (art. 26).

Según la ley 28 Julio 1911, también los que tengan derechos que alegar sobre la indemnización, pueden impugnarla ante el Colegio arbitral; este «reconocido el título de la acción», decide sobre la medida de la indemnización, salvo la competencia de la autoridad judicial para pronunciar sobre las oportunas oposiciones al pago.

F ter) EL ALCALDE en las controversias por daños y faltas de cuantía no superior a 100 liras en que estén interesadas las compañías de los *barracelli* en Cerdeña (Reg. 14 Jul. 1898, art. 50). El arbitraje es ejecutivo, pero apelable al pretor (arts. 50 y 52). Lo mismo para las controversias entre los que constituyen la compañía de los *barracelli* (art. 53) (1).

G) OTROS JUECES ESPECIALES. De otras jurisdicciones especia-

(1) Véase Cas. Roma, 11 Abril 1911 (en *Foro ital.* 1911, p. 593).

les, varias en su composición y funciones, nos limitamos a enumerar las principales.

a) *Jurisdicciones electorales en materia administrativa y política.*—Precísase distinguir las jurisdicciones concernientes a las *listas electorales* y las *elecciones*.

1.º En cuanto a la modificación de las listas electorales (inscripción de electores, cancelación, negativa de inscripción u omisión de cancelación por parte de la comisión municipal, tiene jurisdicción de primer grado la *Comisión electoral provincial* (compuesta del presidente del tribunal de la Capital de provincia, de un consejero de prefectura y de tres electores) (2); de segundo grado la Corte de apelación; y todo esto tanto para las elecciones administrativas (ley municipal y provincial, tex. ún. 21 Mayo 1908, artículos 41, 42, 44 y 47), como para las políticas (ley electoral política, tex. ún. 28 Mar. 1895, arts. 31, 32, 34 y 37).

2.º En cuanto a la realizada elección *administrativa*, tiene jurisdicción de primer grado la junta provincial administrativa (para las elecciones municipales, a base de la decisión del Consejo municipal sobre los resultados de la elección), y el consejo provincial (para las elecciones provinciales, a base de la decisión de la Diputación provincial); tiene jurisdicción de segundo grado en ambos casos, la Corte de apelación para las cuestiones de elegibilidad, y la quinta sección del Cons. de Est. para las cuestiones concernientes a las operaciones electorales (ley prov. y municip., arts. 87 y 95). En cuanto a la elección *política*, el juicio sobre las oposiciones, protestas, reclamaciones presentadas en la reunión de las secciones electorales o en la de los presidentes, o posteriormente, resérvese al Congreso de los Diputados (ley electoral política, artículo 74, Constitución del Reino, art. 60).

b) *El Senado como alta corte de justicia*, para juzgar:

1.º Crímenes de alta traición y de atentado contra la seguridad del Estado (Const. art. 36).

2.º A los ministros acusados por el Congreso de los Diputados (id., id.)

(2) En contra, esto es en el sentido de que la *Comisión provincial* sea órgano meramente administrativo, véase CAVÁLERI, en el *Anuario* de CUZZERI, 1909.

3.º A los senadores acusados por delitos (Const. art. 37). El Senado tiene un Reglamento judicial interior (20 Dic. 1900, mod. 4 Jul. 1901). Según el art. 49 de este reglamento, la competencia para juzgar las faltas contra los Senadores, confiase a la comisión permanente de acusación (de que se habla en el art. 26 del mismo Reglamento).

c) *Las secciones jurisdiccionales del Consejo de Estado* (§ 16). Hállase compuesta cada una por un presidente de sección y siete consejeros, y pueden destinarse a cada una de ellas tres referendarios. La sección decide con siete votantes, los referendarios tienen voto deliberativo si son relatores o si son llamados a suplir consejeros áusentes o impedidos (texto único, 17 Agosto 1909, núm. 638, art. 6, 7 y 35). El presidente del Consejo de Estado no puede presidir las secciones jurisdiccionales (art. 5).

d) *Las Juntas provinciales administrativas* (§ 16). Están compuestas por el prefecto de la provincia, que preside, dos consejeros de prefectura, cuatro miembros efectivos y dos suplentes elegidos por el Consejo provincial. Pero en sus funciones jurisdiccionales, la junta funciona con cinco votantes; el prefecto o quien haga sus veces, presidente, los dos consejeros de prefectura y los dos consejeros electivos más antiguos. En caso de impedimento de los consejeros electivos más antiguos los suplen por orden de antigüedad los dos consejeros más modernos y los suplentes (Ley municipal y prov., art. 10; texto único, 17 Agosto 1909, núm. 639, artículo 13).

e) *El Tribunal de Cuentas (Corte dei Conti)*, los *Consejos de prefectura*, los *Comités forestales*, las juntas de árbitros y las otras jurisdicciones especiales recordadas en el § 16.

VIII.—*Comisiones para la defensa de pobres* (1), (gratuito patrocinio).—La ley concede en algunos casos el derecho a la tutela

(1) FRANCESCHINI, *Il gratuito patrocinio*, 1903; PASINI, *La difesa del povero*, 1904; MORTARA, *Commentario*, IV, n. 93 y sig.; CHIOVENDA, *Condanna nelle spese, passim*; Relación sobre el proyecto de ley de defensa gratuita de los pobres presentado al Congreso de los Diputados por el ministro Gallo (*Atti parl. legisl. XXII*, Sesión 1904-906, n. 536); SCHOTT, *Armenrecht*, 1900; SCHMIDT, 2.ª ed., p. 1.062; WEISMANN, II, § 195; POLLAK, § 29; GLASSON, *Précis*, I, pág. 384 y sigs. (2.ª ed. p. 576 y sigs.)

jurídica gratuita (R. D. 6 Dic. 1865; ley 19 Jul. 1880, ap. D), en materia civil, contenciosa y voluntaria, y en materia penal. Esta tutela gratuita consiste en la atribución de los siguientes beneficios:

a) La defensa gratuita como oficio honorífico y obligatorio de la clase de los abogados y procuradores, salvo el derecho de repetición de los honorarios de la parte contraria condenada en las costas (y del mismo cliente, cuando por vencer en el pleito o por otras circunstancias dejase de ser pobre) (2).

b) Privilegios respecto de la tasa de registro, y uso de papel no sellado, salvo repetición contra la parte contraria condenada en las costas y contra el beneficiado que haya vencido y que consiga más del séxtuplo de las tasas y derechos.

c) La exención de los derechos debidos por los actos judiciales y administrativos, y por sus copias y el trabajo gratuito de los funcionarios públicos cuya función se haya solicitado, notarios y peritos, salvo el derecho de repetición como en el caso de la letra a.

d) La dispensa del depósito correspondiente para los recursos de revocación y de revisión (Cód. proc. civ., arts. 501, 521, y 523)

e) El anticipo por parte del erario público, de los gastos de viaje y estancia de los funcionarios y oficiales públicos, peritos, testigos, salvo el derecho de repetición correspondiente contra el adversario y contra el beneficiado que haya conseguido con la victoria cualquier valor.

f) Las inserciones gratuitas en los periódicos de las publicaciones judiciales (R. D. 1865, arts. 6 y 28, ley 1880, arts. 5, 6, 7, 8 y 9).

Las condiciones para obtener la defensa gratuita son: *estado de pobreza y probabilidad de éxito* (arts. 9, 10 y 11, R. D. 6 Diciembre 1865 y sigs., y arts. 1 y 2 ley 19 Jul. 1880). Hay casos de admisión de derecho; ante todo en cuanto al estado de pobreza, suple a esta condición la calidad de institución de beneficencia pública (ley 17 Jul. 1890, art. 25); además, en los juicios a base de acción popular promovida en interés de una obra pía, la admisión tiene lugar de derecho, por ambas condiciones, a favor de la insti-

(1) CHIOVENDA, *Condanna*, cit. p. 345, nota.

tución que intervenga en el pleito para tutelar sus intereses (Reg. 5. Febrero 1891 de la ley sobre obras pías, art. 123); así en los juicios ante los *probiviri* a favor del obrero que se adhirió a la propuesta conciliadora (ley 15 Jun. 1893, art. 10). En las materias penales basta el estado de pobreza. Todos los que se encuentren en las condiciones antedichas son admisibles a la defensa gratuita, *sin excluir a los extranjeros* (así lo establecía ya nuestro art. 8, Real decreto 1865; y ahora la Convención de La Haya, 14 Nov. 1896, artículos 14, 15 y 16, y la nueva convención 17 Jul. 1905, arts. 20 a 23).

Es preciso constatar estas condiciones para conceder la defensa gratuita, fiscalizar después el uso que de ella hace la parte, la permanencia de las condiciones, etc. Todas estas atribuciones, no de carácter jurisdiccional, sino dirigidas al fin procesal, hállanse confiadas a *comisiones* constituídas en los tribunales y en las Cortes (R. D. 6 Dic. 1865, arts. 1, 12, 13 y 27, Ley 19 Jul. 1880, arts. 3 y 4). Estas comisiones no son órganos jurisdiccionales; sus decisiones se llaman *decretos* y no producen cosa juzgada; son siempre revocables y no pueden impugnarse en Casación (1). La comisión cerca del tribunal es competente para la admisión a la defensa gratuita en los pleitos *pretoriales*, en los de competencia del conciliador (de cuantía superior a 50 liras), y de los tribunales civiles y penales (R. D. 6 Dic. 1865, art. 12; ley 16 Jun. 1892, art. 19). Para los pleitos ante la Corte de apelación es competente la Comisión cerca de la Corte, como también en los casos urgentes para recursos de casación (R. D. cit., arts. 12 a 14). Para los pleitos ante otros tribunales y autoridades, es también competente la Comisión cerca de la corte de apelación (R. D. cit., art. 14), comprendidas por tanto las jurisdicciones administrativas (2), salvo que para las secciones jurisdiccionales del Cons. de Est. y para las juntas provinciales administrativas se han instituído ahora comisiones espe-

(1) Cuestión controvertida. Véase §§ 14 y actual.

(2) Com. grat. patr. Roma, 11 Jul. 1907 (en el *Fóro ital.* 1907, III, página 351); Cas. Florencia 27 Feb. 1889 en el *Foro Ital.*, 1889, I, p. 705). Lo mismo para la admisión a la defensa gratuita en los colegios establecidos por la ley 13 Jul. 1910 (pág. 441). Véase el art. 12 del Real decreto 26 Marzo 1911, n. 331.

ciales cerca de ellas (Ley 7 Mar. 1907, art. 15, R. D. 17 Ag. 1907, número 640). De las comisiones de primer grado puede recurrirse a las de segundo grado (R. D. cit., art. 22). El intendente de Hacienda puede recurrir también al colegio juzgador para obtener la revocación del beneficio por defecto de las condiciones de pobreza (ley 19 Jul. 1880, art. 3). La admisión a la defensa gratuita sirve para todos los grados de jurisdicción. Sin embargo, la parte que la obtiene no puede servirse de ella en la apelación, sin haber obtenido nueva admisión por la comisión establecida cerca del Colegio al cual debe deferirse la apelación.

Las comisiones se componen de un presidente que procede del cuerpo juzgador (quien por eso deviene *incapaz* como juez respecto de los juicios referentes a los asuntos examinados en calidad de miembro de la comisión (§ 333, III, A IV), y dos miembros procedentes, uno del personal del Ministerio público, otro del Colegio de Abogados (R. D. cit., art. 2). El presidente de la comisión tiene facultades para conceder al demandado la defensa gratuita en los casos urgentes (R. D. cit., art. 18). En las materias penales, la admisión tiene lugar por la autoridad judicial ante la cual debe tramitarse la causa (art. 19). Con la institución de la defensa gratuita, quedaron suprimidos los diferentes oficios que antes proveían a ella, excepto los de fundación privada (ley org. judicial arts. 279 y 280, R. D. 6 Dic. 1865, art. 32).

§ 21

El oficial judicial (1).

I. *En general* (ley org. jud., 6 Diciembre 1865, art. 173 y siguientes, Reg. gen. jud., arts. 76 y sigs., 172 y sigs.; ley 21 Diciembre 1902, sustituida por la ley 19 Marzo 1911 con el Reg. 3 Septiembre 1911). El oficial judicial (como quiso que se llamase al ujier, la ley 21 Diciembre 1902 sobre *ujieres judiciales*) es, como hemos visto, un órgano jurisdiccional (§ 13). Defínese por la ley «oficial público agregado al orden *judicial* (ley org. jud. 1865, artículo 4; ley 19 Marzo 1911, art. 1). Su número depende de las necesidades del servicio y se determina por Real decreto (art. 173, ley org. jud. 1865). Se prohíbe cualquier aplicación de los oficiales de un oficio a otro. En caso de vacante de un puesto, el primer presidente debe tomar (accidentalmente) uno de los habilitados en expectativa de nombramiento, y en su defecto, el ujier del conciliador. En caso de impedimento temporal, pueden los presidentes y pretores valerse del servicio de los oficiales judiciales agregados a otros oficios de la misma residencia; en casos urgentes y en la imposibilidad de contar con otros oficiales judiciales, pueden valerse los pretores de un *empleado* (*commesso*) al servicio de los oficiales judiciales de la misma residencia, y en efecto de éste, del ujier del conciliador (ley 19 Marzo 1911, art. 10). Los *empleados* (*commesi*) son personas expresamente autorizadas por el presidente del Tribunal o de la Corte, de las cuales pueden valerse bajo su responsabilidad los oficiales judiciales para trabajos internos de oficina y para la asistencia de las audiencias; y también, previa autorización presidencial, para la notificación de todos los actos civi-

(1) MATTIROLO, *Trattato*, I, n. 553 y sig.; MORTARA, *Comm.* II, número 573 y sigs.; WACH, I, § 25, p. 321; § 26, p. 328; § 27, p. 346; SCHMIDT, 2.^a ed., §§ 34, 35; HELLWIG, II, §§ 83, 84.

les y penales, subsistiendo la responsabilidad de los oficiales judiciales (art. 16, ley 19 Marzo 1911). El ujier no solo tiene funciones ejecutivas, sino que en general le son confiadas las funciones inferiores necesarias para la jurisdicción. Sin duda por esto la ley le llama *oficial* y no *funcionario* (ley org. jud. 1865, art. 6); pero la distinción entre oficial y funcionario en este sentido no es exacta: y ni siquiera se sostiene coherentemente por la ley que en unas partes llama funcionarios a los cancilleres y en otras les llama oficiales (Cód. proc. civ., arts. 59, 60 y 61) (1).

II. *Atribuciones.* Tanto el juicio como la ejecución requieren algunos actos de *preparación*, y la dirección del proceso exige diversos actos accesorios de la función principal. De todos estos actos, muchos materiales en su mayoría, se remiten a los oficiales judiciales.

Sus atribuciones consisten por lo tanto en actos *preparatorios* y *concomitantes* del proceso y en actos *ejecutivos*.

a) Los actos *preparatorios* comprenden ante todo la materia de las *notificaciones*. También éstas, *generalmente*, son atribuciones *autónomas* (Cód. proc. civ., art. 41) (2). La autonomía desaparece, como hemos visto, respecto de la notificación de actos de citación para comparecer ante una autoridad judicial extranjera, o de actos procedentes del extranjero (Cód. proc. civ., art. 947; §§ 13 y 19). Toda notificación que se haga mediante entrega del acto, es realizada por los oficiales judiciales (Cód. proc. civil, artículos 39 y 135); notifican por lo tanto las *citaciones*, las *sentencias*, las ordenanzas, los decretos, los mandatos (*precetti*), los avisos de comparecencia, de depósito de actos, los emplazamientos, los bandos, los preavisos de expedición, las citaciones a los testigos, etc. En cambio la citación por medio del correo sólo se emplea entre nosotros en algunos casos (art. 84 del Reg. de la ley 31 Enero 1901 sobre emigración; art. 10 del Real decreto 26 Marzo

(1) En la discusión de la ley de 1911 se propuso declarar *funcionarios del orden judicial* a los oficiales judiciales; pero la propuesta no fué secundada.

(2) Cod. proc. francés, art. 66; Cod. 1854, art. 1098; Cod. 1859, artículo 1137; art. 7 del Reg. 31 Marzo 1864 de la Ley 24 Enero 1864 sobre la liberación de los cánones enfitéuticos.

1911, núm. 331 sobre la constitución de las magistraturas especiales en los países castigados por el terremoto, hecha excepción para las citaciones, las sentencias y los gravámenes; véase § 24).

En las citaciones de las partes y en los *precetti* su competencia es dudosa. Puede decirse que estos son actos de ujier en el sentido de que la ley no prescribe (como más racionalmente prescribía la ley sarda y como ocurre hoy también con otras leyes como el Reglamento alemán) que el actor entregue el acto de citación ya hecho y firmado por la parte y por el procurador (y con la audiencia fijada por el juez en Alemania), que el ujier debería solamente notificar; pero confía el acto mismo al ujier. Pero éste tiene derecho de haber entregado por las partes las indicaciones sustanciales para el acto (art. 87, Reg. gen. jud.): por tanto, mientras la citación se presenta como cosa producida por el ujier, supone una *demanda al ujier*: ordinariamente esta demanda consiste en la entrega del acto de citación ya despachado, como parece suponer también el art. 154, Cód. proc. civ.: pero la diferencia entre el acto de la parte y del ujier o, por decirlo mejor, entre la demanda *hecha al ujier* y el acto del *ujier*, reaparece en el art. 145, último §, Código proc. civ.; y también en el art. 4 de la ley 7 Julio 1901, que consiente honorarios al defensor por la redacción del *acto de citación*. La falta de firma del oficial judicial impide la existencia jurídica del acto (§ 41, VII). La incompetencia del oficial judicial es motivo de nulidad que priva al acto también de los efectos conservativos (arts. 21, 28, Cód. civ.; § 29, III).

b) Llamada de los pleitos y asistencia a la audiencia (art. 251, ley org. jud. 6 Diciembre 1865; art. 230 Reg. gen. jud.).

c) Pero las funciones más delicadas e importantes del ujier son las *ejecutivas*. Sin embargo, no todas le están confiadas. La autonomía del ujier en la ejecución da mayor celeridad y sencillez al proceso. Pero en el sistema francés esta autonomía extiéndese también a la ejecución *inmobiliaria*. En el sistema alemán admitióse solamente para la *mobiliaria*, excluida la sobre créditos. Nosotros la admitimos también para la pignoración en terceros, que se hace por acto de ujier, sin orden del juez (Cód. proc. civil, art. 611). En Austria permanece el sistema del derecho común; el ujier obra siempre bajo las órdenes del juez (§ 16 Reg. ejecutivo).

También entre nosotros, las atribuciones del ujier dejan de

ser autónomas, apenas él duda, yerra o excede. Al lado y sobre el ujier está siempre el juez. En Alemania el § 766 Reg. proc., llama al juez a decidir siempre que el ujier rechaza un acto. Esto indujo a alguien (PLANCK, *Lehrbuch*, II, págs. 621, 623) a descubrir en todo acto del ujier la ejecución de una orden tácita implícita del juez. Entre nosotros realizase en general el derecho de vigilancia del juez sobre el ujier (ley org. jud., art. 250) por los medios disciplinarios (arts. 180, 181, 182, 183, 184, 185 y sigs., ley org. jud.) y las oposiciones a lo ejecutado por el ujier. Sin autorización el ujier hace la pignoración (art. 593, Cód. proc. civ. y sigs.) y los actos conexos (arts. 594, 599, 643 y 644). En el caso del art. 643 adjudica directamente los bienes pignorados al acreedor, sin intervención del pretor. En los demás casos la venta de muebles es decretada por el pretor delegando en el oficial para realizarla, y éste publica también el *bando mobiliare* (Cód. proc. civ., arts. 627 y 629). Además el ujier realiza la entrega y dejación de los bienes *muebles e inmuebles* (art. 742 y sigs., art. 745 y sigs.); la detención personal (arts. 752 a 763); notifica la pignoración en terceros (artículo 611, Cód. proc. civ.). Pero para otros actos precisa autorización del juez (art. 572, Cód. proc. civ.) o se refiere a él (art. 86, Reglamento pen. jud.). La función característica del juez como órgano superior al ujier, manifiéstase también en la reducción de la ejecución (Cód. proc. civ., arts. 567, 584 y 592) y en el conocimiento de las oposiciones (Cód. proc. civ., arts. 645, 660, 695, 755 y 772).

El juez, además, tiene funciones ordinarias, propias en la ejecución. No siempre *decide* controversias frecuentemente *dispone*; por lo tanto no se puede aceptar la distinción de *acto material* y *decisión* como base de la diferencia de las funciones del ujier y del juez en la ejecución. Así vemos que el juez *ordena* la venta de muebles (Cód. proc. civ., arts. 610 y 623) y la de inmuebles (Código proc. civ., art. 665); *asigna* las cantidades pignoradas (Código procesal civ., arts. 614 a 619); y tiene otras funciones ejecutivas ya enumeradas antes.

d) Otras funciones del ujier: actos de protesto cambiario (Código com., art. 303), de confrontación (Cód. proc. civ., art. 902), etcétera.

III. *Naturaleza del acto del ujier.*—Todo acto de ujier divide-se en el *acto* propiamente dicho y en su *documentación*. Esta tiene la *publica fides*. Por tanto, el acto del ujier hace fe, mientras no se pruebe su falsedad, de lo que él afirma haberse realizado por sí o en su presencia, no necesariamente de la identidad de las personas, sino del hecho de que estas se manifestaran en un cierto modo, no de la verdad de las declaraciones de las partes, sino del hecho de que le han sido hechas. Como garantía de la exactitud en su oficio, debe llevar un registro (L. org. jud., art. 178), y hacer registrar los actos en cancillería (Reg. gen. jud., arts. 84 y 85, reg. 10 Diciembre 1882, núm. 1103, art. 40; L. 19 Marzo 1911, art. 12). Por consecuencia, también el canciller tiene una parte importante en los actos del ujier y puede ser llamado a declarar que no se ha realizado un acto de ujier que, por ej., no fué notificada la apelación de una sentencia (Cód. proc. civ., art. 561).

IV. *La relación entre la parte y el oficial judicial* (1).—No puede concebirse como una relación de derecho privado (mandato). La ley habla de «actos de los cuales el ujier tuvo el *encargo*», (L. organización jud., 6 Diciembre 1865, art. 181); de *comisiones* (Reglamento gen. jud., art. 86), pero esto no significa sino que la parte tiene la iniciativa de los actos del ujier y que este obra dentro de los límites de las instrucciones recibidas. La relación entre la parte y el ujier no difiere de la que existe entre la parte y el juez; y esto particularmente en el campo de la ejecución forzosa (por ej., la adjudicación que hace el ujier de los objetos pignorados en el caso del art. 643; es análoga a la que hace el juez en la ejecución de inmuebles), ni al juez ni al ujier confiere la parte facultad de obrar en su representación, pero promueve, excita, por así decirlo, el poder residente en ellos, para que sea ejercitado en el caso concreto, añadiendo a la instancia las *indicaciones* necesarias al fin propuesto. El ujier es un funcionario público, no está obligado a seguir taxativamente las órdenes de la parte; en ciertos casos puede negar su intervención, como cuando falta el título ejecutivo, o

(1) ECKESTEIN, *Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers*, en la *Riv. pel proc. civ.*, téd., vol. 39 (1909), pág. 441 y sigs.

es ilícito o irregular el acto que se le solicita: en algunos casos es incapaz (Cód. proc. civ., art. 41). Esto mal se aviene con una relación privada (1). Lo cual no excluye la responsabilidad de la parte por los actos realizados por el ujier dentro de los límites de su demanda; y esto sucede también por el hecho o por la ejecución de actos producidos por el juez (secuestro, declaraciones de quiebra, sentencia provisionalmente ejecutiva (2)).

No siendo el ujier mandatario de la parte, él como ujier, no puede recibir dinero del deudor para liberarlo de la deuda, en cuyo asunto procede, a menos que la ley expresamente disponga lo contrario (como el reg. alemán § 754). Se puede *depositar* en manos del ujier la cantidad en cuyo asunto procede y los gastos para suspender la pignoración (Cód. proc. civ., art. 580). El Estado es responsable de las cantidades así depositadas (3).

(1) Lo que confunde estas sencillas verdades es el hecho de que los oficiales judiciales aún hoy (como en otros tiempos el mismo juez) están retribuidos «mediante utilidades sobre los actos por ellos realizados, con derechos que están autorizados para exigir (art. 1, ley 19 Marzo 1911).» Pero esta reminiscencia de antiguas formas de retribución de los funcionarios (V. Introducción) no debe engañarnos, no priva al oficial judicial, como antes no privaba al juez, del carácter de autoridad. Y ya la ley actual, aun habiéndose excluído también en la reciente reforma la proposición de dar a los oficiales judiciales un sueldo, tiene importantes disposiciones que equiparan al oficial judicial a los funcionarios *empleados (impiegati)*. El artículo 2 dispone «que están equiparados a los DEMÁS empleados del Estado por lo que se refiere a la cuantía del impuesto de R. M., la reducción en los viajes por ferrocarril, vapores y tranvías, la inembargabilidad de haberes, utilidades, la indemnización por traslados». A la misma conclusión nos lleva la norma que garantiza a los oficiales judiciales un haber mínimo, íntegro, en su caso, por el Estado (art. 173 Arancel penal, modificado por la Ley 19 Marzo 1911) las normas relativas a espectación de destino, forma de su nombramiento, jubilación, traslaciones (L. 19 Marzo 1911, arts. 2, 3, 4, 5, 6, 7.)

(2) V. KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältniss*, cit. p. 10, y sobre todo, ampliamente HELLWIG, II, p. 104 y sigs. En contra WACH, *Handbuch*, p. 322, n. 28. V. también MENESTRINA, *Accessione*, cit. p. 42, nota.

(3) La solución contraria dominante en las resoluciones se funda en la afirmación del carácter privado de la relación entre parte y of. judic.

§ 22

El canciller (1).

1 *En general.*—(Ley 6 Diciembre 1865 sobre org. jud., artículo 152 y sigs; reg. pen. jud., art. 24 y sigs.; ley 18 Julio 1907; Ley 13 Julio 1911). También el canciller es parte integrante de todos los tribunales (art. 3, ley org. jud.). En toda Corte, tribunal, pretura, hay un canciller. Puede haber también vicescancilleres, adjuntos de cancillería y practicantes (L. 18 Julio 1907, art. 1; Ley 13 Julio 1911, art. 2). En caso de absoluta urgencia o necesidades del servicio puede ser aplicado temporalmente por el ministro (por seis meses prorrogables por otros seis por una sola vez), un vicescanciller o un adjunto de uno a otro oficio judicial de distritos diferentes; y otro tanto puede hacer el primer presidente de la Corte de Apelación respecto de los oficios judiciales del propio distrito (Ley citada art. 19). En caso de vacante, ausencia, impedimento del canciller de una pretura, el primer presidente de la Corte de apelación, oído el procurador general, puede, bajo las mismas condiciones, encargar temporalmente de hacer sus veces al canciller de una de las preturas limítrofes (art. 8, ley 13 Jul. 1911). En caso de falta o impedimento del canciller, vicescanciller o adjunto, hacen sus veces los correspondientes funcionarios de otra autoridad judicial del lugar, o de la oficina del público ministerio, o un practicante, o en defecto de estos un notario en ejercicio o el secretario o vicesecretario municipal (art. 20, ley 18 Jul. 1907).

Las autoridades judiciales en todos los actos en que procedan, deben estar asistidas por canciller o por quien legalmente haga sus

(1) MATTEIROLLO, *Trattato*, I, n. 566 y sigs.; MORTARA, *Comm.* II, número 554 y sigs.; WACH, I, págs. 320, 328, 345; SCHMIDT, 2.^a ed. §§ 34, 35; HELLWIG, II, § 82.

vices (Cód. proc. civ., art. 53). Es función fundamental del canciller, proveer a la *documentación* de cuanto ocurre ante la Autoridad judicial (juez único o colegio, presidente, juez delegado), o por parte de la autoridad judicial, ya extendiendo los actos, ya *refrendando* la firma que el juez pone en ellos (1). Se exceptúa de esta regla el caso particular previsto en el art. 755, Cód. proc. civil, en que el juez puede producir un decreto sin asistencia del canciller.

II. *Particulares atribuciones.*—Según el art. 3 de la ley sobre cancellerías, 18 Jul. 1907 (correspondiente al art. 2 de la ley 2 Julio 1903 y al art. 153 de la ley 1865 sobre org. jud.), los cancelles asisten a los juicios en las audiencias y en el ejercicio de sus funciones, refrendando las firmas, reciben los actos judiciales y públicos concernientes a su oficio, hacen los registros de los actos, los conservan en depósito y expiden sus copia; y extractos en los términos señalados por las leyes de procedimiento y cumplen todas las demás funciones que las leyes y reglamentos les confieren. Estas distintas funciones pueden separarse en dos grupos: las que el canceler ejerce concurriendo con el juez en ciertas actividades procesales y las que cumple por sí solo.

A) El canceler concurre con el juez en actividades procesales cuando redacta las actas de audiencia ante los conciliadores (ley 16 Jun. 1892, art. 18), y pretores (Cód. proc. civ., art. 416), y las hojas de audiencia (Reg. gen. jud., art. 248), en las audiencias de los tribunales; las actas de las pruebas (Cód. proc. civ., art. 211). Requiere también su intervención en las sentencias (Cód. procesal civ., art. 360, núm. 9), y en las ordenanzas (art. 362), y en los decretos y resoluciones en general (Reg. gen. jud., art. 303); co-

(1) Es tendencia de muchas legislaciones modernas elevar las funciones del canceler. Según el § 104 del Reg. proc. germ. modificado por la disposición de 1.º Jun. 1909, la decisión de la cuantía de los gastos se atribuye al canceler sin perjuicio de la reclamación al juez. Según el § 89 del Reg. proc. de Basilea (ciudad) 8 Feb. 1875, el canceler tiene voto consultivo en las deliberaciones de los jueces. También según el § 206 del Reg. proc. de Basilea (prov.) 20 Feb. 1905.

responde al cancelar la *publicación* de la sentencia (art. 365); antes de la publicación el canceller no puede dar copia de la sentencia, bajo responsabilidad de orden penal (art. 55, Cód. proc. civ.)

En todas estas funciones el canceller ejercita una función autónoma, no es un simple ayudante del juez, un escribiente; por lo tanto, la falta del canceller hace imposible el acto jurisdiccional, como la falta de su firma vicia el documento del acto, pero así como este vicio puede ser subsanable, el primero no.

B) En otros casos en cambio, realiza actividades procesales *por sí solo* en representación del tribunal. A él se le entregan las instancias dirigidas al juez fuera de la audiencia; él es el trámite necesario para la entrega de las memorias de las partes al juez (artículo 233, Reg. gen. jud.). Obra también solo cuando expide copias de sentencias y ordenanzas (arts. 369 y 916) y de otros actos judiciales, lo cual desde la ley 8 Ag. 1895 devino función exclusivamente suya. Así también cuando recibe actos de las partes, como los actos de fianza (Cód. proc. civ., arts. 239 y 463), la declaración del *terzo pignorado* (Cód. proc. civ., art. 615); la declaración de aumento en el precio de la venta (Cód. proc. civ., artículo 680); la *obligación* del art. 723, Cód. proc. civ.; la declaración de domicilio (Cód. proc. civ., arts. 158 y 159). Por último, tiene funciones también más directas de *participación* en el proceso, como la aposición de la fórmula ejecutiva (Cód. proc. civil, artículos 556 a 916); la venta de muebles (Cód. proc. civ., art. 627); la formación del bando de inmuebles (Cód. proc. civ., arts. 666, 687 y 689); el aviso a los acreedores del depósito, del estado de graduación y de la fecha para las observaciones (Cód. proc. civil artículo 116); la expedición de las notas de colocación (Cód. procesal civ., art. 717). Además de esto, el canceller hace inventarios (Código proc. civ., art. 866); ofertas reales (Cód. proc. civ., artículo 902).

Como *depositario público*, en relación con las exigencias de la jurisdicción, recibe:

1.º Los actos y documentos del pleito (Cód. proc. civ., artículos 158, 159, 166, 167, 177, 393, 394, 419 y 301; ley 31 Marzo 1901, artículos 1 y sigs., Reg. 31 Ag. 1901, arts. 13 y sigs.). Y no sólo de las partes sino también de otras personas como las pericias (Cód.

go proc. civ., art. 265); el estado de graduación (Cód. proc. civil, artículo 711); los actos de la venta (Cód. proc. civ., art. 650); de la dejación (Cód. proc. civ., arts. 744 y 747), etc.

2.º Los objetos preciosos pignorados (Cód. proc. civ., artículo 650); cantidades de dinero (art. 672, Cód. proc. civ.), etc.

Los actos depositados en el canciller, provisional o definitivamente, son *conservados* por él.

El canciller tiene numerosos registros, algunos en relación inmediata con el desarrollo del proceso (*registro general de expedición*, art. 214, Reg. gen. jud., Cód. proc. civ., arts. 173 y 390, *registro de audiencia*, art. 226, Reg. gen. jud., Cód. proc. civ., artículo 179); otros destinados a hacer fe de los depósitos (Cód. proc. civ., arts. 158, 159, 166, 393, 394 y 395; ley 31 Mar. 1901, art. 5; Real decreto 31 Ag. 1901, art. 13 y sigs., Reg. gen. jud., art. 199, Reglamento 10 Dic. 1882, art. 35); y otros numerosos concernientes a sus funciones procesales o de contabilidad (Reg. gen. jud., artículos 192, 274, 275, 277, 278, 279, 280 y 296; ley org. jud., art. 154; arancel jud., arts. 411 y sigs.; ley sobre los actos de cancelería 8 Agosto 1895).

Entre estos registros debe citarse el registro civil para la anotación de los gastos a débito en los pleitos con defensa gratuita (§ 6). Además los canceleros pueden promover ejecuciones para pagos que les sean debidas en su cualidad o al Estado (arancel jud., art. 411 y sigs.).

§ 23

El Ministerio público (1).

I. *En general.*—(Ley ó Dic. 1865, sobre la organización judicial, arts. 129 y sigs.; ley 28 Nov. 1875). En las Cortes y en los tribunales, lo mismo que en las preturas, pueden ser ejercidas las funciones del M. P., pero la *oficina permanente* del M. P. sólo existe en las Cortes y en los tribunales (arts. 2 y 13, ley org. jud.).

El M. P. (con este nombre indica la ley su oficio, con otros nombres los órganos que de él están revestidos), es oficio *activo*, que tiene por misión fundamental *promover* el ejercicio de la función jurisdiccional, en interés público, y determinar acerca del modo de ejercitarla. Y esta misión es *obligatoria* en nuestra ley (principio de *legalidad*; Cód. proc. pen., arts. 1 y 2); no puede hacerse depender su ejercicio de consideraciones de oportunidad (principio de *oportunidad*) (2). Lo cual no impide la libertad de juicio del M. P. sobre el fundamento de la acción. Sus atribuciones las enumera así la ley: «vela por la observancia de las leyes,

(1) SCLOPIS, *Dell'autorità giudiziaria*, caps. IV y VI; PERTILE, *Storia della procedura*, § 233; DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, I, pág. 309 y sigs.; STEIN, *Geschichte des französischen Strafrechts und Processes*, pág. 670 y sigs.; MARIANI, *Ord. giudiziario*, pág. 251 y siguientes; MATTIROLO, *Trattato*, I, n. 498 y sigs.; MORTARA, *Principii di ordinamento giudiziario*, cap. X; *Comm.* III, n. 363 y sigs.; LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, n. 191 y sigs.; CARCANO, *Il pubblico ministero*, 1868; BRUNELLI, *Del pubblico ministero*, 1904; MITTERMAIER, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit, und das Geschwornengericht*, 1845; págs. 309-333; GARSONNET, *Traité*, I, § 186 y sigs.

(2) Acerca de la relación y límites de estos dos poderes véase SCHWARZE en HOLTZENDORFF, *Handbuch des Strafprozessrechts*, II, página 589.

por la pronta y regular administración de la justicia, por la tutela de los derechos del Estado, de los entes morales y de las personas que no tienen plena capacidad jurídica, provocando con este fin en los casos de urgencia, las resoluciones conservadoras; promueve la represión de los delitos; hace cumplir las sentencias penales y aún las civiles, en cuanto interesen al orden público», (artículo 139 y 144, ley org. jud.). En otros términos, el M. P. personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción en los órganos jurisdiccionales; no es por lo tanto, en sí mismo, un órgano jurisdiccional, puesto que, si bien es funcionario del orden judicial (art. 6, ley org. jud.), en realidad está investido de una función administrativa; y en tal sentido dice la ley que el M. P. *es el representante del poder ejecutivo cerca de la autoridad judicial* (artículo 129, ley org. jud.), y por esta razón lo pone bajo la dirección del ministro de la Justicia (art. 129). Pero tanto la institución en sí misma como el modo en que nuestra ley la regula, siempre han sido objeto de discusión; considérase por muchos como una reiteración inútil y peligrosa esta persona al lado de los magistrados, pudiendo confiarse a estos mismos sus funciones, aunque tengan carácter administrativo; muchos descubren aún una prueba de desconfianza hacia los magistrados mismos, tanto más cuanto que a la organización del M. P. en Francia no ha sido extraño el elemento político. Otros proponen que el M. P. sea conservado como cuerpo independiente distinto de la magistratura que juzga, pero sustraído a la dependencia del poder ejecutivo ya que es, como se dice, el *representante de la ley* (1), con lo cual quiere decirse el *órgano del interés público en la actuación de la ley*.

II. *Particulares atribuciones.*—Distinguiremos las atribuciones en materia penal y en materia civil y las atribuciones menores.

A) *En materia penal* (Cód. proc. pen., arts. 38, 57, 481, etcétera). El M. P. tiene ante todo la *dirección* de la policía judicial, esto es, de la actividad pública de carácter administrativo confiada a los diferentes órganos indicados en el art. 57, Cód. proc. penal,

(1) Véase *Referendum* entre los magistrados en la *Giustizia*, 1906, página 80. Véanse además los citados antes.

que tienen por objeto *investigar* los delitos, *recoger* sus pruebas, *proporcionar* a la autoridad judicial todas las indicaciones que pueden conducir a descubrir a los culpables (art. 56). El M. P. en cambio, no está llamado a realizar actos de *instrucción*, lo cual es propia y verdaderamente actividad jurisdiccional, aunque confiada a órganos que son al mismo tiempo funcionarios de policía judicial. Sólo cuando se trate de flagrante delito que lleve la pena de detención o de reclusión superior a tres meses o pena mayor; o de delito cometido en el interior de una casa, si el jefe de familia requiere al procurador del Rey para declararlo, el órgano del Ministerio P. tiene las facultades atribuídas al juez instructor (arts. 46 a 50), para proceder a todos los actos oportunos para asegurar y declarar el cuerpo y las huellas del delito, para la detención de los complicados, para la excusión coercitiva de testigos, etc. Pero la atribución normal del M. P. es la de *parte instante*; hace «al juez instructor las oportunas instancias para la declaración del hecho y el descubrimiento de los autores y de los cómplices» (art. 43), y puede hacer oposición a las ordenanzas del juez instructor y de la cámara de consejo (art. 260). Si se trata de delitos en los cuales puede pedirse la *citación directa* del imputado a audiencia pública sin instructoria precedente, y el M. P. estima valerse de tal facultad, podrá proceder también directamente a las oportunas *informaciones preliminares* (arts. 43 y 371). En la audiencia el Ministerio P. conserva la cualidad de *parte instante*; incluso si se trata de acción penal privada, ésta después de *promovida* por el particular, ejercítase por el M. P. (art. 2). Como actor el Ministerio P. produce sus instancias o solicitudes por medio de conclusiones motivadas (art. 42); pide la citación del imputado, a menos que esta en los reatos de acción privada de competencia, tanto del tribunal como del pretor, sea pedida por la parte lesionada (arts. 371 y 331), o en los delitos de acción pública, de competencia del pretor, sea ordenada directamente por el pretor (artículo 331); debe concluir, puede apelar (arts. 353 y 399); puede recurrir en casación (art. 639), incluso en interés de la ley (artículos 642 y 684; ley org. jud., art. 148). Por último, al M. P. corresponde la *policía de las audiencias*, que como vimos, forma parte del contenido del poder jurisdiccional (§ 18), durante el tiempo en

que el tribunal o la Corte encuéntrase recogidos en cámara de consejo (art. 619 y 620).

B) *En materia civil.* El M. P. actúa mediante *acción o requisitorias* (conclusiones o dictamen). Por vía de *acción*, puede obrar para hacer cumplir y observar las leyes de orden público y que interesan los derechos del Estado, en cuanto tal acción no esté atribuida a otros (ley org. jud., art. 139). En particular procede por vía de *acción* en los casos de los arts. 87, Cód. civ.; 797, Código proc. civ.; 104, 112 y 114, Cód. civ.; 260, Cód. civ., y 815 Código proc. civ.; 326, Cód. civ.; 841 y 842, Cód. proc. civ.; 134 y 135, Real decreto 15 Noviembre 1865, sobre organización del estado civil; y cuando recurre en casación en interés de la ley (art. 519 Código proc. civ.; art. 148, ley org. jud.). Por vía de *requisitoria* o *dictamen*, el M. P. obra, no como parte litigante, sino como representante del interés público, en un asunto que se ventila *entre otros*, y en los asuntos de jurisdicción voluntaria. En los pleitos ante la Corte de Casación civil, concluye siempre y aún asiste a las deliberaciones de la Corte (art. 143, L. org. jud.; art. 538, Código proc. civ.); en cuanto a los pleitos ante Cortes y tribunales, el artículo 346, Cód. proc. civ., enumeraba muchos casos en los cuales se exigían sus conclusiones; y los arts. 141, ley org. jud., y 258 Reglamento gen. jud., prescribían la asistencia del M. P. a todas las audiencias.

Pero la ley 28 Noviembre 1875, modificó tales disposiciones, limitando la *obligación* de la asistencia y de las conclusiones, a los casos en los cuales el M. P. procede por vía de acción y a los *pleitos matrimoniales* (1), salvo la *facultad* de pedir la comunicación de los actos, y concluir en *todos* los pleitos (art. 346, Cód. procesal civ., 140, L. org. jud.), para la *observancia de la ley y en interés de la justicia* y salvar las atribuciones en los asuntos de jurisdicción voluntaria y en las funciones que le están confiadas por

(1) Discútese si entre los pleitos «*matrimoniales*» se comprenden aún hoy los de separación personal, que el art. 346, n. 4 mencionaba expresamente. V. MATTIROLLO, *Trattato* I, n. 520; CUZZERI, *Sull'art. 810*, n. 1; MORTARA, *Commentario*, III, n. 364.

leyes especiales y ajenas a los juicios civiles. También es cuestionable si el M. P. debe siempre concluir en los casos en que la ley no habla de conclusiones pero exige un *dictamen*. No hay motivo para estimar que la ley distingue entre *dictamen* y *conclusión*; en todo caso el M. P. da mediante *conclusión* su *dictamen*, y por tanto, debe considerarse desechada la necesidad de ambos. Mayor motivo de duda presenta el art. 942, Cód. proc. civ., por la especial naturaleza del juicio de *delibazione* en el que no se trata de pronunciar sobre una relación controvertida, sino de controlar los actos realizados por la autoridad extranjera, antes de admitirlos al reconocimiento en Italia; este oficio de control al que concurre el M. P. con la autoridad judicial, acérquese al que realiza por sí solo, respecto de los actos que se notifican en el Reino (artículo 947), y cuya atribución no se discute (1). En los asuntos de jurisdicción voluntaria el M. P. concluye en varios casos, Código civil, art. 200, 216 y 235; Cód. proc. civ., art. 2, 316 y 845.

C) *Atribuciones menores*. Son muchísimas, y nos referiremos a las principales:

a) El M. P. promueve la acción disciplinaria sobre los jueces (artículo 231, 238, 239 y 240, L. org. jud.), y la instancia para la declaratoria de destitución o remoción de los jueces inamovibles (artículos 206 y 207), V. L. 24 Julio 1908, art. 20 y sigs.

b) Tiene la vigilancia sobre los cancilleres y oficiales judiciales (arts. 246 a 254, Ley org. jud.).

c) Puede hacer representaciones al tribunal o a la Corte para la observancia de las leyes y reglamentos o por asuntos relativos al servicio o a la disciplina (art. 149).

d) Hace relación de la administración de la justicia en el año precedente, en la circunscripción de la Corte de Apelación y de Casación, en la Sesión general de inauguración del año jurídico

(1) MORTARA, *Comm.*, V. n. 47 entiende que «por la especialidad del juicio» las conclusiones *podían* ser conservadas. La Casación de Turín 27 Abril 1896 (*Giurisprudenza torinese*, 1896, p. 494) las ha estimado conservadas. En contra: Cas. Roma 27 Junio 1911 (*Giurisprudenza it.* 1911, p. 1.091.)

de las Cortes (art. 150, ley cit., modificado por el art. 11, ley 14 Julio 1907).

e) Tiene la vigilancia sobre la defensa gratuita (R. D. 6 Diciembre 1865, arts. 23 y 27).

f) Promueve el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria de los Consejos de disciplina de los procuradores (ley sobre abogados y procuradores, 8 Junio 1874, art. 52; y ejerce la vigilancia sobre los notarios, consejos y archivos notariales), (ley del Notariado 25 Mayo 1879, art. 106).

g) Debe dar su dictamen en diferentes actos, como el nombramiento, suspensión, dispensa, revocación de los conciliadores (ley 16 Junio 1892, art. 2); dispensas matrimoniales (org. est. civil, artículo 81); cambios de apellido (org. est. civ., art. 119).

Los miembros del M. P. en el ejercicio de sus funciones tienen derecho de requerir directamente la fuerza armada (art. 151, ley org. jud.).

III. *Órganos del M. P.* En cuanto a los *órganos* investidos del oficio del M. P. son: en los tribunales, los *procuradores del Rey* y sus sustitutos; en las Cortes de apelación, los *procuradores generales* y sus sustitutos; lo mismo en la Corte de Casación, pero la de Roma tiene también un *abogado general*. El grado de *abogado general* de Corte de apelación, introducido por la organización de 1865, suprimido por la ley 1875, fué restablecido por la de 28 Junio 1908. Los abogados generales, en número de diez, están asignados a las Cortes de apelación, o secciones separadas de C. de A. para ejercer las funciones que les están confiadas por los procuradores generales y sustituirles en su falta o impedimento (art. 3, ley 28 Junio 1908). Las funciones del M. P. en las preturas, se ejercen por jueces adjuntos o auditores judiciales después de seis meses, por lo menos, de prácticas o por vicepretos o delegados de seguridad pública; en su defecto por el alcalde, vicealcalde, consejero municipal delegado, secretario municipal o su sustituto; si falta en la audiencia uno de estos funcionarios, provisionalmente, por un abogado, notario o procurador que resida en el mandamiento (L. org. jud., art. 132; L. 14 Julio 1907, art. 14). En cuanto a la distribución de las funciones entre los diversos re-

presentantes del M. P., unas son comunes a todos, según la competencia del tribunal en el que las ejercen; otras reservadas al procurador general (arts. 79, 81, 119 y sigs., 131, 132, R. D. sobre la organización del estado civil 1865).

Faltando o hallándose impedidos todos los miembros del Ministerio P., dispone el art. 138, Ley org. jud., que ejercite temporalmente sus funciones ante las Cortes «el último consejero *no impedido*»; ante los tribunales civiles y penales, un juez adjunto o el juez más moderno. En este caso es evidente que el órgano juzgador llevado temporalmente a las funciones del M. P. no puede al mismo tiempo funcionar como juez y participar en la votación. En efecto, en la deliberación de la sentencia no pueden participar más que aquellos *juces* que han asistido a la discusión del pleito (Código proc. civ., art. 357), y aquí la ley habla de juez en sentido amplio, o sea como órgano juzgador. Además, el M. P., no puede regularmente ni siquiera asistir a la votación, mucho menos participar en ella (ley org. jud., 1865, art. 143); y el nombre de «Ministerio Público» comprende, tanto a los órganos ordinarios del Ministerio Público, como a los órganos extraordinarios y provisionales. Por lo demás, el mismo art. 138, Ley org. jud., diciendo que hace de M. P. el consejero *no impedido*, excluye que pueda desempeñar funciones de M. P. un órgano juzgador *en el mismo pleito*, porque precisamente este órgano estaría *impedido*. Por último, basta pensar que las conclusiones del M. P. no son exigidas por mera formalidad, sino porque en ciertos pleitos, el interés público tiene necesidad de una defensa *orgánicamente* diversa, además de la que ya recibe del juez, para comprender que no se puede ser *en el mismo pleito* órganos juzgadores y órganos concluyentes (1).

Los particulares oficios del M. P. son *unidades indivisibles*, en el sentido de que cada uno de sus componentes puede actuar para el oficio, según la distribución de las atribuciones, hecha por

(1) La Corte de Cas. de Roma casó una sentencia de la Corte de Ap. de Aquila en la cual había participado un consejero que al mismo tiempo había conclusionado como M. P.: 16 En. 1904 (en la *Giust. amm.* 1904, III, p. 16.)

el jefe del oficio; por tanto, un acto puede estar iniciado por uno de los componentes del oficio y seguido por otro.

Cada uno de los componentes en sus atribuciones, es *autónomo*, obra y concluye por su cuenta según el propio convencimiento, éste no puede ser coartado por los superiores. La vigilancia del M. P. corresponde al Ministro de G. y J., y a los jefes de los oficios en particular, respecto de los miembros del oficio (además de los procuradores generales en las Cortes de apelación, respecto de todos los oficiales del distrito; a los procuradores del Rey, respecto de los oficiales del *circondario*), art. 242 y sigs., ley org. judicial. La autoridad juzgadora no puede ejercer censura sobre él, salvo el derecho de hacer *representaciones* sobre su aptitud, y salvas las atribuciones de la policía de las audiencias (art. 245). La disciplina del M. P. regúlase por la ley 24 Jul. 1908 (art. 31 y siguientes). En todo oficio del M. P., hay un secretario y puede haber varios sustitutos secretarios, adjuntos de secretaría y practicantes, cuyas funciones expresa el art. 166, ley org. jud., 1865 y ley 18 Julio 1907, arts. 4 y 5 (véase también art. 52, Cód. proc. pen.)

§ 24

Personas auxiliares.

I. *Concepto.*—Bajo el nombre genérico de *personas auxiliares*, compréndense las personas extrañas al tribunal y a las partes que realizan en el proceso particulares operaciones, pedidas por las partes o por los órganos del tribunal, para los fines del proceso, y necesarias para el desarrollo regular de la función jurisdiccional.

II. *Particulares personas auxiliares.*—Pueden ser privadas o revestidas de un oficio público.

a) *El Ministerio Público.*—Además de sus funciones autónomas y activas, el M. P. tiene a veces oficio de persona auxiliar, así para las citaciones de personas en ignorado paradero (Cód. procesal civ., art. 141), o residente en el Extranjero (Cód. proc. civil, artículo 142), o cumpliendo el servicio militar (Cód. proc. civ., artículo 143), o para otras citaciones por edictos (Cód. proc. civil, artículo 146). En el caso de citación al extranjero, preséntase también como persona auxiliar el Ministerio de Estado y el agente diplomático consular que transmite la citación.

b) *El Correo.*—También entre nosotros comienza a utilizarse el correo para las notificaciones (avisos a los acreedores, Código Com., art. 774; citación por carta certificada en los juicios relativos a emigración, Reg. 10 Jul. 1901, art. 84, de la ley 31 En. 1901; actos diferentes de las citaciones, sentencias, gravámenes, art. 10, Real decreto 26 Mar. 1911, núm. 331, sobre la constitución de las magistraturas especiales) (1).

(1) Aplicación general, de tipo alemán, fué propuesta en el proyecto de reformas procesales presentado por ORLANDO al Congreso de los Diputados el 24 May. 1909, art. 5 y sigs. Véanse las observaciones de PASCUCCI R. en la *Rivista delle Comunicazioni*, 1910, p. 213.

c) *Las Cajas postales de Ahorro*, para el servicio de depósito de cantidades, antes facultativo (ley 29 Jun. 1882), ahora obligatorio (ley 10 Ab. 1892), salvo el derecho de las partes, en los asuntos comerciales, de hacer de común acuerdo el depósito en cualquier institución de crédito y también en un banquero particular (artículo 878, Cód. Com.).

d) *La Caja de Depósitos y Préstamos*, para el depósito fructífero de cantidades cuando lo disponga el tribunal o por el artículo 672, Cód. proc. civ.

e) *El «Ricevitore» del Registro*, para la recepción de los depósitos en concepto de multa en los medios [extraordinarios de impugnación de las sentencias (Cód. proc. civ., art. 506, 516 y 521)].

f) *Los oficios de Depósito Público*, para el depósito de objetos diferentes de cantidades de dinero, como mercancías, etc.

g) *La Policía*, en la instrucción penal y para las sumarias informaciones del juez (Cód. proc. civ., art. 696, Cód. proc. civ., artículo 925).

h) *La Fuerza Pública*, (Cód. proc. civ., art. 576 y 355).

i) *Custodios, secuestratarios, terceros pignoratarios*, (Código civil, art. 2.085; Cód. proc. civ., arts. 597, 600, 602, 666 y sigs., 612, 644, 748, 758, 921, 930 y 937).

k) *Testigos*, llamados a asistir en los actos procesales (Código proc. civ. arts. 594, 742, 746 y 930).

l) *Los peritos* (Cód. proc. civ., arts. 252, 276, 623, 628, 643, 663 y 317).

m) *Los árbitros conciliadores*, (Cód. proc. civ., art. 402).

§ 25

**Formación de los funcionarios judiciales
y su condición jurídica.**

I. *En general.*—Los funcionarios públicos en el proceso son regularmente *empleados* del Estado; personas llevadas a la dependencia del Estado *permanentemente y con sueldo* (1); son excepción, sin embargo, los conciliadores, los vicepretos mandamentales, los *probiviri*, los jurados, muchos que componen las jurisdicciones especiales (junta provincial administrativa, juntas de árbitros), los ujieres y cancilleres de los conciliadores, los alcaldes y secretarios municipales que desempeñan funciones de M. P. en las preturas. Análogamente los funcionarios judiciales son empleados organizados en *carrera judicial*. El concepto de carrera es doble; significa de un lado la disposición dada por un individuo a la propia actividad, de otro el complejo de los órganos públicos cuya actividad está destinada exclusivamente a un oficio determinado (en este caso el judicial). Son excepción aquí los funcionarios de policía destinados a desempeñar funciones de M. P. en las preturas (art. 132, ley org. jud., 6 Dic. 1865), los cónsules, los que componen los tribunales militares, los capitanes y oficiales de puerto; los inspectores de emigración y otros, que son empleados del Estado pertenecientes a carreras diferentes de la judicial. A veces, el funcionario judicial tiene *dos* funciones judiciales (p. ej. pretor presidente de los *probiviri*; presidente de tribunal en las comisiones de emigración y en las electorales). A veces funciones judiciales *en casos determinados*, están atribuidas a personas extrañas; así al notario en cuanto está llamado a sustituir al canciller que

(1) PACINOTTI, *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni*, 1907, pág. 112.

falta o está impedido (ley 18 Jul. 1907, art. 20); en cuanto a pone la fórmula ejecutiva (Cód. proc. civ., art. 556), y en cuanto le puede ser confiada la venta de muebles (Cód. proc. civ., art. 627). Enteramente especial es la figura del recaudador de las contribuciones (texto ún., 29 Jun. 1902), que tiene funciones *ejecutivas* para la exacción de cantidades debidas por los contribuyentes como encargado de las exacciones.

II. *Condiciones para el nombramiento en los oficios judiciales.* Unas son *generales*, otras *especiales* a cada oficio.

A) *Condiciones generales.* Para ser admitido a funciones u oficios judiciales es necesario (ley org. jud., 6 Dic. 1865, art. 9):

1.º Ser ciudadano del reino.

2.º Tener el ejercicio de los derechos civiles.

3.º No haber sufrido condenas penales de las que excluyen del cargo de *jurado* (ley org. jud., art. 87, sustituido por el artículo 5, de la ley 8 Jun. 1874 sobre las *assise*).

B) *Condiciones especiales para cada oficio.* Además de las condiciones generales comunes a todos los oficios, cada uno en particular tiene las suyas, diversas según la importancia del oficio (funcionarios juzgadores y del M. P., cancilleres, oficiales judiciales).

a) *Funcionarios juzgadores y del M. P.* Conviene distinguir entre los que pertenecen o no a la carrera judicial.

1.º *Funcionarios pertenecientes a la carrera judicial.* (leyes sobre org. jud., 6 Dic. 1865, 8 Jun. 1890, 18 Jul. 1904, 14 Jul. 1907). Hay dos maneras de ingresar en la carrera judicial, mediante el nombramiento de *auditor judicial* y el correspondiente *aprendizaje*; mediante el *nombramiento directo*. En nuestra ley prevalece el primer sistema y el segundo tiene alguna aplicación aislada (ley 8 Junio 1890, art. 1).

El nombramiento de auditor judicial hácese por concurso anunciado por decreto ministerial para un número determinado de plazas (ley 8 Jun. 1890, arts. 2 y 3; ley 14 Jul. 1907, art. 12; Real decreto 14 Nov. 1907, arts. 1 y sigs., y R. D. 16 Mayo 1909, número 270 que modifica algunos arts. del precedente). Las condiciones para ser nombrados auditores, además de las generales son:

a) Haber conseguido la licenciatura en Derecho en una Universidad del reino).

b) Haber cumplido 20 años y no llegar a los 30 de edad, (ley 8 Jun. 1890, art. 2, núm. 1; R. D. 14 Nov. 1907, art. 21).

c) Haber obtenido la declaración de idoneidad en el correspondiente examen sobre las materias indicadas por la ley 14 Julio 1907, art. 12 (1).

No se admiten a concurso.

a) Los que cumplen los 21 años después del día establecido para comenzar los exámenes (R. D. 14 Nov. 1907, art. 9).

b) Los que por las informaciones oficiales hechas, no resulten de moralidad y de conducta absolutamente incensurables (ley 8 Jun. 1890, art. 2; R. D. 14 Nov. 1907, art. 5, 4.º párr.).

c) Aquellos que en dos concursos precedentes no hubiesen resultado idóneos (ley 14 Jul. 1907, art. 12, R. D. 14 Nov. 1907, artículos 5 y 22).

Se nombran auditores, por decreto ministerial, los primeros clasificados dentro de los límites de las plazas sacadas a concurso (ley 14 Jul. 1907, art. 12; R. D. 14 Nov. 1907, art. 21).

También por decreto ministerial destínase a los auditores a los *colegios juzgadores* y a los oficios del M. P. Asisten a las audiencias civiles y penales, y son agregados a los magistrados juzgadores y a los funcionarios del M. P. para atender a los estudios y a los trabajos que les sean confiados (ley 14 Jul. 1907, art. 13). Después de *seis meses* por lo menos de aprendizaje, el auditor puede ser destinado por decreto ministerial, a prestar servicio en las preturas para ejercer en ellas las funciones del M. P. y las funciones judiciales más sencillas, esto es, las instructorias civiles y penales y en las preturas urbanas los juicios de faltas, y en fin, las funciones de jurisdicción voluntaria (art. 14) (2). Cumplido *un año*, por

(1) Según el proyecto de reformas ahora aprobado por el Senado se excluirían el Derecho internacional y el canónico actualmente obligatorios en el examen oral.

(2) Ley 19 Marz. 1911, n. 200, art. 1: «Pueden ser enviados todos los años en misión al extranjero para estudiar durante ocho meses, auditores judiciales en número que no exceda de cuatro. Los auditores pueden ser

lo menos, de aprendizaje efectivo, el auditor será *habilitado para las funciones* judiciales mediante declaración del consejo judicial en el tribunal; el auditor que durante dos años consecutivos no consiga la declaración de habilitación está dispensado del servicio. Los auditores ya habilitados para las funciones judiciales pueden ser llamados a realizar las funciones del pretor que falte o se halle impedido, o a regentar las secciones de pretura, siempre de un número no superior a 75 (arts. 15, 3 y 7).

A base de la declaración de habilitación, el auditor será nombrado por R. D. *juez adjunto*. El juez adjunto ejerce funciones judiciales; los más modernos van a los tribunales a ejercer las funciones de juez o de sustituto procurador del Rey, o son destinados en función de vicepretos a los mandamientos más importantes; transcurrido un período mínimo de 18 meses en la categoría de adjunto, los adjuntos son destinados a ejercer las funciones de pretos en los mandamientos. Pero el adjunto no pertenece aún definitivamente a la magistratura: deviene magistrado efectivo sólo cuando consigue la categoría de *juez* o de *sustituto procurador del Rey*. Los adjuntos son promovidos a esta categoría para *tres quintos* de las plazas, según el criterio de *antigüedad* combinado con el de mérito (manifestado este por el consejo judicial de la Corte de apelación con declaración de *promovible*), y para *dos quintos* con arreglo al criterio único de *mérito* (reconocido en exámen, al cual son admitidos los adjuntos después de tres años, por lo menos, de funciones). El adjunto que no obtenga la declaración de promovibilidad dentro de dos años por el turno de antigüedad, será dispensado del servicio (ley 14 Jul. 1907, arts. 16, 17, 18, 19 y 20; ley 8 Jun. 1890, art. 16; R. D. 8 Dic. 1907, núm. 773, artículos 9 a 18) (1).

además destinados a realizar estudios especiales de perfeccionamiento en institutos científicos del Reino, en número que habrá de fijarse cada año por decreto del Ministro guardasellos» (Reg. correspondiente 28 Julio 1911, n. 822).

(1) Según la ley org. jud. 6 Dic. 1865 el auditor judicial tenía dos caminos diversos, el de adjunto judicial y el de pretor (art. 22). La ley 8 Junio 1890 unificó la carrera poniendo como grados sucesivos y necesarios los de adjunto judicial y de pretor. La ley de 1907 suprimió el grado de

Los *jueces* pueden ser destinados tanto a formar parte de los tribunales como a ejercer las funciones de pretor. La promoción al grado sucesivo (grados equiparados de consejero de Corte de apelación, presidente de tribunal, procurador del Rey y sustituto procurador general de Corte de apelación), tiene lugar también para *tres quintos* según el criterio de *antigüedad* combinado con el de mérito, declarado este por el consejo judicial de la Corte de apelación, con declaración de *promovibilidad* y para *dos quintos* por el único criterio de *mérito*, que se reconocerá mediante concurso ante el consejo superior de la magistratura (ley 14 Jul. 1907, artículos 21, 22, 23 y 24; R. D. 8 Dic. 1907, núm. 773, arts. 19 a 26, modificado por R. D. 10 Jun. 1909, núm. 367 y 2 Sep. 1909, número 658). La anterior promoción a las categorías equiparadas de consejero de Casación, presidentes de sección de Cortes de apelación y sustitutos procuradores generales de Corte de casación, se hace únicamente por mérito, mediante concurso (ley 14 Jul. 1907, artículo 25). Son elementos de juicio las informaciones transmitidas al efecto por los consejos judiciales y por los jefes de las Cortes, acerca del talento, doctrina, laboriosidad, carácter, conducta del concursante, un cierto número de sentencias, ordenanzas, requisitorias redactadas por él y los trabajos, títulos y documentos

pretor, mezclando las funciones de los adjuntos y de los jueces, que pueden por lo mismo ser destinados tanto a las funciones de juez único como a formar parte del juez colegiado de primera instancia.

Según el proyecto de reformas ahora aprobado por el Senado, vuélvese a los dos grados paralelos: los auditores, después de *un año* de aprendizaje efectivo, comprendido el servicio de vicepretor, pueden ser nombrados pretores, a su instancia, previo un examen práctico (art. 5); o también después de *dos años* pueden ser nombrados jueces o sustitutos procuradores del Rey por concurso (art. 9). Los pretores, se dividirían en cuatro categorías; y los que hubiesen llegado a la primera como promovibles a elección serían admitidos al escrutinio para la promoción a consejeros de Corte de apelación mediante la clasificación de promovibles a elección dentro del límite de un tercio de las plazas asignadas a los jueces y procuradores del Rey análogamente clasificadas (art. 10).

que él pueda presentar (1). Por último, el nombramiento para los altos grados de la magistratura (primeros presidentes y procuradores generales de Corte de apelación, primeros presidentes, procuradores generales, presidentes de sección y abogado general de Corte de Casación), tiene lugar mediante deliberación del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de G. y J. (art. 27), (2).

(1) Según el proyecto de reformas ahora aprobado por el Senado se suprimiría el concurso. Los jueces y sustitutos procuradores del Rey, los consejeros de apelación y grados equiparados, después de ocho años los primeros y seis los segundos serían seleccionados por orden de antigüedad, promoviéndose para cuatro quintos y para nueve décimos respectivamente de las plazas disponibles los promovibles a elección (con preferencia para los promovibles por mérito excepcional) y para un quinto y un décimo los promovibles (arts. 10 y 11).

(2) La ley 14 Jul. 1907 propúsose principalmente: *a)* mejorar el servicio de las preturas, ya unificando los grados de pretores y jueces, lo cual permite destinar los funcionarios a las funciones del juez único o de juez colegiado y reglamentar la permanencia en unas u otras, según las aptitudes y las aspiraciones de cada funcionario, y no según los límites antes derivados de la diversidad de grado y de sueldo; ya facilitando la carrera a los titulares de las preturas menos preferidas (art: 4 de la ley, Real decreto 19 En. 1908, n. 67 sobre las preturas más desacomodadas); ya completando las plantillas del personal adicto a las preturas, para asegurar cuyo resultado se han suprimido los jueces asesores de *assise* ya autorizando el establecimiento de secciones de pretura, y limitando el empleo de aprendices en funciones judiciales; *b)* dar la debida importancia al criterio del mérito en las promociones, al lado del de antigüedad, y reconocerlo como único en los grados mayores (casación); *c)* mejorar el personal judicial, ya rejuveneciéndolo, disminuyendo los límites de edad, ya prescribiendo la jubilación de los actuales funcionarios no idóneos arts. 40, 41 y 42); *d)* reglamentar definitivamente los órganos para la apreciación de los magistrados, con el establecimiento de Consejos judiciales y del Consejo superior de la magistratura.

El nuevo proyecto, tantas veces mencionado, tiende sobre todo a suprimir la *obligatoriedad del pretorado*, tratando de llamar a esta carrera la espontánea elección de los jóvenes, compensando sus inconvenientes mediante la anticipación del ingreso en servicio remunerado y las facilidades del ingreso en relación gradual con el juez. Modifica también el sistema de las promociones, según la nota precedente.

Las carreras de la Magistratura juzgadora y del M. P. son distintas por las funciones y por los funcionarios que a ellas pertenecen; pero los grados o categorías en las dos carreras están equiparados 1.º, jueces de tribunal y sustitutos procuradores del Rey; 2.º, consejeros de apelación, presidentes de tribunal, sustitutos procuradores generales de Corte de apelación y procuradores del Rey; 3.º, consejeros y sustitutos procuradores generales de Casación y abogados generales de Corte de apelación, presidentes de sección de Corte de apelación; 4.º, primeros presidentes y procuradores generales de Corte de apelación, presidentes de sección y abogado general de Corte de Casación; 5.º, primeros presidentes y procuradores generales de Casación; y los funcionarios de las dos carreras deben comprenderse en una sola escala (art. 28). Es decisivo para el ingreso en una u otra carrera el dictamen específico que acompaña la declaración de promovibilidad de los *adjuntos* (art. 19, primer párr., 29), y la de los jueces consejeros (art. 26 del R. D. 8 Dic. 1907, modificado por el R. D. 2 Sep. 1909). Pero el funcionario de una carrera judicial puede ser pasado con su consentimiento a la otra, ya en las promociones a grados superiores, ya excepcionalmente durante la permanencia en el mismo grado, cuando en este segundo caso lo aconsejen las exigencias del servicio, motivos de salud u otros graves (art. 30, R. D. 8 Diciembre 1907, arts. 27 y 30).

La antigüedad *relativa* (de un magistrado respecto de los demás en los diversos grados, está determinada por la fecha del nombramiento; en caso de nombramientos contemporáneos por la antigüedad en el grado precedente, pudiendo así remontarse hasta la clasificación conseguida en el examen de auditor; la cual se determina por el número total de puntos, y en caso de igualdad de puntos por la prioridad de la licenciatura y si esta fuese la misma, por la edad (ley org. jud., 1865, art. 254; ley 8 Jun. 1890, artículo 8, ley 14 Jul. 1907, art. 12) (1). Pero en las promociones por mérito de los jueces adjuntos en caso de igualdad de puntuación, prevalece el de más edad, en las otras promociones por mérito, en

(1) Según el proyecto mencionado prevalece la edad.

igualdad de puntuación prevalece el más antiguo en el grado precedente (ley 14 Jul. 1907, arts. 20 y 26).

Los magistrados que ejercen funciones judiciales en las colonias, conservan el grado que tenían en la planta orgánica del Reino (R. D. 2 Jun. 1908, art. 61 sobre la Colonia erítrea; R. D. 8 Junio 1911, sobre la Somalia italiana, art. 7).

El sistema del *nombramiento directo* se aplica para los grados superiores de la magistratura. Y además para los nombramientos de consejeros de Corte de apelación y categorías equiparadas, que pueden hacerse en abogados que lleven ejerciendo *diez años* ante las Cortes, o en profesores ordinarios o extraordinarios de materias jurídicas con diez años de antigüedad en las universidades; y para los nombramientos de consejero de Corte de casación y categorías equiparadas, que pueden hacerse en las mismas personas con ejercicio *de doce años* (ley org. jud., 1865, artículos 51, 72 y 128; ley 8 Jun. 1890, art. 1; ley 14 Jul. 1907, artículo 31 y Real decreto 8 Dic. 1907, art. 38); en estos casos exigese el dictamen del Consejo superior de la Magistratura, y si el ministro no cree que deba conformarse con dicho parecer, es necesario para el nombramiento la deliberación del Consejo de ministros (artículo 31 cit.).

2.º *Funcionarios no pertenecientes a la carrera judicial.* No nos referimos a los empleados del Estado pertenecientes a carreras distintas de la judicial e investidos de funciones judiciales sino a los casos más importantes de particulares que pueden ser llamados a funciones judiciales. Pueden ser:

Jurados (y están inscriptos en las correspondientes listas), los que tengan por lo menos veinticinco años y no pasen de sesenta y cinco, pertenezcan a una de las veintiuna categorías enumeradas en el art. 2 de la ley 8 Junio 1874 y no estén entre las personas *exentas* conforme al art. 3. Están dispensadas del oficio de jurado, las personas indicadas en el artículo 4. Por último, están excluidos como *indignos del oficio de jurado* los condenados por delitos indicados en el art. 5, y los que se encuentren en las condiciones previstas en el 6; como *incapaces* los analfabetos, los interdictos y los inhabilitados, los quebrados no rehabilitados, los que por notorio defecto físico o intelectual no se reputan idóneos

para desempeñar el cargo, los criados domésticos, con salario o sin él, (art. 8) (1).

Conciliadores, todos los ciudadanos mayores de 25 años residentes en el municipio e incluidos en una de las seis categorías enumeradas en el art. 3 de la ley 16 Jun. 1892, excepto los oficiales, empleados y agentes de seguridad pública; los recaudadores de contribuciones; los funcionarios del orden judicial, incluso los practicantes de cancillería; los ujieres; los excluidos como indignos o incapaces del oficio de jurado (art. 5).

Probiviri, para las industrias en que sea establecido el colegio, los industriales y los obreros, hombres y *mujeres*, residentes desde un año en la circunscripción del colegio, que ejerzan desde un año el arte o industria, mayores de *veinticinco* años y no comprendidos entre los indignos o incapaces conforme el art. 17, ley 15 Junio 1893 y los arts. 5, 6, 7 y 8, núms. 2, 3 y 4 de la ley sobre jurados (ley 15 Jun. 1893, arts. 15 y 18).

Vicepretores mandamentales, los licenciados en Derecho, mayores de edad, los notarios y procuradores en ejercicio (ley org. jud., art. 40, modificado por la ley 23 Dic. 1875; ley 8 Junio 1890 art. 17).

b) **Cancilleres y secretarios**, (ley org. jud., 6 Dic. 1865, artículo 160 y sigs., y 165 y sigs., modificados por la ley 28 Diciembre 1875; ley 2 Jul. 1903; ley 18 Jul. 1907; ley 13 Jul. 1911). En la carrera de las cancillerías se ingresa por un aprendizaje hecho mediante el *alumnato* gratuito, excepto para los concilleres de los conciliadores, que son los secretarios municipales u otro empleado de secretaría (art. 32, ley org. jud.; ley 28 Jul. 1895, art. 3). Los alumnos son funcionarios del orden judicial; prestan servicio en las cancillerías y secretarías, realizando los actos que le son mandados por sus jefes respectivos. Son condiciones para ser nombrado alumno (aparte las generales), moralidad y conducta inculurable en todo y sana constitución física; haber cumplido la edad de dieciocho años y no pasar de veinticinco; haber conseguido la *licencia gimnasial* o la promoción del segundo al tercer curso de

(1) Indemnización a los jurados: ley 21 Jul. 1911 y Real decreto 3 Septiembre 1911, n. 1.062.

instituto técnico; haber vencido un exámen de concurso (ley 18 Jul. 1907, art. 6; R. D. 8 Dic. 1907, núm. 776). Los adjuntos están divididos en tres clases. Para pasar a la primera precísase haber vencido un exámen práctico (art. 2, ley 13 Jul. 1911). Las ulteriores promociones tienen lugar para *un* tercio de las vacantes según el criterio de antigüedad; para *dos* tercios según el de mérito (ley 18 Julio 1907, arts. 9, 11 y sigs; ley 13 Jul. 1911, arts. 9 y sigs.

c) *Oficiales judiciales*, (ley 19 Mar. 1911). Para ser nombrado oficial judicial es preciso haber cumplido la edad de veintiún años y no pasar de treinta; ser ciudadano del Reino, de sana constitución, haber conseguido la licencia gimnasial o de escuela técnica; haber vencido un exámen de concurso; no ser indigno del oficio de jurado; no ser interdicto, inhabilitado o quebrado. Los que vencen el concurso son destinados a prestar servicio en las preturas (arts. 3 y 5). El oficial judicial, antes de asumir sus funciones, debe prestar fianza (art. 3). Los nombramientos para grados sucesivos tienen lugar según el doble criterio de antigüedad y de mérito (art. 5). Con los conciliadores desempeñan funciones de ujieres los *inservienti* (mozos) municipales (ley org. jud., 6 Dic. 1865, art. 173; ley 28 Julio 1895, art. 10).

III. *Nombramiento para los cargos judiciales*. Los oficios judiciales se ejercen por personas nombradas por el Rey, a propuesta del ministro de G. y J. (art. 8, ley org. jud.); véase § 14.

Esta regla tiene algunas excepciones. Notemos las principales. Los conciliadores son nombrados, en vía de delegación regia, por decreto del primer presidente de la corte de apelación del distrito (ley 16 Jun. 1892, art. 2). Los *probtviri* son *elegidos* (ley 15 Junio 1893, art. 14 y sigs.), menos el presidente, que es nombrado por el Rey (art. 3), de entre los funcionarios del orden judicial (o entre los elegibles para conciliador). Los jurados son *sorteados* de una lista de elegibles según la ley 8 Jun. 1874, relativa a las *assise*. El sistema de elección de jueces, adoptado en algunos países, puede ser peligroso, pudiendo prevalecer consideraciones de partido y dar jueces parciales. Los auditores son nombrados por decreto ministerial (ley 8 Jun. 1890, art. 3; ley 14 Jul. 1907, art. 12). Del personal de las cancillerías y secretarías, son nombrados por Real Decreto sólo los jefes de las cancillerías y secretarías; los vicecan-

cilleres, vicesecretarios, etc., por decreto ministerial. Los oficiales judiciales son nombrados en las preturas, en los tribunales y en las Cortes de apelación, por decreto del primer presidente de la Corte de apelación; en las Cortes de Casación por decreto del primer presidente de la Corte (arts. 5, 7 y 8, ley 19 Mar. 1911); su traslación de un distrito a otro hácese por decreto ministerial.

IV. *Posesión de las funciones judiciales.* Es precedida de la prestación de un juramento (ley org. jud., art. 10), y sometida a un término de treinta días (prorrogables hasta el doble), desde el registro en el Tribunal de Cuentas, del decreto de nombramiento o destino (ley org. jud., 6 Dic. 1865, arts. 11 y 12).

V. *Condición jurídica de los funcionarios judiciales.* El funcionario judicial tiene *deberes y derechos*.

El deber fundamental es la prestación de las actividades inherentes a su oficio, que legalmente sean solicitadas (§ 3). Ninguna autoridad judicial puede *delegar* en otra la propia jurisdicción, salvo los casos establecidos por la ley (Cód. proc. civ., artículo 68); casos a que nos referimos antes, hablando del juez delegado. Los magistrados tienen también el deber de guardar el secreto de las deliberaciones (ley org. jud., 6 Dic. 1865, artículo 213); de no recibir informaciones privadas acerca de los pleitos sometidos a ellos (reg. gen. jud., art. 233; ley 24 Jul. 1908, sobre las garantías y disciplina de la magistratura, art. 8); tienen también los deberes comunes a todo funcionario público y el genérico de conducirse de manera que no comprometa su dignidad y la consideración del orden a que pertenecen (ley org. jud., 6 Diciembre 1865, art. 213). Especificando, la ley 24 Jul. 1908, ha añadido la prohibición de recurrir a otros para la redacción de las sentencias y ordenanzas. Ha declarado culpa grave para el magistrado, cuando su deber de oficio no lo exija, mezclarse en la marcha de los negocios judiciales, y prestar en ellos actuación retribuida o ejercer influencia con ruegos o recomendaciones; contraer deudas indecorosas o con personas interesadas en asuntos que entren o puedan entrar en la esfera de su competencia (artículos 8 y 9). Finalmente ha dispuesto que deben abstenerse rigu-

rosamente de recurrir a recomendaciones para apoyar o solicitar intereses de carrera, cerca de los miembros del Gobierno o de las personas de quienes dependan tales intereses, y que de modo especial les está prohibido recurrir para tal fin a personas pertenecientes al orden procesal (art. 10).

Los funcionarios del orden judicial y los oficiales judiciales tienen la obligación de la *residencia* en el municipio donde está la sede del tribunal a que pertenecen (ley org. jud., 6 Dic. 1865, artículo 13). No pueden ser cesionarios de los pleitos, motivos y acciones litigiosas de competencia del tribunal del cual forman parte (Cód. civ., art. 1458), no pueden ser conciliadores ni viceconciliadores (ley 16 Jun. 1892, art. 5), ni alcaldes, asesores, o secretarios municipales, ni desempeñar otros empleos públicos u oficios administrativos, excepto los de consejero municipal o provincial, (salvo las limitaciones de los arts. 23 y 25 ley municipal y provincial, texto único 21 Mayo 1908), ni ejercer el comercio u otra profesión cualquiera (excluidos de esta prohibición los funcionarios no *empleados*, como los conciliadores y probiviri, los vicepretores mandamentales, los cuales pueden ejercer la profesión de abogados, procurador o notario y ser secretarios de ayuntamientos y de otras administraciones públicas, ley org. jud., 6 Dic. 1865, artículos 14 y 40), no pueden aceptar encargos de ninguna especie sin el consentimiento de los superiores jerárquicos. No pueden asumir las funciones de árbitro, sino en los casos previstos por leyes o reglamentos. Los jefes de las Cortes no pueden asumir ninguna función fuera de su residencia, excepto aquellos a que estuviesen llamados por leyes o reglamentos (ley sobre garantías y disciplina de la magistratura 24 Jul. 1908, arts. 5 y 6).

Los magistrados de los tribunales y de las Cortes de apelación, no pueden pertenecer a cuerpos judiciales en cuya circunscripción sus parientes hasta el *segundo* grado y afines de *primer* grado, ejerzan habitualmente las profesiones de abogado y procurador, y si se trata de Casaciones, cuando esto ocurra en el distrito de Corte de apelación en el cual tiene residencia la Casación; si se trata de preturas, cuando esto ocurra ante la pretura. Además no pueden pertenecer al mismo cuerpo judicial los magistrados que sean parientes entre sí o afines hasta el tercer grado.

Por otra parte, los magistrados hállanse exentos de los servicios públicos extraños a sus funciones, menos el militar (art. 16 de la ley 6 Dic. 1865).

De los funcionarios judiciales, algunos son NO RETRIBUÍDOS: *conciliadores* (salvo las indemnizaciones: ley 16 Jun. 1892, artículo 8); *prolviri, vicepretores mandamentales* (salvo las cuotas de sueldo disponibles, art. 265 modificado, ley org. jud.); *jurados* (salvo algunas indemnizaciones). Otros RETRIBUÍDOS. De estos, unos mediante *derechos* por los actos que realizan (cancilleres, en parte, esto es, mediante los derechos de cancillería por la ley 8 Ag. 1895; los oficiales judiciales, arancel de los actos judiciales 23 Dic. 1865, modificado por la nueva ley 19 Mar. 1911), otros con *sueldo*, además de ciertas indemnizaciones, como las de casa a los pretores (art. 259, ley org. jud., 6 Dic. 1865). En cuanto a los sueldos, los magistrados de algunos grados están divididos en categorías. Los sueldos exprésanse en las tablas anexas a las leyes judiciales (1).

Para sostener con seguridad y corrección el funcionamiento del poder judicial, existe entre el Estado, los magistrados y los ciudadanos un sistema de recíprocas garantías. Tales son las de los artículos 69 a 73 de la Constitución.

a) Entre las garantías concedidas al juez, es la más importante, la de la *inamovilidad*, como que tiende a asegurar práctica-

(1) Según la tabla aneja a la ley 14 Jul. 1907, los jueces adjuutos están divididos en dos categorías con un sueldo de 2 a 3.000 liras; los magistrados de primer grado en dos de 4 a 5.000 liras; los de segundo grado en tres de 6, 7 y 8.000 liras; los magistrados de los otros tres grados están comprendidos en una sola categoría para cada grado, de 10.000, 12.000 y 15.000 liras.

Según la tabla aneja al proyecto aprobado ahora por el Senado, habría pretores de cuatro categorías (con 3, 4, 5 y 6.000 liras); jueces y equiparados de cuatro categorías (con los mismos sueldos); consejeros de Corte de apelación y equiparados de tres categorías (con 7.000, 8.000, 9.000 liras); consejeros de Corte de casación con 10.000 liras; presidentes de Corte de apelación y equiparados con 12.000 y presidentes de Corte de casación y equiparados con 15.000.

mente la independencia de los jueces, respecto del poder ejecutivo, *no dependiendo los jueces más que de la ley*, (como se dice expresamente en alguna ley, p. ej., la alemana). § 14. La Constitución (artículo 69), concede esta garantía a los jueces, sólo *después de tres años de ejercicio*, con excepción de los jueces de mandamiento, pero suprimido hoy el *grado* de juez de mandamiento (o pretor), esta exclusión no podría además tener aplicación, y en efecto, la ley 24 Jul. 1908 (art. 1.º), concede la garantía a quien ha conseguido el grado de juez (1), La garantía de la inamovilidad no impide, naturalmente, que el juez *inhábil* por enfermedad o debilidad mental sea dispensado del servicio, y el indigno sea removido o destituido, pero todo esto siempre con las garantías establecidas por la ley (ley org. jud., arts. 203, 204, 205, 206 y sigs.) (2). El juez inamovible está además dispensado del servicio cuando haya llegado a un cierto límite de edad (70 años los jueces y funcionarios del M. P. de categoría no superior a consejeros de apelación; 75 todos los demás; ley 14 Jul. 1907, art. 32; los pretores que al publicarse esta ley hayan cumplido 65 años, serán jubilados, art. 42) (3). La garantía de la inamovilidad no se extiende a los funcionarios

(1) En cuanto a la limitación del trienio, en realidad no justificada, le proyecto ministerial propuso que se calculasen los años *anteriores* a la consecución de este grado; la comisión del Congreso propone, ciñéndose a la Constitución, que el trienio sea *posterior* al grado (art. 1). Según el nuevo proyecto de reformas ahora aprobado por el Senado, restableciéndose el grado de pretor se concedería también a éste la garantía de la inamovilidad después de tres años de ejercicio (art. 5).

(2) Según la ley de 1865 requiérese una declaración conforme de la Corte de Casación en Sec. Un.: la ley 24 Jul. 1908 instituyó una Corte suprema disciplinaria compuesta de los seis magistrados juzgadores superiores en grado y en antigüedad que forman parte del Consejo superior de la magistratura, y de seis senadores, presidida por el presidente de la Corte de Casación de Roma (art. 18). Esta juzga también de la dispensa del servicio por enfermedad o debilidad mental (Real decreto 23 En. 1910, n. 86, art. 1).

(3) Según el proyecto de reformas tantas veces mencionado, el límite de edad se reduciría a setenta años para los magistrados de grado no superior al de consejero de Casación.

distintos de los juzgadores. Los funcionarios del M. P. dependen del Ministerio (y sólo son independientes en sus conclusiones). La misma dependencia tienen los cancilleres y ujieres; la ingerencia gubernativa, por lo que a ellos respecta, es menos peligrosa ya que su oficio no es predominantemente lógico y por lo mismo tienen menos necesidad de independencia, sin embargo, también respecto a ellos puede ser temible aquella ingerencia. Viénesse reclamando la garantía de la inamovilidad también para los funcionarios del M. P. (1).

La garantía de la inamovilidad según la ley fundamental comprende: el derecho del magistrado a no ser privado de la categoría, suspenso, ni puesto en disponibilidad, expectativa o jubilación aún con pensión, sin su consentimiento, salvo en los casos y con las formas legales, (ley org. jud., 6 Dic. 1865, art. 199). La prohibición no comprendía el traslado de los magistrados contra su voluntad, pero la traslación fué más tarde sometida al dictamen de una comisión consultiva (R. D. 1 Ab. 1898 y R. D. 7 En. 1904, artículos 1 y 15), y ahora del Consejo Superior de la Magistratura (ley 14 Jul. 1907, art. 36; R. D. 10 Oct. 1907, núm. 669; art. 10, número 6; ley 24 Jul. 1908, arts. 4 y 14) (2). Por otra parte, la ley 14 Julio 1907 (art. 2), ha reconocido en el magistrado, dentro de ciertos límites, un *derecho a la sede*, disponiendo que en la distribución para las sedes *debe* preferirse el magistrado de grado supe-

(1) La ley 24 Jul. 1908 quiere que la dispensa del servicio de los magistrados amovibles y de los funcionarios del M. P. sea ordenada por Real decreto, a propuesta del ministro de Gracia y Justicia, oída una comisión (art. 34), según las normas dictadas por el Reg. 23 En. 1910, n. 86, art. 11.

(2) La ley 24 Jul. 1908 permite, en cuanto a los magistrados inamovibles, el traslado *contra su voluntad*, solo en los casos de magistrados que se encuentren en la incompatibilidad derivada de residencia de parientes que ejerzan la abogacía o sean procuradores o mandatarios, antes mencionada, o que por cualquier causa, incluso dependiente de su culpa, no puedan administrar justicia en el pueblo en que residen, en las condiciones exigidas por el prestigio del orden judicial; previo dictamen del Consejo superior de la magistratura (art. 4 y Real decreto 23 En. 1910, núm. 88, art. 2). La traslación está también considerada como medida que puede añadirse a las resoluciones disciplinarias (art. 14).

rior, y en igualdad de grado, de categoría superior (R. D. 8 Diciembre 1907, art. 4; R. D. 2 Feb. 1908, núm. 68).

b) *Disciplina judicial* (ley org. jud., 6 Dic. 1865, art. 203 y siguientes; ley 24 Jul. 1908, arts. 11 y sigs.). El magistrado que falta a los deberes de su cargo o en su oficio o fuera de él lleva una conducta que lo haga inmerecedor de la confianza y consideración de que debe gozar o que comprometa el prestigio del orden judicial, está sujeto a resoluciones disciplinarias (independientemente de las demás acciones civiles y penales). Son resoluciones disciplinarias, la *amonestación* (que consiste en reprobar al juez la falta cometida, y advertirlo de no reincidir en ella, y se aplica en caso de falta leve, después de haber invitado al magistrado a disculparse de ella, por el jefe del colegio al cual pertenece el magistrado, por orden del ministro o de los jefes de los colegios investidos del derecho de vigilancia y para el personal de las preturas, y de los oficios de conciliación, por el presidente del tribunal del distrito); la *censura*, (que es una reprobación formal, registrada en acta, con indicación de la falta cometida); la *pérdida de la antigüedad* (que puede alcanzar de un mes a dos años); la *pérdida del derecho de promoción*; la *remoción*; la *destitución* (a la cual puede añadirse la pérdida total o parcial del derecho a la pensión). El magistrado a quien se aplicó la amonestación puede pedir que se abra contra él, un procedimiento disciplinario (ley 1908, arts. 11, 12, 13 y 14). La jurisdicción disciplinaria sobre los conciliadores, auditores, jueces adjuntos y jueces, compete al Consejo disciplinario constituido en la Corte de apelación (arts. 15 y 16); sobre los magistrados de grado superior a la suprema Corte disciplinaria (artículos 17, 18, 19). La acción disciplinaria es promovida por el Ministerio P. mediante orden del Ministro de Justicia (art. 20). El procedimiento disciplinario está regulado por los arts. 20 a 24 de la ley 24 Jul. 1908 y por el R. D. 23 En. 1910, núm. 86. Los jueces disciplinarios no están ligados por norma legal en la apreciación de las pruebas en cargo o en defensa del magistrado acusado y de la gravedad de la culpa. Deben inspirarse libremente, en su decisión, en el íntimo convencimiento nacido en su conciencia después del desarrollo del procedimiento y de las pruebas, y en el deber de tutelar rígidamente el honor y el prestigio del orden judicial (artículo 25). De las decisiones del Consejo disciplinario, el magistrado acusado y el M. P. pueden apelar a la Suprema Corte disci-

plinaria dentro de los 30 días del pronunciamiento (art. 27). Las decisiones de la suprema Corte no son susceptibles de recurso alguno (art. 27). Admítase el remedio de la revocación (art. 27; Real decreto 23 En. 1910, núm. 86, art. 8 y sigs.). Durante el procedimiento, el magistrado puede ser *suspendido* de empleo y sueldo; y es suspendido de derecho cuando se le someta a procedimiento y se haya pronunciado contra él, la orden de captura y de comparecencia (art. 29). Si en el juicio disciplinario no se ha llegado a una prueba suficiente de las culpas del magistrado, pero resulta que de todas maneras ha perdido en la opinión pública la estimación, confianza y consideración que exige su cargo, el tribunal disciplinario propone al ministro de G. y J. su *dispensa* del empleo (art. 25). Si en el juicio penal el magistrado fué condenado a la pena de reclusión por cualquier tiempo o a la de detención por tiempo superior a seis meses, queda destituido de derecho, salvo el que corresponde al tribunal disciplinario para establecer si a la destitución debe agregarse la pérdida total o parcial de la pensión. En caso de condena diferente, debe decidir el tribunal si el magistrado ha de ser destituido o removido o castigado con otra pena disciplinaria. En caso de absolución por insuficiencia de indicios, o de no haber lugar por remisión o extinción de la acción penal, deberá abrirse siempre a su cargo el procedimiento disciplinario (art. 30). Normas análogas regulan la disciplina del Ministerio P. (arts. 31 y sigs.).

c) En las relaciones con los ciudadanos, los magistrados están garantidos por la limitación establecida por la ley a la responsabilidad de tales magistrados. En efecto, la *acción civil* admítase sólo en casos determinados (Cód. proc. civ., art. 83 y sigs.) (1). Todavía hay algún caso particular de responsabilidad menos limitada (Cód. proc. civ., art. 249).

La acción civil contra las *autoridades judiciales* y los *oficiales del M. P.*, admítase: 1.º Cuando en el ejercicio de sus funciones sean culpables de *dolo, fraude o cohecho*; 2.º Cuando *rehusen* proveer o descuiden juzgar o concluir en asuntos que se encuentren en estado de ser resueltos; 3.º En los demás casos expresados por la ley (artículo 783, Cód. proc. civ.).

(1) GIORGI, *Obbligazioni*, V, n. 203.

Del propio texto de la ley, y de la reunión de dos órganos tan diferentes como el juez y el M. P. bajo una sola norma, resulta que la sanción de la acción civil no se dirige sólo contra el dolo, etcétera, cometido al *sentenciar*. Por lo tanto, con razón la institución de la acción civil fué regulada *a se*, y no entre los medios de impugnación de las sentencias, como hacía la ley francesa.

Añadamos que cuando el juez ha *sentenciado*, la acción civil no puede proponerse *hasta que la sentencia tenga valor*. La acción civil supone, no sólo el *dolo* del juez, sino un hecho *dañoso* injusto. Ahora bien, la sentencia es declaración de derecho, luego la cosa juzgada *en sí* no puede considerarse como un hecho dañoso injusto. Ni puede probarse que el juez, si no hubiese incurrido en culpa o dolo habría juzgado de otra manera; no sólo sería casi imposible probar esto, sino que a tal prueba obsta la cosa jurídica misma. Luego sólo cuando se haya admitido un medio de impugnación de la sentencia, se podrá a base de la revocación obtenida obrar contra el juez por los daños habidos en el intervalo (1).

La acción civil, por lo tanto, no puede ser nunca, según nuestra ley, un modo de anular la sentencia; primero, es necesario desaparecer la sentencia por los medios establecidos por la ley, frente al adversario (2).

(1) Véase ROCCO ARTURO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziarii*, Nápoles 1906, p. 231, 234, y en la *Giustizia Penale*, 1903.

(2) Alguna ley establece que la sentencia se puede impugnar frente al adversario, cuando se pruebe una violación criminalmente perseguible de los deberes del cargo por parte del juez (Reg. alemán § 580): pero esta reforma de la sentencia ocurre precisamente a todos los efectos. Alguna otra ley (como la austriaca 12 Jul. 1872) admite la acción contra los jueces (*Syndikatsklage*) cuando no haya modo de proveerse con impugnaciones procesales: el obstáculo derivado de la cosa juzgada está aquí separado mediante una norma expresa: queda la dificultad de probar la relación de causalidad entre la decisión y la violación del deber de oficio, cometida por el juez. Véase SANDER, *Die Syndikatsklage*, Viena 1910.

APÉNDICE AL CAPITULO II

Derecho español.

Principios constitucionales referentes al Poder judicial.—La justicia se administra en nombre del Rey (art. 74, Const. 1876).

No se establecerá en los Códigos más que un sólo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales (artículo 75 íd.).

A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado (art. 76 íd.)

Una ley especial determinará los casos en que haya de exigirse autorización previa para procesar ante los Tribunales ordinarios, a las autoridades y sus agentes (art. 77 íd.).

Las leyes determinarán los tribunales y juzgados que ha de haber, la organización de cada uno, sus facultades, el modo de ejercerlas y las cualidades que han de tener sus individuos (art. 78 ídem).

Los juicios en materias criminales serán públicos, en la forma que determinen las leyes (art. 79 íd.).

Los magistrados y los jueces serán inamovibles y no podrán ser depuestos, suspendidos ni trasladados, sino en los casos y en la forma que prescriba la ley orgánica de tribunales (art. 80 íd.)

Los jueces son responsables personalmente de toda infracción de ley que cometan (art. 81 íd.) (1).

(1) Véanse en relación con estos preceptos los arts. 1, 2 y 3, Ley organización Pov. jud.; D. L. 6 Dic. 1868; arts. 682 y 686, Ley enj. criminal y 903 y sigs., Ley enjuiciamiento civil.

Organización judicial española (1).

Una metódica exposición del derecho vigente, exige distinguir los tribunales ordinarios de los extraordinarios, los comunes de los especiales.

De todos nos ocuparemos.

a) Tribunales ordinarios:

- 1.º Jueces y Tribunales municipales.
- 2.º Juzgados de primera instancia e instrucción.
- 3.º Audiencias provinciales y Tribunal del Jurado.
- 4.º Audiencias territoriales.
- 5.º Tribunal Supremo.
- 6.º Juzgados de Ceuta y Melilla.
- 7.º Juzgados de la Zona del Protectorado de España en Marruecos y Audiencia de Tetuán.

b) Tribunales extraordinarios:

- 1.º Autoridades militares en los lugares del Norte de Africa sujetos al régimen militar.
- 2.º Juzgados del Golfo de Guinea y Fernando Póo.
- 3.º Tribunales militares en los casos en que, por excepción, intervienen en asuntos civiles.
- 4.º Tribunales consulares.
- 5.º El Senado constituido en Tribunal de Justicia.
- 6.º Sala de lo criminal del Tribunal Supremo en los casos de excepción.
- 7.º Sala de lo civil del mismo Supremo Tribunal, también en casos excepcionales.
- 8.º Salas de lo civil de las Audiencias territoriales en análogos casos.

c) Tribunales especiales:

- 1.º Guerra y Marina.
- 2.º Contencioso-administrativo.

(1) Véase la nota legislativa al § Introducción, especialmente en las páginas 33 y sigs.

- 3.º Eclesiásticos.
- 4.º Industriales.
- 5.º Tribunal de Cuentas.
- 6.º Tribunales para niños.

Constitución de cada uno de estos tribunales.

a) Tribunales ordinarios.

1.º Juzgados y Tribunales municipales: están constituidos los primeros por un juez, un fiscal y un secretario con sus suplentes y los subalternos precisos. Los Tribunales hallanse formados por el juez municipal correspondiente, que preside, y dos adjuntos, desempeñando la secretaría el del Juzgado municipal respectivo

2.º Juzgados de primera instancia e instrucción: los integran un juez y el número de secretarios que corresponda, con sus subalternos.

3.º Audiencias provinciales: *a)* como tribunal de derecho, constan de un presidente y dos magistrados, por lo menos, y el número de secretarios, vicesecretarios, oficiales de Sala y subalternos que corresponda con arreglo al de magistrados, así como de suplentes de éstos y del Ministerio fiscal, que estará representado en dichos tribunales por un fiscal y un teniente fiscal por lo menos, y los abogados fiscales que el Gobierno designe; *b)* como Tribunal del Jurado se compondrá además, de doce jueces de hecho (jurados).

4.º Audiencias territoriales: constan de una Sala de lo civil, por lo menos, y otra de lo criminal (que podrá dividirse en secciones), constitutiva de la Audiencia provincial respectiva. Una y otra estarán integradas por el número de magistrados que corresponda, con un presidente para cada Sala y otro para la Territorial, además de la representación del Ministerio fiscal, cuyo número de funcionarios es variable.

Completa la organización de las Audiencias territoriales una *Sala* llamada de *Gobierno*, compuesta por el presidente y fiscal de aquéllas, los presidentes de las Salas de lo civil y el de la Audiencia provincial respectiva.

Y finalmente, son parte de estos tribunales un secretario de

gobierno y los secretarios y oficiales correspondientes a sus Salas, con los demás subalternos respectivos.

5.º Tribunal Supremo. Hállase constituido por cuatro Salas, la primera de lo civil, la segunda de lo criminal, y la tercera y cuarta de lo contencioso-administrativo.

La Sala primera la forman: un presidente y diez magistrados y las restantes, un presidente y nueve magistrados cada una.

Completan el personal del Tribunal Supremo, su Presidente, el Fiscal, Teniente fiscal y trece abogados fiscales, más un secretario de gobierno, tres secretarios para cada una de las Salas civil y criminal y cinco para cada una de la tercera y cuarta, con sus correspondientes oficiales y demás subalternos.

Forma parte también del Tribunal Supremo, a semejanza de las Audiencias, una Sala de Gobierno, que constituyen el presidente del Tribunal, el Fiscal y los presidentes de Sala, correspondiendo la secretaría al de gobierno.

6.º *Zona del Protectorado español en Marruecos.*—Existen juzgados de paz en Alcazarquivir, Arcila, Larache, Nador y Tetuán. Su organización es análoga a los tribunales municipales de la Península, con la particularidad de que los *adjuntos* no tienen voto decisivo en el fallo, sino meramente consultivo; *juzgados de primera instancia* en Larache, Nador y Tetuán, también de constitución semejante a los de la Península, pero debiendo funcionar con dos adjuntos investidos de facultades de decisión para adoptar resoluciones, ya definitivas, ya referentes al curso del procedimiento en los asuntos civiles de la jurisdicción contenciosa. Y una *Audiencia* en Tetuán, constituida por un presidente, tres magistrados, la representación del Ministerio fiscal, un secretario, un vicesecretario y los subalternos necesarios, debiendo en algunos casos funcionar este tribunal con dos adjuntos musulmanes (1).

b) *Tribunales extraordinarios.*—El especial carácter de estos tribunales, no permanente en su generalidad, hace que no señalemos aquí de un modo concreto su constitución, refiriéndonos a las

(1) No haremos especial mención de los juzgados municipales y de primera instancia de Ceuta y Melilla, (ley de 3 Marzo de 1917), porque su organización no ofrece especialidad. Puede verse, por lo que respecta a los primeros, el R. D. 14 Mayo 1917.

disposiciones más importantes que regulan la formación de los mismos, a saber: Autoridades militares del Norte de Africa (ley 3 Marzo 1917) juzgados del Golfo de Guinea, creados en 1902, véase la R. O. 23 Julio 1902 y R. D. 11 Julio 1904 en relación con la Real orden 27 Julio 1905) tribunales militares en materia civil, véase entre otras, la L. O. P. judicial y el Código de Justicia Militar, (sobre todo art. 260 y 11 respectivamente), más la ley de organización de los Tribunales de Marina de 1894, y el Código civil, arts. 716 al 731; Cónsules R. D. 29 Septiembre 1848 y ley Consular de 24 Julio 1870 con su Reglamento y sus modificaciones posteriores, sobre todo las de 1883 y 1900; Senado, Ley 11 Mayo 1849, en parte modificada por la O. del P. J., además de la ley 5 Abril 1904; Tribunal Supremo y Audiencias en casos especiales: Véase principalmente L. O. P. J., L. 9 Febrero 1912, L. Enj. criminal, R. O. 14 Diciembre 1898, L. cit. 5 Abril 1904, etc. etc.

c) Tribunales especiales.—La jurisdicción de Guerra se ejerce por las autoridades militares y por los *tribunales* propiamente dichos.

Ejercen jurisdicción, por razón del cargo:

- a)* Los Capitanes generales de las regiones.
- b)* Los generales en jefe del Ejército.
- c)* Los generales y jefes comandantes de tropa, con mando independiente.
- d)* Los gobernadores de plaza o fortalezas, sitiadas o bloqueadas, y los comandantes de tropa o puerto, aislados de la autoridad judicial respectiva.

e) Otras autoridades a quienes el Gobierno atribuya jurisdicción, oyendo al Consejo Supremo de Guerra y Marina.

Tribunales: son el *Consejo de Guerra ordinario de plaza* o de *cuervo* (formado por un presidente, cinco vocales y un ponente); *Consejo de oficiales generales* (de análoga composición), y el *Consejo Supremo de Guerra y Marina* único permanente, pues los anteriores se constituyen para cada caso, (compuesto de un presidente, dieciséis consejeros, dos fiscales con sus Tenientes fiscales y un secretario, tres secretarías relatorías, auxiliares, etc).

El Consejo Supremo de Guerra y Marina puede constituirse en *Pleno*, en *Consejo reunido*, en *Salas de Justicia* y en *Salas de Gobierno*.

Tribunales de Marina. Autoridades de Marina que ejercen jurisdicción:

- a) Los comandantes generales de escuadra.
- b) Los capitanes generales de departamento.
- c) La autoridad jurisdiccional de Marina en Madrid.
- d) Finalmente las demás autoridades de Marina a quienes el Gobierno, oyendo al Consejo Supremo, conceda jurisdicción en casos especiales.

Tribunales. Son: el *Consejo de disciplina* (constituído ordinariamente por un presidente y dos vocales, y en algunos casos de cuatro vocales); el *Consejo de Guerra ordinario* (compuesto de un presidente, cinco vocales y un ponente); el *Consejo de Guerra de oficiales generales* (integrado también por un presidente, cinco vocales y un ponente) y finalmente el Consejo Superior de Guerra y Marina cuya organización ya expusimos.

Jurisdicción contencioso-administrativa. a) Tribunales provinciales. Hállanse constituidos por el presidente de la Audiencia territorial y dos magistrados de la Sala civil en las capitales donde haya dicha Audiencia. En las demás presidirá el de la provincial y formarán parte dos magistrados de la misma. Y en unas y otras completan el tribunal dos diputados provinciales letrados.

Corresponden las funciones fiscales en estos organismos a los Abogados del Estado.

b) Tribunal central. Está formado por las Salas tercera y cuarta del Tribunal Supremo, cuya organización ya conocemos.

Jurisdicción eclesiástica. Limitándonos a los tribunales españoles hemos de separar los *ordinarios*, de los correspondientes a las *jurisdicciones exentas*.

Son *ordinarios*: el Tribunal diocesano, el Metropolitano y el de la Rota. Corresponde la jurisdicción diocesana a los obispos en sus diócesis con facultad de delegar en el vicario general para los asuntos de jurisdicción voluntaria, y debiendo tener un oficial distinto de aquél para lo contencioso, excepto en las diócesis de escasa importancia en que el vicario podrá asumir, por delegación del ordinario, ambas jurisdicciones.

Presididas por el oficial o vice-oficial en su caso, pueden constituirse diversos tribunales—dentro del primer grado—cuya exposición omitimos por no juzgarla de importancia (véase Cánones 1.575 y 1.576 del Código Canónico).

El Tribunal metropolitano lo constituyen los arzobispos y la organización interna del Tribunal es análoga a la expuesta para los de primera instancia.

En cuanto al Tribunal de la Rota de la Nunciatura, hállese integrado por un presidente que es el Nuncio de Su Santidad, un fiscal y un asesor del Nuncio y seis auditores y dos supernumerarios, además de un «abreviador» y dos secretarios.

El Tribunal está dividido en dos Salas.

Son jurisdicciones eclesiásticas exentas la *Palatina* (que ejerce el pro-capellán mayor de Palacio), la *Castrense* (que también corresponde al pro-vicario general castrense en último grado y en primera instancia a los subdelegados castrenses); la de las Ordenes Militares (ejercida por el Prior de las Ordenes Militares), la de los Prelados regulares (corresponde en primer grado al Prior o Abad de cada convento, en segundo al Provisor de la Orden y en tercero a su General) y la del Nuncio Apostólico, cuyas funciones ha de delegar en el Tribunal de la Rota.

Tribunales para niños, que constan de un presidente, que es el juez de primera instancia de la respectiva población y dos vocales y un secretario.

Tribunales industriales. Están constituidos por el juez de primera instancia correspondiente a la población en que funcionen, excepto en Madrid, Barcelona, que lo será un juez especial, y dos jurados patronos y otros dos obreros, ambos con sus suplentes.

Tribunal de Cuentas. Véase cuanto acerca de esta jurisdicción hemos dicho en la pág. 738.

COMPETENCIA

JURISDICCION ORDINARIA

Tribunales comunes ordinarios.

a) En materia civil.

Jueces municipales.—(Ley de Justicia municipal de 5 de Agosto de 1907 y disposiciones aplicables del Código civil, de la ley de Enjuiciamiento civil, de la Represión de la trata de blancas y de la Protección a la infancia, del Código de Comercio y otras disposiciones). Corresponde a dichos jueces en materia civil:

1.º Ejercer las funciones que las leyes les confieran, excepto las reservadas por la citada de 5 de Agosto de 1907 a los Tribunales municipales.

2.º Ordenar y practicar en los asuntos civiles, de que hayan de conocer los Tribunales municipales, las diligencias necesarias hasta ponerlos en estado de celebración de juicio.

3.º Ejecutar los autos y sentencias que dicte el Tribunal municipal del término a que corresponda.

4.º Desempeñar las comisiones auxiliadoras que reciban relativas al orden civil.

5.º Intervenir en los actos de conciliación.

6.º Intervenir en la constitución del Consejo de familia y el cuidado, interín, de la persona y bienes muebles del necesitado de tutela.

7.º Intervenir también en las correcciones que los padres de familia y tutores deban imponer, respectivamente, a los hijos y pupilos rebeldes, prestando a la autoridad paterna y tutelar el auxilio necesario.

8.º Practicar las primeras diligencias para la prevención de los juicios de abintestato y testamentaria en los pueblos donde no haya juez de primera instancia, y dictar las providencias y medidas

de precaución correspondientes cuando una viuda quedase en estado de embarazo al fallecimiento de su esposo.

9.º Llevar a efecto el depósito de personas en circunstancias determinadas, señalando los alimentos provisionales que deban suministrarse a la persona depositada.

10. Acordar y practicar los embargos preventivos por cantidad que no exceda de 500 pesetas, o de 1.500 pesetas en los casos a que se refiere el núm. 3.º del art. 18 de la ley de Justicia municipal, y aun cuando, respectivamente, excedieren de dichas sumas, si fueren urgentes.

11. Conocer de las correspondientes informaciones posesorias sometidas a su competencia.

12. Intervenir en las emancipaciones concedidas a los hijos de familia mayores de diez y ocho años que no estuvieren sometidos a tutela, pues en este caso corresponderá al Consejo de familia la facultad atribuída a la autoridad judicial.

13. Intervenir en las consignaciones de cantidades que hayan de producir efecto de pago y no excedan de 500 a 1.500 pesetas, en los casos antes indicados.

14. Intervenir en los actos de jurisdicción voluntaria referentes a asuntos de comercio.

Tribunales municipales.—Son sus atribuciones:

1.º Conocer en primera instancia de los juicios verbales civiles, o sea de las demandas cuyo valor no pase de 500 pesetas.

2.º Conocer de los demás juicios atribuídos a los jueces municipales por alguna ley, como sucede con los desahucios, en los casos a que se refiere el art. 1.562 de la ley de Enjuiciamiento civil y en algunos otros casos.

3.º Conocer en juicio verbal de las cuestiones que surjan entre los posaderos y huéspedes, cocheros y viajeros, agentes de emigración y emigrantes, marineros o patronos de embarcaciones y personas que transporten, siempre que tales cuestiones se refieran a gastos de posadas o fondas, importe de transportes de mercaderías o de peaje de viajeros, indemnizaciones relacionadas con estas cuestiones, salarios devengados con ocasión de dicha clase de servicios y relaciones o divergencias entre comprador y vendedor de animales en las ferias, cuando en ninguno de los relacionados casos exceda la reclamación de 1.500 pesetas.

4.º Compete también a este Tribunal, y no al juez municipal

por sí sólo, resolver las cuestiones de competencia que se susciten en los juicios de que conozcan.

Jueces de primera instancia.—Corresponde a estos jueces:

1.º Decidir las competencias que se susciten entre los jueces o Tribunales municipales cuando éstos pertenezcan a su territorio o partido judicial.

2.º Ejercer la jurisdicción voluntaria con arreglo a las leyes.

3.º Conocer en primera instancia de los juicios, a excepción de aquéllos que son de la competencia de los jueces y Tribunales municipales, o de las Audiencias y del Tribunal Supremo.

4.º Conocer de las demandas de responsabilidad civil contra jueces municipales.

5.º Conocer en segunda instancia de los juicios verbales y de los de desahucio en que hayan entendido los Tribunales municipales.

6.º Conocer de las apelaciones que se interpusieren con arreglo al art. 48 del Reglamento de 23 de Febrero de 1906 sobre aplicación de la ley de Comunidades de labradores.

7.º Conocer en primera instancia de los pleitos que se promuevan con motivo de la aplicación de la ley de Accidentes del trabajo, donde no hubiere otro Tribunal llamado a entender en ellos, especialmente, cualquiera que sea la cuantía de la reclamación.

8.º Instruir y decidir la pieza de recusación de otro juez de primera instancia cuando haya más de uno en el partido judicial.

9.º Decidir, sin ulterior recurso, las recusaciones de los jueces municipales de su partido, según el art. 13 de la ley de 5 de Agosto de 1907, cuando el recusado no aceptase la recusación por no hallarse comprendido, a su juicio, en la causa alegada.

10. Conocer, en única instancia y en juicio verbal, de las demandas de nulidad de lo convenido en acto de conciliación, si no excedieren de la cuantía de 500 pesetas o de 1.500 en los casos comprendidos en el número 3.º del artículo 18 de la ley de Justicia municipal.

11. Conocer de las reclamaciones de nulidad de préstamos usurarios cualquiera que sea su cuantía, conforme a lo dispuesto en el art. 12 de la ley de 23 de Julio de 1908, debiendo sustanciarse, con arreglo a dicho artículo, la citada reclamación según las reglas del procedimiento que corresponde según su cuantía, es decir, en juicio verbal, si no excediere de 500 pesetas; en

juicio de menor cuantía, si no pasare de 3.000 y en juicio ordinario de mayor cuantía, en los demás casos.

12. Conocer también de los procedimientos sumarios para la realización de ciertos créditos hipotecarios, con arreglo al artículo 131 de la vigente ley hipotecaria cualquiera que sea su cuantía.

13. Conocer asimismo, por los trámites del juicio verbal, de todas las cuestiones que surjan de la adquisición de terrenos y solares a que se refiere la ley de Casas baratas, fecha 12 de Junio de 1911 y de la construcción de éstas.

14. Desempeñar o hacer desempeñar las comisiones que les confieran otros jueces y Tribunales.

Audiencias territoriales.—Compete a las Salas de Justicia de dichos Tribunales:

1.º Decidir las competencias que se susciten en materia civil entre los jueces o Tribunales municipales de su respectivo distrito que correspondan a diferentes partidos judiciales.

2.º Decidir las competencias en materia civil promovidas entre jueces de primera instancia de su distrito.

3.º Conocer de los recursos de fuerza en materia civil que se interpongan contra los jueces eclesiásticos, sufragáneos o metropolitanos.

4.º Conocer en única instancia de los incidentes, en asuntos civiles, relativos a la recusación de sus magistrados cuando no fueren más de uno de cualquiera de sus Salas.

5.º Conocer en primera instancia de los recursos de responsabilidad civil que se promuevan contra jueces de primera instancia.

6.º Conocer en segunda instancia de los juicios y de los negocios civiles de que hubieren conocido en primera los jueces de primera instancia de su territorio.

7.º Conocer de los recursos de queja deducidos contra los citados jueces de primera instancia.

8.º Auxiliar a la Administración de justicia en lo civil, siempre que fueren requeridos al efecto por otros jueces o Tribunales.

9.º Conocer en primera instancia de los incidentes sobre concesión de audiencia contra las sentencias dictadas en rebeldía por la misma Sala o por los juzgados de primera instancia de su distrito, y

10. Conocer en única instancia de las demandas de responsabilidad civil contra los funcionarios del orden gubernativo o ad-

ministrativo, en los casos a que se refiere el art. 6.º de la Ley de 5 de Abril de 1904, en relación con el 10 de su Reglamento de 23 de Septiembre del mismo año, o sea, siempre que no corresponda el conocimiento al Senado o a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Además, las Salas territoriales *en pleno*, constituidas en Sala de Justicia, conocerán de los incidentes de recusación de sus presidentes, o presidentes de Sala, y de los incidentes de recusación de los magistrados de la misma, cuando los recusados fueran dos o más de una misma Sala.

Tribunal Supremo.—La Sala de lo Civil de dicho Tribunal conocerá de los asuntos siguientes:

1.º De la admisión y fallo de los recursos de casación por infracción de ley o de doctrina legal que se interpongan en materia civil.

2.º De los recursos de casación por quebrantamiento de forma, admitidos por las Audiencias territoriales en asuntos civiles.

3.º De los recursos de casación que se interpusieren contra las sentencias dictadas por los amigables compondores.

4.º De las recusaciones de los magistrados de la misma, cuando fuere recusado uno solo de ellos.

5.º De los recursos de queja autorizados por la ley, en materia de casación civil, o sea, contra los autos de las Audiencias territoriales, en que se deniegue el testimonio solicitado para la interposición del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, o en que se deniegue la admisión de los recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma.

6.º De las competencias que en materia civil se susciten entre la jurisdicción ordinaria y las de Guerra y Marina en la Península, Islas adyacentes y Posesiones de Africa.

7.º De las competencias y acumulaciones de autos en materia civil, promovidos entre jueces de primera instancia que no tengan otro superior común, es decir, que correspondan a distintas Audiencias territoriales.

8.º De los recursos de fuerza, en materia civil, que se interpongan contra el Tribunal de la Rota, de la Nunciatura y Tribunales eclesiásticos de la Corte.

9.º De los recursos de responsabilidad civil contra magistrados de las Audiencias.

10. Del cumplimiento, con arreglo a lo establecido en los tra-

tados y leyes vigentes, de las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros.

11. De las demandas de responsabilidad civil contra funcionarios del orden gubernativo o administrativo, cuando alguno de los demandados lo sea por actos u omisiones en el ejercicio de cargo propio o sustituido, y disfrute, con arreglo a ellos, de categoría de jefe superior de Administración o de jefe de Administración de primera clase, o goce de dotación equivalente a la de los cargos de dichas categorías.

12. De la decisión, sin ulterior recurso, de las reclamaciones relativas a si procede o no oír a un litigante condenado en rebeldía cuando el Tribunal supremo sea el que hubiere fallado sobre el fondo del asunto; y

13. De los recursos de revisión en materia civil.

Además, el Tribunal Supremo en pleno, constituido en Sala de Justicia, conocerá en materia civil de los incidentes de recusación que versen sobre la de su presidente o de presidente de la Sala de lo civil o de sus magistrados cuando sean dos o más de dicha Sala los recusados.

Jueces municipales.

b) En materia penal les corresponde:

1.º Ejercer las funciones que las leyes les confieran, excepto las reservadas a los Tribunales municipales.

2.º Ordenar y practicar, en los asuntos criminales que hayan de conocer los Tribunales municipales, las diligencias necesarias hasta ponerlos en estado de celebración de juicio.

3.º Ejecutar los actos y las sentencias que dicta el Tribunal municipal del término o distrito en que ejerzan sus funciones.

4.º Desempeñar las comisiones auxiliaorias en materia criminal; y

5.º Instruir a prevención, con los jueces intructores o por delegación de estos, las primeras diligencias en las causas criminales, por hechos ocurridos dentro del término municipal, dando cuenta inmediatamente de ello al juez de instrucción del partido, al que deberán remitir las diligencias luego que hubieren sido practicadas las más urgentes y todas las que el citado juez de instrucción le hubiere prevenido sin que en ningún caso pueda retenerlas más de tres días, conforme a lo dispuesto en el art. 307 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

Tribunales municipales.—Compete a estos tribunales.

1.º Conocer en primera instancia de todos los hechos punibles ante la jurisdicción ordinaria que el Código penal o leyes especiales califiquen como faltas, siempre que no fueren incidentales de algún delito, pues en caso de serlo, corresponde a la Audiencia su conocimiento.

La competencia de dichos Tribunales para conocer y resolver sobre el ejercicio de la acción civil procedente de un hecho que constituya falta, estará limitada a la misma cuantía que la citada ley de justicia municipal señale para la competencia de los mismos en lo civil y cuando exceda de ella será preciso ejercitarla como principal ante el Juzgado de primera instancia.

2.º Conocer de las transgresiones de la ley de Huelgas de 27 de Abril de 1909 con arreglo a lo dispuesto en el art. 10 de la misma, ajustándose en su sustanciación a los procedimientos y recursos establecidos para los juicios de faltas.

3.º Conocer de los demás asuntos de la misma índole que por la ley les está encomendados.

Jueces de instrucción.—Corresponde a estos jueces:

1.º Decidir las competencias entre los jueces o Tribunales municipales de su partido judicial promovidas en materia penal.

2.º Conocer sin ulterior recurso, de las recusaciones de los mismos jueces, cuando estos aceptaren la recusación y se promovieren en asunto criminal.

3.º Instruir los sumarios por delitos que se cometen dentro de su demarcación excepto aquellos cuya instrucción esté reservada a otros Tribunales.

4.º Acordar y practicar, con arreglo a lo prevenido en el párrafo 5.º del art. 303 de la ley de Enjuiciamiento criminal, las medidas de precaución necesarias para evitar la ocultación del presunto reo en las causas por delito que, por su naturaleza, fuesen de aquellos que sólo pueden ser cometidos por autoridades o funcionarios sujetos a un juicio superior, pero deberán remitir las diligencias en el término más breve posible, que en ningún caso podrá exceder de tres días, al Tribunal competente el cual resolverá sobre la incoación del sumario y en su día sobre si ha lugar o no al procesamiento de la autoridad o funcionario inculcado.

5.º Conocer en segunda instancia de los juicios de faltas.

6.º Cumplir las órdenes que la Audiencia provincial les dirija; y

7.º Desempeñar las comisiones auxilatorias que otros jueces les encomendaren.

Audiencias provinciales. — Corresponde a estas Audiencias como Tribunales de Derecho, el conocimiento:

1.º De todas las causas por delitos cometidos dentro de la provincia respectiva, cuyo conocimiento no esté reservado al Senado, al Tribunal Supremo, a las Audiencias territoriales o a los Tribunales de las jurisdicciones especiales.

2.º De las competencias en asuntos criminales, promovidas entre jueces municipales que dependan de distintos jueces de instrucción de la provincia respectiva.

3.º De las competencias que se susciten entre los jueces de instrucción de la provincia.

4.º De los incidentes de recusación de los citados jueces de instrucción.

5.º De las recusaciones de algunos de los magistrados del mismo Tribunal.

6.º De la instrucción sumarial y resolución de las causas por delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones los diputados provinciales, concejales de Ayuntamiento de la Capital de la provincia, y las autoridades administrativas de las mismas poblaciones, excepto las que se sigan contra los gobernadores civiles, por ser estas de la competencia del Tribunal Supremo.

7.º De la instrucción sumarial y resolución de las causas seguidas contra jueces y fiscales municipales por actos realizados en el ejercicio de las funciones propias de su respectivo cargo, pero no, cuando los hechos objeto del procedimiento no hubieren sido ejecutados en tales condiciones, aun cuando para realizarlos se hubieran prevalido de su carácter oficial, porque esto solo tendría en su caso un valor circunstancial, según lo tiene reconocido la Fiscalía del Tribunal Supremo al resolver en 5 de Diciembre de 1893 una consulta de uno de sus subordinados.

8.º De la instrucción sumarial y resolución de las causas seguidas contra jueces de instrucción, por cualquiera clase de delitos, aun cuando no hubieren sido cometidos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Pero tanto en este caso como en los de los dos números anteriores, si bien la competencia de las

Audiencias provinciales se extienden, no solo al juicio, sino también a la instrucción sumarial, pueden nombrar para la formación del sumario un juez esencial o autorizar para ello al ordinario, y el que fuere designado en uno u otro caso, una vez nombrado, obrará con jurisdicción propia e independiente, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 303 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como Tribunal de Jurado entiende y resuelve las causas a que se refieren los arts. 4 y sigs. de la ley del Jurado de 1888.

Tribunal Supremo.—La Sala de lo criminal de dicho Tribunal conocerá de los asuntos siguientes:

- 1.º De la admisión y fallo de los recursos de casación por infracción de ley en materia criminal.
- 2.º De los recursos de casación que en materia criminal se interpusiesen por quebrantamiento de forma y fueren admitidos por las Audiencias respectivas.
- 3.º De los recursos de queja contra los autos de las Audiencias o de los jueces de instrucción en los juicios de faltas en que se deniegue el testimonio de la sentencia, solicitado para la interposición del recurso de casación por infracción de ley.
- 4.º De los recursos de queja contra los autos de las Audiencias en que se deniegue la admisión de los de casación, por quebrantamiento de forma.
- 5.º De los recursos de revisión en materia criminal.
- 6.º De las competencias que se susciten en materia criminal entre jueces y Tribunales que no tengan un superior común.
- 7.º De las competencias que se promuevan en materia criminal entre la jurisdicción ordinaria y las de Guerra y Marina en la Península, Islas adyacentes y Posesiones españolas en Africa.
- 8.º De los recursos de fuerza que en materia criminal se interpusieren contra el Tribunal de la Rota de la Nunciatura.
- 9.º De las causas seguidas contra los cardenales, arzobispos, obispos y auditores del citado Tribunal de la Rota.
10. De las causas contra los consejeros de Estado, ministros del Tribunal de Cuentas, subsecretarios, directores generales, gobernadores de provincias, embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, por delitos cometidos mientras estuvieren en servicio activo.
11. De las causas seguidas por delitos cometidos por magistra-

dos de las Audiencias territoriales y provinciales o del Tribunal Supremo, por los fiscales de las citadas Audiencias y por los tenientes y abogados del Tribunal Supremo y de las Audiencias.

12. De las causas por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los auxiliares del Tribunal Supremo.

13. De las recusaciones en materia criminal de los magistrados de la citada Sala, siempre que no fuere recusado más de uno de los individuos de la misma.

El mismo Tribunal en pleno, constituido en Sala de Justicia, conocerá en única instancia de las causas siguientes:

1.º Contra los Príncipes de la Familia Real.

2.º Contra los ministros de la Corona, por delitos comunes cometidos en activo servicio, cuando no deban ser juzgados por el Senado.

3.º Contra los presidentes del Congreso y del Senado.

4.º Contra el presidente o presidentes de Sala y fiscal del Tribunal Supremo.

5.º Contra los magistrados de una Audiencia o del Tribunal Supremo, cuando fueren juzgados todos, o al menos la mayoría de los que constituyen una Sala de Justicia.

Además, el Tribunal en pleno, constituido en Sala de Justicia, conocerá de los incidentes de recusación en materia penal de su presidente o de los presidentes de Sala del mismo, o de los magistrados de su Sala de lo criminal, cuando fueren dos o más magistrados de ella los recusados.

Tribunales comunes extraordinarios. Juzgados de paz en Africa.

Los jueces de paz, asesorados por sus adjuntos, son competentes para conocer:

En materia civil:

1.º De las demandas cuya cuantía no exceda de 1.000 pesetas.

2.º De las cuestiones que surjan entre posaderos y huéspedes, mandaderos y personas que los empleen, cocheros o conductores de cualquier clase de vehículos y viajeros, agentes de emigración y emigrantes, marineros y patronos de embarcaciones y personas que transporten, siempre que las cuestiones que entre unos y otros, respectivamente, se susciten, se refieran a los gastos ocasionados, indemnizaciones reclamadas o salarios devengados con ocasión de los mencionados servicios; y de las divergencias

entre compradores y vendedores de animales en los mercados, cuando el importe de la reclamación que se promoviere en cualquiera de los casos citados no exceda de 1.500 pesetas.

3.º De los actos de conciliación para incoar cualquier pleito.

4.º De los embargos preventivos cuando se pidan para asegurar alguna deuda inferior a 1.000 pesetas.

5.º De los desahucios en los casos en que así lo establezcan las disposiciones sobre procedimiento.

6.º De los interdictos de retener y recobrar la posesión y de los de obra nueva y obra ruinosa.

7.º De las informaciones para perpetua memoria; y

8.º De todos los demás asuntos que por disposiciones especiales sean declarados de su competencia.

En materia penal:

1.º De los actos de conciliación que fueren necesarios para el ejercicio de una acción criminal por vía de querrela.

2.º De los hechos punibles considerados como faltas en el Código penal.

3.º De todas las demás faltas de policía o de carácter administrativo.

4.º De los demás asuntos en que sean competentes los jueces municipales, con arreglo a las leyes españolas.

5.º De la instrucción de las primeras diligencias de las causas por delitos de que tengan conocimiento, continuándolas hasta que se haga cargo de las actuaciones el juez de primera instancia.

Los *Jueces de primera instancia* son competentes:

1.º Para resolver las competencias entre los Juzgados de paz del territorio de su jurisdicción, y las recusaciones de los que compongan dichos juzgados.

2.º Para conocer de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de los juzgados de paz.

3.º Para sustanciar en primera instancia y fallar, en unión de adjuntos, todos los asuntos contenciosos que no estén reservados a la competencia de los jueces de paz.

4.º Para entender en los actos de jurisdicción voluntaria en los que concurra la misma circunstancia.

En materia criminal:

1.º Para resolver las competencias que se susciten entre los

Juzgados de paz del territorio de su jurisdicción y las recusaciones de los que formen parte de dichos Juzgados.

2.º Para conocer en apelación, en unión de sus adjuntos, de las resoluciones dictadas por los Juzgados de paz en los juicios de faltas.

3.º Para instruir los procesos criminales por toda clase de delitos, incluso los expresados en los capítulos II y V del Acta general de la Conferencia de Algeciras.

La Audiencia de Tetuán es competente:

En materia civil:

1.º Para resolver las competencias que se promovieren entre los Juzgados de primera instancia de la zona y las recusaciones de los funcionarios de los mismos.

2.º Para conocer en segunda instancia de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de los jueces de primera instancia, en materia civil, excepto las que recaigan sobre cuestiones relativas al derecho de propiedad en inmueble de los extranjeros, pues las sentencias dictadas en litigios sobre propiedad de inmuebles que afecten a extranjeros, no serán apelables ante la Audiencia sino que ha de observarse en tales casos lo pactado en el Convenio de Madrid de 3 Julio 1880, con la modificación introducida en el último párrafo del art. 24 del Tratado Hispano-francés de 27 de Noviembre de 1912, en virtud de la cual pasó a formar parte del conjunto de los poderes delegados por el Sultán al Jalifa de la zona española, la facultad reservada antes por el mencionado Convenio de Madrid a favor del Ministro de Negocios Extranjeros de Marruecos, como privativa del mismo, para conocer en apelación de las citadas cuestiones; y

3.º Para lo demás que le encomienden las disposiciones de carácter procesal.

En materia criminal:

1.º Para resolver las competencias que en el orden social se susciten entre los Juzgados de primera instancia de la zona y de las recusaciones de los que formen parte de los mismos.

2.º Para ver y fallar las causas instruídas por los jueces de primera instancia.

3.º Para las demás atribuciones que le encomienden las leyes procesales.

Tribunales comunes extraordinarios.

Véase la referencia antes anotada.

Tribunales especiales.—Haremos solamente un *resumen* de sus atribuciones, siguiendo en esto las normas del autor del texto.

Guerra y Marina.—En general (v. Cód. Justicia militar y Leyes Orgánica del Poder judicial, Enjuiciamiento civil y las de Organización de los Tribunales de Guerra y Marina), la jurisdicción de Guerra conoce en materia civil de la prevención de los juicios de abintestato de los militares empleados y dependientes de Guerra, de la autorización de testamentos otorgados por militares en campaña o país extranjero, de las reclamaciones por deudas contra individuos del ejército, de las responsabilidades civiles declaradas por autoridades del ejército, etcétera, etc.

Análogas atribuciones corresponden a la Marina, con algunas excepciones por lo que se refiere a las reclamaciones por deudas (v. art. 11 de la ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Marina y disposiciones complementarias.)

En materia criminal la jurisdicción de Guerra alcanza a todos los delitos no exceptuados cometidos por militares, así como, por razón del delito, conoce de los esencialmente militares; y finalmente atendiendo al lugar, es competente para conocer de las causas que se sigan por delitos cometidos en los cuarteles, campamentos, oficinas y demás locales o establecimientos de Guerra.

Normas análogas rigen para la jurisdicción de Marina.

Téngase presente asimismo la llamada ley de Jurisdicciones (23 Marzo 1906) para completar las atribuciones de ambas jurisdicciones especiales.

Contencioso-administrativo.—Nos remitimos a lo expuesto en la pág. 430 de este libro.

Eclesiásticos.—El alcance de la jurisdicción eclesiástica, que tiene un carácter universal, dentro del catolicismo, hállase determinado en el Cánón 1.553 del Cód. canónico.

Los *Tribunales diocesanos* conocen, dentro de un territorio, de todos los asuntos propios de la jurisdicción; los *Metropolitanos* entienden en apelación de las resoluciones de los diocesanos, deciden sus cuestiones de competencia, recusaciones, conocen en primera instancia de los asuntos de su diócesis arzobispal, etcétera, etc.; el de la *Rota* como Supremo Tribunal eclesiástico conoce de las apelaciones interpuestas contra resoluciones dictadas en primer grado o en apelación por los Metropolitanos y de los que

se interpongan contra sentencias de los Tribunales de jurisdicciones exentas.

De éstas la *Palatina* alcanza a la Familia Real e iglesias adscritas a su Capilla y a los dependientes de Palacio; la *Castrense* a los individuos del Ejército, de la Armada y sus asimilados; la de las *Ordenes militares* se limita a la provincia de Ciudad Real; la de los *Prelados regulares* de menor importancia y cuyo alcance expresa su misma denominación; la del *Nuncio* es delegada en el Tribunal de la Rota y no puede conocer de los asuntos de su fuero en primera instancia.

Industriales.—Entienden estos tribunales de las reclamaciones surgidas entre patronos, obreros, o entre obreros del mismo patrono, sobre incumplimiento y rescisión de los contratos de arrendamiento de servicios, y de los de trabajo o aprendizaje; y de los pleitos que surjan en la aplicación de la ley de accidentes del trabajo.

De Cuentas.—Véase cuanto acerca del particular queda expuesto en la pág. 438 de este libro.

De niños.—La competencia de estos Tribunales se entiende a conocer de los delitos y faltas cometidos por los menores de quince años, de las faltas comprendidas en los números 5 a 10 del artículo 603 del Código Penal, de las a que se refieren las leyes de 26 de Julio de 1878 y 23 de Julio de 1903; de la suspensión del derecho de los padres o tutores en la guarda y educación de los menores, en los casos a que se refieren los números 5 y 6 del art. 603 del Código Penal, los del art. 171 Código civil y del art. 4.º de la Ley de 23 Julio 1903 y de las infracciones consignadas en el art. 22 de la ley provincial.

Del Ministerio Fiscal.

Organización.—Las carreras judicial y fiscal, hállanse en España asimiladas, tanto para el ingreso en ellas, como para las promociones posteriores y ascensos. La planta del Ministerio Fiscal la constituyen: un fiscal del Tribunal Supremo, con su teniente fiscal y abogados fiscales; análogamente en ambas Audiencias; y un fiscal municipal en esta clase de Juzgados y Tribunales.

Atribuciones.—*a)* De carácter general.

1.^a Vigilar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, ordenanzas y demás disposiciones de carácter obligatorio que se refieran a la administración de justicia y reclamar la observancia de las mismas.

2.^a Dar a sus subordinados la instrucciones generales o especiales que se estimen necesarias para el cumplimiento de sus deberes y para la posible unidad de la acción fiscal.

3.^a Sostener la integridad de las atribuciones y la competencia de los Juzgados y Tribunales, en general, y defenderlas de toda invasión, promoviendo las cuestiones de competencia, los recursos por abuso de jurisdicción o los de fuerza en conocer que fueren procedentes, o impugnando las competencias que indebidamente se promuevan contra el Juzgado o Tribunal en que ejerzan sus funciones los individuos del mismo.

4.^a Representar al Estado o a la Administración y a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia en las cuestiones en que sean parte, ya en concepto de demandante, ya en el de demandado, sin perjuicio de lo dispuesto en el Real decreto de 16 de Marzo de 1886 y en el art. 24 de la ley de Justicia municipal.

5.^a Pedir a los Juzgados y Tribunales del territorio en que ejerzan sus funciones, y que estén subordinados al Tribunal a que pertenezcan, las causas y negocios civiles terminados, cuando lo estimaren procedente para ejercer la debida vigilancia sobre la administración de justicia y promover las correcciones y reformas que deban introducirse en las mismas.

6.ª Poner en conocimiento de sus superiores los abusos e irregularidades que observaren en los Tribunales en que ejerzan sus funciones, para que éstos puedan proceder a lo que haya lugar con arreglo a derecho, cuando no alcanzaren de otro modo el remedio de los mismos; y

7.ª Promover las correcciones disciplinarias que procedan respecto de los jueces y magistrados, cuando hubiere lugar a ello, lo mismo en los asuntos civiles que en los criminales.

b) En el orden penal:

1.ª Promover la formación de causas criminales por delitos y faltas, cuando tengan conocimiento de su perpetración, si la persecución de los hechos que deban motivarlas no estuviere reservada a la querrela privada, y no la hubieren comenzado de oficio los jueces o Tribunales a quienes corresponda hacerlo,

2.ª Ejercitar la acción pública en todas las causas criminales, sin más excepción que las de aquellas que, según las leyes, sólo puedan ser promovidas a instancia de parte agraviada.

3.ª Investigar con especial diligencia las detenciones arbitrarias que se cometan, y promover su castigo.

4.ª Asistir a los juicios orales de las causas y a las vistas de los incidentes que en los mismos fueren promovidos, excepto en aquellos procesos en que no pueda ejercitarse la acción pública.

5.ª Velar por el cumplimiento de las sentencias que recayeren en las causas en que intervinieren.

6.ª Emitir dictamen en todos los expedientes de indulto y en todos los asuntos criminales en que se le pidiere informe.

7.ª Requerir el auxilio de las autoridades, de cualquiera clase que sean, para el desempeño de su ministerio, siendo responsables éstas en las consecuencias que resultaren de su falta o descuido en prestarle dicho oficio, y

8.ª Cumplir las demás obligaciones que en materia penal la impongan las leyes.

c) En materia civil:

1.ª Interponer su oficio en los pleitos que versen sobre el estado civil de las personas.

2.ª Representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes e impedidos para administrar sus bienes, hasta que se les provea de tutor para la defensa de sus personas, propiedades y derechos.

3.^a Representar y defender a las personas inciertas o desconocidas en los asuntos civiles que a las mismas interesen, hasta que las mismas puedan tener en ellos quien las represente legalmente.

4.^a Velar por que se constituya el consejo de familia de los menores de edad no emancipados, de los locos o dementes, de los sordomudos que no sepan leer y escribir, de los que por sentencia firme hubieren sido declarados pródigos y de los que estuvieren sufriendo interdicción civil, cuando carecieren de representante legítimo.

5.^a Asistir a la vista de los pleitos y demás negocios civiles en que fuere parte.

6.^a Velar por el exacto cumplimiento de las resoluciones dictadas en los asuntos civiles en que interviniere.

7.^a Imponer y sostener, en interés de la ley y de la jurisprudencia, los recursos de casación procedentes en los asuntos en que no fuere parte, cuando los litigantes se conformaren con la sentencia definitiva que recayese en el juicio en que intervinieren y entendiese el Ministerio fiscal que en ella se infringió la ley, la doctrina legal y la jurisprudencia.

8.^a Pedir la declaración de incapacidad para administrar los bienes de los incapacitados, cuando se trate de dementes furiosos o no existan cónyuge o parientes del presunto incapaz que tengan derecho a sucederle abintestato, o si, en el caso de haberlos, no hicieron uso de la facultad que les concede el art. 214 del expresado Código para solicitar dicha declaración, o cuando el cónyuge y los citados herederos del presunto incapaz fueren menores de edad, o carecieran de la personalidad necesaria para comparecer en juicio.

9.^a Intervenir en la constitución de las hipotecas legales en favor de los menores por razón de reserva o de la que debe prestar el marido en favor de la mujer para asegurar los bienes que recibe en concepto de dote estimada, cuando la mujer fuere menor de edad y no hubiesen solicitado dicha constitución el tutor, el protutor o el consejero de familia, siendo huérfana, a cuyo efecto deberá solicitar de oficio, o a instancia de cualquiera persona, que se compela al marido al otorgamiento de la misma.

10. Promover la oposición al matrimonio civil cuando hubiere impedimento para ello, bien en virtud de la denuncia de alguna de las personas a que se refiere el art. 98 del Código civil o cuando tuviere conocimiento del impedimento directamente.

11. Pedir, con arreglo al art. 102 de dicho Código, la nulidad del matrimonio civil cuando concorra alguna de las causas expresadas en el art. 101 del mismo, excepto en los casos de error, fuerza o miedo, e intervenir en los pleitos sobre dicha nulidad que promuevan los partícipes, por tratarse de una acción pública, teniéndose en cuenta lo dispuesto en el art. 888 de la ley orgánica del Poder judicial.

12. Intervenir conforme al art. 133 del Código civil, en los expedientes para la aprobación judicial del reconocimiento de los hijos naturales menores de edad, cuando no tenga lugar dicho reconocimiento en el acta de nacimiento o en testamento.

13. Intervenir en la formación de los inventarios que, con arreglo al art. 163 del expresado Código, deben hacerse de los bienes de los hijos en los que tengan los padres sólo la administración, y proponer, cuando fuere procedente, el depósito de los bienes mobiliarios de los citados hijos.

14. Intervenir en los expedientes sobre autorización a los padres para la venta de los bienes inmuebles de los hijos en que les corresponda el usufructo o la administración.

15. Intervenir en los expedientes sobre autorización para la adopción de los menores de edad.

16. Intervenir en los expedientes sobre nombramiento de representante legal de los que hubieren desaparecido de su domicilio sin dejar apoderado que administre sus bienes, o cuando hubiere caducado el poder conferido por el ausente. (Artículo 181 del Código civil.)

17. Representar en juicio a los jefes de las casas de expósitos, en su cualidad de tutores de los recogidos y educados en ellas. (Artículo 212 de dicho Código).

18. Solicitar la declaración de prodigalidad, por sí o a instancia de algunos de los parientes que pueden pedirla, cuando fueren menores o incapacitados. (Artículo 222 del mismo Código.)

19. Intervenir en los expedientes sobre aprobación de la concesión del beneficio de la mayor edad a los menores huérfanos de padre y madre. (Artículo 322 del mencionado Código).

20. Intervenir en la capitalización e imposición de capital de las cargas perpetuas a que se refiere el art. 788 del Código civil, cuando al heredero se impongan en disposición testamentaria la obliga-

ción de invertir periódicamente ciertas cantidades en obras benéficas.

21. Intervenir en los expedientes sobre aprobación de la renuncia, hecha por los legítimos representantes de las asociaciones, corporaciones y fundaciones, de las herencias instituidas en favor de las mismas (Artículo 993 del citado Código.)

22. Intervenir, conforme a lo ordenado en el párrafo 3.º del artículo 4.º de la ley de Enjuiciamiento criminal, en los juicios que se promovieren a consecuencia de las cuestiones prejudiciales determinantes de la culpabilidad o de la inocencia interpuestas en el procedimiento penal.

23. Cumplir las demás obligaciones que le impongan las leyes.

Auxiliares de los Tribunales.

Tienen el carácter de tal, conforme a la ley orgánica del poder judicial y disposiciones complementarias los *secretarios* judiciales, los *archiveros* judiciales, los *oficiales* de Sala y los de Secretaría.

De su organización ya queda dicho al tratar de los Tribunales y Juzgados especiales.

Veamos ahora sus atribuciones:

Secretarios judiciales.—a) Obligaciones comunes a esta clase de funcionarios: (excluidos los Secretarios de gobierno de las Audiencias y del T. Supremo).

1.º Auxiliar a los jueces, o a las Salas de justicia en que presen servicio, según su respectiva categoría, en todo lo que se refiere al ejercicio de la jurisdicción civil o contenciosa.

2.º Guardar secreto en todos los asuntos en que intervengan, en los casos que lo exigieren.

3.º Anotar en los autos los días y las horas de la presentación de los escritos cuando los términos fueren fatales.

4.º Anotar igualmente los días en que las partes tomen y devuelvan los autos y el en que, sin devolución de éstos, presenten escritos.

5.º Dar oportunamente cuenta de todas las pretensiones que

les fueren presentadas en los negocios en que actúen, siendo responsables de las dilaciones inmotivadas en que incurran.

6.º Extender fielmente y autorizar con su firma las actuaciones y las providencias, autos y sentencias que tengan lugar o se dicten ante ellos.

7.º Custodiar y conservar asiduamente los procesos y los documentos que estuvieren a su cargo.

8.º No dar copias certificadas o testimonios sino en virtud de providencia o mandamiento del Juzgado o del Tribunal al cual estuvieren adscritos.

9.º Llevar siempre al corriente los libros que prevengan las leyes y disposiciones reglamentarias.

10. Ser imparciales en todos los negocios en que intervengan y en cuanto a todos los interesados en los mismos; y

11. Cumplir todas las demás obligaciones que les impongan las leyes.

b) Obligaciones especiales de los Secretarios de Salas de Justicia de las Audiencias Territoriales y del Tribunal Supremo.

1.ª Dar cuenta al Tribunal *verbalmente*, cuando se trate de providencias de tramitación que no necesitan antecedentes complicados para resolver.

2.ª Dar cuenta por escrito, con la concisión posible, cuando se trate de providencias de tramitación que lo exijan por su gravedad, por el volumen de los autos o por las dificultades que presenten para su resolución.

3.ª Formar los apuntamientos para las vistas de los pleitos y de las causas, tanto cuando se vean para incidentes como para decidir en definitiva.

4.ª Manifestar en los apuntamientos si los autos se hallan en estado de poderse fallar el artículo, el pleito o la causa, y si hay algún defecto grave que deba subsanarse por poder ser causa de nulidad su omisión.

5.ª Manifestar, en los casos de apelación, si las sentencias de primera instancia, y en los de casación, si las de segunda instancia, fueron pronunciadas dentro del término prevenido por las leyes.

6.ª Poner al margen de las providencias los apellidos de los magistrados que hubieren concurrido a dictarlas, y al de los autos y sentencias los nombres y apellidos de los mismos.

7.ª Extender en las diligencias de las vistas los días de su duración, las horas empleadas en cada día y los nombres y apellidos de los defensores que hubieren asistido a ellas.

8.ª Cuidar de que no quede ninguna providencia sin rubricar por el presidente de la Sala, ni ningún auto por los mismos magistrados.

9.ª Extender y refrendar las Reales provisiones, cartas-órdenes o despachos, cuando los haya firmado el presidente del Tribunal y los magistrados que deban ejecutarlo.

10. Regular las costas, según arancel, en el caso de que alguno hubiere sido condenado a satisfacerlas, incluyendo las notas o minutas de los letrados.

11. Cumplir las demás disposiciones que les impongan las leyes y disposiciones reglamentarias.

Los secretarios de las Audiencias provinciales, tendrán además la obligación de extender acta de cada sesión que celebre el Tribunal, y en ella harán constar sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido en ella.

Los vicesecretarios de las citadas Audiencias provinciales ejercerán las mismas funciones que los secretarios, y tendrán las mismas obligaciones que éstos cuando estén adscritos a determinada Sala o sección, o cuando sustituyan a los secretarios.

c) Obligaciones de los secretarios de gobierno de los Juzgados:

1.ª Auxiliar al juez en todos los asuntos gubernativos, autorizando con él las legalizaciones que establezcan las leyes.

2.ª Formar los estados referentes a las estadísticas judiciales, prevenidos en el art. 248 de la ley de Enjuiciamiento criminal, y los que reclamen los presidentes y fiscales de las Audiencias y los demás Centros oficiales, referentes a asuntos del Juzgado.

3.ª Conservar los expedientes gubernativos y las órdenes circulares y comunicaciones de los Tribunales inferiores y de los demás Centros oficiales.

4.ª Llevar los libros de posesiones y ceses del personal del Juzgado, el de registro de órdenes-circulares y comunicaciones de los Tribunales superiores y demás autoridades, los registros de penados y de procesados en rebeldía y los prevenidos por las disposiciones sobre aplicación de la condena condicional, los registros de tutela, los de resguardos de los depósitos judiciales, los de

correcciones disciplinarias, los de turno para el repartimiento de asuntos civiles, de causas criminales, de exhortos y de apelaciones de juicios de faltas, y

5.^a Cumplir las demás obligaciones que les impongan las leyes y reglamentos.

d) Obligaciones de los Secretarios de gobierno de las Audiencias y del Tribunal Supremo:

1.^a Asistir a la apertura solemne del Tribunal, y leer en dicho acto los artículos de las disposiciones legales que se refieren al mismo.

2.^a Dar cuenta al Tribunal en pleno y a la Sala de gobierno de todos los asuntos gubernativos.

3.^a Asistir a las visitas generales de cárceles, cumpliendo todo lo ordenado en los reglamentos.

4.^a Presenciar el juramento de los magistrados, jueces, secretarios de Sala, abogados y procuradores, y la toma de posesión de magistrados y fiscales, recogiendo los títulos de éstos, a quienes serán devueltos después de sacadas las copias correspondientes, consignando en ellos, además del «cúmplase», certificación de haber prestado juramento y tomado posesión en su caso.

5.^a Ayudar al presidente de la Audiencia o del Tribunal Supremo en el despacho de informes y demás asuntos.

6.^a Intervenir en los expedientes de oposición a secretarías de Sala.

7.^a Dar cuenta a la Audiencia en pleno de los Reales decretos, órdenes superiores y demás documentos de que le haya hecho entrega con tal objeto el presidente del Tribunal.

8.^a Circular las órdenes expedidas por el Tribunal o por la Sala de gobierno.

9.^a Llevar todos los libros de asiento y registro que previenen las ordenanzas.

10. Cobrar e invertir en debida forma las cantidades asignadas para material.

11. Cuidar del archivo y de la biblioteca, en el caso de que no haya archivero y bibliotecario especiales en el Tribunal, y

12. Conservar el sello del mismo, estampándole en las cartas-órdenes y despachos que el Tribunal mandare librar, ya de oficio, ya a instancia de parte.

El secretario de gobierno del Tribunal Supremo tiene además

a su cargo el cuidado de la publicación, en la *Colección Legislativa*, de las sentencias dictadas por dicho Tribunal. Además, es obligación peculiar suya formar y leer, en el acto de la apertura de los Tribunales, un cuadro sinóptico de los negocios judiciales que haya habido en los mismos durante el año anterior.

Archiveros.—Por disposición expresa de la Ley Orgánica citada, tanto en el Tribunal Supremo como en las Audiencias en que el Gobierno lo crea oportuno, habrá un archivero con los dependientes necesarios para la custodia, conservación y arreglo de los documentos.

Los certificados expedidos por estos funcionarios relativos a antecedentes que obren en sus archivos, hacen fe pública.

Oficiales de Sala y de Secretaría.—En general pueden señalarse como obligaciones comunes de estos auxiliares, las de hacer los emplazamientos, citaciones y notificaciones, embargos, etc. etcétera, asistir a los jueces o presidentes de Tribunal a cuyas órdenes estuvieren, para cumplir las que les dicten relativas al servicio judicial y asistir a los estrados del Tribunal cuando el presidente de la Sala lo ordene.

Pueden también ejercer las funciones que, por justa delegación, les encomienden sus jefes, estando habilitados al efecto, y dentro de los límites legales.

Otros auxiliares.—Tienen esta consideración, aunque sus funciones en auxilio de la administración de la justicia no sean constantes, los funcionarios de la policía judicial, asesores, Médicos forenses, Academias, Laboratorios oficiales. Intérpretes, Notarios, Registradores de la Propiedad, etcétera, etc., y finalmente, con mayor motivo, los abogados y procuradores cuyo estudio exige párrafo aparte (V. más adelante las notas al § 37.)

Subalternos.—Como tales se comprenden los porteros, alguaciles, mozos de estrados y mozos de oficio. Los porteros y alguaciles cumplirán las obligaciones que las leyes y reglamentos especialmente les impongan, obedecerán las órdenes de sus superiores, guardarán sala y auxiliarán a los secretarios y oficiales de Sala.

Los mozos desempeñan trabajos mecánicos. Pueden ser habilitados para realizar los cargos de porteros y alguaciles.

Nombramiento para los cargos judiciales.

Sin descender a detalles, que nos llevarían muy lejos, procuraremos ofrecer un esquema del procedimiento seguido por la legislación española para la designación de los funcionarios judiciales y de sus subalternos.

El ingreso en la Judicatura y Ministerio Fiscal se verifica por oposición al Cuerpo de aspirantes que da acceso a los Juzgados de primera instancia de entrada. Requiere también el ejercicio de dos años de prácticas, dentro del Cuerpo de aspirantes.

Para los ascensos sigue el sistema de rigurosa antigüedad como regla ordinaria, sin perjuicio de que para ciertas categorías, y en grado muy restringido, se adopte la elección libre o condicionada.

Los jueces y fiscales municipales y sus suplentes son nombrados por cuatrienios salvo el caso de cubrir vacantes hasta la renovación ordinaria que se hará por mitad cada dos años; la ley de justicia municipal señala (art. 3.º) por categorías las personas que tienen derecho preferente a ocupar estos cargos desde los funcionarios de la carrera judicial en situación de excedencia a los vecinos que sepan leer y escribir y sean recomendables por su prestigio y su arraigo y puedan atender mejor al desempeño del cargo.

El nombramiento se hará por las Salas de Gobierno de las Audiencias territoriales, con asistencia de Decanos de los colegios de Abogados y Notarios (art. 5.º ley cit.)

Los cargos de Jueces y Fiscales municipales y sus suplentes son obligatorios para aquellos en quienes no concurren alguna de las excusas o causas de renuncia previstas por la ley (art. 9.)

Los adjuntos y sus suplentes de los Tribunales municipales serán nombrados también por las Salas de Gobierno y decanos referidos, con arreglo a las normas del art. 11 de dicha ley.

Para el nombramiento de los individuos que constituyen el Jurado sigue un procedimiento muy complejo: formación de listas de *capacidades y cabezas de familia* por las Juntas municipales constituidas *ad hoc* (art. 14 ley Jurado 20 Abril 1888 y R. O. 8 Mar-

zo 1897); remisión de estas listas a los Juzgados de primera instancia respectivos, en donde la Junta de partido procede a una nueva selección (arts. 30 y 31); envío de las nuevas listas a la Audiencia provincial correspondiente que formará las definitivas de jurados para cada partido comprensiva de doscientos nombres de cabezas de familias y ciento de capacidades, que podrán reducirse a ciento cincuenta y setenta y cinco respectivamente cuando las listas mandadas por las Juntas de partido no contengan más de doscientos nombres y a ciento cincuenta si no contiene ciento cincuenta (artículos 32 y sigs.)

Cada cuatrimestre se verifica el sorteo de los jurados que deberán actuar en este tiempo (art. 44) y de éstos se extraerán para cada juicio oral por un nuevo sorteo los doce jurados y dos suplentes que habrán de entender en la causa (art. 55.)

Para la designación de los miembros constitutivos de los Tribunales municipales de Ceuta y Melilla síguense normas especiales (V: R. D. 14 Mayo 1917.)

En cuanto a los Auxiliares de Juzgados y Tribunales, además de las condiciones generales que debe reunir el que sea nombrado para tales cargos (art. 474 Ley Orgánica Poder judicial) exítese la oposición entre Abogados para el ingreso en el Cuerpo de Secretarios de los Juzgados de primera instancia (R. D. 1.º Junio 1911.) Se requiere también oposición para desempeñar las Secretarías de los Juzgados municipales en las capitales de provincia y poblaciones de más de treinta mil habitantes (art. 15 ley 5 Agosto 1907.)

En los demás casos no se requiere la oposición (art. cit.).

En el Secretariado de las Audiencias y Tribunal Supremo se ingresa por oposición, salvo los concursos y nombramientos en turno de ascenso cuando procedan.

Recientemente ha sido reorganizado este Cuerpo por R. D. 29 Noviembre 1920.

Por último por lo que se refiere al nombramiento de Archiveros judiciales, oficiales de Sala y de Secretaría y subalternos véanse los arts. 536, 542, 474, 570, 572 y 573 de la ley Org. del Poder Judicial, y principalmente los RR. DD. 1.º Junio 1911, 5 Febrero 1903, 3 Abril 1914 y 29 Nov. 1920 cit.).

Sede de los Tribunales.

Cada *municipio* tiene uno o varios Tribunales y Juzgados municipales; sigue en extensión territorial el *partido judicial* a cargo de uno o más jueces de primera instancia e instrucción; las *Audiencias provinciales* extienden su jurisdicción a la provincia respectiva; las *territoriales* residenciadas: en Albacete (comprendiendo las provincias de Albacete, Ciudad Real, Cuenca y Murcia); Barcelona (Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona); Burgos (Alava, Burgos, Guipúzcoa, Logroño, Santander y Soria); Cáceres (Badajoz y Cáceres; Coruña (Lugo, Coruña, Orense y Pontevedra); Granada (Almería, Granada, Málaga y Jaén; Las Palmas (Canarias); Madrid (Avila, Guadalajara, Madrid, Segovia y Toledo); Oviedo (su provincia); Palma (Baleares); Pamplona (Navarra y Guipúzcoa); Sevilla (Cádiz, Córdoba, Huelva y Sevilla; Valencia (Alicante Valencia y Castellón); Valladolid (León, Palencia, Valladolid, Zamora y Salamanca); Zaragoza (Zaragoza, Huesca y Teruel), y Tetuán con sus Juzgados de Larache, Nador y Tetuán; y el *Tribunal Supremo* único y con residencia en Madrid.

En cuanto a los Tribunales especiales queda expuesta implícitamente el lugar de su residencia, al ocuparnos de ellos. Completaremos ahora cuanto en su lugar hemos dicho aclarando que los tribunales industriales pueden ser establecidos en las cabezas de los partidos judiciales donde el Gobierno lo estime oportuno, por iniciativa propia o a instancia de los obreros y patronos del territorio, oyendo a las Juntas de Reformas sociales, Cámaras agrícolas, industriales y de Comercio; y finalmente los tribunales para niños se crean en las capitales de provincia y cabezas de partido judicial donde existan establecimientos consagrados a la educación de la infancia abandonada y delincuente.

Independencia y responsabilidad judicial.

Afirmada la independencia del Poder judicial, según hemos visto, en la Constitución, asegúrase, además, en los funcionarios encargados de administrar justicia con preceptos que vienen a garantizarla. Tales, la inamovilidad, la facultad de promover cuestiones de competencia, la de recusación, que corresponde a los litigantes, etc. etc. (Pueden consultarse con relación a esta materia, entre otros menos fundamentales, los arts. 74 y sigs. de la Constitución; 5 del Código civil, 2 y sigs., y 223 y sigs. de la Ley orgánica del P. J. los Reales decretos 20 Junio 1912 y 30 Marzo 1915, y demás disposiciones relativas a los funcionarios judiciales, a que hemos hecho referencia en las págs. 36 y sigs. de este libro; y finalmente las leyes fundamentales que regulan las jurisdicciones especiales).

En cuanto a la responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios judiciales, distinguiremos la civil, de la penal y la disciplinaria. La primera hácese efectiva mediante un procedimiento especial regulado por la ley de Enjuiciamiento civil (título VII, del libro 11, y arts. 260 y sigs. L. O. P. J.) y conduce al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por los jueces y magistrados por negligencia o ignorancia inexcusables en el ejercicio de sus funciones.

La responsabilidad civil sólo puede ser exigida a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes.

En cambio la responsabilidad criminal (que procede en los casos de malicia o intención dolosa en el funcionario) puede exigirse de oficio (v. arts. 245 y sigs. L. O. P. J.) a instancia del Ministerio fiscal (v. arts. 250 y sigs. de dicha ley) y a instancia de algún particular y entonces se exige como trámite previo un antejuicio que habrá de seguirse con arreglo a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento criminal (v. arts. 757 y sigs.)

Finalmente la responsabilidad disciplinaria exigese por los su-

- 1.º Criterio *objetivo*.
- 2.º Criterio *funcional*.
- 3.º Criterio *territorial*.

El criterio *objetivo* derivase o del *valor* del pleito (competencia por valor), o de la *naturaleza* del pleito (competencia por materia). El criterio derivado de la naturaleza del pleito, se refiere ordinariamente al contenido especial de la relación jurídica en litigio (ejemplo, cuestiones de impuestos; acciones posesorias; contendas entre industriales y obreros por razón de la industria, etc.). La *cualidad de las personas* litigantes ha tenido en otro tiempo gran importancia para la formación de jurisdicciones especiales (privilegiadas); pero hoy por sí sola no influye en la competencia del juez, salvo en casos excepcionalísimos (así en los tribunales privilegiados de la Administración pública, admitidos por nuestras leyes solo para la Colonia Eritrea; así en la competencia de los cónsules, limitada por la cualidad de ciudadanos de los litigantes o, por lo menos, del demandado; en la competencia de los tribunales mixtos antes recordados; así en la jurisdicción penal del Senado sobre los senadores; así en la jurisdicción penal militar.

El criterio *funcional* derivase de la naturaleza especial y de las exigencias también especiales de las *funciones* que el magistrado está llamado a ejercer *en un solo proceso*, cuyas funciones pueden estar distribuidas entre *diversos* órganos; así hay jueces de primero y segundo grado (competencia por grado), jueces de conocimiento, jueces de ejecución; y también pueden ser confiadas al juez de un cierto territorio precisamente en vista de la exigencia de las funciones, dando lugar a una competencia en la que el elemento *funcional* concurre con el territorial.

El criterio *territorial* conexas a la circunscripción territorial, a la atribuida a la actividad de cada órgano jurisdiccional. Los *diversos* pleitos de la *misma naturaleza* son atribuidos a jueces de la misma naturaleza, pero con sede *en lugares distintos*, y la atribución tiene lugar según diferentes circunstancias; o porque el demandado reside en un cierto lugar (*forum domicilli, forum rei*), o porque la obligación fué contraída en un determinado lugar (*forum contractus*) o porque el objeto del pleito encuéntrase en un determinado lugar (*forum rei sitae*), etc.

La *conexión* no es por sí misma un criterio de competencia. La conexión es un vínculo que media entre varios pleitos, que acon-

seja su *unión*; cuando los pleitos que deban unirse pertenecen a jueces diferentes, surge la cuestión de determinar cuál de estos jueces debe pronunciar en ellos unidos. Y así la materia de la conexión tiene marcadas referencias a la competencia de los jueces, de aquí que nuestra ley la incluya entre las normas de la competencia.

Cuando un juez, por la naturaleza y por el valor del pleito, por las funciones que se le piden, por sede en la que se encuentra, es *capaz* de proveer en un pleito, llámase *competente*. Si el juez no es competente, no tiene obligación ni facultad de pronunciar; no surge válidamente la relación procesal. Así la competencia se presenta como el más importante de los presupuestos procesales (Cód. proc. civ., art. 35).

Estos criterios de distribución de la jurisdicción tienen hoy, como hemos observado una significación enteramente diversa de la que tuvieron en tiempos pasados. Esto depende del cambio experimentado en las bases del Estado moderno, en la formación de los funcionarios judiciales, en la razón de los grados de jurisdicción (§§ Introducción y 14, 20, 30, II); que puede resumirse diciendo que hoy la competencia es la extensión de un *deber* más bien que el límite de un *derecho*.

II. *Diversa importancia de los criterios referidos.*—Pero los distintos límites de la jurisdicción no tienen todos igual importancia. El art. 69, Cód. proc. civ., dice *que la jurisdicción no puede ser prorrogada por las partes, salvo en los casos establecidos por la ley*. Esto quiere decir que, ni aun con acuerdo de las partes, se puede acudir a un juez diferente del señalado por la ley, a menos que ésta lo permita. Los límites de la jurisdicción son pues *prorrogables* (o *relativos* o *dispositivos*), o *improrrogables* (*absolutos, necesarios*), según que admitan o no su inobservancia, según que influyen o no en la voluntad de las partes. Las partes pueden convenir la inobservancia de los límites prorrogables, y el acuerdo puede ser expreso (*pactum de foro prorrogando*), o inherentes a la elección de domicilio (Cód. proc. civ., art. 95). Si aquel que es citado ante un juez incompetente, no excepciona la incompetencia *in limine litis*, se produce, en caso de competencia prorrogable, el efecto de la prórroga (Cód. proc. civ., art. 187; § 70, 103 y 106). En cuanto a los límites improrrogables, todo acuerdo

de las partes es ineficaz, porque el juez de *oficio* debe relevar su propia incompetencia, y las partes (actor o demandado), pueden excepcionarla, no sólo *in limine litis*, sino en cualquier grado y estado del pleito. Reprodúcese pues, en la esfera de la competencia, la distinción entre derecho *absoluto* y derecho *dispositivo* (de aquí el nombre de *competencia absoluta y relativa*), §§ 1 y 4.

a) Son absolutos los límites derivados de *criterios* objetivos, (competencia por materia y valor). Cuando la ley atribuye a un juez un pleito con referencia a la naturaleza y a la entidad de este lo hace porque estima a aquel juez más idóneo que otro para pronunciar; y esta consideración de la ley no admite una apreciación contraria de los particulares. La incompetencia por materia y valor puede ser puesta de manifiesto en cualquier estado y grado del pleito; la autoridad judicial debe pronunciarla incluso de *oficio* (Cód. proc. civ., art. 187). Este principio es entendido tan estrechamente por nuestra ley, que lo aplica, no sólo a los jueces inferiores (conciliador y pretor), en cuanto a los pleitos de competencia del juez superior, sino también al juez superior respecto de los de competencia del inferior. En cambio, la ley alemana trata diferentemente los límites del juez inferior y los del superior. Parte ante todo del concepto muy lógico y sencillo, de que en lo más está comprendido lo menos, que el juez competente para lo más, no puede considerarse *incompetente* para lo menos. Por consecuencia, si al *Landgericht* (nuestro tribunal), se acude en pleito que por materia o valor sería de competencia del *Amtsgericht* (nuestro pretor), y pronuncia en este pleito, no se admite reclamación contra esta sentencia por motivo de incompetencia, *aunque la incompetencia haya sido excepcionada* (§ 10). Viceversa, el *Amtsgericht* puede pronunciar en pleito de competencia (*por valor*) del *Landgericht* si las partes están de acuerdo; si no la sentencia puede impugnarse por incompetencia: los límites *por la materia*, del *Amtsgericht*, en cambio, son improrrogables (§§ 38 y 40). Sin embargo, también en nuestra ley veremos aparecer frecuentemente una necesaria *relatividad* de los límites de la competencia del juez superior. El principio puede formularse así: los límites objetivos de la competencia son siempre absolutos para lo más, no siempre para lo menos, quiere decir que el juez inferior nunca puede devenir competente para conocer de pleito de competencia del superior, pero el juez superior puede devenir competente

para conocer de pleito de competencia del inferior; solamente que esto no puede ocurrir por acuerdo de las partes, sino por la naturaleza del pleito (conexión con pleito de valor superior, Cód. procesal civ., arts. 101 y 102). Así si una ley nueva modifica las competencias, los jueces continuarán competentes para conocer de los pleitos *ya iniciados* bajo la ley anterior y que la nueva ley defiere a un juez inferior, pero de ordinario no para los que defiere a juez superior (véase art. 1 del R. D. 30 Nov. 1865, que contiene las disposiciones transitorias para la actuación del Código proc., art. 47 del R. D. 25 Jun. 1871, conteniendo disposiciones transitorias para la unificación legislativa de las provincias de Venecia y Mantúa; (art. 28 del Reg. 26 Dic. 1892, para la nueva ley sobre conciliadores 16 Jun. 1892), véase pág. 128.

b) Son absolutos e improrrogables los límites derivados del criterio *funcional*. No se puede omitir un grado de jurisdicción y acudir directamente al juez de apelación. No se puede siquiera proponer nuevas demandas en apelación; si se propusieren deben *desestimarse* también de oficio (Cód. proc. civ., art. 490), (1). Ni aún se puede renunciar preventivamente a la apelación, excepto cuando la ley expresamente lo admite (como en el caso de arbitraje, Cód. proc. civ., art. 28, núm. 3); en el de las magistraturas especiales para los países castigados por el terremoto, § 20, Real Decreto 26 Mar. 1911, núm. 331, art. 21), porque la conformación del juez público no puede ser objeto de contrato; lo contrario en cuanto al particular. Ordinariamente el criterio funcional enlázase con el territorial; p. ej., la apelación de la sentencia de un tribunal no puede llevarse a cualquier Corte de apelación, ni aún por acuerdo de las partes, sino que es preciso llevarla a aquella en cuya jurisdicción está la sede del tribunal que ha producido la sentencia. Las funciones en la ejecución mobiliaria están atribuidas al oficio de pretura *del lugar donde se encuentran* los muebles pignorados. En la inmobiliaria se confían al tribunal *del lugar en que están situados* los bienes, Cód. proc. civ., art. 662). El

(1) Entiéndase, no *desestimarse* en el fondo, sino en cuanto improcedentes por incompetencia del juez, sin perjuicio de volver a proponerlas ante juez competente. Ya hemos visto que en otra ocasión la ley habla impropriadamente de *desestimación* de la demanda (Cód. civ., art. 2.128, § 5).

juicio de *delibazione* hácese por la Corte de apelación en cuya jurisdicción deben cumplirse las sentencias de la autoridad extranjera (Cód. proc. civ., art. 941). En todos estos casos la competencia es improrrogable, porque está atribuída a la autoridad judicial de un cierto lugar, pero en vista de la *particular función* que le está confiada en un pleito.

c) La competencia territorial es prorrogable (Cód. proc. civil, artículo 187); si no se quiere aceptar la prórroga, debe ser propuesta antes que nada la correspondiente excepción, ni se puede pronunciar de oficio la incompetencia por razón del territorio. Ya hemos observado que la conexión de los pleitos puede influir en cada caso en la competencia del juez. Esta influencia no puede ponerse de manifiesto de oficio por el juez, pero puede hacerse valer por las partes en cualquier estado o grado del pleito (Código procesal civ., art. 188) (1).

La ley y la costumbre hablan de competencia en diferentes sentidos, o para indicar la integridad de las atribuciones de un órgano consideradas en sí mismas; o para indicar la distribución de atribuciones de la misma naturaleza entre órganos del mismo orden (§17). Ya hemos visto como la ley habla de competencia de la autoridad judicial en general, en un sentido especial (§§ 3 5 y 16.

Algunos quieren limitar el sentido propio de la palabra *competencia* para indicar las atribuciones de un órgano judicial por razón de *territorio*, designando con el nombre de *jurisdicción* de un órgano las atribuciones limitadas por razón de la *materia* y del *valor*. Pero esta terminología es inexacta y además contraria a la ley, porque si bien los límites de la competencia tienen diversa importancia, en ellos se trata siempre de distribución de *jurisdic-*

(1) En lugar de competencia *absoluta* o *relativa* suélese hablar también especialmente por los escritores franceses, de competencia real o *material (ratione materiae)* y de competencia personal (*ratione personae*). Esta última comprendería la competencia territorial. Véase GLASSON, *Précis*, cit., p. 188; BONNIER, *Elementi di proc. civ.*, núm. 52. Pero el nombre de competencia personal no es muy exacto, sino más bien equívoco: en efecto, frecuentemente, como veremos la competencia territorial, determínase sin consideración alguna a las personas de los litigantes. La diferenciación puede hacerse en otro sentido: § 30, I.

ción. Y por otra parte, no puede decirse que falte en términos absolutos de jurisdicción el órgano ordinario que excede los límites de materia y valor, porque en tal caso no debería admitirse que su resolución pasase como cosa juzgada, como se admite, lo cual implica en el juez *una capacidad potencial* para pronunciar fuera de tales límites.

Más bien debe hacerse otra distinción, como vimos, entre jueces *ordinarios* y jueces *especiales*, y hemos mostrado una diferencia práctica fundamental entre sus decisiones; porque el juez especial cuando excede los límites de su competencia no pronuncia como juez y, por lo tanto, su sentencia no pasa como cosa juzgada (§ 17). No es posible «cosa juzgada» respecto de la competencia, porque a diferencia de los errores que el juez puede cometer juzgando del fondo, los cuales desaparecen frente al resultado último de la decisión, único que queda, los errores de competencia son errores de *actividad*, no de *juicio* (§ 18), y como errores *inherentes a la actividad* no pueden ser borrados por la decisión. Únicamente pueden ser *subsana*dos: pero para esto se requiere una *capacidad potencial* para pronunciar fuera de los límites de la propia competencia, que no puede descubrirse sino en el juez *ordinario*.

Además existe una profunda diferencia entre la distribución de los pleitos entre los distintos jueces de primer grado (valor, materia y territorio) y la distribución de las diversas funciones necesarias en un mismo pleito entre jueces diferentes (esto ya entra en la competencia *funcional*). Cuando *varios* tribunales son llamados a prestar sus funciones en un *mismo* pleito, forman un todo que corresponde a la unidad del pleito y que de ninguna manera se puede modificar sin salir de la relación procesal y suspender su desarrollo (salvo que en el intervalo transcurran términos perentorios que lo cierren). Esta unidad de la relación procesal hállase determinada por confines de los cuales no se puede prescindir (*impreteribili*), saliendo de los cuales el magistrado—incluso ordinario—carece de jurisdicción, como son la *jerarquía* y el *territorio*. Una vez determinado el juez de primer grado, quedan determinados necesariamente los jueces superiores que podrán ocuparse del pleito. Si se apela de una sentencia del pretor a la Corte de apelación, ésta no tiene jurisdicción en el pleito, porque le falta aquella relación jerárquica inmediata, que aun no siendo ni la base ni la razón del doble grado (§ 20), es, sin embargo,

un presupuesto necesario de ellas. Si se apela a un tribunal o a una Corte diferente de aquella de la cual depende el *judex a quo*, lo que se hace en estos grados no puede tener eficacia ni adquirirla, el juez superior carece de jurisdicción respecto de los actos realizados por el juez inferior de otro territorio. Así carece de jurisdicción la Casación regional respecto de las materias atribuidas a la competencia de la Cas. Roma (§ 20); puesto que respecto de estas los jueces de segundo grado dependen directamente de la Cas. Roma: esto ha sido estimado recientemente varias veces, si bien con otra fundamentación, por la Cas. Roma en Sec. Un. (1). Otra cuestión es la de determinar qué efecto procesal tiene la citación o el recurso ante juez incompetente (2).

III. *Competencia para conocer de los presupuestos procesales y competencia para conocer del fondo.*—Regularmente las dos competencias deben encontrarse en esta relación: el mismo juez *adido* para el fondo debe juzgar de la propia obligación de pronunciar en el fondo (3). En cuanto a la competencia sobre la competencia ya hemos visto que existen excepciones (p. 370).

Cuando es cierto que el conocimiento de las cuestiones de fondo (de hecho y de derecho) está confiado a *determinados* jueces de

(1) Véase CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, cit.; QUARTA, *Discorso inaugurale*, 1906. Por último Cas. Roma, 20 Agosto 1905, en el *Foro italiano*, p. 1.407; 13 Febrero 1909, en el *Foro ital.*, p. 300. Conforme: CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile*, en el *Archivio giur.*, 1908, p. 28 del extracto. Únicamente CALDA funda esta solución en el hecho (que es el argumento dominante en toda la monografía) de que falta cualquier otro remedio de ley contra la sentencia de la Cas. Roma. Esto— a nuestro entender—es una petición de principio. La ley, negando la impugnación, cree subsanar los vicios de la sentencia, pero ¿todos son *subsana-*bles? La solución de este problema debe derivarse de la naturaleza del vicio, y no de la falta de impugnación. Y una vez reconocido como insubsanable un vicio, tanto da que la ley niegue la impugnación como que la admita: los términos para proponerla han transcurrido.

(2) Sobre esta cuestión que pertenece al tema más general de los efectos de la falta de un presupuesto procesal, véanse §§ 48 bis, 84.

(3) Acerca de la competencia para conocer de la capacidad procesal véase Cas. Roma, Sec. Un. 2 Marzo 1907 (*Legge*, 1907 p. 731).

primer grado y de grado superior, estos mismos jueces deben conocer de las otras funciones exigidas, además de la competencia, para la normal constitución de la relación procesal. Así en las materias reservadas a la Cas. Roma por el art. 3 de la ley 12 de Diciembre de 1875, el recurso debería llevarse a la Cas. Roma, aún si no denuncia qué violación de leyes procesales (p. ej., nulidad de citación) (1).

IV. *Incompetencia originaria e incompetencia sobrevenida.* — Si la demanda se propone ante un juez incompetente, este defecto inicial vicia la constitución de la relación procesal, de suerte que el juez no puede pronunciar en el fondo; las actividades procesales realizadas pierden su valor, como tales, con la declaración de incompetencia, y la demanda no tiene efectos procesales ni sustanciales sino por excepción (así en cuanto a la interrupción de la prescripción: p. 140 y siguientes) (2).

En cambio, si en el momento de la proposición de la demanda el juez era competente, y por un hecho sobrevenido deviene incompetente (reconvención, demanda de declaración incidental), esta incompetencia no influye en las actividades anteriormente realizadas y mucho menos en la demanda judicial, ésta conserva sus efectos, y sólo la relación procesal se *transforma* pasando al juez superior mediante la *remisión* que el juez inferior le hace del pleito (§ 71).

(1) En contra Cas. Roma, Sec. Un. 10 Diciembre 1903 (en el *Monitore dei tribunali*, 1904 p. 41), la cual admite este principio sólo cuando el recurso contiene *también* motivos referentes al fondo. La cuestión tiene alguna afinidad remota con cuanto ocurre por consecuencia de la división de las materias entre la IV y la V Sec. del Cons. de Est.: en las materias de competencia de la V Sección el recurso llévase a ésta también para el juicio de sola legitimidad (§ 16).

(2) La ley puede guardar una particular consideración al error consistente en la elección del juez competente, en vista de las dificultades que a menudo presenta la cuestión de competencia. Pero es preciso en cada caso una norma expresa para suavizar el rigor de los principios. Por ejemplo el Reg. alemán § 505, disponía que el juez inferior *Amtsgericht* al declarar la propia incompetencia objetiva debía *remitir* el pleito al superior *Landgericht*. Por la *novela*, 1 Junio 1909 extendióse esto también a la incompetencia *territorial*. Y se estima que la relación procesal perdura: ROEGER, en la *Riv. pen. proc. civ. ted.*, vol. 42, 1912, p. 322 y sigs.

APÉNDICE AL § 26

Derecho español (1).

Con arreglo al art. 53 de la ley de Enjuiciamiento civil para que los jueces y tribunales tengan competencia, requiérese, no sólo que el conocimiento del pleito o de los actos en que intervengan esté atribuido por la ley a la autoridad que ejerzan sino, además, que les corresponda el conocimiento del pleito o acción, con preferencia a los demás jueces o tribunales de su mismo grado.

También se afirma en nuestra ley procesal, la prórroga de la jurisdicción civil (2), a Juez o Tribunal que por razón de la materia, de la cantidad objeto del litigio y de la jerarquía que tenga en el orden judicial, pueda conocer del asunto que ante él se proponga (art. 54).

Por último, dice el art. 55 de la citada ley, que los jueces y tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también para las excepciones que en él se propongan, para la reconvencción cuando proceda, para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictaren, y para la ejecución de la sentencia.

Después de sentar estas normas, ocúpase dicha ley de las reguladoras de la competencia propiamente dicha, y al efecto, establece las siguientes *reglas* preliminares:

1.^a Será juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de toda clase, aquel a quien

(1) Ténganse presentes las referencias del apéndice anterior.

(2) La ley de Enjuiciamiento civil, confunde frecuentemente los términos *competencia* y *jurisdicción*.

los litigantes se hubiesen sometido expresa o tácitamente; pero esta sumisión sólo podrá hacerse a juez que ejerza jurisdicción ordinaria, y que la tenga para conocer de la misma clase de negocios y en el mismo grado (1).

2.^a Se entenderá por sumisión expresa, la hecha por los interesados, renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometieren (2).

3.^a Se entenderá hecha la sumisión tácita: 1.^o por el demandante, en el mero hecho de acudir al juez interponiendo la demanda; 2.^o por el demandado, en el hecho de hacer, después de personado en el juicio, cualquiera gestión que no sea la de proponer en forma, la declinatoria (3).

4.^a En las poblaciones donde haya dos o más jueces de primera instancia, el repartimiento de los negocios determinará la competencia relativa entre ellos, sin que puedan las partes someterse a uno de dichos jueces, con exclusión de los otros (4).

5.^a La sumisión expresa o tácita a un Juzgado para la primera instancia, se entenderá hecha para la segunda al superior jerárquico del mismo a quien corresponda conocer de la apelación (5).

6.^a En ningún caso podrán someterse las partes expresa ni tácitamente para el recurso de apelación, a Juez o Tribunal diferente de aquel a quien esté subordinado el que haya conocido en primera instancia (6).

El art. 333 enumera entre las excepciones dilatorias la incompetencia de jurisdicción. Véanse también los arts. 73 y sigs. de la misma ley de Enjuiciamiento civil.

(1) Art. 56.

(2) Art. 57.

(3) Art. 58.

(4) Art. 59.

(5) Art. 60.

(6) Art. 61. Véase también la ley Org. del Poder judicial, como antecedente, en su tít. IV.

§ 27

Competencia determinada por el valor del pleito.

1. *El valor del pleito y su importancia.*—Ya el derecho romano nos presentaba límites de competencia derivados del valor del pleito (p. ej. la *lex rubria* fija en quince mil sextercios la competencia de los magistrados municipales) y también el derecho germánico; pero una amplia aplicación de este criterio solo la encontramos en el derecho medioeval italiano y en los derivados de él (1).

En cuanto a los límites máximos de valor son, como ya sabemos, los siguientes (§ 20):

- 1.º Conciliadores, 100 liras (inapelabilidad hasta 50 liras): en la Colonia Eritrea 200 liras.
- 2.º *Probiviri*, (tribunales industriales) 200 liras.
- 3.º Capitanes y Oficiales de puerto, 400 liras.
- 4.º Inspectores de emigración, 50 liras.
- 5.º Pretores, 1.500 liras; en las prestaciones alimentarias, 200 liras anuales, en las contiendas por accidentes del trabajo cuando

(1) El valor no se considera por la ley solo como criterio de competencia, sino también para otros efectos. Así para establecer la apelabilidad del pleito (son inapelables las sentencias de los conciliadores, en contiendas cuyo valor sea *inferior a 50 liras*; de los pretores *inferior a 200 liras* cuando juzgan en las contiendas nacidas de accidentes del trabajo; de los tribunales consulares *inferior a 1.500 liras*; de las magistraturas especiales establecidas en los países castigados por el terremoto *inferior a 5.000 liras*, ley 13 Julio 1910, art. 27; del juez de la Colonia Eritrea, *inferior a 1.000 liras*; del residente en la Somalia italiana, *inferior a 500 liras*) y para establecer la forma de la citación (citación por cédula *inferiores a 100 liras*, Cód. proc. civ., art. 133); o el importe de los derechos de los procuradores (ley 7 Julio 1901, Arancel, art. 2); o de las tasas del timbre y del registro (ley sobre cancilleres, 2 Julio 1903, art. 21); o la clase de papel sellado que deba usarse (en los juicios arbitrales ley 31 Julio 1911, art. 18).

se trate de inhabilidad *temporal*, inapelabilidad hasta 200 liras. En cuanto a las prestaciones alimentarias, el valor de una prestación anual de 200 liras por tiempo indeterminado sería de 2.000 liras según el art. 76. El límite de competencia del pretor aumenta por lo tanto, en este caso, hasta 2.000 liras. Entiéndase: si la prestación es *mayor* de 200 liras anuales, pero no vitalicia, si bien por tiempo *menor* de diez años, el pretor será competente aunque las varias anualidades acumuladas no excedan de 1.500 liras.

6.º Cónsules, 500 liras.

7.º Residente de la Somalia italiana, 5.000 liras, juez de la Colonia Eritrea 2.000 liras.

Naturalmente, el límite máximo de la competencia de un juez constituye el límite mínimo para el juez superior. Así el pretor no puede juzgar más que de 100, 200 o 400 liras en adelante, según que su competencia esté limitada por el conciliador, por los *provibiri*, por el capitán de puerto, etc. El tribunal no puede juzgar más que de 1.500 liras en adelante; los tribunales consulares de 500 en adelante. Excepto siempre los pleitos atribuidos a tal o cual juez *sin consideración del valor*. Los tribunales no tienen límites *máximos* en su competencia por el valor.

La teoría de la competencia por el valor estudia el modo de determinar el valor de un pleito. Este estudio comprende dos problemas principales:

- 1.º ¿Sobre qué *base* se determina el valor de los pleitos?
- 2.º ¿Con arreglo a qué *criterios* se determina?

II. A) *Base para la determinación del valor*.—Es la *demanda* (Cód. proc. civ. art. 72). La demanda es el acto constitutivo de la relación jurídica procesal (§§ 3, 41, 42): la competencia por el valor, del juez, que tiene la obligación de pronunciar sobre la demanda, no puede determinarse por lo tanto, más que por la demanda misma. Como hemos visto antes (§ 8) es también la demanda la que determina el contenido de la sentencia y por consiguiente de la cosa juzgada; derivase de aquí que la competencia por el valor y la cosa juzgada son instituciones jurídicas que a menudo se tocan, como que constituyen una común circunstancia determinante.

La demanda consta (§ 1) de tres elementos: sujetos, *petitum* y *causa petendi*. En el estudio del valor solo se tienen en conside-

ración estos dos últimos elementos. El valor de la demanda no es el valor del objeto mediato de la demanda, ni de la *causa petendi* aisladamente considerados; sino de la combinación de ambos elementos, o sea, el valor de lo que se pide considerado en relación con la *causa petendi*, esto es, con la relación jurídica a base de la cual se pide; es el valor de la relación jurídica, pero dentro de los límites del *petitum* (p. ej. yo puedo pedir en juicio la entrega de un inmueble a título de arrendamiento o a título de propiedad: el objeto de la prestación es el mismo, pero no la *causa petendi*; los dos pleitos tienen un valor muy diferente).

Cuando el contenido de una relación jurídica es de tal naturaleza que la prestación puede hacerse a plazos (cantidades de dinero), la competencia del juez se determina por el valor del plazo solicitado; puesto que si bien es cierto que la demanda se funda en la relación total, ésta dedúcese en el pleito solo dentro de los límites del *petitum* del plazo (Cód. proc. civ. art. 72, 2.º §). Y si el demandado impugnando la relación sobre la cual se funda la demanda, hiciese necesaria la declaración de la existencia de la relación total, daría lugar a un pleito distinto del que surge de la primera; de aquí que el valor del nuevo pleito es distinto, y será competente para conocer del pleito el juez competente según el valor de la relación total. Pero si el plazo es solicitado como el último plazo debido (*residuo*), será determinado el valor por el del residuo, porque también el valor de la relación se reduce al del residuo. Sobre esto véanse los §§ 91, 93.

Si el valor del pleito se determina *por la demanda*, síguese de aquí que lógicamente no debe influir en la determinación del valor: a) la *contraprestación* que fuese debida por el actor, aunque la misma demanda del actor contuviese su oferta al demandado, a menos que—ya se entiende—el demandado en vía reconvenzional pidiese la condena del actor a la contraprestación, lo cual sería un pleito nuevo y distinto; b) la *excepción* o la *adhesión* del demandado, siempre que el demandado no produzca un *pleito* nuevo; c) el valor del objeto de la demanda, cuando sea distinto del *interés* que la demanda tiene para el actor (prenda, hipoteca y pignoración mobiliaria).

III. *Momento de la determinación del valor.*—Es el momento de la demanda judicial, según el principio de la *unidad de la re-*

lación procesal (§ 42) (1). En el momento en que se constituye la relación procesal, el juez debe ser competente por el valor. Las posteriores deducciones del actor no pueden influir en la competencia (§ 42) sino en cuanto sean demandas *nuevas*, las cuales, precisamente porque lo son, se consideran en el momento en que se proponen; y por lo tanto si exceden la competencia del juez elegido, no pueden juzgarse por éste. Por el contrario la *reducción* de las demandas durante el curso del pleito no despoja al juez del pleito, cuando la relación procesal fué normalmente constituida; tanto más cuanto que regularmente el juez pronuncia también sobre la parte de la demanda reducida, declarándola no ya debida o nunca debida a base de la reducción. *A fortiori* no puede tenerse en consideración la cantidad contenida en la *condena*, porque se debe ser competente para *pronunciar*; sea que se condene o que se absuelva, en todo o en parte. Así el tribunal es competente para pronunciar sobre una demanda de pago de 3.000 liras, aunque la estime solo por 1.000 liras, y la rechace por el resto: el conciliador que pronuncia sobre una demanda de 100 liras y la estima por 40 liras, produce una sentencia que es apelable (2).

No debe confundirse con el aumento de demanda el aumento de valor de la cosa demandada. Si he reivindicado el fundo cornelianiano y éste crece de valor durante el pleito en el cual lo he reivindicado, mi demanda no aumenta porque la cosa que pido es siempre la misma; el aumento de valor no basta para hacer incompetente el juez regularmente elegido.

IV. *La acumulación de las demandas y el valor del pleito.*— En una citación puede haber *acumulación* de demandas (§§ 87

(1) «*Ubi acceptum est semel iudicium ibi et finem accipere debet.*» L. 30 *dig. de jud.* 5, 1; y sobre este texto BÜLOW, *Processeinreden und Prozessvoraussetzungen*, cit. p. 94. § 30, III.

(2) Véase Cód. proc. pen., art. 353, núm. 3, 599, núm. 3, que reconocen la facultad de apelar a la parte civil y al acusado, de las sentencias del pretor y del tribunal, por lo que se refiere a la cantidad de los daños siempre que la *demandada* exceda de 100 liras o (respectivamente) 1.500 liras.

Si al contrario el conciliador a base de una demanda inferior a 50 liras condenase a cantidad mayor, la sentencia sería también apelable (§ 41 bis II): puesto que en este caso la situación creada por la sentencia corresponde a la que se tendría con la demanda mayor.

y sigs.) La acumulación puede ser *objetiva y subjetiva*. Es *objetiva* cuando una persona propone contra otra *varias demandas*; y *subjetiva*, cuando hay varios actores contra un demandado (litisconsorcio *activo*) o un actor contra varios demandados (litisconsorcio *pasivo*) o varios actores contra varios demandados (litisconsorcio *mixto*).

Acumulación objetiva.—Varias demandas pueden acumularse de diferentes modos: *alternativamente* (pido la cosa *a* o la cosa *b*), *eventualmente* (pido la cosa *a*, y subordinadamente, o sea *para el caso* de que se me niegue la cosa *a*, pido la cosa *b*), o, *condicionalmente* (rescisión de venta y consignación). En estos casos es evidente que el valor del pleito es el *mayor valor* entre la cosa *a* y la cosa *b*. Pero varias demandas pueden ser acumuladas *simplemente* (pido la cosa *a* y la cosa *b*); en este caso nuestra ley distingue: si las demandas dependen *del mismo título*, se suman ambas para determinar el valor del pleito; si dependen de *títulos diferentes*, tiénese en cuenta el valor de cada uno tomado separadamente (art. 73).

Título no es el *documento* del cual resulta una relación jurídica, sino esta misma relación jurídica. Por lo tanto un mismo documento puede servir para consagrar varias relaciones jurídicas, o sea *varios títulos* y viceversa, un sólo título puede reunir varios documentos. Este último caso se verifica cuando para una sola obligación (por ejemplo, para el pago del precio de una venta) se expiden varias letras de cambio. Discútese vivamente si éstas deben sumarse, en tal caso, para la determinación del valor; porque aún entre aquellos, y son los más, que estiman que la letra de cambio no produce novación de la relación fundamental, hay quien cree que cada una de las letras de cambio (en cuanto hechas valer como tales) es título autónomo, incluso para los efectos de la competencia (1). Ahora bien, esto es indiscutible, si las letras de cambio se hacen valer contra el que las emite por personas extrañas a la relación fundamental o sin deducir en el pleito la relación fundamental.

El principio aceptado por nuestra ley, lleva al resultado de que, por ejemplo, el pretor es competente para conocer de varias de-

(1) VIVANTE, *Trattato* IV, parte 1.^a, núm. 1.613.

mandas, como de diez demandas de 1.000 liras cada una, aunque sumadas den 10.000 liras, y en cambio el tribunal es incompetente para conocer de tales demandas. Dos demandas dependientes de títulos distintos, una por valor de 1.000 liras y otra de 3.000, por ejemplo, no podrían proponerse ante el tribunal, sino que una debería llevarse al pretor y la otra al tribunal, dando lugar así necesariamente a dos juicios distintos. Nuestro sistema, además da lugar a frecuentes cuestiones, cuando se trata de saber si varias demandas dependen o no de un sólo título.

Por estas razones es sin duda preferible el sistema del legislador alemán, que quiere que las demandas se sumen *en todo caso* para determinar el valor. La superioridad de este principio ha sido también reconocida por nuestro legislador, que lo ha aceptado para los juicios ante los *probiviri* (ley 15 Junio 1893, art. 9).

No se suman con las otras demandas las que son de competencia del juez elegido *sin consideración al valor*; ni siquiera se suman las demandas propuestas por el actor con las propuestas por el demandado (acción y excepción, acción y reconvencción); ni aún se suman las demandas propuestas en juicios separados que después hayan sido reunidos por el art. 229 del Reg. gen. jud., porque el art. 73 se ha dictado en la hipótesis de que las demandas hayan sido propuestas con una sola citación en un sólo juicio, como resulta de la frase «*capi di domanda*», que no puede comprender el caso de demandar propuestas en juicios separados. No obstante, si los juicios estaban pendientes ante jueces de diversa competencia por el valor, los procesos no podrán reunirse sino ante el juez de competencia superior.

En cuanto a los accesorios, es preciso distinguir. Para los *accesorios en sentido estricto*, o sea para las demandas que son distintas exteriormente de la demanda principal, pero que persiguen *el mismo interés económico* (acción derivada del crédito y acción hipotecaria; demanda de declaración del crédito y demanda de concesión de una garantía), no debe hacerse ninguna suma, precisamente porque nos encontramos ante un interés único. Para los *accesorios en sentido amplio*, o sea para las demandas que dependen de una demanda principal, pero que representan un interés económico subsistente por sí mismo (intereses, gastos, daños), distingue el art. 72 entre accesorios anteriores a la demanda y accesorios posteriores: aquellos se suman con la demanda principal, es-

tos no. La razón de esta distinción, no se encuentra sólo en el hecho, que sería difícil establecer en el momento de la demanda, a cuanto ascenderán, terminado el pleito, los accesorios; esto no siempre es verdad (1). Mas bien debe verse aquí una aplicación del principio de que la relación procesal se constituye con la demanda y de que los hechos posteriores a la demanda, deben modificar lo menos posible las condiciones de las partes en el momento de la demanda (§ 42, y el principio afín, § 5). El legislador alemán en este caso, sin recurrir a tal distinción, excluye en general los accesorios de la suma con la demanda principal (Reg. § 4).

Acumulación subjetiva. De la admisibilidad del litisconsorcio, trataremos más adelante (§ 88). El art. 74 dispone que «cuando varias personas pidan en un mismo juicio de *uno o varios obligados* el pago de *su parte en un crédito*, el valor del pleito se determina por la suma total». El art. 73 y el 74 combinados, tienen el modo de resolver las diversas hipótesis que pueden presentarse de pluralidad de actores o demandados:

a) Varios demandados por obligación *solidaria* o *indivisible* (el valor se determina por la totalidad de la obligación).

b) Varios demandados por obligación *divisible* (el valor se determina por la suma total).

c) Varios demandados por obligaciones *diversas*, derivadas del mismo título, el valor se determina por la suma total, según la regla del art. 73; si las obligaciones dependen de títulos diferentes, tiénese en cuenta el valor de cada una.

d) Varios actores por obligaciones divisibles (proveye expresamente el art. 74).

e) Varios actores por obligación solidaria o indivisible (aplícase *a fortiori* el art. 74).

f) Varios actores y varios demandados al mismo tiempo (se aplican las reglas precedentes).

(1) Por ejemplo si en el momento de la citación yo soy acreedor de un capital de 1.400 liras que rentan el 5 por 100 y de 99 liras de intereses, y si he señalado un plazo de un mes para comparecer, debo citar ante el pretor, porque mi crédito es de 1.499 liras, aunque sea cierto que en el día de la audiencia pueden haberse devengado otros intereses, que llevarían la suma total a más de 1.500 liras.

V. B) *Criterios para la determinación del valor.*—El valor de una demanda consiste en el *interés económico inmediato* que se persigue con la demanda. Cuando este valor se puede representar en dinero, la ley prescribe el modo de hacerse esta operación. Pueden idearse, en abstracto, varios sistemas: establecer presunciones *juris et de jure*; confiar la valoración al criterio del juez; dejarla a la voluntad de las partes. Nuestra ley ha aceptado todos estos sistemas. Cuando el valor de un pleito no se puede traducir en números, o no se podría hacerlo con los criterios dados por la ley, el pleito se considera de valor superior a 1.500 liras, o sea de competencia del tribunal.

La valoración debe hacerse considerando la cosa que se pide, *objetivamente*, sin tener en cuenta las circunstancias especiales que podrían influir en el valor de la demanda subjetivamente considerada (valor de afección, consecuencias de la victoria respecto del crédito comercial del actor; posible conclusión de un negocio, etc.),

a) *Relaciones jurídicas que tienen por contenido una obligación en dinero (criterios de valoración comunes).*

En estas relaciones la valoración es mucho más fácil que en otras, porque se deriva directamente de la relación en cuestión. Cuando se pide con cualquier título el pago de una cantidad de dinero, el valor de este pleito lo da la cantidad.

La ley considera separadamente el caso en que se trate de cantidades debidas periódicamente («prestación de renta de cualquier denominación»). Si se pide un plazo, el valor es el importe del plazo. Pero siendo preciso valorar la relación jurídica total, la ley distingue según que esté o no expresada en el título la suma capital. Si no lo está, determina el valor mediante:

1.º La acumulación de 20 anualidades, si la renta es perpetua.

2.º La de 10 anualidades, si la renta es vitalicia o por tiempo indeterminado, o por tiempo determinado pero superior a diez años.

3.º La acumulación de las anualidades si la renta es por tiempo menor de diez años (art. 76) (1).

(1) La regla de acumulación de 20 anualidades es en relación con el interés legal del 5 por 100: o sea la capitalización al 100 por 5. Siendo en Alemania el interés legal del 4 por 100 (Cód. civ., § 246) la capitalización de las rentas perpétuas se verifica al 100 por 4, esto es mediante acumula-

El art. 77 dispone que en las contiendas *sobre la validación y continuación* de un arrendamiento, el valor se determina acumulando los *alquileres*, las *rentas*, las *mercedes* sobre las que se discute y los accesorios. Si se contiende sobre el pago de un plazo, el valor se determina por el plazo; si se pide la declaración de *nulidad* del arrendamiento o su *resolución* por morosidad o por otra causa, el valor se determina acumulando los plazos acerca de los cuales se contiende; en la acción de resolución es evidente que los plazos por los que se discute son los aún no vencidos, mas los plazos vencidos cuyo pago se haya pedido, pero que la demanda de resolución no puede referirse al pasado; pero en la acción de nulidad que fuese propuesta después de que el contrato ha tenido ejecución por algún tiempo, los plazos referidos no son necesariamente, sólo los plazos no vencidos, como entiende la mayoría. Si la demanda de nulidad además de la declaración de inexistencia de la obligación para el porvenir puede llevar a consecuencias relativas también a los plazos vencidos (p. ej., restitución al arrendatario de los plazos pagados) claro está que todos los plazos entran en discusión.

El art. 78 prevé el caso de que las prestaciones periódicas o las rentas deban pagarse en *especie*; el valor se determina entonces por el título o por la declaración del autor o por los *precios medios* del mercado más próximo al lugar de la prestación. Son tres criterios diferentes, uno subsidiario del otro.

El precio *medio* de las especies derivase de los *mercuriali* publicados por la Cámara de Comercio o por el Ayuntamiento del lugar de la prestación o de las del mercado más próximo (Código procesal civil, art. 78; Cód. com., art. 38, ley 20 de Marzo de 1910, sobre las Cámaras de Comercio, art. 5, letra *i*); pero discútese si se ha de considerar el precio medio resultante de las *mercuriali* del año corriente en el día de la demanda (precio medio *actual*) o

ción de 25 anualidades, y respectivamente de 12 y media si la renta es vitalicia o por tiempo indeterminado (Reg. proc. § 9). Hoy, por consecuencia de la reducción del ensayo del interés legal, que tuvo lugar por la ley 22 Junio 1905, deberá tenerse en cuenta para la determinación de la competencia, la medida de capitalización a que estaría sujeta la renta en cuestión para otras relaciones, por ejemplo para el rescate.

también las del último decenio. Este segundo criterio es el aplicado por la ley para la valoración del dominio directo a los efectos del rescate (Cód. civ., art. 1.564) y para el rescate de la renta fundiaria (Cód. civ., art. 1.784), además de para la valoración de las rentas en especie de los efectos de la tasa de registro (tex. núm. 20 de Mayo de 1897, art. 19) (1): si bien el modo de obtener la media de los diez años en este último caso sea distinto de los dos precedentes. Puede decirse por lo mismo que ese es el criterio seguido comúnmente por la ley para la determinación del precio medio. Es verdad que, tratándose de la determinación del valor a los efectos de la competencia, la ley frecuentemente no emplea—como veremos—el mismo rigor que debe emplearse cuando la fijación del valor es una cuestión autónoma, es el objeto propio y principal de la contienda; pero cuando la ley ha querido fijar criterios especiales para la valoración a los efectos de la competencia, lo ha dado a entender claramente (art. 79-80; mientras que tratándose de cantidades de dinero o de prestaciones periódicas, se ha fijado ordinariamente en los criterios ordinarios de valoración (arts. 76-77), y lo mismo debe entenderse que haya querido para las especies, que son tan fácilmente igualables al dinero, que es también admitida la condensación entre deudas de cantidades de dinero y de especie (Cód. civ., 1287).

Ahora se dice que en el caso del art. 78 no se trata de valorar *una* prestación en especie, sino una *serie* también indeterminada de prestaciones futuras; por lo tanto, el valor de las especies no puede ser el del acto de la demanda, sino el de un período de años que permita formar una media; este período, no pudiendo buscarse en lo futuro, debe, por necesidad, buscarse en el pasado, entendiéndose que en ningún caso pueden servir las *mercuriales del día de la demanda* y que el precio *medio* de que habla la ley es dado por los diversos precios medios producidos por la especie de la *calidad pactada* y no por la media de los precios de las especies *de distinta calidad* (2).

(1) Así el decreto 20 Junio 1808 del Reg. de Nápoles sobre la comutación de las prestaciones territoriales prescribía, siendo posible, la reunión de la renta neta de un *decenio*, y en otro caso «una estimación justa y legal».

(2) En contra: MORTARA, *Comm.* II, núm. 36.

La ley no habla de la *mezzadria*. En ésta los frutos del fundo se *dividen* entre *mezzadria* y arrendador, así que la cantidad de las prestaciones no puede saberse *a priori*, sino que depende de las condiciones de la anualidad. Esto no quiere decir que la contienda relativa a la *mezzadria* deba sin más considerarse de valor indeterminable. Algunos creen aplicable el art. 77; deberáse, dicen, mirar ante todo a lo que ha dado el fundo en los últimos diez años y sobre esta base hacer la media de la cantidad anual del producto; y luego calcular a base de las *mercuriales* el precio medio de esta cantidad media. Pero esto no siempre es posible: el precio medio resulta de las *mercuriales* y, por lo tanto, es de fácil determinación; pero la cantidad media del producto de un cierto fundo no resulta de ninguna *mercurial*, y para determinarla se necesitaría recurrir a una investigación adecuada. Ahora bien; esto puede admitirse para cualquier otro efecto, pero no para el de la competencia; aquí no tratándose de especies fácilmente igualables al dinero, desaparece la aplicabilidad de criterios ordinarios de valoración, y tienen lugar los criterios *especiales* dictados por la ley para la competencia, y precisamente el de art. 80 del que nos ocuparemos más adelante (1).

Las reglas expuestas hasta aquí aplícanse a todas las relaciones jurídicas que tienen por contenido una obligación en dinero; cuando la ley no dicta reglas diferentes. Por lo tanto, si fué asumida una obligación de hacer o no hacer por un equivalente *en dinero*, el valor del pleito se determina por el *correspectivo*, incluso cuando es objeto del pleito el cumplimiento de la obligación (2). Y si además del cumplimiento se pide la indemnización de los daños, se tendrá consideración también a la cantidad de los daños pedidos, acumulándola; y si se pide solo indemnización se atenderá solamente a la suma de los daños.

b) Relaciones jurídicas para cuya valoración contiene la ley

(1) Véase nota pág. 501.

(2) Esto, no solamente en aplicación de un principio racional, sino por analogía con lo que dispone la misma ley cuando determina el valor de una relación jurídica, hecha valer por el acreedor de una renta, por el capital pagado como equivalente de su constitución, el valor de la relación de arrendamiento por la renta, alquiler o merced (arts. 76, 77 Cód. procesal civ.).

normas especiales.—Cuando se contiende sobre la propiedad de una cosa mueble o inmueble, el valor del pleito es el valor de la cosa sobre la que se contiende; se trata entonces de establecer el *valor de la cosa*, de representar en dinero el valor económico de la cosa.

Para la determinación del valor del pleito en estos casos es necesaria una operación, que podría ser ella misma objeto del pleito. Cuando se pide la indemnización de los daños por la destrucción, el robo, la pérdida de una cosa, debe precisadamente determinarse en el pleito el *valor de la cosa*, y para hacer esto recurrese a una investigación (*istruttoria*) frecuentemente complicada, que puede comprender pericias, exámenes testificales, inspecciones judiciales, etcétera. Algunas leyes exigen que también *a los efectos de la competencia* la determinación del valor de la cosa debe hacerse por medios instructivos más o menos complicados.

En cambio, nuestra ley aplica más rigurosamente el principio de la independencia de la relación procesal de la relación sustancial. El valor de la cosa, *a los efectos de la competencia*, debe fijarse del modo más sencillo y pronto posible, en otros términos, se debe evitar un pleito que no tenga otro objeto que el de determinar el valor de otro pleito. A este fin la ley se contenta con una valoración bastante imprecisa; pero poco importa que el valor de un pleito corresponda más o menos exactamente al valor real de la cosa por la que se contiende con tal que la competencia pueda determinarse pronta y fácilmente. Tratándose de la propiedad de inmuebles, prescribe que el valor del pleito se determine multiplicando por ciento la contribución directa al Estado (Cód. proc. civ., artículo 49. Si se trata de muebles remítase la ley a la determinación *hecha por el actor* en la demanda (art. 80).

Dedúcese de aquí que la determinación del valor hecha de esa manera, *no tiene otros efectos que para la determinación de la competencia*; que en particular esa no puede prejuzgar la determinación del valor cuando ésta debiere ser tema autónomo (*per sé stante*) del pleito relativamente al mismo objeto; como cuando, después de haber reivindicado inútilmente una cosa mueble o inmueble, se tratase de determinar el valor a los efectos del resarcimiento (Cód. civ., art. 439). Nadie podría pensar que el resarcimiento debido por un inmueble pueda consistir en el céntuplo de la contribución directa al Estado, que, ordinariamente, es muy dis-

tinta del valor real del inmueble; el resarcimiento debería comprender el valor del inmueble determinado por los criterios precisos *objetivos* (valor comercial, valor de cambio, y, a veces también, según criterios *subjetivos* (valor de afección).

Lo mismo debe decirse de los bienes muebles. El Código sardo de 1859 (art. 40), creyó necesario establecer expresamente que «La declaración del valor expresada por el actor para determinar la competencia no lo perjudica en el derecho de tener *la cosa propia*. La aceptación de la competencia por parte del demandado no priva a éste del derecho de hacer constar el valor verdadero *en el caso de imposibilidad de restitución*». Nuestra ley no ha repetido esta norma; pero esto significa que no lo ha creído necesaria, no que haya querido disponer lo contrario (1). Alguien cree que la determinación del valor hecha según el art. 80 es eficaz también para establecer la obligación pecuniaria del demandado en caso de imposible restitución; y sólo cuando la determinación sea presunta, conforme al primer párrafo del art. 80, y por tanto, se conozca sólo el *máximo* del valor, admiten que se deba estimar aparte el *quantum* debido en lugar de la cosa, pero dentro de los límites de la competencia del magistrado que decida en el fondo, y añaden que sería ilógica una solución diferente, porque conduciría a renovar la contienda sobre el valor de la cosa, después de terminado el pleito, cuyo nuevo examen podría incluso establecer que la cosa tenía efectivamente un valor superior de la competencia del juez del fondo.

No vemos estos inconvenientes. Cuando el actor determina el valor de la cosa inmueble, no piensa efectivamente en determinar el valor de la cosa, sino la competencia del juez. Lo mismo hace el demandado cuando *acepta* el valor fijado por el actor (2).

(1) En contra: MORTARA, *Commentario*, III, 32.

(2) Si reivindico un gorrión ante el tribunal; si reivindico un caballo notable ante el pretor, y el demandado acepta el juez elegido, la consecuencia no es que el pájaro valga *para todos los efectos* más de 1.500 liras y el caballo menos de 1.500: la consecuencia será nada más que el tribunal y el pretor son respectivamente competentes en ambos casos. Esto sólo quiere decir que los límites de la competencia por el valor no son tan rigurosos como pudiera parecer: el valor del pájaro es, sin duda, menor de 1.500 liras, el del caballo, ciertamente superior a 1.500 liras; también la ley permite que las partes convengan para fijar a su gusto la competencia del juez.

Si las partes no están de acuerdo y el demandado impugna el valor determinado por el actor, surge una contienda que deberá decidir el juez. Pero el verdadero asunto de la contienda no es el valor de la cosa, sino la competencia del juez. Y tratándose de una cuestión de competencia quiere la ley que sea decidida lo más pronto posible; precisamente porque también la decisión del juez solo determinará el valor de la cosa *a los efectos de la competencia*.

Sólo así puede explicarse el segundo párr. del art. 80; «El demandado en la PRIMERA CONTESTACIÓN puede impugnar el valor declarado o presunto como hemos visto. En este caso, el juez decide «ALLO STATO DEGLI ATTI», si el valor del pleito está dentro de los límites de su competencia.

La opinión dominante estima justamente que la frase *allo stato degli atti*, (en el estado de las actas) debe entenderse en el sentido de que el juez ha de decidir de la propia competencia, según los elementos que le proporcionan los actos, cualesquiera que sean tales elementos, sin proceder a una investigación especial. La decisión podrá resultar arbitraria, pero la ley prefiere este peligro al de un largo procedimiento para la determinación de la competencia. Debe entenderse también, con la opinión dominante, que el demandado que no impugna el valor en la *primera contestación* impide la correspondiente excepción. Naturalmente, el demandado puede impugnar el valor, incluso porque lo *estime inferior al real*, puesto que la determinación del valor tiene efectos limitados a la competencia, y el demandado puede tener interés en llevar el pleito al juez superior.

También para la valoración de los inmuebles, como ya hemos observado, nuestra ley habría podido, como otras leyes, recurrir a criterios más exactos; por ej., considerar el precio de venta, exigir de vez en vez la estimación, capitalizar la renta, etc. Pero todos estos sistemas o pueden dar un valor ficticio o, para ser precisos, son complicados. La ley italiana, siguiendo al Código napolitano, ha preferido un sistema muy inexacto en sus resultados, pero ordinariamente fácil en la aplicación. Ha establecido que se multiplique la contribución directa *al Estado* (excluido, por lo tanto, los recargos municipales y provinciales; y las décimas de guerra, que no existían cuando la ley ha fijado este criterio, y que tienen

carácter provisional) (1), por un múltiplo que varía según la naturaleza del derecho en cuestión; si se trata de propiedad plena es el *centuplo*; si de nuda propiedad o usufructo, redúcese el múltiplo a la mitad (art. 79), y lo mismo debe entenderse para el *uso* y la *habitación*, aunque la ley no hable de ellos.

En cuanto a las servidumbres prediales, su valoración es siempre difícil. El valor de una servidumbre ¿está constituido por el aumento de valor que lleva al fundo dominante, o por la disminución de valor que lleva al fundo sirviente? El reglamento germánico dispone que se atienda al mayor de estos dos valores. Los Códigos sardos querían, que se sumase la mitad del valor del fundo dominante y la mitad del valor del fundo sirviente, nuestra ley con un criterio más sencillo atiende al valor del *fundo sirviente*.

Y este criterio debe aplicarse por analogía a los demás derechos reales de goce en cosa ajena: como cuando se contienda sobre la existencia del dominio directo *frente al enfiteuta*, menos en el caso en que se pida una prestación en dinero sin contienda sobre el dominio directo, en cuyo caso el valor se determina por la suma pedida (cánon laudemio) (2). En cambio, (si puede darse este caso), cuando se debiese valorar el dominio directo en sí mismo, se capitalizaría el cánon con arreglo a la norma del art. 1.564, Código civ., (porque esta es la norma *común* para la relación de enfiteusis), y no del art. 76, Cód. proc. civ., (las dos normas son diferentes porque el art. 76. distingue entre rentas perpetuas y temporales) (3).

(1) V. DE RUGGIERO, *Il tributo diretto verso lo Stato e i decimi addizionali nella procedura civile*, en el *For. it.* 1901, p. 1246.

(2) Puede haber contienda sobre el derecho al laudemio, sin contender sobre el derecho al cánon. En este caso la C. Ap. Venecia 4 Diciembre 1906 (*Legge* 1907, p. 357) ha entendido que el valor del derecho al laudemio corresponde a la suma de los laudemios que se podrán exigir esto es, indeterminable. Pero tampoco en este caso se debé valorar el pleito según el valor del derecho al laudemio, sino del fundo enfiteútico: se remonta a la relación en virtud de la cual se ha pedido el laudemio, el cual se valora por el fundo.

(3) Cuestiones muy controvertidas. Véase MANCINI, PISANELLI, SCIALOJA, I, parte I, núm. 656; MATTIROLO, *Trattato*, I, núm. 194; MORTARA, *Comm.*, II, núm. 49; CUZZERI, *Sul'art. 79*, núm. 9; RICCI en el *Giornale*

Si la contienda versa sobre la regulación de las lindes, el valor se determina por el de la parte de propiedad discutida (art. 79, 3.º párrafo). La acción *para la determinación de los linderos*, implica ordinariamente contienda sobre la propiedad de una zona entre los dos fundos; por esto, la doctrina francesa equiparó esta acción a la reivindicación, separándola del número de las mixtas (página 38). Pero puede darse una demanda de determinación de linderos, sin que haya por ello contienda sobre una zona determinada. En este caso, el valor se determina por el de los fundos limítrofes que pagan mayor impuesto.

Tratándose de la acción *para el señalamiento de los confines*, de que habla el art. 141, Cód. civ., no puede aplicarse el mismo criterio, porque en la simple demanda de señalamiento de confines no hay contienda de propiedad. Algunos considerando la acción como personal, y cuyo contenido son los gastos del señalamiento de los confines, creen que debe valorarse el pleito por la cantidad a que asciendan tales gastos. Pero el actor aquí solicita, no tanto el pago de los gastos de los confines, como la *aposición* o señalamiento de éstos, que por sí mismo no puede hacer ni aún por su cuenta. Otros consideran la acción como una acción confesoria; pero aquí no existe fundo dominante ni sirviente. La acción no es verdaderamente real ni personal, es de aquellas acciones que tienden a la constitución de un efecto jurídico independiente de la prestación de un obligado.

En este caso, el efecto jurídico es la transformación por mediación del juez de la cualidad de las propiedades contiguas, de propiedades no *amojonadas* a propiedades *amojonadas*. El valor del pleito lo da el valor económico de este efecto jurídico, a determinarse por analogía según el art. 80, Cód. proc. civ.

El último párrafo del art. 79 prevé el caso de que falte el criterio de la contribución y dispone que el pleito se considera entonces de valor superior a 1.500 liras. Falta el criterio de la contribución, cuando el inmueble no consta inscripto en el catastro, o

delle leggi, 1881, p. 4; LORDI, en el *Archivio giuridico*, 1888, p. 143; CAPONETTI, en la *Legge*, 1904, p. 1 y sigs.; y sobre todos DE PIRRO, en el *Foro ital.* 1890, I, pág. 946; y *Della enfiteuse*, 2.ª ed. 1907, núm. 72.

cuando está *exento* de tributo. Por lo demás, poco importa que el inmueble haya tenido mejoras que hagan que no corresponda la contribución, o deterioros; hasta que la contribución no sea modificada, sirve para la determinación del valor del inmueble. No obstante, si la naturaleza del fundo ha cambiado esencialmente, el impuesto fundiario no puede servir como criterio; así si un prado se ha transformado en mina, porque aquí debe cambiar no sólo la *cantidad* sino la *calidad* del impuesto, (de fundiario en mobiliario). En cuanto a las construcciones rurales, que están exentas de impuesto, no se debe, sin más, estimar el pleito de valor superior a 1.500 liras, y ni aún distinguir si se contiene también sobre el fundo a que corresponde la edificación o no, sino más bien distinguir si la edificación está agregado a un fundo determinado o no. En el primer caso, aún si el pleito se refiere solamente a la construcción, su valor se determinará por el céntuplo de la contribución directa que grava el terreno, (porque la edificación rural está exenta de contribución, y siendo necesaria para la explotación de la tierra, tasarla, equivaldría a una duplicación del impuesto); en el segundo caso, no existiendo un terreno determinado a cuya tasación llevar el edificio rural, deberá considerarse el valor de este como superior a 1.500 liras. Si un fundo está exento de impuesto por ser improductivo, debe considerarse de valor superior a 1.500 liras (1).

Los inmuebles se valoran siempre con arreglo al art. 70, Código proc. civ., sin detracción de las cargas, hipotecas y disminución de valor causado por las servidumbres. Así la valoración del *dominio útil* coincide con la valoración del fundo, y esto ya se considere propietario el concedente ya el enfiteuta: si se aceptase la opinión que quiere deducir el capital del canon, del céntuplo de la contribución directa, podría tenerse un valor negativo; en cuyo

(1) V. Cas. Roma, 9 Noviembre 1905, en el *Foro it.* 1905, p. 1475. Eso quiere la ley, si bien esto pueda dar lugar a incongruencias, que, por lo demás, no faltarían ni aun siguiendo la opinión común, que quiere que se considere el fundo en este caso como de valor inferior a 1.500 liras. La contribución grava la renta no el valor: falta de contribución no es falta de valor.

caso, no sería lógico considerar el valor del dominio útil inferior ni superior a 1.500 liras (1).

C) El valor del pleito en las contiendas en la ejecución. El artículo 75, Cód. proc. civ., considera las contiendas que pueden surgir en el embargo y en la ejecución mobiliaria (2); *a)* entre acreedor expropiante y deudor (sea sobre el derecho del pignorante, sea sobre las formas del procedimiento); *b)* entre acreedor expropiante y terceros; *c)* entre acreedores concurrentes en la distribución del precio. En la primera hipótesis el valor se determina *por el crédito por el cual se procede* a la ejecución: más racional, si bien menos sencillo, es el criterio seguido por el legislador germánico, por el cual el valor de la contienda en tales casos se determina *por el menor valor* entre el valor del crédito por el cual se procede y el valor de los objetos pignorados (regl. germánico, § 6) (3).

En la segunda de las hipótesis, el valor se determina por el *de los objetos discutidos que el tercero pretende reivindicar*. En la tercera hipótesis, el valor se determina por el valor separado de *cada uno de los créditos discutidos y concurrentes*; lo cual da lugar al inconveniente de que el pretor puede ser competente para conocer de un crédito y no de otro, y que en este caso, deberá remitir la contienda sobre los créditos que excedan las 1.500 liras al tribunal, (v. art. 652, Cód. proc. civ.).

Si entre los créditos concurrentes y controvertidos alguno es inferior a 100 liras, no por esto el pretor debe remitir al conciliador, como muchos entienden: el pretor competente para la ejecu-

(1) V. los citados antes. El capital del cánon no se deduce del valor del fundo ni aun a los efectos de la expropiación forzosa (artículo 663, Cód. proc. civ.); pero la carga debe ser indicada en el bando; de manera que el adjudicatario, ya sea el oferente, ya un tercero, está obligado a pagar el precio total de la subasta que él ha aceptado no obstante la carga que gravaba el fundo.

(2) En cuanto a las contiendas que pueden surgir en la ejecución inmobiliaria, perteneciendo ésta al tribunal, no se estaba en el caso de dar normas de competencia por el valor.

(3) Según nuestra ley, si para un crédito de 2.000 liras se pignoran muebles por valor de 1.000 liras, también la contienda sobre la *regularidad de los actos ejecutivos* debe llevarse al tribunal.

ción hállese también investido de la competencia para conocer de contiendas inferiores a 100 liras, por el principio, ya examinado por nosotros, de que los límites de la competencia por valor son relativos respecto de lo menos, absolutos en cuanto a lo más: quiere decir que el juez competente puede devenir incompetente por el aumento de valor del pleito, pero no por la disminución. En efecto, el art. 652 del Código procesal civil, habla de la remisión (*rinvio*) del pretor *al Tribunal*, y no al conciliador. A este principio de la relatividad de los límites del valor respecto de lo menos, hace, por lo menos aparentemente, excepción el art. 763, Código común, el cual dispone que cuando ninguno de los créditos civiles controvertidos en la quiebra exceda en la competencia del pretor, las contiendas se remiten al pretor, aunque todo el procedimiento de quiebras aparezca atribuída al tribunal y al juez delegado, como órgano del tribunal. De todos modos la excepción se hace en favor del pretor únicamente y no de conciliador; el pretor juzga de todas las controversias sobre créditos que *no exceden* la competencia pretoria, incluidos, por lo tanto, los créditos inferiores a 500 liras, porque estas *no exceden* sino que son inferiores a su competencia normal.

D) *Pleitos de valor indeterminable*. El art. 81 refiérese a los pleitos de *valor indeterminable*, o mas propiamente, a las acciones que no teniendo un inmediato contenido económico no pueden valuarse en sí mismas (contiendas de *estado*, de *tutela*, de *derechos honoríficos*; enumeración simplemente a título de ejemplo). Las contiendas de estado comprenden las que se refieren al estado de *ciudadanía* y de *familia*. La cualidad hereditaria no es un *estado*: pero también representa un valor indeterminable, cuando constituye el objeto principal y *per sé stante* del juicio; en este caso no se cuestiona el derecho a un determinado patrimonio únicamente, sino la integridad de los derechos correspondientes al heredero como heredero, incluidos los derechos que tienen contenido ideal y no económicamente valuable (1).

(1) Las contiendas sobre los derechos honoríficos comprenden las relativas a títulos nobiliarios: las atribuciones que a este respecto tiene la *consulta aráldica* no tienen carácter jurisdiccional, por lo tanto no excluyen la competencia de la autoridad judicial.

IV. *Acciones de declaración y acciones constitutivas.* La ley no contiene regla general relativa a la valoración de las acciones de declaración (§ 7). Puede decirse, en general, que las acciones de declaración tienen el mismo valor de la relación jurídica a que se refieren. Por consecuencia, su valoración se hace como para las acciones que tienden a actuar la relación. Si yo tengo interés en hacer declarar mi derecho de propiedad frente a alguno, la acción tiene el mismo valor que si yo reivindicase el inmueble de mi propiedad (Código civil, art. 2.126). La acción para las prestaciones, y las acciones de declaración negativa relativas a ellas, tienen el mismo valor (Código procesal civil, art. 71, primer párrafo).

Tratándose de la declaración, no de una relación jurídica, sino de un hecho importante para una relación jurídica (§ 7), el valor debe determinarse igualmente por el de la relación jurídica a la que aparece coordinado el hecho. Así, la acción de declaración de la verdad de una escritura (Código procesal civil, art. 282), tiene el valor de la relación a que se refiere la escritura. La ley dice precisamente que la demanda de examen testifical *para futura memoria* se propone ante la autoridad judicial competente *para el pleito de fondo* (Código procesal civil, art. 251). Para la querrela de falsedad civil no hay cuestión, porque la ley la atribuye expresamente al tribunal civil (Código procesal civil, arts. 406, 431 y 455).

Entre las acciones de declaración de mayor importancia están las relativas a la existencia o inexistencia de derechos hipotecarios. El valor de estas acciones es el valor del derecho de hipoteca. Pero ¿cómo se valúa el derecho de hipoteca? Algunos considerando que la hipoteca es un *derecho real* sobre los bienes (Código civil, artículo 1.964) quisieran valuarla según el valor de los bienes que grava. Pero la hipoteca es un derecho real *de garantía*: y del mismo modo que en caso de contiendas nacidas a propósito de las garantías concedidas por el juez (embargos), la ley considera el valor del crédito por el cual se procede (art. 71, núm. 1), así también por analogía creemos que debe aplicarse el mismo principio a la garantía hipotecaria. También aquí el legislador germánico se fija en el menor valor entre el crédito o la garantía (Reglamento germánico § 6). Naturalmente, no nos referimos a aquellas contiendas acerca del derecho hipotecario, que surgen en el curso de un juicio que ya por virtud de la ley sea de competencia del tribunal

(ejecución inmobiliaria; purgación de las hipotecas): en este caso la contienda queda absorbida por la competencia del tribunal, cualquiera que sea el valor del crédito garantizado por la hipoteca.

En cuanto a las acciones que tienden a una sentencia constitutiva (§ 8), su valor se determina por el valor del efecto jurídico que se proponen producir, en particular, por el valor de la relación jurídica que quieren hacer cesar o constituir. Las acciones de división se valúan según el valor del objeto de la comunidad (Código procesal civil, art. 883).

Cuando la acción constitutiva tiende al mismo tiempo a la cesación de un estado jurídico existente y a la producción de uno nuevo, el valor del pleito lo da el estado jurídico de mayor valor. Así en las acciones de rescisión de actos traslativos de inmuebles se atenderá al mayor valor entre el precio y el valor del inmueble (§§ 1, 5 y 8 bis). No obstante en la acción pauliana (Código civil, artículo 1.235) se atenderá al *menor valor* entre el crédito del actor y el valor de la enagenación (precio) o donación (cosa); porque la revocación tiene efectos limitados al interés del acreedor.

APÉNDICE AL § 27

Referencias al Derecho español.

Como complemento de las notas insertas en las págs. 571 y siguientes ha de tenerse en cuenta:

1.º Conforme a lo dispuesto en los arts. 483, 484 y 486 de la ley de Enjuiciamiento civil, se decidirán en juicio ordinario de mayor cuantía las demandas cuyo interés exceda de 3.000 pesetas, y aquellas cuya cuantía sea inestimable o no pueda determinarse por las reglas que más adelante exponremos; en juicio de menor cuantía, las demandas ordinarias cuyo interés pase de 500 o 1.500 pesetas, según los casos, (V. la ley de 5 Agosto 1907). y no exceda de 3.000 y, finalmente en juicio verbal toda cuestión entre partes, cuyo interés no exceda de estos últimos límites de valor.

Todo esto sin perjuicio de lo que la ley citada dispone para los juicios ejecutivos (art. 1.435), y para casos especiales (V. por ejemplo, el art. 488).

2.º El valor de las demandas, para determinar por él la clase de juicio declarativo en que hayan de ventilarse, se calculará por las reglas siguientes:

a) En los juicios petitorios sobre el derecho de exigir prestaciones anuales perpetuas, se calculará el valor por el de una anualidad multiplicada por 25.

b) Si la prestación fuese vitalicia, se multiplicará la anualidad por 10.

c) En las obligaciones pagaderas a plazos diversos se calculará el valor por el de toda la obligación, cuando el juicio verse sobre la validez del título mismo de la obligación en su totalidad.

d) Cuando varios créditos pertenecieren a diversos interesados, y procedieren de un mismo título de obligación contra un deudor común, si cada acreedor, o dos o más acreedores, entablaran por separado su demanda para que se les pague lo que les corresponda, se calculará como valor, para determinar la clase de juicio, la cantidad a que ascienda la reclamación.

e) En las demandas sobre servidumbres se calculará su cuantía por el precio de adquisición de las mismas, si constare.

f) En las acciones reales o mixtas se calculará el valor de la cosa inmueble o litigiosa, por el que conste en la escritura más moderna de su enajenación.

Cuando se demanden con los bienes las rentas que hayan producido, se acumularán éstas al valor de aquellos.

g) En las demandas que comprendieren muchos créditos contra el mismo deudor, se calcula su cuantía por el de todos los créditos reunidos.

h) En los pleitos sobre pago de créditos con intereses o frutos, si en la demanda se pidieren con el principal los vencidos y no pagados, se sumarán aquel y estos para determinar la cuantía.

Se tendrá por cierta y líquida la cuantía de los frutos, cuando el actor expresare en la demanda su importe anual y el tiempo que haya transcurrido sin pagarse. Y si el importe de los intereses o frutos no fuera cierto y líquido, se prescindirá de él, no tomando en cuenta más que el principal.

i) Lo mismo ha de hacerse cuando se pidan en la demanda, con el principal, los perjuicios.

j) Para la fijación del valor de la demanda no se tomarán en cuenta los frutos o intereses por correr, sino los vencidos (art. 489).

3.º En toda demanda se fijará con precisión la cuantía objeto del pleito, conforme a las reglas que quedan establecidas, y cuando no pueda determinarse por ella, se expresará en la misma demanda la clase de juicio en que haya de ventilarse (art. 490).

4.º En los juicios de mayor y de menor cuantía, cuando no se conforme el demandado con el valor dado a la casa litigiosa o con la clase de juicio propuesto por el actor, lo expondrá al Juzgado, y se seguirá un procedimiento especial para resolver esta cuestión de acuerdo con los arts. 492 y sigs. de la ley procesal.

Tratándose de juicios verbales, el trámite será el indicado en el art. 496, referido a la ley de justicia municipal (1).

(1) Véanse también para completar las notas insertas, los arts. 316 y siguientes de la ley orgánica, precedente en esta materia, de la de Enjuiciamiento civil; las referencias de las págs. 336 y sigs. de este libro y los artículos 919 y sigs. de dicha ley de enjuiciar.

§ 28

**Competencia determinada por la naturaleza del pleito
(materia).**

I. *En general.* Algunas contiendas resérvanse exclusivamente a determinados jueces, por la especial naturaleza de la relación jurídica controvertida o para facilitar la conciliación o por otras razones. Al regular esta competencia, la ley puede adoptar diversos criterios. Puede tener en cuenta *solamente* la naturaleza de la relación, sin consideración alguna al valor del pleito: o combinar los dos criterios de la *materia* y del *valor*. Puede también atribuir la competencia especial por la materia a alguno de los órganos *ordinarios* de la jurisdicción: o también atribuir la competencia especial a órganos *especiales*.

II. *Competencia especial de órganos especiales.* La constitución de órganos especiales de jurisdicción (§§ 16, 17 y 20) puede estar determinada por varias razones. Una puede ser el nacimiento de relaciones nuevas, las cuales, no adaptándose bien a las normas jurídicas ya establecidas, tienen necesidad de ser definidas y formuladas de una manera autónoma, y por esto requieren órganos de jurisdicción especiales, que puedan proveer a la definición jurisdiccional del derecho nuevo.

Pero este no es más que un factor, no siempre necesario, del fenómeno. Por una parte, en efecto, a veces los nuevos órganos no deben ocuparse de relaciones nuevas, sino de relaciones ya firmemente definidas por el derecho vigente: a veces las relaciones nuevas son de tal naturaleza que el juez ordinario podría regularlas con la aplicación del derecho vigente sin que para esto se exija un órgano especial. Ordinariamente, en cambio, la formación del órgano especial hállese determinada por consideraciones de otro género: o se trata de contiendas en las cuales el preciso conocien-

to *del hecho* no se puede obtener sin una preparación técnica especial, que no puede presumirse en los magistrados ordinarios: o se trata de contiendas en que están interesadas clases sociales que no tienen confianza en los jueces, y esto conduce al legislador a establecer jueces que den su mayor confianza; frecuentemente la institución de jueces especiales tiende a sustraer al litigante, no tanto al juez ordinario, como a las *formas ordinarias* de procedimiento. Por estas razones y particularmente por las dos últimas ha nacido la jurisdicción especial de comercio. En Francia, por ejemplo, establecióse por el edicto de 1563, esto es, en época en que el derecho mercantil había ya recibido un amplio desarrollo, pero los comerciantes, en una época en que la jurisdicción estaba dividida entre numerosos órganos en constante rivalidad entre sí, no podían no codiciar jueces propios que les sustrajesen a las contiendas de las jurisdicciones y les asegurasen una justicia pronta y autónoma (1). En la actual organización de las jurisdicciones, la jurisdicción especial de comercio ha perdido gran parte de su razón de ser, especialmente en Italia desde que se estableció que perteneciesen a la jurisdicción especial de comercio derivadas de actos mercantiles, aunque el acto sea mercantil solo para una parte (Código comercial, art. 879). La jurisdicción de comercio devino entonces tan amplia, que pronto se sintió la necesidad de devolverla a los órganos ordinarios, lo que nosotros hemos hecho con la ley 25 de Enero de 1888. En otros países, como Francia, la conservación de la jurisdicción comercial es objeto de muchas críticas.

Poco después de abolida esta jurisdicción especial establecimos una nueva con la ley 15 Jun. 1893, o sea los *proviviri* (tribunales del trabajo) (*Gewerbegerichte*) (§ 20), ya admitidos desde mucho tiempo en otras naciones (en Francia desde principios del siglo XIX) (2). También esta jurisdicción especial ha surgido por las tres razones antes mencionadas, en particular por la desconfianza de la clase obrera a los juicios burgueses y por su aversión a los juicios ordinarios, costosos y complicados; por eso el jurado de los *pro-*

(1) GENEVOIS, *Histoire critique de la jurisdiction consulaire*, París 1866, p. 80 y sigs.; CHIOVENDA, *Saggi*, cit. p. 325.

(2) REDENTI, *Massimario de la giurisprudenza dei proviviri*, introducción, 1906.

biviri está compuesto, como ya sabemos, de dos industriales, dos obreros, y un presidente (que la ley ha querido que fuese persona imparcial, ajena a las dos clases a que pertenecen los litigantes representadas en el jurado), y procede por normas especiales (1).

En particular, hay que negar que las jurisdicciones especiales tengan poderes sustancialmente diferentes de los jueces ordinarios, sean jueces de *equidad* como alguien sostiene para los *probiviri*. Dado que en nuestro sistema de leyes pudiese reconocerse al juez el poder de juzgar según la equidad, más bien que según el derecho estricto, este poder debería reconocerse tanto al juez ordinario como al especial.

No habiendo *probiviri* en todas partes, sino sólo donde las entidades locales pidan su establecimiento, sería un desorden que las mismas cuestiones debiesen juzgarse con arreglo a unos criterios cuando las juzgan los *probiviri* y con arreglo a otros cuando juzgan los jueces ordinarios (2).

La jurisdicción *especial* supone un *órgano* especial; abolido el *órgano* especial, *cesa* la jurisdicción especial. Por consecuencia, abolidos los tribunales de comercio, ya no puede hablarse de una jurisdicción comercial, ni puede decirse que hoy los tribunales civiles *hagan las veces* de tribunales de comercio, porque esta frase del art. 157, Cód. proc. civ., supone la existencia de tribunales de comercio, que ahora ya no existen. La consecuencia de la abolición de los tribunales de comercio, es la de que manteniéndose

(1) Del mismo modo es debida a razones sociales, más bien que técnico-jurídicas, el establecimiento de las jurisdicciones especiales de la emigración y de los arrozales. Estos *órganos* son *necesarios*, la ley no podía dejar el establecimiento de tales tribunales a la iniciativa de los interesados, que no tienen necesariamente asiento fijo, ni calidad constante, como los emigrantes y los trabajadores de los arrozales.

(2) La formación de jurisdicciones especiales manteniéndose dentro de los más estrechos límites; la tendencia que parece prevalecer entre nosotros, donde de algún tiempo a esta parte no se promulga una ley nueva importante que no establezca una nueva jurisdicción especial, es sumamente peligrosa. La multiplicidad de las jurisdicciones multiplica las cuestiones de competencia, disminuye la autoridad de la jurisdicción ordinaria, y establece un estado de cosas propio de otros tiempos y cuya abolición fundamentalmente se considera como un progreso.

las *formas especiales* dictadas por la ley para los juicios comerciales, no puede hablarse ya de competencia o incompetencia para conocer de pleitos comerciales. La comercialidad del pleito no es más que un criterio usual de atribución del pleito a una sección más bien que a otra.

Por lo tanto, dejó de tener posible aplicación el último párrafo del art. 869, Cód. com., que dispone que promoviéndose en pleito comercial un incidente sobre la cualidad hereditaria, este será enviado al juez civil, continuando en el conocimiento del fondo la jurisdicción comercial. Cesó también de tener aplicación el artículo 570, Cód. proc. civ., párr. 2.º, que deja salvo a los tribunales de comercio, el conocimiento de las cuestiones de carácter comercial surgidas en la ejecución de un acto contractual. Algunos quieren conservar la aplicación de estas normas cuando el pleito comercial es de competencia del pretor; en el primer caso, el pretor enviaría al tribunal el incidente sobre la cualidad hereditaria, reteniendo el pleito comercial, *como juez exclusivamente competente para conocer de él*; en el segundo caso, la contienda surgida en la ejecución inmobiliaria, teniendo carácter comercial y valor inferior a 1.500 libras, sería juzgada, no por el tribunal competente para conocer de la ejecución, sino por el pretor. Esta opinión se funda en el supuesto de que antes de la ley de 1888, los pretores tuviesen jurisdicción *comercial y civil*, y que no habiendo la ley de 1888, abolido más que los tribunales de comercio, existe aún hoy una jurisdicción comercial de los pretores. Pero, aparte la cuestión de si antes de 1888 se podía realmente hablar de jurisdicción comercial de los pretores, puesto que no había pretores comerciales; es cierto que hoy no se puede hablar de aquella, porque la ley de 1888 aboliendo los órganos de la jurisdicción comercial ha querido abolir la jurisdicción comercial.

Tampoco hoy puede darse el caso de que el juez competente *por valor* para conocer de una acción en reconvencción (Cód. procesal civ., art. 100), no pueda conocer de ella por ser el pleito principal de naturaleza civil y la reconvencción de naturaleza comercial y viceversa. Los dos pleitos deberán conocerse al mismo tiempo y decidirse en una sola sentencia; sólo podrá suceder que para un pleito se observen las normas especiales comerciales, y que, p. ej., la sentencia para un extremo sea apelable en el término

fijado para las sentencias civiles y para el otro en el término fijado para las sentencias comerciales (Cód. proc. civ., art. 485).

III. *Competencia (por la materia de los órganos ordinarios.* (§ 20). *Conciliadores.* Así como hay competencias *especiales* confiadas al pretor y al tribunal, no existen para el conciliador, salvo excepciones de poca importancia. Casi todos los pleitos en que es competente el conciliador, son de tal naturaleza que de ellos puede juzgar también el pretor o el tribunal, salvo los límites de valor. El estudio de la competencia por materia, del conciliador reduce más bien al estudio de los pleitos que *por su naturaleza* están *sustraidos* al conciliador.

El art. 10 de la ley 16 Jun. 1892, sobre conciliadores, elevando de 30 a 100 liras los límites por valor de la competencia de los conciliadores, ha conservado casi intactos los límites de su competencia por materia. Los conciliadores son competentes para conocer de acciones personales relativas a bienes muebles. Síguese de aquí que son incompetentes para conocer:

- a) De *todas* las acciones reales.
- b) De las acciones personales relativas a bienes *inmuebles* (1).

(1) Fijándose en las que el art. 71 y la ley de 1892 han considerado como *excepciones* de esta regla, esto es las acciones relativas a los arrendamientos de inmuebles y las acciones por daños en los fundos urbanos y rústicos, véase como el legislador hablando de acciones mobiliarias como objeto de la competencia del conciliador no ha tenido en cuenta el objeto de la acción particular, sino la relación jurídica de la cual nace la acción. También las acciones de *crédito* están por lo tanto excluidas de la competencia de los conciliadores, cuando nacen de una relación de naturaleza inmobiliaria, salvo las excepciones antedichas. De aquí se sigue que la acción para el pago de cánones enfiteúticos no pertenece nunca a la competencia del conciliador. Véase Cas. Roma, 4 Febrero 1910 (en la *Guir. ital.* 1910, 525). Las críticas acerbas de que fué objeto esta sentencia, pueden todo lo más dirigirse contra la ley: una vez adoptada por el legislador la distinción entre *relaciones* mobiliarias e inmobiliarias como base de la competencia del conciliador, aquella solución, por absurda que pueda parecer en sí misma, es lógica. Por lo demás no es posible clasificar en grandes grupos las acciones, sin hallar análogas incongruencias en los particulares. El legislador ha tenido aquí en consideración la dificultad y gravedad de las cuestiones que pueden presentarse en las relaciones inmobiliarias.

La exclusión de las acciones *personales inmobiliarias* de la competencia del conciliador no es completa. En efecto, el art. 10 número 2 de la ley 1892, define al conciliador «las acciones relativas al arrendamiento de bienes inmuebles dentro del límite de 100 liras, y la de *desahucio* si el alquiler o la renta *por lo que falta del plazo* de duración del arriendo no excede de dicho valor».

Aplicando la regla del art. 71, párr. 2.º, es competente el conciliador:

a) En la acción de pago de un *plazo* de alquiler no superior a 100 liras, si no se contiene por el título.

b) En la acción de pago del *residuo* de alquiler no superior a 100 liras, aunque se contenga el título.

c) En la acción de *resolución* del contrato de alquiler, cuando el resto de duración de este no importe alquileres mayores de 100 liras. Esta acción no debe confundirse con la de *desahucio* por conclusión del arrendamiento, por el solo hecho de que la ley la llama *acción de desahucio*. *Desahucio* significa *dejación forzosa del inmueble*, sea por vencimiento del término, sea por haber tenido lugar la resolución. La ley misma, hablando de *desahucio por conclusión del arrendamiento* (art. 82), viene a admitir el *desahucio* por otras causas, y esto corresponde al lenguaje común. La acción de *desahucio* por morosidad es una acción de resolución del contrato, y puesto que el valor del contrato a resolverse se reduce al valor de su *remanente duración*, la regla de la ley 1892 está en armonía con el art. 77 del Cód. proc. civ. Esta acción es una introducción de la nueva ley, puesto que según el art. 70 del Código proc. civ., era admisible la acción de resolución sólo en el caso de que el arrendamiento *por toda la duración* del arrendamiento mismo, no sólo por la *remanente duración*, importase un alquiler no superior a 30 liras.

d) La nueva ley ha dejado al conciliador la competencia en las acciones de *desahucio por término del arrendamiento*, debiéndose estimar en vigor la reserva contenida en el art. 82, núm. 5, llevada la cifra de la competencia, aquí también, a 100 liras (por toda la duración del arrendamiento).

e) Finalmente, la ley 24 Dic. 1896, al organizar el nuevo procedimiento de *licencia para la dejación de bienes inmuebles* ya recordado (§ 8 bis, § 94), lo ha confiado al conciliador, cuando

el alquiler o la renta no exceda de 300 liras para toda la duración del arrendamiento.

El art. 10 de la ley de 1892, núm. 3, ha concedido también a los conciliadores el conocimiento de las acciones por daños y desperfectos en las fincas rústicas o urbanas, setos, cierros, plantas y frutos, *siempre que no impliquen cuestiones de propiedad o de posesión* y siempre dentro de los límites de 100 liras.

Ya hemos visto que el conciliador es competente también para conocer inapelablemente de las cuestiones que surgan con motivo de las matrículas (*ruoli*), anuales de las prestaciones de obra a cargo de los habitantes (ley 30 Ag. 1868, art. 6), cuyas contiendas refiérense también a la *formación* de los *ruoli*; constituyendo así una excepción al art. 6 de la ley 20 Marzo 1865, ap. E, que excluye tales contiendas de la competencia judicial (§ 16).

Hemos visto también que se sustraen de la competencia del conciliador las cuestiones sobre los impuestos directos e indirectos y el conocimiento, incluso incidental, de la querrela de falsedad. Parecen excluidos también de la competencia del conciliador los pleitos derivados de accidentes del trabajo, porque el art. 13 del tex. ún. 31 En. 1904, atribuye su conocimiento a los *probiviri*, al pretor o al tribunal.

Pretores. También la competencia de los pretores tiene muchas limitaciones por la *materia*, estando sustraídos a ellos, además de los pleitos de valor indeterminado o sin valor económico, (Código proc. civ., art. 81), las causas por falsedad y los pleitos sobre impuestos directos e indirectos. Pero a los pretores se confía por el art. 82, Cód. proc. civ., una competencia especial importantísima, sin tener en cuenta el valor, pero solamente *dentro del año* del hecho que dió origen a la acción.

a) Acciones *por daños y desperfectos* en las fincas *rústicas o urbanas*, en los setos, cierros, plantas y frutos. Se trata aquí de acciones de daño causado con actos ilícitos según los arts. 1.151 y siguientes, Cód. civ., no de daños por violación de contratos. Las acciones aquí consideradas son exclusivamente *personales* (§ 1), si por consecuencia del hecho dañoso (p. ej., paso) se ejercitase una acción real, esta seguiría la competencia normal.

b) Acciones *posesorias* (§ 1). La acción de *manutención* (Código civ., art. 644), dase al poseedor *legítimo* por más de un año

de inmuebles, derechos reales o universalidades de muebles, cuando sea *inquietado* en tal posesión. Entre los derechos reales cuya posesión es mantenible, están también las servidumbres, pero las servidumbres no aparentes no son mantenibles, y lo mismo las discontinuas, a menos que la posesión no sea equívoca, por que esté corroborada por un título (1). La acción de *reintegración* (Código civ., art. 695), se da al poseedor, *incluso no legítimo*, de cosa mueble o inmueble, por cualquier tiempo que posea, cuando haya sido violenta u ocultamente despojado, incluso si lo fuese por el propietario de las cosas poseídas. Para tener lugar el despojo *violento* o *clandestino*, es preciso que haya propia y verdadera violencia y clandestinidad; no basta que el poseedor no consienta o ignore el despojo. El despojo no violento ni clandestino puede hacerse valer como *molestia* fundándose de la acción de manutención; en otros términos ésta tiene también eficacia recuperatoria (2). La necesidad de la pronta y rápida tutela de la posesión ha hecho atribuir estas acciones al juez más adecuado para proveer inmediata y sencillamente.

c) *Acciones de daño temido y denuncia de obra nueva*; sobre estas acciones véase § 9. De los dos períodos de que constan estos juicios, sólo el primero es atribuido a la competencia *especial* del pretor (resolución de cautela); el segundo le está atribuido solamente según las reglas *normales* de competencia por materia y valor. Sin embargo, en cuanto a la denuncia de obra nueva, transcurrido el año de que habla el art. 698, o concluída la obra, la resolución de cautela ya no se puede tomar, y no puede hacerse más que la cuestión de fondo.

d) Acciones dirigidas a obtener la observancia de las distancias establecidas por la ley, por los reglamentos o por las costumbres locales referentes *a la plantación de árboles o setos* (excluídas por lo tanto las distancias de muros, fosos, canales, etc.)

e) Acciones de desahucio por conclusión del arrendamiento. También estas acciones están atribuídas al pretor *sin consideración al valor* (salvo la competencia del conciliador). Cuando es

(1) SCIALOJA A., *Commentario*, II, núm. 969 y sigs.

(2) GALANTE, *Sulla efficacia recuperatoria dell'azione di manutenzione*, 1911; y en el *Corso di dir. proc. civ.*, 1907, págs. 171, 186.

preciso valuar estas acciones (porque debe establecerse la competencia entre pretor o conciliador; y también entre pretor o tribunal después de transcurrido el año), se atiende a la renta *por toda la duración del arrendamiento* (arts. 82 y 70, Cód. proc. civ.), no a la indemnización por la detención posterior, que puede no ser pedida y de todas suertes constituye una demanda diferente. En cuanto al procedimiento especial de dejación de inmuebles por conclusión del arrendamiento (§§ 8 bis y 20), ya sabemos que corresponde a la competencia del pretor cuando la renta exceda de 300 liras para toda la duración del arrendamiento, (ley 24 Diciembre 1896); en caso de oposición del demandado, la contienda se decide conforme a las reglas del Cod. proc. civ., sobre competencia, pero el pretor (a diferencia del conciliador), será en todo caso competente, puesto que aún excepcionando el demandado que el contrato debe proseguir por una duración correspondiente a una renta inferior a 100 liras, el pretor no deberá enviar el pleito al conciliador: el objeto del pleito es la duración del contrato y por lo tanto, deberá tenerse en cuenta la renta *para toda la duración del arrendamiento*, pero en todo caso la competencia del juez *superior* no podrá desaparecer en favor de la competencia del inferior (§ 26) (1).

Tratándose de competencia por materia, es evidente que propuestas estas acciones después de transcurrido el año desde el hecho que dió origen a ellas, el pretor deberá de *oficio* declararse *incompetente*, a menos que el pleito entre en su competencia por el valor.

En cuanto a las acciones posesorias también están sujetas al término de un año, término de caducidad; si se proponen un año después del hecho que las ha originado, no sólo no pueden estimarse por el pretor, sino por ningún juez. Sin embargo, si se acudiese al pretor después de transcurrido el año, no podría declarar extinguida la acción posesoria y rechazarla, sino en el caso de que correspondiese a su competencia por el valor; en otro caso debería limitarse a declarar su incompetencia por el valor; puesto que la desestimación de la acción por caducidad es una resolución de fondo (2).

(1) En contra MORTARA, *Comm.* II, núm. 130.

(2) En contra MORTARA, *Comm.* II, núm. 122.

Lo mismo debe decirse respecto del término señalado a la proponibilidad de la denuncia de obra nueva (obra *realizada*, año desde su comienzo); transcurrido el término, la resolución de cautela no puede pedirse, ni al pretor ni al tribunal; pero el pretor, incompetente por el valor, pronunciará sólo la incompetencia.

Tribunal. Entre los asuntos reservados a la competencia especial del tribunal, ya hemos referido los que no tienen valor económico determinable, y las causas por falsedad.

También están reservadas al tribunal las contiendas sobre la determinación del precio debido en las expropiaciones por utilidad pública (ley 25 Jun. 1865, art. 51), porque estos pleitos se proponen en términos de oposición a la *pericia* dictada por el tribunal, y por esto es manifiesta la intención de la ley de regular estos pleitos sin consideración al valor.

Del mismo modo la valoración de los inmuebles, a los efectos de la tasa de registro y sucesión, se hace con *pericia* ordenada por el presidente del tribunal, en cada caso, y las contiendas admitidas sobre esta *pericia* deben llevarse al tribunal (ley 20 Mayo 1897, art. 26).

Pero la más importante competencia especial del tribunal es la de las contiendas sobre *impuestos directos* o *indirectos* según la ley 20 Marzo 1865, ap. E, art. 6 y el Cód. proc. arts. 70 y 71. Comprende también los impuestos *municipales* y *provinciales*, puesto que la ley no distingue (como hace en el art. 79) y además hay impuestos locales que se aplican y se perciben al mismo tiempo que los del Estado, como *recargos* (rústica y urbana), para los cuales sería imposible regular separadamente la competencia.

Téngase, pues en cuenta que la expresión «impuestos directos o indirectos» comprende cualquier forma de imposición que grave una renta o una manifestación cualquiera de la riqueza, o que grave al ciudadano en el momento en que el Estado le presta cualquier utilidad, comprendidas también por lo tanto, las tasas de registro, de sucesión, del timbre, de inscripción, de diploma, de hipotecas, de verificación de pesas y medidas, de ocupación de locales públicos, de consumos, familia, domésticos, coches, etcétera, etcétera. También lo que se paga al Estado en virtud de monopolio considérase como impuesto, en cuanto excediendo los ingresos a los gastos, la diferencia representa una especie de imposición.

En cambio no entran en la competencia especial los ingresos patrimoniales de los entes públicos, aun cuando se exijan en formas privilegiadas, como las rentas del Fondo para el Culto (1).

Surgiendo *entre particulares* una de estas cuestiones (demanda de reembolso, de tasa pagada por cuenta ajena; cuestión sobre la pertinencia de una obligación de impuestos; sobre la responsabilidad por falta de pago de un impuesto, etc.), ¿podrán juzgarlas el pretor y el conciliador? La Cas. Roma ha excluído constantemente la competencia de los jueces inferiores, considerando que la competencia en las cuestiones de impuestos ya sea entre particulares ya entre la Administración y el contribuyente, está reservada al magistrado colegiado «en el supremo interés del Estado», por la influencia que tiene la *interpretación de las leyes de contribuciones* en el sistema del cobro de los tributos. Pero aparte la cuestión de si esta competencia especial fué introducida en interés de la Administración o como garantía al contribuyente, debe estimarse que la competencia misma no se halla determinada por la simple necesidad de *interpretar* leyes de contribuciones, sino de *actuar* esas leyes en el caso concreto: por lo tanto es la *relación jurídica* que nace directamente del impuesto, la que está sujeta a la competencia especial, o sea la relación entre la Administración y el contribuyente: lo cual resulta también del hecho de que esta norma de competencia tiene lugar en una ley concerniente a las relaciones jurídicas entre Administración y ciudadanos (ley 20 Marzo 1865 ap. E) (2). Una cuestión entre particulares relativa a un reembolso de impuestos no puede ni aun llamarse contienda sobre un *impuesto*, porque aquí sobre el impuesto no se contien-

(1) Véase Cas. Roma, 25 Enero 1898, *Foro ital.*, 1898, 131.

(2) Del mismo modo que está sujeta a la competencia especial de la 5.^a Sección del Cons. de Est. (art. 23, núm. 1, ley 17 Agosto 1907) no la *interpretación* de las leyes de deuda pública, sino la *relación jurídica* de deuda pública, entre el *Estado* y sus *acreedores*.

Y también la competencia especial de la Cas. Roma sobre los recursos contra sentencias impugnadas por violación de las leyes *sobre las contribuciones del Estado*, está limitada a los pleitos entre *los particulares y la Administración* (ley 12 Diciembre 1875, art. 3, núm. 5). Véase Cas. Roma, Secc. Un. 12 Abril 1907 (en el *Foro ital.* 1907, p. 556). Véase en cuanto a esto el proyecto de reforma mencionado en el § 20.

de más que en vía incidental. Una verdadera cuestión principal *sobre el impuesto* podrá surgir entre particulares solo cuando alguno haya pagado una tasa por cuenta del obligado, de suerte que quede *subrogado* en los derechos y privilegios del Fisco contra el obligado, como en el caso del notario que paga una tasa del registro por cuenta de las partes contratantes (arts. 73 y 90, ley 20 Mayo 1897); pero en este caso la ley misma excluye que se pueda contender entre los particulares *si la tasa fué debida* (artículo 90, cap. cit.)

La Cas. Roma extiende la competencia especial al caso de contiendas meramente formales entre el recaudador y el contribuyente durante el curso de la ejecución fiscal. Esta extensión no es aceptable. Ciertamente que también las cuestiones que surgen en la ejecución fiscal pueden llamarse cuestiones de impuesto, porque el proceso de ejecución dirigese precisamente a obtener el pago de los impuestos: ni el exactor puede considerarse entregado a la suerte de un particular cualquiera, porque si bien es verdad que ha asumido por su cuenta la exacción y el pago de los impuestos, el impuesto queda objetivamente como una deuda del contribuyente a la Administración. Pero en este caso, como en otros, la competencia para las contiendas surgidas en la ejecución es autónoma. Si bastase el hecho de que en las contiendas ejecutivas fiscales se interpreta una ley fiscal, para hacer incompetente al pretor, todo el procedimiento fiscal ejecutivo le hubiera sido sustraído, mientras que, por el contrario, la ley expresamente se lo atribuye.

Nos parece, en cambio, más oportuno seguir la Cas. Roma, cuando estima que corresponde a la competencia especial no solo la cuestión relativa al *pago de la tasa*, sino las demás cuestiones relativas a la *prestación* por la cual aquélla se paga. Por ejemplo, la Cas. Roma, en Sec. Un., ha juzgado incompetente al pretor para conocer de una demanda de reembolso de un giro postal (*cartolina vaglio*) no pagado (1). Así se ha estimado para las indemnizaciones por pérdida de paquetes postales (2), por retraso en la

(1) Sentencia 14 Marzo 1902 (*Foro ital.* 1902, p. 688); véase también Cas. Roma, 21 Mayo 1901 (an el *Foro ital.* 1901, p. 1142).

(2) Véanse diferentes casos en *Riv. delle comunicazioni*, 1911, p. 45 y siguientes.

entrega de letra de cambio consignada para la caja; por los premios de la lotería, etc. Todo esto porque es la relación jurídica total que corre entre el Estado y el contribuyente en estos casos la que está sometida a la competencia especial, no solamente un aspecto o momento de la misma (1).

(1) En contra MORTARA, *Manuale*, 5.^a ed. I, p. 154, nota. Véase también sobre el mismo tema RAVIZZA, en la *Legge*, 1907, p. 303.

APENDICE AL § 28

Referencias al Derecho español.

La doctrina legal referente a este § queda expuesta en las páginas 571 y sigs.

Tan sólo añadiremos ahora que, por virtud de lo dispuesto en el art. 51 de la ley de Enjuiciamiento civil (1), (véase también los 267 y sigs. de la orgánica del poder judicial), la jurisdicción ordinaria es la única competente para conocer de los negocios civiles que se suscitaren en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros, sin otra excepción que la contenida en el artículo siguiente, esto es, la prevención de los juicios de testamentaría y abintestato, de los militares y marinos muertos en campaña o navegación, cuyo reconocimiento corresponde a los Jefes y Autoridades de Guerra y Marina (2).

(1) Consecuencia del Decreto-ley de unificación de fueros de 6 de Diciembre de 1868.

(2) Téngase presente, además, lo dispuesto en los arts. 8 y 11 del Código de Justicia Militar, y de la ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina y lo convenido en Tratados internacionales.

§ 29

Competencia funcional (1)

I. *En general.*—Hablamos de competencia funcional en dos casos:

a) Cuando las diferentes funciones necesarias en un mismo proceso o de cualquier manera dirigidas a la actuación de la misma voluntad de ley están confiadas a *jueces diferentes* o a órganos judiciales diferentes (competencia por grados; conocimiento y ejecución; resoluciones provisionales y definitivas, etc.)

b) Cuando un pleito está atribuido al juez de un determinado territorio por el hecho de que su *función* será allí más fácil o más eficaz (*ejecución* en el lugar donde están los bienes; procedimien-

(1) WACH, I, p. 392 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed., § 39; HELLWIG, II, página 186; KISCH, I, p. 54. El concepto y el nombre en la literatura italiana encuéntrase antes en nuestra obra *Cosa giudicata e competenza* (en los escritos en honor de C. FADDA, vol. II). Véase también GALANTE, *Corso di dir. proc. civ. cit.*, págs. 402, 403, 406; TEA, *Sull'art. 571 Cód. proc. pen.* en el *Annuario de CUZZERI*, XVVII (1909), p. 168 y sigs.; CAMMEO, *Efficacia d'un ricorso al Cons. di Stato diretto a una sezione incompetente*, en la *Giur. ital.*, 1909, III, p. 180; y en materia penal; MANZINI, *Manuale di procedura pen. ital.*, 1912, p. 197. El término puede considerarse ahora de uso común, pero no siempre correcto. Nos ha ocurrido en la práctica ver aplicado nuestro concepto a casos de simple competencia territorial, y sostener, por ejemplo, la improrrogabilidad del *forum hereditatis* (§ 30, IV, C). Por lo tanto apenas es necesario advertir que cuando la ley menciona expresamente una competencia entre las *territoriales*, entiende ponerla (con razón o sin ella) bajo el principio general de la prorrogabilidad (§ 26). Nuestro *forum rei sitæ*, por ejemplo es prorrogable, aun cuando habría muchas razones para hacer de él un fuero exclusivo, como lo es en el Reglamento germánico.

to de *quiebra* en el lugar del principal establecimiento comercial, etc.) (1).

La competencia funcional acércese por un lado a la competencia por materia (tanto que PISANELLI llevaba la competencia por grados a la competencia por materia), por otro a la competencia territorial. Pero también en este caso la competencia funcional es siempre *absoluta e improrrogable*, y esto constituye su característica y la importancia práctica de esta categoría. De las disposiciones o de la intención de la ley, dedúcese cuando se trata de simple competencia territorial o de competencia funcional.

II. *Competencia por grados* (§ 20 y sigs.)—La distribución del conocimiento entre los jueces de grado diferente presupone en aquellos homogeneidad de competencia objetiva y territorial. Pero el juez superior no se puede elegir, ni aun cuando es libre la elección del juez de primer grado. Propuesto el pleito ante un juez de los varios de primer grado que se pudieron elegir, la apelación no puede llevarse ante un juez de segundo grado de aquellos que hubieran podido ser competentes si el pleito hubiese sido iniciado en su jurisdicción; sino que *debe* llevarse ante el juez de segundo grado que ejerce esta función en la circunscripción territorial a que pertenece el juez de primera instancia; el criterio territorial se enlaza con el funcional (2). Lo mismo debe decirse de la competencia de la Corte de Casación la cual está determinada al mismo tiempo por la función, por el territorio y por la materia, en cuanto que el recurso en algunas materias debe llevarse a la Corte de Casación de Roma (§ 20).

III. *Conocimiento y ejecución*.—La ejecución tiene sus presupuestos de competencia autónomos; la ejecución de la sentencia

(1) El proyecto ORLANDO de reformas procesales presentado al Congreso de los Diputados el 24 Mayo 1909 reducía este concepto a norma legislativa, enumerando una serie de casos en los cuales la «competencia *no puede ser prorrogada* ni aún respecto del territorio, (art. 2)».

(2) El conocimiento de las apelaciones de las sentencias de los pretores suele confiarse a una cierta sección del tribunal, pero esto no se refiere a la competencia. V. § 20.

no corresponde necesariamente al tribunal que la ha dictado. Hay, pues, un tribunal del *conocimiento* y un tribunal de la *ejecución*. Pero no todo tribunal es competente en la ejecución; también aquí se reproduce la distribución de la ejecución con arreglo a criterios objetivos y territoriales.

Conciliadores.—El art. 570 Cód. proc. civ. excluía a los conciliadores de las atribuciones y del conocimiento de las contiendas surgidas en la ejecución, incluso de sus sentencias. El art. 13 de la ley 16 Junio 1892, atribuyó al conocimiento del conciliador las contiendas referentes a la ejecución mobiliaria de las sentencias de los conciliadores y de las actas de conciliación (estas últimas en cuanto fuesen ejecutivas) siempre que el crédito por el cual se procediese estuviera comprendido en los límites de 100 liras, y aun le confió las atribuciones del pretor en los citados juicios ejecutivos. Por el texto de la ley están, pues, excluidas las contiendas y las atribuciones relativas a la ejecución de sentencias *de otros jueces*, como el pretor y el tribunal, aunque dentro de los límites de 100 liras, además de los actos a realizar, diferentes de las sentencias y de las actas de conciliación (por ej. letras de cambio).

Pero en la ejecución mobiliaria ya hemos visto que hay funciones importantísimas atribuidas por la ley al oficial judicial. Ahora bien, el citado art. 13 de la ley sobre conciliadores disponía que para la ejecución de las sentencias de los conciliadores y actas de conciliación dentro de los límites supradichos fuese competente el ujier de conciliación (y el canciller de conciliación). Pero esta concesión fué modificada por el art. 10 de la ley de 28 de Julio de 1895, sobre los oficios de conciliación, que ordenó que *en los municipios donde resida la pretura*, los ujieres de pretura fuesen competentes en la supradicha ejecución (como también para la notificación de actos en los juicios de los conciliadores por un valor superior a 50 liras). Esta competencia hállase nuevamente modificada por el artículo 11 de la ley de 21 de Diciembre de 1902, sobre oficiales judiciales, que confía a los ujieres de conciliación todos los actos del juicio de *conocimiento* de los conciliadores y los *precetti* correspondientes sin distinción de cantidad; viceversa, confía a los oficiales judiciales de pretura, *incluso en los municipios que no son sede de mandamiento*, todos los actos para la ejecución, desde

el embargo, y los actos extrajudiciales (1). La nueva ley de 19 de Marzo de 1911 ha confirmado estas normas (art. 15), añadiendo que cuando esté autorizado el embargo inmediatamente después de la notificación del *preetto* (art. 578, § 9), la competencia para notificar el *preetto* corresponde al oficial de pretura.

Los conciliadores conservaron la competencia que les está reconocida por el art. 572, Código procesal civil, para producir las *resoluciones temporales necesarias*, que no admitan dilación, en la ejecución en general aunque no de su competencia, si en el lugar no reside el pretor; y para autorizar la ejecución inmediata después de la notificación del *preetto*, a que se refiere el art. 578, Código procesal civil.

Pretores y tribunales. Ya sabemos que la distribución de las funciones ejecutivas entre pretores y tribunales no tiene lugar según el criterio del valor, sino de la calidad. Las atribuciones de la ejecución *mobiliaria* corresponden al pretor, las de la *inmobiliaria* al tribunal. Son excepción de este principio algunas atribuciones confiadas al pretor en la ejecución inmobiliaria ordinaria (Código procesal civil, art. 572 y 664), en la ejecución inmobiliaria fiscal (L. sobre el cobro de los impuestos, texto único de 29 de Junio de 1902, art. 50 y siguientes). Además en la ejecución por quiebra, algunas atribuciones corresponden al pretor (Código común, art. 733 y 763), y ahora le pertenece el procedimiento de las pequeñas quiebras (Ley de 24 de Mayo de 1903). De ahí sigue que la ejecución de las sentencias de los pretores puede corresponder al tribunal si recae en inmuebles; y viceversa, la de las sentencias de los tribunales superiores puede corresponder al pretor, si recae en muebles. Sabemos también que surgiendo contiendas en el curso de la ejecución mobiliaria, la competencia se determina *con arreglo al valor* (Código procesal civil, art. 75, 570, 616, 647, 652 y 755). La *materia* no basta para hacer incompetente al juez de la ejecución para conocer de las contiendas que surjan en

(1) Se ha dudado si el desahucio por conclusión del arrendamiento (L. 24 Diciembre 1896) es un acto extrajudicial; pero sin razón. Puesto que aquélla inicia un procedimiento especial y a ese fin contiene citación para comparecer; por eso indudablemente es acto *procesal* y es competente para notificarlo el ujier de conciliación.

la ejecución, a menos que la ley disponga lo contrario (1). Así el artículo 570 reservaba a la jurisdicción comercial el conocimiento de las cuestiones surgidas acerca de la existencia o interpretación de una obligación comercial, en la ejecución de actos contractuales, pero ya hemos visto que estas disposiciones no tienen hoy aplicación. Así el art. 48 de la ley de 14 de Agosto de 1862, sobre el Tribunal de Cuentas reservó al mismo Tribunal el juicio sobre la interpretación de sus decisiones en el curso de su ejecución.

Competencia de los oficiales judiciales. Se reputa de diferentes modos, a veces no es sino la consecuencia de la competencia del oficio al cual pertenecen; pero en algunos aspectos es autónoma. Para ciertos actos es *exclusiva*, para otros *concurrente* con la competencia de otros. Es fundamental en la materia el art. 175 de la ley sobre organización judicial, así modificado por la ley de 23 de Diciembre de 1875 y por la ley de 19 de Marzo de 1911:

«Los oficiales judiciales de las cortes y de los tribunales realizan *exclusivamente* los actos propios de su ministerio en los asuntos de competencia del Tribunal o de la corte a que pertenecen, *en el municipio de su residencia.*»

«Los oficiales judiciales de las preturas ejercen *exclusivamente* sus funciones en los asuntos de competencia de la pretura a que están agregados, *en todo el mandamiento* y también *en todo el municipio de su residencia*, cuando éste se halle dividido en varios mandamientos.»

«Uños y otros pueden ejercer *indistintamente* salvo dichas competencias *exclusivas*, los actos propios de su Ministerio en toda la circunscripción territorial de la autoridad judicial a que están agregados.»

«En los actos procesales que son de atribución mixta, conforme al párrafo anterior, el oficial judicial que los realiza, exigirá los derechos que corresponderían a los oficiales judiciales de la autoridad que ha producido la resolución a que es competente por el valor del pleito.»

La palabra «exclusivamente» significa aquí «con exclusión de

(1) La regla es que el juez de la ejecución puede interpretar el título. Véase para el art. 23, núm. 5, de la ley 17 Agosto 1907 sobre el Consejo de Estado, § 16.

cualquier otro (oficial judicial). Un acto de citación para comparecer ante el pretor, puede, por lo tanto, notificarse *solo por el oficial de aquella pretura*, si la notificación tiene lugar *en el mandamiento*, o aún fuera del mandamiento pero en el mismo municipio, si el municipio está dividido en varios mandamientos. Si la notificación tiene lugar *en otro mandamiento*, puede hacerse por el ujier de pretura de aquel mandamiento o por el oficial del tribunal de que depende aquel mandamiento o por el oficial de la Corte de la que depende aquel mandamiento. Una citación para comparecer ante el Tribunal, puede realizarse *solo por el oficial del Tribunal*, si la notificación tiene lugar en el municipio donde reside el tribunal; si en otro municipio dependiente del tribunal, la citación puede notificarse por el oficial del tribunal mismo o por el oficial de la corte de la cual depende aquel tribunal o por el oficial de la pretura en cuyo territorio está el municipio donde tiene lugar la notificación. Análogas distinciones pueden hacerse para las citaciones para comparecer ante la corte de apelación y para los recursos de casación. El lo mismo debe decirse de otras notificaciones relativas al pleito, en particular de las sentencias.

En cuanto a los actos ejecutivos que pueden realizarse por el oficial judicial y, en particular en cuanto al embargo, entiéndenlos más que caen bajo el alcance del segundo párrafo del citado artículo 175, o sea, pertenecen a los actos que pueden realizarse indistintamente por cualquier ujier (de pretura, tribunal, corte) en la circunscripción de la autoridad a que está agregado. Lo mismo se entiende en cuanto al *precepto*. Ahora bien, esto puede admitirse para el *precepto*, el cual por un lado puede intimarse también basándose en acto diferente de la sentencia, por otro abre el camino a ejecuciones que pueden realizarse en lugares diferentes; no puede admitirse para el embargo, porque aunque el embargo se realice solo por el oficial judicial, en realidad este obra aquí como parte de un *determinado* órgano complejo, o sea del tribunal mandamental o pretura; en efecto, el procedimiento de ejecución mobiliaria, en su totalidad, pertenece *a la pretura* de la circunscripción en que se hallan los muebles. Nos parece por lo mismo que el embargo encuadra entre los actos considerados por el primer párrafo del art. 175.

Nótese que la incompetencia del oficial judicial constituye falta

de un presupuesto del acto por él realizado y lo hace *nulo* (V. artículo 2.128, Código civil).

También en la competencia ejecutiva entra el elemento territorial. Es competente el juez *del lugar* donde está el objeto de la ejecución (Código procesal civil, arts. 570, 611, 614, 616, 660, 662 y 755, además del art. 145, ley organización judicial cit.). Aquí también el elemento territorial está determinado por la *función* necesaria para la actuación del derecho; la competencia es, por consecuencia, *absoluta*; no se pueden pedir las resoluciones en la ejecución mobiliaria a pretor de lugar diferente de aquel en el que tiene lugar la ejecución. No se puede pedir la venta inmobiliaria a un tribunal distinto de aquel en el que están situados los bienes; esto resulta, además, del texto del art. 662, Código procesal civil («el juicio *debe* establecerse, etc.») (1). Lo mismo dispone en forma más general la ley germánica (§ 802).

IV. *Otras competencias funcionales:* a) Tenemos otros tantos casos de competencia funcional, también cuando encontramos confiados a un juez distinto del competente por el fondo algunas resoluciones urgentes que preceden el pleito de fondo; así en el caso de las contiendas en feria, las resoluciones *transitorias* están confiadas al pretor o al conciliador del lugar (Código común, artículo 871).

b) Otro caso de competencia funcional es el del *juicio de reconocimiento*, que corresponde a la Corte de apelación, *en cuya jurisdicción* deben ser *cumplidas* las sentencias extranjeras; § 13, (Código procesal civil, art. 94 y siguientes), § 81.

c) Tenemos también una distribución de funciones *en el procedimiento privilegiado* para el cobro de las tasas de registro y de las rentas patrimoniales de los entes públicos: corresponde al pretor *del lugar en que reside el oficio* que la emite, hacer ejecutivo el mandato (*ingiunzione*), al juez competente conocer en el fondo de las oposiciones (Ley de 20 de Mayo de 1897, art. 134 y siguientes); §§ 8 bis y 94.

d) Puede también llevarse a la competencia funcional el *em-*

(1) Conforme la Cas. de Palermo, 30 Marzo 1902, en el *Foro italiano*, 1901, 626.

embargo conservador: § 9. Muchas veces este procedimiento de caución tiene una vida propia, y puede también ser autónomo pero en la mayor parte de los casos el embargo se coordina a un pleito de fondo que puede interpolarse en el juicio de convalidación del embargo mismo (Código procesal civil, art. 931, último párrafo); y frecuentemente el secuestro impide una ejecución mobiliaria.

Ahora bien; en el embargo conservador hay varias competencias concurrentes: *a)* la del pretor del lugar donde debe realizarse, sin consideración al valor; *b)* del pretor competente para conocer del *pleito principal*, o del presidente del tribunal competente para conocer del mismo (art. 926). Si el pleito principal está ya pendiente, solo es competente el pretor, o el presidente del tribunal o de la corte ante la cual pende el pleito, salvo, en caso de urgencia la competencia del pretor del lugar (art. 927).

Se he discutido mucho si el conciliador es competente para conceder el embargo conservador (naturalmente para créditos que no excedan de 100 liras). Entendemos que debe excluirse, no solo porque de los trabajos parlamentarios (relación del oficio central al Senado sobre la ley 1892) resulta la intención de excluirlo, sino porque, tratándose de competencia funcional, habría debido ser específicamente atribuida por la ley al conciliador, mientras que el Código habla sólo del pretor, y la ley 1892 que ha atribuido al conciliador la ejecución mobiliaria, calla en cambio respecto del embargo (1). Además, no vemos en esto un gran inconveniente; el embargo se pedirá al pretor, y no es exacto, como temen algunos, que el pretor en el juicio de convalidación no pueda conocer del fondo con arreglo al art. 931, y que por lo tanto deba hacerse después otro juicio ante el conciliador. Creemos, por el contrario, que el pretor, una vez investido del procedimiento preliminar del embargo, es competente para conocer del fondo en virtud del principio que tantas veces hemos mencionado, de que los límites de la competencia por valor son *relativos* en cuanto a lo menos, esto es, sujetos a excepción cuando la economía de los juicios lo requiere (§ 26).

e) Creemos todavía que en la competencia funcional debe

(1) El proyecto ORLANDO, antes recordado, atribuía expresamente esta competencia al conciliador.

encuadrarse el *procedimiento de quiebras*. La declaración de quiebra la pronuncia el tribunal de comercio (ahora el tribunal civil) en cuya jurisdicción el deudor tiene su principal establecimiento comercial (Cód. com. art. 825). La quiebra es una ejecución general con simultánea declaración de los créditos respecto del fallido (§ 10). El juez desarrolla aquí una función especial, en vista de la cual se establece la competencia del tribunal de un lugar determinado. También aquí el elemento territorial es por lo tanto *absoluto e improrrogable*.

Esta competencia comprende el procedimiento entero de la quiebra y el conocimiento de *todas las acciones que de ella derivan* (art. 685 Cod. Com. cit.) Es objeto de vivas discusiones si esta frase debe entenderse en el sentido de acciones derivadas *del procedimiento de quiebra* (BONELLI) o de acciones que *no habrían surgido* si no hubiese sido la quiebra (BOLAFFIO), o *de cualquier acción que se dirija a los fines de la quiebra* (MORTARA), cuya última opinión comprendería solo las acciones promovidas en interés de la quiebra por el curador (sindico).

No obstante la competencia general del tribunal de la quiebra, que deroga la competencia por valor, algunas contiendas se defieren en los límites de 1.500 liras al juez delegado, si son comerciales, al pretor *del lugar* si son civiles (Cód. com. art. 763); distribución que debe entenderse en vigor a pesar de la abolición de la jurisdicción especial de comercio.

Además, la venta de los inmuebles corresponde al juez del lugar donde están situados (Cód. Com. art. 800) y algunas acciones de reivindicación preséntanse al juez delegado, no al tribunal (Cód. Com. art. 807).

f) Según la ley *sobre accidentes del trabajo* (tex. ún. 31 Enero 1904, art. 13), las contiendas sobre la determinación de las indemnizaciones son juzgadas por el magistrado del lugar *donde ocurrió el accidente*. Se trata también aquí de una competencia territorial *inderogable* (1).

g) La Comisión arbitral de la provincia donde el emigrante contrató el embarque, será competente en los pleitos entre *vettore*

(1) Véase Corte de Apelación de Ancona, 26 Marzo 1904, en la *Corta d'Ancona*, 1904, p. 51.

y emigrante, *no obstante cualquier pacto en contrario* (ley 31 Enero 1901, art. 27, p. 439).

h) Las acciones para *el pago de gastos judiciales*, de honorarios a los procuradores y peritos, derechos a los cancilleres, a los ujieres o remuneración a los tipógrafos y otros parecidos son de competencia de la autoridad judicial ante la cual fué promovido el pleito que dió ocasión a dichas acciones (art. 103 Cód. procesal civ.) Esta norma concierne a las relaciones entre las partes litigantes y los terceros que prestaron su obra; la ley considera como más idóneo para conocer de estas relaciones al juez que conoció del pleito principal, o sea un juez ya determinado por el territorio (1).

i) La *liquidación* de los daños, por consecuencia de *condena* a los daños parte del juez penal (§ 15) se pide ante la sección *civil* de la corte o del tribunal o ante el pretor que pronunció la sentencia penal (2).

k) Debe por último encontrarse competencia funcional, y por lo mismo improrrogable, en todos los casos en que la ley específicamente declara competente a la autoridad de un cierto lugar en vista de la relación que el pleito tiene con un hecho allí ocurrido o con un oficio existente allí, como en los juicios de convalidación de la oferta real (Cód. proc. civ. art. 908); de oposición al matrimonio (Cód. civ. art. 88); de rectificación de actos del estado civil (Cód. civ. art. 401); de expedición de copias (Cód. procesal civ. art. 914), etc.

(1) Este elemento territorial hace que no pueda hablarse de simple competencia por materia, CUZZERI, *Sull'art. 103*, núm. 5; CHIOVENDA, *Condanna nelle spese*, núm. 390.

(2) Aun cuando quiera considerarse este juicio como autónomo, el caso es de competencia *funcional*. Pero puede considerarse también como una prosecución exclusivamente civil de la acción antes comprendida en el juicio penal; en cuyo caso se trataría en cuanto a la Corte y al tribunal, de una simple distribución de atribuciones entre sección civil y penal.

Véase sobre el tema: FERRONE, *Della speciale competenza per la liquidazione dei danni attribuiti con sentenza penale*, en la *Gazzetta del procuratore*, 1906; TEA, *Sulla competenza funzionale di cui all'art. 571 capov. Cód. proc. pen.*, en el *Annuario* de CUZZERI, 1909.

Muchos de los casos enunciados suelen considerarse en la competencia por territorio; pero, dado el principio general de nuestra ley de que la competencia territorial es prorrogable (Código proc. civ., art. 187) claro está que cuando tenemos una competencia improrrogable, no debe hablarse de *simple* competencia territorial (1).

(1) MORTARA, II, *Comment.* núm. 311, considera muchas de las normas aquí enumeradas como de competencia territorial excepcional, y por lo tanto garantidas por el art. 187, primera parte. La consecuencia práctica es la misma, pero sistemáticamente es más correcto llevar estos casos a una categoría *a se*, aunque no esté nombrada por el legislador, que admitir excepciones al art. 187 contra el texto de la ley, salvo que se quiera modificar también el texto de este artículo. Cuando resulta la intención del legislador de tratar un determinado caso como competencia *territorial*, a este caso no puede dejar de aplicarse el art. 187. Lo mismo debe decirse de las acciones enumeradas en el art. 82 Cód. proc. civ., porque expresamente están referidas en el art. 93. En contra: el mismo MORTARA, loc. cit.

APÉNDICE AL § 29

Referencias al Derecho español.

Véanse las notas al capítulo II, principalmente las contenidas en las págs. 571 y sigs.

El art. 919 de la ley de Enjuiciamiento civil dispone, que luego que sea firme una sentencia, se procederá a su ejecución, siempre a instancia de parte, y *por el juez o Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia.*

§ 30

Competencia por territorio.

I. *Fuero general y especial; fueros exclusivos y concurrentes; reales y personales.*—Llámase *fuero general* el tribunal ante el que un ciudadano puede ser llamado a responder en cualquier pleito que no esté expresamente deferido a otro foro (este fuero general es generalmente el *forum domicilii*; llámase *fuero especial* el tribunal ante el cual el demandado es llamado para responder solo en ciertos pleitos atribuidos a ese fuero, *a*) por la naturaleza del pleito (ej. acciones reales inmobiliarias), o *b*) por convención, o *c*) por un hecho procesal (reconvención, conexión, ejecución, o *d*) por otros hechos (celebración de matrimonio, ofrecimiento de pago).

En cuanto a un mismo pleito, puede ocurrir que haya un solo fuero competente o varios. Los fueros distingúense pues en:

a) Exclusivo (si el demandado puede pretender ser llamado ante ellos, con exclusión de cualquier otro fuero, salvo siempre el derecho de *prorrogar* el fuero);

b) Concurrentes por elección (si el actor elige entre varios fueros).

c) Concurrentes sucesivamente (si son varios los fueros competentes, no a elección del actor, sino uno a falta de otro).

Finalmente los fueros se distinguen en personales y reales: *personales* si están determinados por las circunstancias subjetivas y personales de alguno de los litigantes (p. ej., domicilio, residencia); *reales* si están determinados por circunstancias objetivas o reales de la acción que se hace valer (p. ej. lugar en que fué elegido domicilio, lugar en que fué contraída la obligación). Los fueros personales pueden cambiar antes del juicio, por haber

cambiado las circunstancias subjetivas, como el domicilio, y no se transmiten con la relación jurídica a los herederos; los fueros reales son innumerables, se transmiten a los herederos y sirven en todo caso, cualquiera que sea la parte que se haga actora (1). Cuando el fuero especial está sustraído a la disposición de las partes, hemos visto que asume un carácter especial, entrando en la competencia funcional (§ 29).

II. *Carácter moderno de la competencia territorial.*—Aun cuando la mayor parte de estos fueros deriven del pasado, la distribución moderna de la competencia territorial se realiza conforme a un concepto enteramente distinto del antiguo. El fuero general de todos los ciudadanos no se funda en su sumisión a un juez determinado, que tenga *derecho* de ejercer sobre él el poder jurisdiccional, y esté, por lo mismo, interesado en hacer valer este *derecho* contra los jueces rivales que lo usurpasen (2). Además, suprimidas todas las jurisdicciones privilegiadas o extraordinarias, el actor sabe directamente por la ley cuál es el tribunal ante el cual debe citar al demandado. Y la ley, cuando fija las competen-

(1) Si por ejemplo fué elegido domicilio para los efectos de las contiendas nacidas del contrato, también la acción de rescisión propuesta por una parte, pertenece a este foro prorrogado. En contra Cas. Florencia, 10 Diciembre 1906 (*Legge*, 1907, 756).

(2) Se ejercitaba esta defensa con la *inhibitio*. Véase a propósito de esto LANCELLOTTI. *De atentatis et innovatis lite et appellatione pendente* (año 1597), Cap. XX, § 9; «Potest iudex inhibere subditis suis ne coram alio in sui praejudicium litigent». El tratado de DE FONDUTI, *De praeventione judiciali* (1653) tiene por subtítulo: *Seu de CONTENTIONE JURISDICTIONUM*.

Esto ocurría para la competencia tanto territorial como por materia (§§ Introducción y 14). Cuando la ordenanza francesa de 1673 extendió al comercio marítimo la competencia de los jueces cónsules, los almirantazgos acudieron al Cons. de Est., hasta que el Rey hubo «*maintenu et gardé définitivement les juges de l'armirauté au droit et possession de connaitre les différends etc.*» (CHIOVENDA, *Saggi di dir. proc. civ.*, p. 321). Vemos también en 1.º Febrero 1833 reclamar el Senado de Chambéry el DERECHO de juzgar (¡y de condenar!) a los rebeldes de Saboya (DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese*, II, p. 59).

cias, no trata de inspirarse en otro concepto, sino en el que informa todo nuestro derecho público: la libertad e igualdad de los ciudadanos ante la ley (Const. art. 24 y sigs.) Al aplicar este principio la ley encuéntrase en la necesidad de repartir entre el actor y el demandado con equitativa proporción sus garantías. Por esto, de un lado tiene en cuenta el interés del demandado de ser molestado lo menos posible en su vida y en sus negocios, disponiendo que sea citado para responder ante el juez, menos oneroso para él. Del mismo modo todos pagan sus deudas de ciudadano (servicio militar, impuestos, voto político, etc.), en el lugar donde habitan actualmente. De otro lado la ley tiene en consideración la libertad de acción del actor, cuando le da la elección entre varios fueros, p. ej. le permite citar al demandado en el lugar del domicilio o de la residencia (1). Otras veces la ley elige un fuero especial, porque le parece más útil al interés de ambas partes o del juez mismo, como en el caso de acción real sobre bienes inmuebles (análogamente dispone que los impuestos que graven bienes inmuebles, se paguen en el lugar donde está el inmueble); y a veces en cambio favorece al actor, según las circunstancias de las pretensiones que éste propone en juicio, de este modo la ley evita la apariencia de parcialidad hacia el demandado, y al mismo tiempo consigue que los asuntos sean mejor distribuídos entre los diferentes tribunales del territorio del Estado.

A base de la determinación de los diversos fueros, hay esta *tendencia* común. En cambio no se puede poner como base un *principio* común: el de que ordinariamente *el ejercicio de la acción se realiza en el lugar donde el derecho, si existe, debería o podría ser ejercitado* (2). Es cierto que en algunos casos se verifica esta coincidencia: p. ej., el demandado puede regularmente ser citado en el lugar de su domicilio (Cód. proc. civ., art. 90), y precisamente en su domicilio está obligado frecuentemente al pago (Cód. civ., artículo 1.249), la acción real sobre bienes inmuebles, propónese en el

(1) SCHMIDT, *Diritto processuale e diritto pubblico*, Friburgo 1903, p. 51 y sigs.; CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, en la *Rivista giuridica e sociale*, Nápoles 1907, reproducido en los *Nuovi saggi di dir. proc. civ.*, 1912, p. 95 y sigs.

(2) MORTARA, *Comment.*, II, núm. 146.

lugar donde estos radican (Cód. proc. civ., art. 93), y los derechos reales se ejercitan ordinariamente allí donde se encuentra el inmueble. Pero también se podrían repetir los ejemplos de casos en que no se da esta coincidencia. El hecho de que en muchísimos casos se concede al actor la *elección* entre varios fueros sería contrario a este principio general. Además sería extraño que el legislador, al determinar la competencia de los juicios, atendiese siempre o *en el mayor número de los casos* al lugar donde el pretendido derecho se hubiere ejercitado, tomando así como base constante de sus normas un dato incierto, esto es, precisamente aquel pretendido derecho cuya existencia debe discutirse en el juicio.

III. *Fuero general*.—El art. 90, Cód. proc. civ., dispone:

«La acción *personal* y la acción *real sobre bienes muebles*, propónense ante la autoridad judicial del lugar donde tiene su domicilio o residencia el demandado.

Si el demandado no tiene domicilio o residencia conocidos, se proponen ante la autoridad judicial del lugar donde aquél habita.»

Aquí están reguladas tres especies de fuero general: dos concurrentes *electivamente* (domicilio, residencia), una concurrente *sucesivamente* (habitación), (1). Véase Cód. civ., art. 16 y sigs.

Nuestra ley no llama *general* a este fuero; pero es general en el sentido de que es el fuero aplicable en defecto de otros prescritos por la ley y en caso de duda. *Actor sequitur forum rei* (2). La ley podía prescindir de limitarlo positivamente.

Por el contrario, ha aplicado aquí las dos clasificaciones de acciones que en su lugar hemos examinado, o sea acciones *reales* y *personales, mobiliarias e inmobiliarias* (§ 1 y 28).

(1) El antiguo derecho romano tenía el *forum domicilii* y el *forum originis*. Esto ha desaparecido bajo la influencia de ideas germánicas. El actual derecho procesal germánico considera fuero general el del domicilio o de la residencia o del domicilio precedente (concurrentes sucesivamente). Pertenecen al derecho civil las cuestiones relativas a la determinación de estos elementos de la competencia territorial: determinación que encuentra graves dificultades, no sólo en el derecho italiano, sino en todo derecho. Véase p. ej.: para el derecho inglés la obra de ADDISON SMITH, en *Lanmagazin and review*, 1907, p. 268 y sigs.

(2) *Fragm. Vaticana*, 326 (Diodec., año 294); L. 3, Cód. 319.

De cuanto hemos dicho entonces (§ 1), resulta que no toda acción puede hacerse encuadrar en la categoría de las acciones reales y personales: que por ej., no habiendo concedido nuestra ley la elección al actor entre el *forum rei* y el *forum rei sitæ*, para aquellas acciones que el Código francés llama *mixtas* (y que atribuye al *forum rei* o al *forum rei sitæ* a elección del actor), debemos examinar caso por caso si la acción es real o personal, pero si no podemos hacerla entrar en ninguna de las dos categorías, debemos atribuirle o al *forum rei* como fuero *general* (1) o valer nos de la analogía para atribuirle a un fuero especial.

Hemos visto también en lugar oportuno (§ 1) la razón por la cual aquí la ley trata de una manera las acciones *personales* y las acciones *reales mobiliarias*.

El fuero general—como hemos visto—fúndase en una de estas tres circunstancias: *domicilio, residencia, habitación*, y; es por consecuencia un fuero *personal* por excelencia.

La ley no prevee el caso de que la habitación sea también desconocida. En este caso, no teniendo límites la elección del actor, podrá recaer en cualquiera de los diversos tribunales competentes por materia y valor. Si el demandado comparece, entonces sólo

(1) CHIOVENDA. *Saggi di dir., proc. civ.*, 1904, págs. 95, 118, *Sul litis consorzio necessario*, 1905, cit., (en los *Nuovi saggi* pág. 235).

SIMONCELLI nos ha objetado, que hablando la ley de acciones reales y personales, no puede haber acciones que no sean una u otra cosa. Pero nos parece que la ciencia no debe tomar las categorías de la ley sino la ley de la ciencia. La categoría es cosa propia de la ciencia: es una concepción lógica; y si ésta es errónea o incompleta, el error y la falta refléjanse necesariamente en la ley: ésta manifiesta entonces una laguna que el intérprete debe llenar mediante la analogía. En el caso concreto basta partir del concepto históricamente exacto de que el *forum rei* es fuero general, para que inmediatamente encuentren lugar en él, no sólo las acciones de que habla el art. 40, sino toda acción que no tenga un fuero especial. Otros como GALANTE nos han objetado que debe entenderse con Bensa por acción personal *toda acción que no sea real*. Este concepto puramente negativo no nos parece aceptable; cuando la ley habla de acción *personal*, se refiere a alguna cualidad positiva de la acción, y suponer que todas las acciones que no son reales tienen *por esto sólo* algo de común que permita formar con ellas una categoría, contiene, a nuestro entender, un círculo vicioso.

podrá excepcionar que el actor sin razón ha ocultado su domicilio, o su residencia o habitación.

El art. 18 Cód. civ., determina el domicilio de las personas incapaces absoluta o relativamente. Los incapaces absolutamente (menor no emancipado, mayor interdicto) tienen el domicilio del padre, de la madre y del tutor, respectivamente. El actor tiene la elección entre residencia y domicilio del representante. La mujer casada tiene el domicilio del marido. Pero, así como el absolutamente incapaz es citado en la persona de su representante, y por lo tanto puede ser citado ante el fuero del domicilio o de la residencia de éste, la mujer casada es citada personalmente, por consecuencia si tiene residencia distinta del domicilio del marido, podrá ser citada lo mismo ante el fuero de la residencia que ante el del domicilio; pero no podrá ser citada en el fuero de la residencia del marido cuando esta no coincida con el domicilio,

Para la determinación de la competencia territorial se atiende al momento en que «se proponen las acciones». Por consecuencia, si el demandado durante el pleito cambia el domicilio, la residencia, la habitación a base de la cual fué demandado ante un juez, este no deviene incompetente. Una vez regularmente constituida una relación procesal, no sufre modificaciones esta, sino en los casos previstos por la ley (1). En cambio, si la relación procesal se extinguiere mediante la caducidad, en el nuevo juicio se precisaría tener en cuenta la nueva residencia, domicilio o habitación del demandado.

Fuero general de la sociedad.—El art. 90, párr. 2.º, dispone que el fuero general de la sociedad es el lugar donde se encuentra la *sede de la administración*, o se encuentra uno *de los establecimientos sociales con un representante* de la sociedad (2).

(1) Este es el principio de la *unidad* de la relación procesal, que en la práctica se suele expresar en este caso con el texto *Ubi acceptum est semel iudicium ibi et finem accipere debet* (L. 30 Dig. de jud. 5,1). Antes § 27, III y más adelante, § 42. Sobre este texto véase BÜLOW, *Processeinreden*, cit., p. 94.

(2) La existencia de un representante en un lugar donde no exista al mismo tiempo un establecimiento social al cual sea propuesto el representante, no basta, pues, para fundar la competencia en aquél lugar. Véase

Son, pues, dos fueros generales *concurrentes electivamente* sin consideración del lugar donde han nacido las relaciones controvertidas. La norma se aplica a las sociedades civiles y mercantiles. Para estas últimas admítase también un *fuero especial* por el artículo 872, Cód. com. Otro fuero especial admite para las sociedades civiles y mercantiles el art. 96 Cód. proc. civ.

Fuero general de las personas jurídicas.—La ley no provee al fuero general de las personas jurídicas. No obstante, ese fuero no puede ser otro que el del lugar donde reside la administración o representación de la persona. Si esta tiene varias sedes, habrá otros tantos fueros generales a elección del actor por analogía de lo dispuesto en el artículo 90, párr. 2.º.

El Estado no tiene un fuero general; en efecto, está donde quiera que esté el *territorio* del Estado. Por esto el art. 92 Código proc. civ., establece una serie de fueros especiales del Estado, determinándolos por los lugares donde nacen o deben cumplirse las obligaciones, o donde se encuentran las cosas muebles, objeto de la acción.

Fuero general del extranjero.—Cuando el extranjero tiene residencia en el reino, las acciones contra él ya se deriven de obligaciones contraídas en el reino o en el extranjero, pueden proponerse en el reino ante la *autoridad* del lugar donde él reside (artículo 106, núm. 1, 107, Cód. proc. civ.)

IV. *Fueros especiales.*—No tenemos muchas de las competencias territoriales especiales que estaban admitidas por el derecho común y que en parte han sido conservadas por algún derecho moderno, como el germánico, p. ej.: el fuero de la *residencia prolongada*, por razón de oficio, de ocupación, de estudio (empleados, estudiantes, criados), fuero admitido allí sólo para las acciones de carácter patrimonial, así el fuero *del patrimonio*, admitido respecto de los domiciliados en el extranjero, por el sólo hecho de que tengan un patrimonio en el Estado; el fuero del *establecimiento*

Cas. Roma, 16 Feb. 1907 (en la *Riv. di dir. comun*, 1907, II, p. 96 con nota de VIVANTE y en el *Foro italiano*, 1907, II, p. 342, con nota de ANGELONI V.) Pero aquí con menos exactitud la Casación habla de un *forum gestæ administrationis*: § IV, A, c.

para las acciones conexas a este (1), etc. Hemos conservado, no obstante, muchos fueros especiales, particularmente para las obligaciones.

A) *Fueros especiales de las obligaciones (forum contractus)*
 La cualidad común a todos estos fueros especiales es la de ser fueros *reales* (2).

a) *Fuero de la acción personal.*—La acción personal también se puede proponer ante la autoridad judicial del lugar *donde fué contraída o debe cumplirse* la obligación con tal que el demandado sea citado *allí* en persona (Cód. proc. civ. art. 91, 1.ª parte).

Aquí tenemos establecidos para la acción personal dos fueros:

1.º El del lugar donde *fué contraída* la obligación (*forum contractus*).

2.º El del lugar donde *debe cumplirse* la obligación (*forum destinatæ solutionis*, ambos *concurrentes electivamente* entre sí y con el fuero general.

En el derecho romano y en el derecho común el *forum contractus*, esto es, la competencia especial del juez del lugar donde se ha formado el contrato, probablemente estaba determinado por la ventaja que el trámite del pleito podía sacar de hacerse en el lugar donde había nacido la relación jurídica, y junto a las pruebas más fáciles de su formación, ventaja acentuada por la dificultad y lentitud de los medios de comunicación y de la correspon-

(1) Es excepción la jurisdicción de los «*probiviri*» La competencia del colegio, respecto del lugar, hállase determinada por la situación de la *fábrica*, del *establecimiento* o de la *empresa industrial*, y para los operarios que trabajan a domicilio por el lugar donde el contrato de trabajo ha sido firmado». (Ley 13 Jun. 1893, art. 7.) Además conviene observar que a cada uno de los jueces especiales examinados en su lugar (§ 16 y sigs. 20 y siguientes), suele corresponder un *fuero especial*, pero generalmente con carácter de competencia *funcional*.

(2) Véase CASTELLARI, *Le competenze in materia di obbligazione*, 1902. *Il luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione a senso dell'art. 911. Riv. di dir. comun.*, 1908, II, p. 337 y sigs.); BASSANI, *Forum contractus*, en el *Anuario della proc. civ.*, vol. XVI; PERICOLI, *Sull'art. 91, Código proc. civ.*, en la *Legge*, 1902; SEGRÉ, *Della sede del contratto e delle fatture accettate*, en la *Riv. di dir. comun.*, 1911.

dencia (1). Nótese sin embargo que en derecho romano la circunstancia de haberse realizado el contrato en un determinado lugar por mero accidente no bastaba para constituir la competencia especial. En la edad media el *forum contractus* consérvase también porque en la infinita variedad de leyes, variables de lugar a lugar, el juez del lugar del contrato aparecía como el más idóneo para interpretarlo, y también porque las partes, contratando en un cierto lugar, considerábanse sometidas al poder jurisdiccional del juez que estaba investido de él como de un derecho propio en aquél lugar.

Si el Estado moderno conserva el *forum contractus* no es por la supuesta conveniencia de los pleitos, ni por la sumisión voluntaria de las partes al juez del lugar, ni porque en el lugar del contrato se presume que el contrato debe cumplirse. Obsta a todas estas razones el hecho de que el fuero de la obligación (en Italia por lo menos) no es exclusivo sino que se deja *a elección del actor*: el hecho de que el fuero de la obligación nace aunque la relación jurídica haya surgido en un cierto lugar *sólo accidentalmente*. Obstan también las condiciones nuevas del derecho público y la gran facilidad de comunicaciones de la vida moderna. El *forum contractus* se ha conservado por el motivo de derecho público antes señalado en general, de que el Estado moderno tiende a repartir entre los litigantes en partes aproximadamente iguales los inconvenientes del pleito, y, por tanto, armoniza el principio de que el demandado debe molestarse lo menos posible, dando el actor una gran libertad de elección entre varios fueros. La apreciación de si en el caso concreto conviene o no *al actor* (no *al pleito*), el *forum contractus* déjase al actor mismo. Por lo demás la conveniencia de conservar en las leyes el *forum contractus*, es objeto de importantes cuestiones puesto que con eso se da al actor facilidad para crearse a su gusto un fuero competente (2). Por esto alguna ley moderna limita el *forum contractus* al caso de que el lugar del cumplimiento y la facultad de citar en él se hayan

(1) CASTELLARI, *op. cit.* pág. 107 y sgs,

(2) Acerca de los inconvenientes en las relaciones internacionales, V. VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2.^a ed., II, § 423.

pactado por escrito. Así la norma de jurisd. austr., § 88.

La misma ley austriaca admite que el *forum destinatæ solutionis entre comerciantes* pueda constituirse con su simple indicación en la factura expedida con la mercancía o antes de ella y que haya sido aceptada sin observaciones (1).

El nombre tradicional de *forum contractus* designa hoy una institución más amplia que la antigua: porque comprende *toda acción relativa a una obligación*, de cualquier modo que haya surgido, no sólo *ex-contractu*. Por lo menos esta es la opinión dominante en los más modernos intérpretes y en las sentencias más recientes: esto es, que encuadran también aquí las obligaciones no contractuales, y en particular, las nacidas de delito o cuasi delito. Nuestro art. 91 comprende por lo mismo tanto el *forum contractus* como el *forum commissi delicti* (2) mientras que el derecho común regulaba esto aparte, aunque análogamente, como hace aún el Reg. germ. (§ 32).

Diciendo que el fuero del art. 91 comprende *toda acción relativa a una obligación*, nos separamos un tanto de la letra de la ley que sólo habla de acciones *personales*. Pero históricamente interpretado el art. 91, no puede entenderse de otra manera. Por lo mismo estimamos que las acciones de *declaración*, y las acciones que tienden a la nulidad o rescisión de las obligaciones pueden proponerse en el fuero especial, aunque según nosotros no puedan llamarse acciones personales (3).

(1) Acerca de esta cuestión en nuestro derecho; véase SRAFFA, *L'accettazione delle fatture e il silenzio* en la *Riv. di dir. comun.*, 1903, I, página 27; Cas. Florencia, 10 Dic. 1906 (*Legge*, 1907, p. 756).

(2) CASTELLARI, *Op. cit.*, páginas 143 a 150.

(3) Discútese si la acción de nulidad de matrimonio puede proponerse en el fuero especial del art. 91, esto es, en el lugar donde fué realizado el matrimonio. Lo admiten algunos, considerando que aquí se trata de una acción personal, lo cual no es exacto, conforme a cuanto hemos dicho, porque en la acción que tiende a la declaración de inexistencia o a la nulidad del matrimonio, el demandado no está obligado a nada. Otros lo niegan, alegando que el matrimonio no es un contrato; lo cual es cierto, pero es inconcluyente en cuanto que el art. 91 no se refiere únicamente, como vimos, a los contratos. Otros lo niegan, porque el art. 91 se refiere sólo a obligaciones de carácter patrimonial, lo cual se acerca más a la verdad,

Si de una relación jurídica nacen obligaciones para ambas partes, a cumplir en lugares diferentes, tendremos dos fueros diferentes especiales, según que en juicio se deduzca la obligación de una o de otra parte. Si una parte pide el cumplimiento de la obligación del adversario y este reconviene al autor para el cumplimiento de la suya, nos encontramos en el caso del art. 100, núm. 3, del cual pronto hablaremos. Si una parte pide la rescisión del contrato y la restitución de lo pagado, tiénese en cuenta el fuero de la obligación del actor, porque esta es la que el actor ha deducido en el pleito, pidiendo su declaración negativa a la cesación. Si se pide en lugar de la prestación el resarcimiento de daños, el fuero es el de la obligación originaria: el haber cambiado el contenido económico de esta no hace desaparecer el fuero especial.

En todo caso el fuero especial del art. 91, primera parte, está limitado por una condición: «siempre que el demandado sea citado ALLÍ en persona». La citación en persona es la que se hace mediante entrega de copia en las propias manos del destinatario. (Código proc. civ.; art. 139). En cuanto al lugar en que debe hacerse la citación para que se cumpla la condición del art. 91, entienden algunos que es *cualquier parte* del territorio que forma la circunscripción del juez competente; otros la *residencia* misma del juez

pero no hiere todavía el punto de la cuestión. La cuestión refiérese no sólo a las acciones de nulidad de matrimonio, sino, en general, a todas las llamadas cuestiones de estado. Esto ha sido justamente observado por otros como CASTELLARI, *Competenze delle obbligazioni*, cit, págs. 162-165; pero CASTELLARI sigue la opinión que admite el fuero especial para estas acciones. Ahora bien, esta opinión no nos parece aceptable. En los estados (estado de familia, de ciudadanía) precísase distinguir el estado, el cual no es un concepto meramente jurídico de las obligaciones que la ley liga a un cierto estado. Cuando se celebra un matrimonio, no puede decirse que se *contrae* inmediatamente una obligación o un *complejo* de obligaciones: esta no es más que la consecuencia jurídica de un hecho cuya importancia trasciende a la esfera jurídica, esto es, de haber contraído un *nuevo estado*, y cuando se contiende acerca de la nulidad de un matrimonio, el objeto inmediato del pleito no son las obligaciones que de él derivan. Nadie ha pensado nunca que la acción para reclamar el estado legítimo o la acción para impugnar la paternidad puedan proponerse en el lugar donde el hijo ha nacido, sólo por haber nacido allí.

competente; otros, en fin, el *lugar dónde fué contraída* o debe *cumplirse* la obligación. La primera y la tercera opinión sólo gramaticalmente son correctas, porque «ALLÍ» se refiere *al lugar* de que ha hablado el art. 91, esto es, el lugar donde fué contraída o debe cumplirse la obligación: y no puede referirse a la autoridad judicial, que es persona y no lugar (1). Pero por *lugar* donde la relación se ha constituido o debe consumarse puede entenderse tanto el *municipio* donde esto ocurre o debe ocurrir, o sea la mínima de las circunscripciones territoriales según nuestra organización; como el *distrito* de la autoridad judicial; esto es, una circunscripción territorial mayor. A esta última interpretación le acompaña la tradición del derecho común (2); pero, se entiende, que cuando la norma se fundaba en la sumisión de la parte citada al juez en cuyo territorio era encontrada, la competencia especial se extendiese a todo el territorio jurisdiccional del magistrado. En nuestro derecho nos parecen superiores las razones en pro de la solución contraria; el encontrarse el demandado en cualquier parte de un vasto distrito, puede ser meramente accidental; sólo su presencia en el mismo municipio donde se afirma contraída la obligación, al mismo tiempo que da a esta afirmación mayor aspecto de verdad, permite presumir que el demandado tiene en el municipio un centro de negocios que le hace menos gravoso ser demandado fuera de su fuero general. Por otra parte sería absurdo e insólito que la competencia territorial variase según que el pleito sea de competencia del tribunal, del pretor o del conciliador, como sucedería siguiendo la opinión opuesta.

También en el art. 91 encontramos regulada con la acción personal *la acción real sobre bienes muebles*: la cual *puede* proponerse ante la autoridad judicial del lugar donde se encuentre la cosa. Es pues un *forum rei sitæ*, pero diferente del regulado para los bienes inmuebles en el art. 93, en cuanto que es electivo y no exclusivo, y está subordinado a la condición de la citación en persona según hemos visto, condición que en cambio no prescribe el art. 93.

(1) CASTELLARI, *op. cit.* pags. 267, 272.

(2) WETZELL, p. 509.

b) *Fuero de la acción personal en las materias comerciales.* En las materias comerciales, según el art. 91, las acciones de que habla la primera parte de este artículo pueden proponerse ante el juez del lugar en que ha sido hecha la *promesa* y la *entrega* de la mercancía o en que deba cumplirse la obligación *aunque el demandado no sea citado allí personalmente.*

Entre el párrafo 1.º y la primera parte del art. 91 median notables diferencias. Téngase en cuenta, no obstante, que el art. 91, primera parte, es genérico, por tanto comprende también las materias comerciales, en los casos no regulados en el párrafo 1.º con tal que se observe la condición relativa a la citación del demandado. Las diferencias consisten principalmente en esto:

1.º En el párrafo 1.º no se requiere la condición de la citación «en persona del demandado en el lugar etc.». Síguese de aquí que este párrafo 1.º es aplicable también a las personas jurídicas y a las sociedades, mientras que la primera parte del art. 91 no lo es: en efecto, puédese ante todo discutir si los representantes de las personas jurídicas y de las sociedades pueden ser citadas en cualquier lugar donde se encuentren, o si cuando el ente que representan tiene una sede propia, deben citarse en la casa de esta sede (artículo 139, Cod. procesal civil); pero en todo caso el representante de un ente demandado no es el *demandado*: el demandado es el ente, y de este no puede decirse *que se encuentre en el lugar del contrato*, sólo porque allí se encuentre su representante tal vez por sus asuntos especiales.

2.º El fuero especial no está en el lugar donde fué *contraída* la obligación, sino en el lugar donde fué hecha la *promesa* y la *entrega* de la mercancía, no siempre se puede decir *contraída* la obligación donde fué hecha la *promesa*: el contrato bilateral entre personas lejanas se perfecciona ordinariamente en el lugar donde el proponente tiene noticia de la aceptación (Cod. com., art. 36); y este lugar puede ser diferente del lugar donde la promesa fué hecha: la entrega de la mercancía no es, por lo tanto, un elemento necesario de la perfección del contrato. Nótese que la ley funda el fuero especial en el lugar donde tiene lugar tanto la *promesa* como la *entrega*: no basta que se verifique una condición o la otra. El fundamento de la ley no aparece muy claro, pero la letra es clarísima.

El lugar de la entrega, cuando la mercancía ha sido expedida

de una plaza a otra, es el lugar de destino, porque en este tiene lugar la tradición de la cosa, ya viaje la mercancía por cuenta del remitente, ya del destinatario (1); observamos, no obstante que alguna decisión ha estimado que el lugar de la entrega es el lugar de la expedición, cuando la mercancía viaja «a riesgo y peligro» del comprador, aunque esta cláusula por sí no excluya la obligación de la tradición a la persona del destinatario. En todo caso queda libre la facultad de convenir que se considere un lugar determinado como lugar de entrega.

El art. 91 se aplica también cuando el acto de que deriva la acción, es comercial por una sola de las partes. Así lo estima justamente la Cas. de Roma, aplicando el art. 54 Cod. com. La Casación de Turín ha sostenido durante mucho tiempo lo contrario, pero recientemente también se ha adherido a la opinión dominante.

c) *Fuero de la acción de rendición de cuentas.* La acción para rendición de cuentas de una tutela o administración *se propone* ante la autoridad judicial del lugar en que fué *conferida* o *ejercitada* la tutela o administración (Cod. proc. civ., art. 94). Este es

(1) En contra: TARTUFARI L., en la *Rivista di dir comm.*, 1909, II, p. 129 y en la *Vendita commerciale*, 3.^a ed., 1909, § 321; ALBERTARIO, en el *Anuario* de CUZZERI, XXVIII (1909), p. 133 y sgs. TARTUFARI distingue el caso de acción del vendedor contra el comprador, en el cual deberá entenderse por lugar de entrega el de la recepción efectiva por parte del comprador, del caso de acción del comprador contra el vendedor, que se entenderá por tal el lugar de la expedición por parte del vendedor, partiendo de la idea general de que, en las expediciones de una a otra plaza, las disposiciones de ley concernientes a la entrega y las consecuencias de haber sido ésta realizada en un lugar o en otro, deben referirse al acto y al lugar de la expedición por parte del vendedor o al acto y al lugar de la recepción por parte del comprador, según que en cada caso concreto se trate de obligaciones de uno u otro de los contratantes. Pero por lo que se refiere al art. 91 me parece que esta opinión encuentra obstáculos en la evidente intención de la ley de dictar un criterio de competencia *común* a las dos acciones, mientras que según la distinción de TARTUFARI no habría ahí competencia especial sino para una de las dos acciones, o sea para la de la parte respecto de la cual el lugar de entrega coincida con el (que es constante y común a las dos partes) de la promesa.

el antiguo *forum gestæ administrationis*, pero más restringido, porque no se extiende a todas las acciones derivadas de la administración, por ejemplo, las acciones del administrador, sinó sólo a una acción *contra este*, para la rendición de cuentas. El art. 97, comprende dos fueros concurrentes electivamente entre sí, (lugar donde la administración fué *conferida*, donde fué *ejercida*): pero el actor no tiene la elección entre estos dos; no puede llevar la demanda al fuero general del demandado, si este se opone. También este fuero tiene carácter *real* y por tanto se transmite a los herederos. Puede aplicarse también a las administraciones de carácter privado, como por mandato.

d) Fuero de las acciones derivadas del contrato de transporte. Estas acciones *pueden* proponerse ante la autoridad judicial del lugar *en que resida un representante del «vettore»*, y si se trata de ferrocarriles ante la autoridad judicial del lugar donde se encuentra la estación de partida o la de destino (Cod. com., art. 872). Son tres fueros especiales concurrentes electivamente entre sí y con los fueros generales del art. 90. Los jefes de estación están equiparados a los factores (institores) Cod. com., art. 375 (1).

e) Fuero especial para las acciones contra las sociedades comerciales, nacionales y extranjeras, derivadas de actos comprendidos por cuenta suya por sus factores o representantes fuera del domicilio social: estas acciones *pueden* proponerse ante la autoridad judicial del lugar donde se ejerce el comercio o donde reside el factor o el representante (Cod. com., art. 872).

Son dos fueros especiales concurrentes electivamente con el general.

f) Fuero especial para las acciones derivadas de abordaje: tenemos tres fueros concurrentes electivamente con el fuero general; el lugar del *suceso*, de la *primera arribada*, del *destino* (Código com. art. 873).

g) Fuero especial del Estado demandado. Para toda acción personal y real sobre muebles, es el lugar donde fué *contraída* o debe cumplirse la obligación, o donde se encuentra la cosa mueble. Es naturalmente un fuero exclusivo (Cod. proc. civ., art. 92).

h) Fuero especial para las contiendas relativas a los impues-

(1) OTTOLENGHI, en el *Foro ital.* 1909, p. 190 y decisiones allí citadas.

tos directos o indirectos. Es el lugar donde está el oficio que debe cobrar o ha cobrado el impuesto. Es un fuero exclusivo, lo mismo en el caso de que el Estado sea actor que demandado (art. 92).

i) *Fuero del establecimiento*, en el caso del jurado de los *pro-biviri* antes recordado.

b) *Fuero de la situación de la cosa (forum rei sitæ)*. Tarde fué admitido en el derecho romano y probablemente para los muebles y para los inmuebles. *Actor forum rei, sive in rem sive in personam sit actio, sequitur. sed et in locis in quibus res propter quas contenditur constitutæ sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.* (Imp. Gratianus, a 385, L. 3, Código 3, 19). De aquí se deduce que el *forum rei sitæ* en Roma era un fuero electivamente concurrente con el fuero general (ET in locis). En el antiguo derecho germánico, el *forum rei sitæ* fué por el contrario, *fuero exclusivo* y con carácter no especial, sinó *general*, porque poseer inmuebles en un determinado lugar, bastaba para fundar en aquél lugar el fuero general. El resultado de la lucha de estos dos principios ha sido la formación de un *forum rei sitæ* que tiene de ambos; esto es carácter *especial* (o real) pero no es electivo, sinó *exclusivo*: y además reservado a la cosa inmueble. «Las acciones reales sobre bienes inmuebles se proponen ante la autoridad judicial del lugar donde radica el inmueble» (artículo 93 Cod. proc. civ.).

Alguna aplicación del *forum rei sitæ* a la cosa mueble la encontramos en los art. 91 y 92: pero en casos muy especiales; y así veremos una relativa al extranjero (Cod. proc. civ., art. 105, n. 1). El *forum rei sitæ* de la cosa mueble del art. 91 se diferencia, como hemos visto, del de la cosa inmueble:

a) En que es electivo.

b) En que está limitado por la condición relativa al lugar y forma de citación del demandado.

El Reglamento germánico (§ 24) regula el *forum rei sitæ* de diferente manera: habla de las acciones con que se *hace valer la propiedad*, una carga real, o la libertad de una carga real, de las acciones para fijación de los linderos, de división y posesorias en cuanto se trate de inmuebles. Evita pues, la denominación de *acciones reales*. Nuestra ley también atribuye al *forum rei sitæ* las acciones posesorias y las demás acciones del art. 82 (art. 93), y regu-

la aparte las acciones devisorias de herencia (art. 94). En cuanto a la denominación genérica de *acciones reales* da lugar, como hemos visto, a muchas cuestiones (1).

Las acciones de pura declaración ¿pertenecen al *forum rei sitæ*? Puede dudarse, en cuanto que no son acciones *reales* en sentido estricto, esto es en el sentido de que tiendan a la *actuación* de un derecho real: por lo tanto no podrían llevarse al *forum rei sitæ* como no fuese por analogía (2). Ahora bien, la razón de la existencia del *forum rei sitæ* puede entenderse de diferentes maneras, históricamente consiste en que la ley tiene presente la ejecución que deberá o podrá seguir a la sentencia, y puesto que la ejecución relativa a un inmueble no podrá tener lugar sinó en el sitio donde está el inmueble, atribuye también al juez de este lugar el juicio de conocimiento. En efecto el *forum rei sitæ* nace en Roma sólo en el procedimiento de las *extraordinariæ cognitiones*, cuando había sustituido a la condena en dinero la ejecución *in natura*, y cuando el procedimiento ejecutivo había llegado a ser un apéndice del juicio de conocimiento. Tanto es verdad que el *forum rei sitæ* establecióse en vista de una particular función, que alguna ley, como la germánica hace de él un fuero no sólo exclusivo, sinó *inderogable*. Admitido esto, no pudiendo (§ 7) dar lugar la sentencia de pura declaración a ejecución forzosa, desaparecería la razón de atribuir la acción de declaración al *forum rei sitæ* (3). A otra solución distinta se llega considerando el fo-

(1) PISANELLI había propuesto atribuir al *forum rei sitæ* las acciones inmobiliarias, fuesen reales o personales, lo cual había simplificado mucho esta materia, porque la determinación de «inmueble» es relativamente fácil, y bajo el nombre de inmobiliarias pueden comprenderse las acciones más diversas por su fundamento.

(2) La doctrina germánica lleva también al *forum rei sitæ*, las acciones de declaración positiva o negativa. Y aún alguno sostiene que sólo las acciones de declaración de la propiedad son acciones con las cuales «se hace valer la propiedad», mientras que la simple reclamación de la cosa poseída por otros no pone por sí misma en pleito el *derecho de propiedad*. Sobre esto véase HELLWIG. *Anspruch und Klagerecht*, cit., págs. 32-36. Más adelante § 79-93.

(3) La acción de reconocimiento del dominio directo, según la opinión predominante en los fallos, propónese al *forum rei* no al *forum re*

rum rei sitæ como determinado por las necesidades del mismo juicio de *conocimiento*. Lo propio debe decirse de las acciones relativas a la existencia o inexistencia de derechos hipotecarios, cuando estas acciones no están atribuidas a fueros determinados (Código proc. civ., arts. 662, 706, 716, 719, 739 y 740; Cod. civ., artículos 2046, 2050 y 2039).

Y si la acción de declaración negativa está combinada con la demanda de entrega de la cosa, tenemos una propia y verdadera reivindicación, y no ofrece duda de que pertenece al *forum rei sitæ*. Tal es el caso—frecuente en la práctica—de la acción de simulación de una enagenación de inmuebles; no siendo la acción de simulación más que una acción de declaración negativa de la propiedad del comprador aparente; por esto, si se acompaña de demanda de restitución, la acción es real.

En cambio ¿las acciones que tienden a la *rescisión* de una transmisión de inmuebles pertenecerán al *forum rei sitæ*? No pueden considerarse reales: pero cuando, además de la rescisión se pide la devolución de un inmueble, tenemos una acción real (reivindicación) *condicionada*, combinada con la acción de rescisión para el caso de que esta sea estimada (§§ 1 y 5), y el pleito pertenece al *forum rei sitæ*. Pero si la acción de rescisión es propuesta por el vendedor que todavía se halla en la posesión del inmueble, no hay aquí reivindicación ni acción real.

El párrafo primero del art. 93 prevé el caso de que un inmueble esté sujeto a varias jurisdicciones, y entonces concede la elección al actor entre el fuero del lugar en que radica la parte sujeta a mayor contribución directa al Estado y al fuero del lugar en que radique una parte cualquiera y tenga residencia o domicilio uno de los demandados.

c) *Fuero de la sucesión (forum hereditatis)*. La sucesión se abre en el lugar del último domicilio del difunto (Cod. civ., artículo 923). La ley establece aquí un fuero especial para algunas acciones entre herederos o contra los herederos.

Nuestra ley, a diferencia de la francesa y de la germánica, admite este fuero especial incluso cuando el heredero es uno solo.

sitæ. A este resultado se llega considerando la acción como personal; en realidad se trata de una acción de mera declaración (§ 4).

Las acciones atribuidas a este fuero especial, son (art. 94):

1.º «*Las acciones de petición o división de la herencia y cualquiera otra entre coherederos hasta la división.*» Este fuero especial no puede durar indefinidamente: debiendo tener un límite de tiempo, parece lógico que este sea el momento en que cesa la comunidad hereditaria.

2.º «*Las acciones de rescisión de la división ya hecha o de garantía de las porciones asignadas, con tal que sean propuestas dentro de dos años a partir de la división.*»

3.º «*Las acciones contra el cumplidor testamentario, con tal que se propongan antes de la división, y si la división no es necesaria, dentro de los dos años siguientes a la apertura de la sucesión.*»

4.º «*Las acciones de los legatarios y de los acreedores de la herencia, que no ejercitan derecho real sobre un inmueble, si se proponen en los plazos indicados en el número precedente.*» Claramente resulta de la relación PISANELLI que el párrafo «que no ejercitan derecho real sobre un inmueble» refiérese solo a los acreedores; y que, por consecuencia, las acciones reales inmobiliarias de los legatarios, deben llevarse también al *forum hereditatis* y no al *forum rei sitæ*; de cualquier naturaleza que sean, las acciones de los legatarios tienen siempre su causa en la sucesión, donde encontrará puesto el fuero especial.

El párrafo 1.º del artículo 94 prevé el caso de sucesiones abiertas en el extranjero; y señala el *forum hereditatis* en el lugar en que radica la mayor parte de los bienes inmuebles o muebles que hayan de dividirse, y en su defecto en el lugar en que tiene su domicilio o residencia el demandado (1).

(1) Discútese mucho si esta disposición es aplicable también al caso de un *extranjero* que haya muerto en el Extranjero y tenga bienes en Italia. Los que entienden que no, aplican el art. 8, disp. prel. del Cód. Civ., según el cual, las sucesiones legítimas y testamentarias, siguen la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trata. Los que defienden la opinión contraria, sostienen que el art. 8 cit. no se refiere a la competencia. Otros, (GABBA y AURITI), niegan que el art. 94 se aplique a los extranjeros, más que para los bienes inmuebles, según el art. 7, disp. prel. Cód. civ.; y alguien, en fin, ha replicado (FILOMUSI), que el art. 94, si no es aplicable di-

D) *Fuero especial de los socios.* Para las acciones *entre socios* la ley establece un fuero especial (de naturaleza *real y exclusiva*) en el lugar donde se encuentra el principal establecimiento de la sociedad (artículo 96, Código procesal civil). Aún después de la disolución y liquidación de la sociedad, las acciones para la división y para las obligaciones derivadas de ella, con tal que se propongan dentro de los dos años siguientes a la división, pertenecen a este fuero especial.

E) *Fueros especiales del extranjero (forum rei sitæ, forum contractus y forum domicilii).* Ya hemos visto antes (§§ 3, 4 y 13), que el Código procesal determina las circunstancias por las cuales también una *ley extranjera* puede en concreto asumirse como ley del Estado y ser aplicada en el Estado respecto del demandado extranjero. Añadiendo los casos en los cuales el extranjero está sometido a la *ley del Estado*, tendremos que las circunstancias por las cuales el extranjero puede ser demandado en el reino, son:

1.º La existencia en el reino de *cosas muebles o inmuebles sobre las cuales se ejerce la acción* (art. 105, núm. 1) (1).

2.º El hecho de *obligaciones* que tengan su origen en contratos o hechos realizados en el reino, o que deban tener ejecución en el reino (art. 105, núm. 2).

3.º El hecho *de la reciprocidad* (art. 105, núm. 3).

rectamente, en cuanto no ha querido resolver una cuestión de derecho internacional privado, es aplicable por analogía; y que si se aplica el art. 7, debe aplicarse también para los muebles, porque el art. 7 deja salvas «*las disposiciones de la ley del lugar en que se encuentran*», que en este caso serían precisamente las del art. 94. Véase SIMONCELLI, *Lezioni*, cit. 1903, 1904, pág. 424 y sigs. Según ANZILOTTI, (*Riv. di dir. internaz*, 1906, página 585), la cuestión no tiene razón de ser, puesto que el art. 94, últ. párrafo es una norma de mera competencia territorial, pero en las dos hipótesis que prevé, subsistiría un título de jurisdicción de los tribunales italianos; o se trata de bienes hereditarios situados en el reino, y el título lo da el artículo 105, núm. 1, o se trata de demandado residente en Italia y el título lo da el art. 106, núm. 1.

(1) Las acciones de que aquí se trata son acciones reales. Esto resulta, no sólo de la tradición, sino de la expresión «*acciones SOBRE bienes muebles o inmuebles*» (véase art. 22, ley municipal y provincial).

4.º El hecho *de la residencia* en el reino, respecto también de las *obligaciones* contraídas en país extranjero.

5.º El hecho *de la habitación* respecto también de *obligaciones* contraídas en país extranjero cuando el extranjero se encuentre en el reino, aunque no tenga residencia en él con tal que sea citado en persona (art. 106, núm. 2) (1).

Ahora bien; el fuero del extranjero en el reino, en estos casos, corresponde ya al fuero general del ciudadano (residencia, habitación), ya a fueros especiales (*forum rei siæ, forum contractus*): a falta de estos está sometido al *fuero del domicilio o de la residencia del actor* (art. 107).

F) *Fuero dispositivo* (2). El fuero dispositivo es de dos clases, dispuesto por el magistrado (*commissorium*) o por las partes (*prorrogatum*). El *forum commissorium* en materia civil admítase en pocos casos (mas frecuentemente en penal: remisión de una causa de un tribunal a otro por motivo de *seguridad pública* o *sospecha legítima*: Código procesal penal, art. 766); a veces el magistrado es llamado a regular la competencia entre magistrados inferiores (Código procesal civil, art. 108 y siguientes), pero en este caso declara el juez competente según ley, *no establece* el fuero: sólo cuando el mismo pleito o dos pleitos conexos hayan sido propuestos ante diferentes autoridades, con citaciones simultáneas, no pudiendo aplicarse el criterio de la prevención del artículo 104, el magistrado superior debería *determinar* el fuero. Así la Corte de casación *determina* el fuero, cuando envía el pleito a una nueva autoridad judicial de entre las próximas al magistrado cuya sentencia se ha casado, conforme al art. 544, Código procesal civil (§ 20). Así la Corte de apelación, cuando *remite* el pleito a

(1) Ninguno de estos casos comprende las acciones *de estado*. Según nuestra ley, la competencia en estos casos es *exclusiva*; la competencia judicial sigue la competencia legislativa. Véase ANZILOTTI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere di divorzio*, 1908, p. 57. Indirectamente, el concepto general de nuestra ley sobre este particular puede derivarse del artículo 4 del R. D. 8 Jun. 1911, sobre la Somalia italiana, que permite a los súbditos coloniales y asimilados, renunciar a las jurisdicciones vigentes para ellos en favor de las establecidas para los italianos, «menos para las cuestiones referentes a su estado personal y a las relaciones de familia».

(2) HELLWIG, II, pág. 270.

un tribunal distinto del competente, porque los jueces de ésta han sido todos o la mayoría, recusados (art. 126, Código procesal civil, véase también artículo 127).

El *forum prorrogatum* puede tenerse siempre cuando la competencia sea relativa. Puede establecerse de dos maneras: por convención *expresa* o por el hecho de la elección de domicilio (Código civil, art. 19, Código procesal civil, artículos 95 y 40). Cuando el demandado ante un tribunal del cual puede excepcionar la incompetencia correspondiente, no produce la excepción, se produce también el efecto de la prórroga (Código procesal civil, artículo 187); § 26, III, c.

APENDICE AL § 30.

Derecho español (1).

Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita (v. notas anteriores), la competencia en razón de la materia se regirá por las normas siguientes (2):

a) En los juicios en que se ejerciten acciones personales será juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento. (V. también los arts. 1.171 y 1.500, Cód. civ.).

Cuando la demanda se dirija simultáneamente contra dos o más personas que residan en pueblos diferentes, y estén obligadas mancomunada o solidariamente, no habiendo lugar designado para el cumplimiento de la obligación, será juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante.

b) En los juicios en que se ejecuten acciones reales sobre bienes muebles o semovientes, será juez competente el del lugar en que se hallen, o el del domicilio del demandado, a elección del demandante.

c) En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles, será juez competente el del lugar en que este sita la cosa litigiosa.

Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles, o sobre una sola que esté situada en diferentes jurisdicciones, será

(1) Véanse las notas de los §§ precedentes y ténganse presentes las del Cap. II.

(2) Artículos 62 y 63, ley Enjuiciamiento civil.

juez competente el de cualquiera de los lugares en cuya jurisdicción estén sitos los bienes, a elección del demandante.

d) En los juicios en que se ejerciten acciones mixtas, será juez competente el del lugar en que se hallen las cosas o el del domicilio del demandado, a elección del demandante.

Fuera de los casos expresados en las normas antecedentes, para determinar la competencia se observarán las que siguen:

1.^a En las demandas sobre estado civil, será juez competente el del domicilio del demandado.

2.^a En las demandas sobre rendición y aprobación de las cuentas que deban dar los administradores de bienes ajenos, el del lugar donde deban presentarse las cuentas, y no estando determinado, el del domicilio del poderdante o dueño de los bienes, o el del lugar donde se desempeñe la administración, a elección de dicho dueño.

3.^a En las demandas sobre obligaciones de garantía o complemento de otras anteriores, el que lo sea para conocer, o esté conociendo, de la obligación principal sobre que recayeren.

4.^a En las demandas de reconvenición, el que esté conociendo de la que hubiere promovido el litigio; pero sin que esta regla sea aplicable cuando el valor pedido en la reconvenición excediere de la cuantía a que alcancen las atribuciones del juez que entendiere en la primera demanda, en cuyo caso, éste reservará al actor de la reconvenición su derecho para que ejercite su acción donde corresponda.

5.^a En los juicios de testamentaría y abintestato, el del lugar en que el finado haya tenido su último domicilio. Si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España o donde estuviere la mayor parte de sus bienes; lo cual no obstará a que los jueces de primera instancia o municipales del lugar donde alguno falleciere, adopten las medidas necesarias para el enterramiento y exequias del difunto, y en su caso, a que los mismos jueces en cuya jurisdicción tuviere bienes, tomen las medidas necesarias para asegurarlos y poner en buena guarda los libros y papeles, remitiendo las diligencias practicadas al juez a quien corresponda conocer de la testamentaría o abintestato, y dejándole expedita su jurisdicción.

6.^a Se regirán también por la norma anterior los juicios de

testamentaria que tengan por objeto la distribución de los bienes entre los pobres, parientes u otras personas llamadas por el testador, sin designarlas por sus nombres.

Cuando el juicio tenga por objeto la adjudicación de bienes de capellanías o de otras fundaciones antiguas, será juez competente el de cualquiera de los lugares en cuya jurisdicción estén sitos los bienes, a elección del demandante.

7.^a En las demandas sobre herencias, su distribución, cumplimiento de legados, fideicomisos universales y singulares, reclamaciones de acreedores, testamentarios y hereditarios, mientras estuvieren pendientes los autos de testamentaria o abintestato, el que conociere de estos juicios.

8.^a En los concursos de acreedores y en las quiebras, cuando fuese voluntaria la presentación del deudor en este estado, el del domicilio del mismo.

9.—En los concursos o quiebras promovidas por los acreedores, el de cualquiera de los lugares en que se esté conociendo de las ejecuciones. Será preferido, entre ellos, el del domicilio del deudor, si este o el mayor número de acreedores lo reclamasen. En otro caso, lo será aquél en que antes se decretare el concurso o la quiebra.

10.—En los litigios acerca de la recusación de árbitros y amigables componedores, cuando ellos no accedieren a la recusación, el del lugar en que resida el recusado.

11.—En los recursos de apelación contra los árbitros, en los casos en que corresponda según derecho, será competente la audiencia del distrito a que corresponda el pueblo en que se haya fallado el pleito.

12.—En los embargos preventivos será competente el juez del partido en que estuvieren los bienes que se hubieren de embargar. y a prevención, en los casos de urgencia, el juez municipal del pueblo en que se hallaren.

13.—En las demandas en que se ejerciten acciones de desahucio o de retracto, el del lugar en que estuviere sita la cosa litigiosa, o el del domicilio del demandado, a elección del demandante.

14.—En el interdicto de adquirir, el del lugar en que estén sitos los bienes o aquel en que se radique la testamentaria o abintestato, o el del domicilio del finado.

15.—En los interdictos de retener y recobrar la posesión en los de obra nueva y obra ruinoso, y en los deslindes, el del lugar en que esté sita la cosa objeto del interdicto o deslindes.

16.—En los expedientes de adopción, el del domicilio del adoptante.

17.—En los depósitos de personas el que conozca del pleito o causas que los motive. Cuando no hubiere autos anteriores, será juez competente el del domicilio de la persona que deba ser depositada; y, si circunstancias particulares lo exigieren, podrá decretar ínterinamente y provisionalmente el depósito, el juez municipal del lugar donde se encontrare la persona que deba ser depositada, remitiendo las diligencias al de primera instancia competente, y poniendo a su disposición la persona depositada.

18.—En las cuestiones de alimentos, cuando estos se pidan ínterinamente en los casos de depósitos de personas o en un juicio, el del lugar en que tenga su domicilio aquel a quien se pidan.

19.—En las diligencias para elevar a escritura pública los testamentos, otorgados verbalmente, o los escritos sin intervención de notario y en las que hayan de practicarse para la apertura de los testamentos cerrados, el del lugar en que se hubieren otorgado respectivamente dichos documentos.

20.—En las autorizaciones para la venta de bienes de menores el del domicilio de aquellos a quienes pertenecieren.

21.—En las habitaciones para comparecer en juicio, el del domicilio del que las solicitare.

22.—En las informaciones para perpétua memoria, el del lugar en que hayan ocurrido los hechos, o aquel en que estén, aunque sea accidentalmente, los testigos que hayan de declarar; y, si las informaciones se refieren al estado actual de cosas inmuebles, será juez competente el del lugar en que estuvieren sitas.

24.—En los apeos y prorrates de foros y posesión de bienes por acto de jurisdicción voluntaria, el del lugar donde radique la mayor parte de las fincas.

Finalmente la ley de enjuiciamiento civil en sus arts. 64 y siguientes, da reglas concretas para determinar lo que se entiende por domicilio a los efectos procesales (domicilio de las mujeres casadas, de los menores, de los comerciantes, de las compañías, de los empleados, militares, etc., etc.), determinando además (art. 70)

que las normas que quedaron anotadas comprenderán a los extranjeros que acudieren a los juzgados españoles promoviendo actos de jurisdicción voluntaria, interviniendo en ellos, o compareciendo en juicio como demandante o como demandado contra españoles o contra otros extranjeros, cuando proceda que conozca la jurisdicción española: y, por último, que aquellas disposiciones se entenderán siempre sin perjuicio de lo que disponga la ley para casos especiales.

§ 31

**La unión de los pleitos y sus relaciones con la competencia.
(Conexión de pleitos) (1).**

I. *En general.*—Algunas veces un juez que no sería competente para conocer de un pleito, si este fuese promovido aisladamente, deviene competente para conocer de él por el hecho de que aquel pleito debe unirse a otro en el cual es competente, para ser resueltos simultáneamente (*simultaneus processus*). En este caso la competencia del juez no se funda en un título originario y subsistente por sí mismo, sino que es la consecuencia de la reunión de varios pleitos. Precísase, por lo tanto, resolver dos cuestiones:

- a) ¿Cuándo pueden reunirse varios pleitos?
- b) ¿Qué influencia tiene la reunión de varios pleitos en las reglas normales de la competencia? (2).

II. *De la reunión de los pleitos.*—Varios pleitos pueden ser unidos cuando son CONEXOS (O CONTINENTES, como dice la ley indistintamente) *entre sí*. La unión puede tener lugar ya desde el principio, promoviendo juntamente los pleitos, ya en el curso de los pleitos promovidos separadamente, ya injertando el pleito nue-

(1) CASTELLARI, *La competenza per connessione*, Milán, 1896, (apéndice a la traducción de GLÜCK); REDENTI, *Pluralità di parti*, en el *Archivio giuridico*, 1908; *Del giudizio civile con pluralità di parti*, Milán, 1911.

(2) El tema de la pluralidad de los pleitos es, sin duda, el regulado más defectuosa e incompletamente por nuestra ley. Sistemáticamente, esta materia debería tener un estudio autónomo, y lo tendrá más adelante § 87 y sigs. Pero la influencia de la pluralidad de los pleitos en la competencia y el deseo de no separarnos mucho del sistema de la ley, nos inducen a anticipar en parte aquel estudio.

vo en el trámite de otro en curso (*garantía*, Código procesal civil, artículo 193; *intervención*, Código procesal civil, art. 29). Todos los pleitos que podrían unirse si se hubieran propuesto separadamente, pueden, por lo regular, proponerse juntamente; y todos los pleitos que hubieran podido proponerse juntamente pueden *a fortiori* unirse si se han propuesto separadamente. La unión puede tener lugar cuando los pleitos están pendientes o podrían proponerse *ante el mismo juez* (Reglamento general judicial, art. 229; Real decreto de 35 de Agosto de 1901, art. 31); y puede tener lugar cuando penden o podrían proponerse *ante jueces diversos* (Código procesal civil, art. 98 y siguientes, art. 104). Solo en este caso último se presenta la cuestión de competencia.

Los pleitos conexos y a reunirse pueden mediar entre los mismos sujetos o entre sujetos distintos (litisconsorcio, garantía). Los mismos sujetos pueden encontrarse en los pleitos respectivos en una posición diferente (quien es actor en uno, es demandado en el otro: así en la reconvencción).

III. *De la conexión de los pleitos.*—Varios pleitos (varias demandas) son conexas entre sí en diversos casos.

A) *Si tienen común alguno de los elementos de la demanda (personæ, res, causa petendi).* Es preciso observar, no obstante, que la simple circunstancia de que dos pleitos medien entre las mismas *personas* no basta para considerarlos *conexos* en sentido propio: los pleitos en este caso podrán proponerse juntamente, o unirse después de propuestos, pero solo por economía de los juicios, y sin que la competencia se modifique, mientras que de ordinario la unión de los pleitos está determinada, no solo por la economía de los juicios, sino por la oportunidad de evitar fallos contradictorios (oportunidad que puede tener lugar solamente cuando los pleitos son conexos por el *objeto* y por el *título*): y puede producir cambios de competencia.

Son propiamente conexos varios pleitos que tienen común el *objeto* y la *causa pretendi*, o uno de los dos (Código procesal civil, art. 98) (1). Comunidad del objeto y del pleito puede tenerse

(1) Las observaciones de REDENTI, *Giudizii con pluralità di parti* (1911, pág. 7, texto y nota), no nos persuaden a separarnos al definir la conexión en esta fórmula, que no tanto es debida a PESCATORE, (*Sposizione*,

en caso de obligaciones solidarias. Solo comunidad del *título*, o sea del acto jurídico o hecho jurídico del cual depende la acción, en caso de obligaciones divisibles. Solo comunidad del objeto, puede tenerse en la fianza, en la unión de lo petitorio o posesorio (Código procesal civil, art. 444), de la denuncia de obra nueva y de daño temido con el pleito principal (Código procesal civil, artículo 938); en la intervención principal (Código procesal civil, artículo 201): por ejemplo, en el pleito en que *a* y *b* discuten la propiedad de una finca, intervine *c* afirmando ser él el propietario.

En algunos de los casos ahora mencionados, los pleitos conexos por el objeto o por el título se desarrollan entre las mismas partes, en otros entre partes diferentes (un actor contra varios de

I, pág. 168 y sigs.), como a nuestra doctrina más antigua, de la cual deriva, tanto la disposición de nuestro art. 98, como otras normas de legislaciones extranjeras. Véase p. ej., el § 93 de la norma de jurisdicción austriaca en relación con el § 11 del Reg. proc. austriaco; este último admite el litisconsorcio cuando varias personas se encuentran respecto del *objeto* del pleito, en una relación de comunidad, o tienen derechos y obligaciones dependientes del mismo *asunto* (*grund*) de hecho y de derecho (véase POLLACK, I, pág. 190 y sigs.; SKEDL, I, pág. 183 y sigs.). Estas formulaciones representan un esfuerzo y un paso hacia la precisión, y no nos parece que hayan sido ventajosamente sustituidas por la de REDENTI, para el cual la conexión tiene lugar cuando varios pleitos tienen premisas de hecho comunes «tales y de tal importancia, que justifiquen la aplicación de los artículos citados (98, 104, 188, Cód. proc. civ., 31, R. D. 31 Ag. 1901), al efecto de hacer posible sin graves inconvenientes en lo demás, la formación de aquella *única convicción* del juez... en la cual radica la *principal razón* de ser de toda la institución». Pero las premisas comunes son «tales y de tanta importancia, etc.», cuando son la *causa pretendi* de las diversas acciones. Y si sobre el concepto de *causa* o *título* no está unánime la doctrina y la práctica italiana, esto en parte es vicio común a todos los conceptos fundamentales, y en parte depende de la escasa costumbre de exactitud de que todavía se adolece en nuestro campo; pero no es una razón para abandonar este punto de referencia y llevar el tema a lo indeterminado. Además, REDENTI, concede una preponderancia exagerada a la formación de la *única convicción* del juez, entre los fines del litisconsorcio, en perjuicio grande de la economía de los juicios. El litisconsorcio conduce en todo caso a realizar la economía de los juicios; a la *única convicción* del juez puede no conducir.

mandados, varios actores contra varios demandados, varios actores contra un demandado). En esta segunda hipótesis tenemos la acumulación subjetiva o litisconsorcio. La ley en el art. 98 parte de la hipótesis del solo litisconsorcio (y solo del litisconsorcio *pasivo*, esto es entre varios demandados) porque se ocupa del litisconsorcio desde el punto de vista de la competencia territorial. Pero la hipótesis de la unión de varias demandas entre las mismas personas (acumulación *objetiva*) se presenta en otras normas de ley (por ejemplo, Código procesal civil, art. 73).

B) *Si están en la relación de accesorio a principal* (Código procesal civil, art. 90). Recordemos la distinción (§ 26, IV y página 59), entre accesorios en sentido amplio (frutos, intereses, daños, gastos) y en sentido estricto (acción de garantía, por ejemplo, hipotecaria, respecto de la de crédito). Los accesorios en sentido amplio, son, generalmente, conexos de la demanda principal también por comunidad de título (capital e intereses): aún más que de accesorios trátase en algunos casos de partes de la demanda. Conexión por mera accesoriedad creen ver algunos en la acción de daños dependiente de una violación de propiedad o de posesión, cuando es propuesta con la reivindicación o con la acción posesoria. Pero aún en este caso hay pura conexión por título, si bien atenuada. En la demanda de restitución de la cosa a base de la rescisión, pedida simultáneamente, de un acto traslativo, no hay accesoriedad, sino unión de demandas *condicionada*. En cuanto a los accesorios en sentido estricto, también aquí puede encontrarse conexión por título, y, de todas maneras por el objeto, porque la acción principal y la acción para la garantía tienden al mismo objeto (económicamente hablando), la satisfacción del crédito. La accesoriedad no es, por lo tanto, un motivo de conexión subsistente por sí mismo, sino una forma especial de conexión por título o por objeto, por la cual una acción se encuentra, respecto de otra, en una relación de coordinación o secundariedad, y por consecuencia la presupone existente. Cuando una acción no presupone necesariamente la existencia de otra, la unión también puede tener lugar pero no necesariamente (como en el caso del embargo conservador, artículo 927, Código procesal civil, que puede concederse independientemente de la existencia efectiva del crédito). De

todas maneras el artículo 29 en su forma general produce numerosas cuestiones y dudas. El Reglamento germánico no tiene un principio semejante, en él vemos a veces, por el contrario, la acción accesoria (por ejemplo, hipotecaria) llevar consigo la principal (crédito: § 28).

C) *Si una de las partes litigantes llama a un tercero en garantía* (Código procesal civil, art. 100, núm. 1, artículos 193 y siguientes). La relación entre el pleito principal y el llamamiento en garantía no puede propiamente decirse de accesoriedad, sino que es también una relación de subordinación; en cuanto la decisión de la relación de garantía (por ejemplo, la evicción) depende de la decisión del pleito principal (por ejemplo, la reivindicación).

D) *Si el demandado obra en reconvencción* (Código procesal civil, art. 100, núm. 3). La *reconvencción*, como dice la palabra, es una demanda desarrollada contra quien *conviene* a otro en juicio. Con más o menos limitaciones fué admitida en la historia. En el antiguo derecho germánico bastaba el hecho de que A. se encontrase en un lugar como actor, para que *cualquiera* pudiese proponer sus demandas contra él. En el derecho canónico el *demandado* podía proponer *cualquier* demanda reconvenccional contra el actor. En cambio en nuestra ley es preciso que la acción en reconvencción «dependa: a) del título deducido en juicio por el actor; b) o del título que ya pertenece al pleito principal como medio de excepción». Está admitida la *reconvenio reconventionis* (1).

a) Primer caso: *conexión con el título del actor*. Toda deducción del demandado, en cuanto tiende a hacer rechazar la demanda del actor, es una demanda (§ 11): pero una demanda que tiende solamente a *excluir* el derecho afirmado por el actor, no es una reconvencción. La reconvencción para ser tal debe tener autonomía, esto es, debe encontrarse con la acción en una relación especial, que puede ser de diversas maneras:

1.º *Identidad* del derecho en cuestión y *diversidad* de demandas (por ejemplo; el actor pide la declaración negativa, por simulación, del derecho del demandado, éste pide que se declare la existencia del derecho y al mismo tiempo se *condene* al actor a

(1) WACH, I, pág. 485.

la prestación; por ejemplo, a la entrega de la cosa vendida por el acto que, el actor pretende simulado).

2.º *Variedad* de los derechos en cuestión, *coexistentes* y *no excluyentes*, pero *unidad* de la relación jurídica en que ambos se fundan (por ejemplo, el actor pide el pago del precio de la venta, el demandado la entrega de la cosa vendida; o también un comunero pide el reembolso de los gastos hechos construyendo una obra en la finca común; el demandado pide la demolición de la obra porque fué abusiva) (1).

3.º *Variedad* de los derechos en cuestión y *variedad de relaciones jurídicas* en que se fundan (por ejemplo, un propietario conviene al propietario vecino para la observancia de las distancias legales; el demandado lo reconviene para que él observe a su vez las distancias legales al construir).

4.º *Variedad* de demandas que se *excluyen*, pero no en una pura relación de *afirmación y negación* (es un caso de la declaración incidental de la cual hablaremos más adelante ampliamente, § 93).

b) Segundo caso: *conexión con el título deducido en excepción*. Este caso, como distinto del precedente no debe presentar una conexión con el título del actor. Frecuentemente la excepción relativa al fundamento de la demanda actora transfórmase en reconvencción, pero estamos siempre en el primer caso de reconvencción: tal ocurre con la excepción *inadimpleti contractus* y con la excepción redhibitoria. Por lo tanto, es preciso que el título del actor y el del demandado sean diferentes, independientes. El caso típico (2), lo tenemos en la excepción de compensación, cuando el demandado pida reconvenccionalmente la condena del actor al pago de la diferencia en más de la deuda del actor sobre la del demandado.

Algunos ejemplos que suelen ponerse no son admisibles, y ordinariamente corresponden al primer caso, como los siguientes:

1.º Demanda de condena a los daños por el pleito temerario

(1) Caso decidido por la Cas. Roma, 4 Oct. 1909, (*Foro Ital.*, 1909, página 1.178); aquí es título común la relación de copropiedad.

(2) Como caso *único* es considerado en la relación PISANELLI.

propuesto por el actor. El caso es enteramente especial (art. 370) y no se comprende en ninguno de los casos del art. 100: de todas maneras no en el segundo, porque la excepción se funda en la inexistencia del derecho del actor, y la demanda de los daños en la *temeridad* del pleito.

2.º El cónyuge demandado para la separación personal por su culpa, pide que sea pronunciada aquella por culpa del cónyuge actor. Esta es reconvencción, pero de la primera especie, porque las dos demandas de separación tienen común una parte de su fundamento, la relación jurídica (matrimonio) deducida en el pleito por el actor.

3.º El demandado en el juicio de reivindicación excepciona su *jus retentionis* por mejoras hechas y pide el pago de estas (Código civ., art. 706). La demanda de pago no puede considerarse fundada en la excepción de retención: porque aquella puede proponerse sin ésta. Estamos, pues, en el primer caso de reconvencción: porque la demanda de mejoras es conexa a la cualidad de propietario hecha valer por el actor.

4.º A, heredero legítimo de B cita a C para la dejación de algunos bienes hereditarios, C afirma ser heredero testamentario de B. y reconviene a A para la entrega de otros bienes hereditarios. También aquí estamos en el primer caso de reconvencción: porque la demanda de A implicaba la negación de la cualidad de heredero en C. el derecho que este hace valer ya estaba deducido en pleito.

E) *Si el demandado opone la compensación* (Cod. proc. civil, art. 100, n. 2): §§ 8 bis y 11. Si la excepción de compensación se deriva de un crédito no impugnado, no es deducida en pleito más que la parte del crédito opuesto correspondiente al crédito principal, y se trata siempre de una excepción aunque enteramente particular. Si el actor impugna el crédito, surge un dato autónomo de declaración incidental conexo con el pleito principal (§ 79, III y 93). Claro está que la compensación no puede excepcionarse sino para los créditos líquidos y exigibles (Cod. civ., art. 1287). Si el crédito es ilíquido y no exigible, no podrá oponerse en compensación, y mucho menos ponerse como fundamento de reconvencción de la segunda especie. La llamada compensación judicial, como institución diferente de la civil, aunque sostenida por muchos, no

existe. Sólo si el crédito ilíquido fuese conexo con el título deducido en juicio por el actor, podría hacerse valer reconvenzionalmente, pero como aplicación del primer caso de reconvencción, no del segundo.

F) *Si en el curso de la ejecución surgen incidentes de fondo* entre las partes o con terceros (Cód. proc. civ., arts. 75, 570, 614, 647 y 699). No obstante en el embargo en terceros, la conexión desaparece para las contiendas que no sean de pura forma (Código proc. civ., art. 616). En los demás casos la conexión consiste en la relación de causalidad entre la solución del incidente y el éxito de la ejecución.

IV. *Efecto de la conexión sobre la competencia*: En los casos hasta aquí considerados, la reunión de los pleitos tiene por objeto— como hemos observado—la decisión de los pleitos con sentencia única (*simultaneus processus*), porque los nexos que median entre los diferentes pleitos aconsejan una solución armónica, que es lo mismo que decir *simultánea*. No basta una decisión *no simultánea* por parte del *mismo juez*, como podía creerse cuando el fuero de la conexión se fundaba en el *derecho* del juez, y no en la utilidad de las partes y de los juicios. Esta exigencia es menos absoluta cuando los nexos entre los pleitos son menores, por ser las relaciones jurídicas en cuestión completamente distintas. Así en caso de acción en garantía (art. 193) y de compensación (art. 102): después de tener lugar la unión de los pleitos, estos pueden separarse, si el pleito principal está pronto para decisión y el otro no.

La exigencia de un *simultaneus processus*, cuando los pleitos de cuya unión se trata pertenezcan a jueces diferentes, no puede dejar de ejercer influencia en las reglas de la competencia: precisase que uno sólo de los jueces distintos juzgue los pleitos unidos, y por lo tanto devenga competente en pleitos en que no lo era. Entonces se establece un *forum connexitatis materialis (forum continentiae causarum ex identitate fundamenti agendi personarum)* en caso de litisconsorcio).

Nuestra ley admite sin restricción esta derogación de la competencia territorial, y concede al actor la elección entre los jueces que serían competentes en caso de varios demandados (art. 98),

Salvo en caso de accesoriedad en el cual prevalecen el fuero del pleito principal (art. 99 y salvo que la ley determine el fuero con otro criterio (1). El juez elegido es competente aún si llega a faltar el demandado en consideración del cual fué elegido el fuero (2). En el reg. germ. este *forum continentiae* no se admite (excepto en caso de varios obligados por documentos cambiarios): es el juez superior quien determina en caso de litisconsorcio qué juez debe pronunciar; el fuero de la conexión sustitúyese por lo tanto, por un *forum commisorium* (3).

Si dos o más fueros conexos fueron propuestos separadamente, cada uno ante el juez competente y se pide su reunión, deviene competente para conocer de todos el juez a que se acudió *primeramente* (*fuero de la prevención*: art. 104 Cód. proc. civ.): o el juez determinado por la autoridad superior, cuando las citaciones sean contemporáneas § 30), a menos que el nexo de los pleitos sea tal que uno sólo de los jueces sea competente para decidir los diferentes pleitos unidos (como en caso de accesoriedad).

Falta examinar qué influencia tiene la unión de los pleitos en la competencia *objetiva*. Debemos recordar aquí el principio tantas veces referido, de que los límites de la competencia objetiva son absolutos para lo más, relativos para lo menos. Este principio en materia de conexión aplícase en los art. 101, 102 y 614 Código

(1) Así la ley 7 Jun. 1894, para la transmisión de las corrientes eléctricas, art. 9, dispone: «podrán todos los propietarios de las fincas sobre las cuales quiere imponerse la servidumbre, *ser demandados en un solo juicio*, y en este caso será competente el magistrado del lugar donde se halla situada la finca que pague mayor contribución al Estado». Según algunos, el derecho de elección del actor, desaparece cuando cualquiera de los demandados está obligado como principal, y otros accesoriamente (p. ejemplo, fiador). En este caso se entiende (MATTIROLLO), que la acción debe proponerse por el art. 99, en el fuero del deudor principal. En este sentido se determina expresamente la ley austriaca (norma de jurisdicción, § 93).

(2) En contra: Cas. Florencia, 1.º Marzo 1906, (en el *Foro ital.*, 1906, página 352).

(3) WACH, pág. 495. Por el contrario, en Austria, (norma de jurisdicción, § 93), se admite el *forum continentiae* a elección del actor, como entre nosotros.

proc. civ. y se puede formular así: los pleitos unidos deberán juzgarse (dentro de los límites territoriales del fuero de la prevención) por el juez de competencia *mayor* aunque uno de los pleitos pertenezca al juez inferior. Por lo tanto, si el juez a que se acudió primeramente es incompetente por materia o valor, deberá remitir el conocimiento de todos los pleitos al juez superior (salvo, en caso de compensación, la facultad de retener el pleito principal en los casos y según las condiciones del art. 102; § 8 bis). Creemos que este principio se debe aplicar también en caso de acción en garantía: por consecuencia, propuesta en un pleito ante el juez inferior una demanda de garantía que exceda por valor o por materia su competencia, deberá remitir al juez superior el pleito principal y la garantía, a menos que aquél esté en situación de decidirse o sea de competencia exclusiva por materia del juez elegido (1).

Discútese si la *acesoriedad* deroga la competencia absoluta. Claro está que el juez superior podrá conocer de una acción accesoria de valor inferior a su competencia. Pero cuando lo accesorio tiene valor superior al principal, ¿podrá conocer de él el juez inferior, sólo competente para el pleito principal? Creemos que no: aunque el art. 99 se expresa en forma genérica, conviene tener presente que la competencia por conexión es por su naturaleza una derogación de la competencia territorial, y no constituye derogación de la competencia objetiva sino en favor del juez superior.

Puede suceder que uno de los pleitos conexos pertenezca a la competencia *especial* del juez inferior y los otros sean por su valor de competencia del juez superior. En este caso la unión no es

(1) De aquí se deduce, que si el pleito se encuentra pendiente ante un juez *especial* (§ 28), este no deberá nunca enviar a la autoridad judicial el pleito, por el hecho de que se haya propuesto una demanda en garantía, de competencia de la autoridad judicial. Mucho menos podrá detener y juzgar el pleito de garantía correspondiente a la autoridad judicial. En estos casos, la unión de los dos pleitos es imposible; las razones que determinan la unión de los pleitos, ceden ante las que determinan la competencia exclusiva. Véase CAMMEO, *Competenza per connessione e giurisdizioni speciali*, en la *Giur ital.*, 1908, en nota a una decisión contraria del Cons. de Est., 5.ª Sec., 19 Feb. 1908.

posible, a menos que la ley expresamente la prescriba (como en el caso del art. 444 Cod. proc. civ.): los pleitos correspondientes por su valor al juez superior no pueden conocerse por el juez inferior; pero ni aún el pleito que corresponde por la materia al juez inferior puede conocerse por el juez superior: tratándose de competencias especiales por la materia no hay más o menos y por lo mismo no hay derogación posible.

La conexión no puede nunca derogar la competencia *funcional*, por ej. por grados. Aquí pueden darse diversas hipótesis:

a) Que el pleito iniciado antes esté aún en primer grado y el iniciado después en segundo grado. Si se exceptiona en este segundo pleito la conexión con el otro pendiente, lo cual puede hacerse en cualquier grado (art. 188), el segundo pleito será unido al primero para ser juzgado de nuevo en primer grado con él.

b) Pero si el pleito comenzado antes está en segundo grado y el otro todavía en primero, la reunión no puede tener lugar, porque si el segundo pleito se uniese al primero—que se encuentra en segundo grado—vendría a perder un grado de jurisdicción. Algunos entienden que en este caso el segundo pleito debe enviarse al juez que ha conocido en primer grado del primer pleito. Pero nosotros entendemos lo contrario: la competencia por conexión tiene por objeto el *simultáneos procesus* y no está determinada como antiguamente por el derecho del juez a quien se acudió primero. Cuando el *simultáneos procesus* no puede tener lugar, tampoco puede tener lugar la remisión del pleito.

V. *Caso especial del art. 103.* Este principio tiene excepción sólo en el caso especialísimo del art. 103. La conexión aquí está en la relación que hay entre el pleito ya decidido y las acciones para los gastos a que dió lugar el pleito. La ley considera al juez del pleito principal el más idóneo para conocer de estas acciones consecuenciales: por esto es más exacto tratar este caso como un caso de competencia funcional, y por lo tanto inderogable (§ 29). Y este juez conoce de tales acciones aunque el pleito principal haya concluído y por lo tanto no sea posible *simultáneos procesus*.

Precisamente porque se trata de un caso especialísimo, puede

considerarse que la competencia del art. 103 es atribuída sin consideración alguna al valor del pleito.

VI. *Relación inversa entre conexión y competencia.* Entre la conexión y la competencia existe esta relación inversa de aquella hasta aquí examinada: la competencia no basta para determinar conexión y por lo tanto reunión de pleitos. No basta que dos pleitos sean de competencia del mismo juez, para que sean reunidos, cuando no son conexos entre sí. En particular, no basta que A sea demandado por B para que pueda proponer en aquel juicio como reconvencción cualquier demanda contra B que sería de competencia del mismo juez, si la reconvencción no se encuentra antes examinada en la relación con la acción, (1).

(1) Véase sobre esta cuestión WACH, I, pág. 479 nota; KOHLER, *Process als Rechtsverhältnis*, pág. 108.

APENDICE AL § 31

Derecho español (1).

La acumulación de autos sólo podrá decretarse a instancia de parte legítima; y lo serán, para este efecto, los que hayan sido admitidos como partes litigantes en cualquiera de los pleitos cuya acumulación se pretenda.

La acumulación sólo podrá decretarse por las causas siguientes:

1.º Cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los pleitos cuya acumulación se pida, produzca excepción de cosa juzgada en el otro.

2.º Cuando en Juzgado competente haya pendiente pleito sobre lo mismo que sea objeto del que después se haya promovido.

3.º Cuando haya un juicio de concurso o de quiebra, al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya tormulado o se formule cualquier demanda.

4.º Cuando haya un juicio de testamentaria o abintestato al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción de las declaradas acumulables a estos juicios.

5.º Cuando de seguirse separadamente los pleitos, se divida la continencia de la causa.

Se entenderá esto último, para tales efectos: *a)* cuando haya entre las dos partes identidad de personas, cosas y acción; *b)* cuando haya identidad de personas y cosas, aun cuando la acción sea diversa; *c)* cuando haya identidad de personas y acciones aun cuando las cosas sean distintas; *d)* cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se den contra muchos y haya, por

(1) Artículos 160 y sigs., ley Enjuiciamiento civil.

consiguiente, diversidad de personas; e) cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas; f) cuando haya identidad de acciones y de cosas, aunque las personas sean distintas.

Son acumulables entre sí, los juicios ordinarios, los ejecutivos, los interdictos, y en general, los que sean de la misma clase, siempre que concurra alguna de las causas antes enumeradas. En cambio, no podrán acumularse los autos que estuvieren en diferentes instancias, ni los ordinarios que estén conclusos para sentencia, ni tampoco los juicios ejecutivos entre sí, ni a un juicio universal, cuando sólo se persigan los bienes hipotecados, salvo las especiales disposiciones de la ley hipotecaria (art. 127 y sigs.).

La acumulación puede pedirse en cualquier estado del pleito antes de la citación para sentencia definitiva; y desde que aquella se pida, quedará en suspenso la sustanciación de los pleitos a que se refiera.

En virtud de la acumulación, los autos acumulados se seguirán en un sólo juicio y serán terminados por una misma sentencia. Cuando se acumulen dos o más pleitos, se suspenderá el curso del que estuviere más próximo a su terminación, hasta que los otros se hallen en el mismo estado, a menos que se trate de las acumulaciones que se hagan a los juicios universales, a cuya tramitación se acomodarán desde luego los que se acumulen a ellos.

El procedimiento a seguir en las acumulaciones de autos, es el determinado por la ley de Enjuiciamiento civil, en los arts. 168 y siguientes (1).

(1) Ténganse presentes también las notas de los §§ precedentes.

§ 32

Reglamentación de la competencia y conflictos de jurisdicción.

1. *Reglamentación de la competencia.*—Cuando varios pleitos conexos entre sí están pendientes ante *diversas* autoridades judiciales (cada una de las cuales es competente para conocer del pleito de que está investida) y una parte quiere provocar la unión, sucederá que un sólo juez adquirirá por tal hecho la competencia para conocer de todos los pleitos, y los otros jueces serán privados del conocimiento del pleito de que estaban investidos. La determinación del juez, ante el cual se llevarán los diferentes pleitos, hácese por las normas expuestas en el § precedente; pero sobre la determinación puede haber acuerdo de las partes o, por el contrario, surgir una cuestión de competencia. Y esto puede ocurrir de dos maneras:

1.º Ante el juez o los jueces que se pretende deban desprenderse del pleito, se excepciona la existencia de una litis conexa pendiente ya ante otro juez, y pídese la remisión del pleito a este juez (*excepción declinatoria del fuero* o de incompetencia por conexión) (1); arts. 104 y 188. En este caso el juez ante quien se ha propuesto la excepción, conoce de ésta, y su decisión puede impugnarse por los medios generales.

2.º Una de las partes puede proponer la *demanda de reglamentación de competencia*, la cual no se lleva a los jueces que se

(1) Nuestra ley denomina inexactamente *litispendencia*, tanto la pendencia de litis *conexas*, como la pendencia de litis *idénticas* (arts. 104 y 108); mientras que la excepción de litispendencia refiérese sólo a este segundo caso y no tiene que ver con la competencia (§ 38).

encuentran investidos de los pleitos, sino a la autoridad judicial *inmediatamente superior, de la cual los mismos dependen*. (Código proc. civ., art. 108). Esta será, respecto de dos conciliadores del mismo mandamiento, el pretor; del mismo *circondario* y de diferentes mandamientos, el tribunal; del mismo distrito y de diferentes *circondarii*, la *Corte de apelación*; de diferentes distritos, la Corte de Casación, y si los dos conciliadores no dependen de la misma Corte de Casación, será la Casación de Roma. (L. 12, Diciembre 1875, art. 3, n. 1.º, p. 429). Lo mismo en la relación entre dos pretores, dos tribunales, un pretor y un conciliador, un tribunal y un pretor, etc., etc. Esta atribución del juez superior pertenece a las atribuciones no estrictamente judiciales, sino coordinadas a la jurisdicción de que hemos tratado antes. (§§ 18 y 20). Puede suceder que esta atribución de registrar la competencia entre dos jueces corresponda al *mismo* juez superior que tiene funciones también estrictamente jurisdiccionales respecto de los asuntos de competencia, como juez de segundo grado (por ejemplo, regulación de competencia entre dos pretores dependientes *del mismo Tribunal*). Por consiguiente puede suceder que la regulación de competencia se solicite del mismo juez que podría pronunciar o ya ha pronunciado sobre la declinatoria del fuero como juez de apelación (art. 109, últ. párr.); pero las atribuciones continúan siendo distintas aun en este caso, puesto que mientras el juez superior regulando la competencia provee a la constitución de la relación procesal entre las partes y otro juez, pronunciando como juez de apelación sobre la declinatoria, provee directamente también sobre la propia competencia.

PROCEDIMIENTO Y EFECTOS. Recurso firmado por la parte o por un procurador, según las reglas de la representación procesal aplicables a la autoridad a quien se dirige el recurso (§ 37.) Al recurso se acompañan los actos y documentos del pleito que en él se indican y quedan depositados en cancillería (art. 110). Si la autoridad judicial *estima fundada la demanda*, produce un *decreto*, con el cual:

1.º Ordena que el recurso y el decreto sean notificados a las otras partes dentro del término que ella establece, y cuya inobser-

vancia produce la caducidad del derecho del recurrente de la demanda (arts. 111-112).

2.º Establece el término dentro del cual podrá presentarse y notificarse al recurrente por las otras partes un contrarecurso, con las mismas normas prescritas para el recurso (arts. 111-113).

3.º *Puede ordenar* la suspensión de los pleitos mientras no esté regulada la competencia, en cuyo caso queda impedido el transcurso de cualquier término de procedimiento (§ 72), (art. 111).

Transcurridos dichos términos, la instrucción del pleito tiénesse por realizada en contradictorio, aunque no se haya presentado contrarecurso, y la autoridad judicial pronuncia sobre la demanda. Si la demanda se rechaza, la parte recurrente puede ser condenada al pago de los daños a las otras partes (art. 114).

La decadencia de una parte de la demanda de regulación no impide a las otras partes proponer la demanda.

II. *Relación entre la declinatoria del fuero y la demanda de regulación de competencia.* La presentación de la primera no impide la presentación de la segunda. Mas aún, la regulación de competencia puede pedirse aún después que la declinatoria del fuero haya sido *rechazada*, en primera instancia o en apelación, a menos que el juez que ha desestimado la declinatoria en apelación:

a) Haya pronunciado también en el fondo.

b) Y sea la misma autoridad judicial que habría sido competente para proveer sobre la regulación de la competencia.

Concurriendo estas *dos* circunstancias, la demanda de regulación queda *preclusa* (art. 109, 2.º párr). En una palabra, la ley no ha creído conveniente que el juez superior sea aún llamado a regular la competencia entre los jueces inferiores, a designar un juez que pronuncie sobre el fondo, cuando ya él mismo ha pronunciado.

III. *Conflictos de jurisdicción.* El concepto de conflicto positivo o negativo de jurisdicción ya lo hemos dado (§ 17). Hemos observado también (§ 18), que la existencia de dos fallos inconciliables de diferentes jueces sobre la competencia, más que un

conflicto de resoluciones es un conflicto *de actividades*, porque la decisión sobre la competencia no produce «cosa juzgada», esto es, no obliga *en otros procesos*. El art. 115 prevé el caso de que dos o más jueces (con sentencias que pueden ser pasadas en calidad de cosa juzgada) (1), se hayan declarado competentes o incompetentes, para conocer *de la misma contienda*, lo cual no sucedería si el fallo sobre la competencia obligase en los otros procesos (2).

Tratándose de un conflicto de actividades, la ley no lo dirime, como podría hacerlo (por lo menos en caso de conflicto positivo) si se tratase de fallos, esto es, aplicando los principios sobre el conflicto de los fallos (dando preferencia al fallo anterior o al posterior, según los diferentes sistemas, sino que lo dirime mediante la intervención de una *actividad superior*; quiere decir que prevé a *reparar* el conflicto ocurrido (conflicto *real*) con las mismas normas de la regulación de la competencia, establecidas para el caso de litispendencia, esto es, para *prevenir* el conflicto (conflicto *virtual*).

Acerca de los conflictos entre la autoridad judicial y las jurisdicciones especiales, y el llamado conflicto entre la autoridad judicial y la administrativa, véanse §§ 16 y 17. Sobre las relaciones entre las secciones de un tribunal, véase § 20.

(1) Ejemplo, en la Corte de apelación de Venecia, 6 Feb. 1907, (*Foro ital.*, 1907, pág. 535).

(2) CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, cit.

APENDICE AL § 32

Derecho español.

Cuestiones de competencia (1).

Las cuestiones de competencia pueden promoverse por *inhibitoria* o por *declinatoria*. Aquella se intentará ante el juez o tribunal a quien se considere competente, pidiéndose que dirija oficio al que se estime no serlo, para que se inhiba y remita los autos. La declinatoria se propondrá ante el que se considere incompetente, pidiéndole que se separe del conocimiento del negocio y remita los autos al tenido por competente.

Tanto la inhibitoria como la declinatoria podrán ser propuestas por los que sean citados ante el juez incompetente, o puedan ser parte legítima en el juicio promovido; nunca podrán promoverse de oficio las cuestiones de competencia en los asuntos civiles, pero el juez que se crea incompetente por razón de la materia podrá abstenerse de conocer, oído el Ministerio fiscal, previniendo a las partes que usen de su derecho ante quien corresponda.

Tampoco podrá promover la inhibitoria ni la declinatoria, el litigante que se hubiere sometido expresa o tácitamente al Juez o Tribunal que conozca del asunto.

En ningún caso se propondrán cuestiones de competencia en asuntos terminados por auto o sentencia firme, ni podrá el que hubiere optado por uno de los dos medios (inhibitoria y declinatoria), abandonarlo y recurrir al otro, ni emplear ambos simultánea

(1) Artículos 72 y sigs., de la ley de Enjuiciamiento civil.

o sucesivamente, debiendo pasar por el resultado de aquel a que hubiere dado preferencia.

Pueden promover y sostener, a instancia de parte legítima, cuestiones de competencia.

- a) Los Juzgados municipales.
- b) Los de primera instancia.
- c) Las Audiencias.

Pero ningún juez o tribunal podrá promoverlas a su inmediato superior jerárquico, sino exponerle, a instancia de parte y oído el Fiscal, las razones que tenga para creer que le corresponde el conocimiento del asunto.

Cuando algún Juez o Tribunal entienda en negocios que sean de las atribuciones y competencia de su inmediato superior jerárquico o del Tribunal Supremo, se limitarán éstos a ordenar a aquel, también a instancia de parte y oído el Fiscal, que se abstenga de todo procedimiento y le remita los antecedentes.

Procedimiento.—Las declinatorias se sustanciarán como excepciones dilatorias, o en la forma establecida para los incidentes. Las inhibitorias por los trámites siguientes:

Se propondrán siempre por escrito con firma de letrado (menos en los juicios verbales de cuantía inferior a 500 o 1.500 pesetas; véase Ley 5 Agosto 1907). Se oirá al Ministerio fiscal, fuera del caso en que este la haya propuesto como parte en el juicio, después de lo cual el Juez o Tribunal mandará que se libre oficio inhibitorio o declarará no haber lugar al requerimiento de inhibición.

Luego que el Juez o Tribunal requerido reciba el oficio de inhibición (al que debió acompañarse testimonio del escrito en que se haya pedido, de lo expuesto por el Ministerio fiscal, del auto que se hubiere dictado y de lo demás que el juez o tribunal estime conducente para fundar su competencia), acordará la suspensión del procedimiento y oirá a las partes, y si estas no estuvieren de acuerdo con la inhibición, oirá también al Ministerio fiscal, y el Juez o Tribunal dictará auto inhibiéndose o negándose a hacerlo.

En el primer caso, consentido o ejecutoriado el auto, se remitirán los autos al que hubiere propuesto la inhibitoria, emplazando a las partes para que puedan comparecer ante él, a usar de su

derecho; y si se negare la inhibición, se comunicará el auto al que la hubiere propuesto, exigiendo que se le conteste para continuar actuando si se le deja en libertad, o remitir los autos a quien corresponda para la decisión de la competencia.

Recibido el oficio, el requirente dictará auto insistiendo en la inhibitoria o desistiendo de ella. En el primer caso, lo comunicará al que hubiese sido requerido de inhibición, y ambos remitirán por el primer correo sus respectivas actuaciones originales al superior que deba dirimir la contienda. En cambio, consentido o ejecutoriado el auto en que el requirente desista de la inhibitoria, lo comunicará al requerido de inhibición, remitiéndole lo actuado para que pueda unirlo a los autos y continuar el procedimiento.

La decisión de las cuestiones de competencia corresponde al superior común de los Jueces o Tribunales entre quienes se suscite aquella, si lo tuvieren. En otro caso, al Tribunal Supremo.

Remitidos los autos al Juzgado superior con emplazamiento de las partes, se oirá al fiscal y, en vista de su dictamen, el Juez dictará sentencia, cuando no hayan comparecido las partes. Si estas se hubieren personado, las citará a una comparecencia y oyéndolas, o a sus defensores, dictará sentencia.

Contra esta sentencia no se dará más recurso que el de casación por quebrantamiento de forma en los juicios de desahucio.

La tramitación en las Audiencias (1), o en el Tribunal Supremo es análoga. Contra las sentencias de aquéllas, sólo se da el recurso de casación por quebrantamiento de forma, después de fallado el pleito en definitiva. Contra las del Supremo no habrá ulterior recurso.

El Tribunal que haya resuelto la competencia remitirá el pleito y las actuaciones, con certificación de la sentencia, al Juez o Tribunal declarado competente, y lo pondrá en conocimiento del otro.

Cuando la cuestión de competencia fuere negativa, por rehusar todos entender en un negocio, la decidirá el superior común o el T. S. en su caso, siguiendo los trámites que quedan señalados.

Las cuestiones de competencia o de atribuciones que se promuevan entre dos Salas de un Tribunal, las decidirá la Sala de go-

(1) Véanse arts. 102 y sigs., L. E. C.

bierno del mismo, oyendo al fiscal, sin otra sustanciación y sin ulterior recurso, como no sea el de casación, cuando proceda contra la sentencia definitiva del pleito.

Finalmente, las inhibitorias y declinatorias suspenderán los procedimientos, fuera del caso previsto en el art. 113, L. E. C., (referente a la jurisdicción eclesiástica en relación con la ordinaria), hasta que se decida la cuestión de competencia; pero durante esta suspensión, el Juez o Tribunal requerido de inhibición podrá practicar, a instancia de parte legítima, cualquiera actuación que a su juicio sea absolutamente necesaria, y de cuya dilación pudieran resultar perjuicios irreparables.

De todas suertes, las actuaciones que se hayan practicado hasta la decisión de las competencias, serán válidas sin necesidad de que se ratifiquen ante el Juez o Tribunal que sea declarado competente (1).

(1) Limitamos las notas de este §, siguiendo al autor, a lo que propiamente se llama cuestión de competencia. Por eso omitimos la doctrina legal de los recursos de queja contra las autoridades administrativas (artículos 116 y sigs.), los recursos de fuerza en conocer (arts. 112, 113, 125 y siguientes), etc.

CAPÍTULO CUARTO

Capacidad especial subjetiva de los órganos jurisdiccionales.

§ 33

Las condiciones personales del órgano jurisdiccional y su capacidad. Recusación y abstención (1).

I. *En general.* La persona que tiene capacidad general de obrar por el Estado como órgano jurisdiccional y como funcionario judicial (§ 3) y que es *competente* en el pleito de que se trata (§§ 19 y 26), debe además encontrarse en determinadas condiciones subjetivas, sin las cuales la ley lo considera incapaz (§ 3). Tales condiciones pueden resumirse así: que el órgano jurisdiccional no corra el peligro de carecer de la independencia, de la severidad e imparcialidad necesarias para su función, por encontrarse en una relación:

- a) Con otros órganos concurrentes en el mismo pleito.
- b) Con las partes litigantes.
- c) Con el objeto del pleito.

Estas condiciones, no todas tienen la misma importancia: exige algunas en términos absolutos, de manera que su falta produce, sin más, la nulidad del acto realizado (condiciones absolu-

(1) MATTIROLO, I, núm. 1.037 y sigs.; MORTARA, *Comm.*, II, número 357 y sigs.; TUCCIO, *Il giudice sospetto nel proc. civ. ital.*, 1907; WETZELL, pág. 422 y sigs.; WACH, I, pág. 334 y sigs.; SCHMIDT, 2.^a ed., § 35; KLEINFELLER, § 19; HELLWIG, §§ 79, 80; WEISMANN, I, § 83; POLLAK, I, § 39, pág. 230 y sigs.

tas); en cambio para otras, la ley concede a la parte el derecho de prevenir el acto, oponiéndose a que sea realizado válidamente por el órgano incapaz, art. 131, Cód. proc. civ. (Condiciones relativas). Las condiciones más importantes refiérense a los órganos en los cuales prevalece la actividad intelectual (jueces, M. P.); pero la ley también disciplina la capacidad subjetiva de los cancilleres y de los ujieres. Por otra parte, considerando que los órganos más elevados encuéntrase en posición de hacer frente mejor a la influencia de sus condiciones subjetivas, acostumbra a tratar las condiciones a ellos referentes como relativas, mientras las que conciernen a los órganos inferiores son absolutas.

II. *Condiciones absolutas de capacidad subjetiva. a) Jueces y oficiales del M. P.* Cuando se haya promovido contra ellos la acción civil (p. 482), y desde el día de la notificación que se les hace del decreto de la Corte autorizando la acción, hasta la sentencia definitiva, deben abstenerse de cualquier intervención en los pleitos de la parte recurrente, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge, bajo pena de nulidad de los actos en que hayan intervenido (Cód. proc. civ., art. 789).

No pueden formar parte al mismo tiempo como jueces de la misma sección en las cortes y en los tribunales, los parientes y los afines hasta el cuarto grado, inclusive. Son nulos los actos que hubiesen tenido lugar con su concurso (Ley org. jud., art. 15). En cuanto a los parientes o afines *dentro del tercer grado*, ya hemos visto que no pueden ni aún pertenecer al mismo *cuerpo* judicial (§ 25) (1).

b) Cancilleres y oficiales judiciales. No pueden realizar actos de su ministerio que se refieran a ellos mismos, a su mujer, a sus parientes o afines hasta el cuarto grado, inclusive, bajo pena de nulidad (Cód. proc. civ., arts. 41, últ. párr. y 53).

III. *Condiciones relativas de capacidad subjetiva. Recusación y abstención.* Los jueces *pueden* ser recusados cuando se encuen-

(1) Así, según la ley 15 Jun. 1893, sobre los *probitari*, no pueden pertenecer al colegio de *probitari* parientes y afines dentro del *segundo grado*, art. 25.

tren en una determinada relación con el objeto del pleito o con las partes litigantes.

A) *Relación con el objeto del pleito.* Puede ser de diversa naturaleza, inmediata o mediata, económica o moral:

1.º Si el juez tiene *interés* en la contienda (art. 116, n. 1). El interés directo que el juez tenga como parte en el pleito no significa falta de una condición *relativa* de capacidad, sino de una condición *absoluta*. No se puede ser juez y parte: la relación procesal carecería de un sujeto.

2.º Si una cuestión *idéntica en derecho* debe decidirse en otro pleito en que él está interesado, o su mujer o los parientes o afines en línea recta (art. 116, n. 4).

3.º Si ha dado *consejo* o prestado su *defensa* en el pleito, si ha subvencionado los *gastos*, si ha conocido de él como juez en primera instancia (1) o como *árbitro*, si ha concluido como oficial del *M. P.* o declarado en él como *testigo* o como *perito* (art. 116, número 9).

4.º Si ha examinado antes el pleito como miembro de la Comisión de defensa gratuita (R. D. 6 Dic. 1865, art. 2, p. 446). La opinión dominante considera este caso como de simple recusación, no como una condición absoluta.

B) *Relación con las partes litigantes.* También esta puede ser de diversa naturaleza, directa o indirecta, de parentesco, afinidad, amistad, enemistad, negocios:

1.º Si el juez es pariente o afin hasta el cuarto grado, inclusive, de una de las partes (art. 116, n. 2).

2.º Si su mujer es afin hasta el cuarto grado, inclusive, de una

(1) Esto puede tener lugar o por la promoción del juez ocurrida durante la tramitación del juicio, o porque un juez inferior fué llamado a completar provisionalmente el colegio en el tribunal superior (§ 20). Aunque la ley hable únicamente de *primera instancia*, debe entenderse que, en general, es incapaz el juez que ha conocido del pleito como juez inferior. Por consecuencia, es incapaz en casación el juez que conoció del pleito en segunda instancia; esto está confirmado por el art. 9, ley 6 Dic. 1888, que prohíbe que sea llamado para completar la Corte de casación, un consejero que haya tomado parte en el pleito.

de las partes, o si media el mismo vínculo entre él y la mujer de una de aquéllas; muerta la mujer, la causa de recusación subsiste si dejó prole, o si se trata de suegro, yerno o cuñado (artículo 116, n. 3).

3.º Si él o su mujer, o un pariente o afín en línea recta, es deudor o acreedor de alguno de los litigantes (art. 116, n. 5).

4.º Si una de estas personas tiene pleito pendiente ante un tribunal, en el cual el litigante interviene como juez (art. 116, n. 5).

5.º Si una de dichas personas tiene pleito civil, pendiente o terminado dentro de los seis meses anteriores a la recusación, con una de las partes (art. 116, n. 7).

6.º Si una de dichas personas en el quinquenio precedente tuvo un proceso penal con uno de los litigantes o con su cónyuge, o un pariente o afín en línea recta (art. 116, n. 6).

7.º Si el juez es tutor, curador, protector, agente, presunto heredero, donatario, patrón o comensal habitual de una de las partes; si es administrador o gerente de una sociedad, dirección, unión o de un establecimiento que tenga interés en el pleito (1); si una de las partes es agente, comensal habitual, donatario o heredero presunto de él (art. 116, n. 8).

8.º Si el juez es pariente o afín en línea recta o colateral hasta el tercer grado, inclusive, de un abogado o procurador del pleito (art. 116, n. 10).

9.º Si hay enemistad grave entre él y uno de los litigantes (art. 116, n. 11).

Las causas de recusación de los jueces son aplicables a los oficiales del M. P. *cuando no sea parte principal* (§ 23). Son aplicables al pretor, incluso cuando preside el consejo de familia (art. 118). Son aplicables a los peritos nombrados de oficio, y en cuanto a los peritos nombrados por indicación de las partes, les son aplicables las causas sobrevenidas después del nombramiento (art. 254); la misma distinción puede hacerse en cuanto a los árbitros, según sean nombrados por la autoridad judicial o por las

(1) El parentesco o afinidad entre el juez y una persona que tenga alguna de las cualidades antes indicadas, no da lugar a recusación, si ellas no tienen un interés personal en el pleito (art. 117).

partes (art. 34, n. 2). Son aplicables a los jueces especiales (1) en cuanto la ley no las regule de otra manera (2).

La recusación puede hacerse no solo de los jueces que deben *sentenciar*, sino también de los encargados de una prueba o de otro acto de instrucción (art. 122) (3).

Los funcionarios que pueden ser recusados, deben abstenerse cuando conozcan un motivo de recusación, aunque no se hubiese propuesto. Además pueden solicitar abstenerse por motivos de conveniencia no comprendidos entre los de recusación (art. 119).

PROCEDIMIENTO Y EFECTOS La recusación puede proponerse solo por la parte *interesada* en excluir el juez. Si el juez no se conforma prodúcese un procedimiento especial, en el que se discute la capacidad del juez recusado para ser sujeto de una determinada relación procesal. Por consecuencia:

a) Son necesariamente partes *en el juicio de recusación* los sujetos de la relación procesal en cuestión. Es parte el adversario, cuando la ley dispone que se le notifique el acto de recusación (art. 124) y la sentencia definitiva (Reg. gen. jud., art. 270).

Si la ley no dispone que sea oído no lo excluye: de todas maneras debe entenderse que puede apelar de la sentencia que admite la recusación. Es parte el mismo juez, y por esto si resulta vencido queda obligado al pago de las costas (4). Discútese si puede apelar de la sentencia que admite la recusación (5).

b) El juicio de recusación ejerce necesariamente influencia en el juicio principal, el cual, si falta el juez, queda suspendido, salvo que, en caso de necesidad urgente de proceder a cualquier acto

(1) A veces, la ley especial los cita expresamente; véase Reg. de procesos, ante las secciones jurisdiccionales del Cons. de Est., 17 Ag. 1907, número 642, art. 47; Reg. de proc. ante la junta provincial administrativa, 17 Ag. 1907, núm. 643, art. 38 y sigs.

(2) Véase ley sobre *prodiviri*, 15 Jun. 1893, art. 35.

(3) La materia puede sinópticamente resumirse como hacemos al final de este §.

(4) Véase CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, cit. páginas 192 y 194; véase también allí el estado de la cuestión.

(5) CUZZERI, art. 128, núm. 3.

de instrucción, la autoridad judicial que debe pronunciar sobre la recusación, ordene que proceda otro juez (arts. 124-128).

Es competente para conocer de las causas de recusación del conciliador el pretor; del pretor, el Tribunal civil; de los jueces de un Tribunal o de una Corte, y de los oficiales del M. P., el Tribunal o la Corte a que pertenecen o en la cual ejercen sus funciones (art. 120). Y si fuesen recusados tantos jueces de un Tribunal que no pudiese formar el Colegio para pronunciar sobre la recusación, la Corte de apelación remite el pleito a otro Tribunal, el cual, si admite la recusación queda investido también del pleito de fondo (art. 126, § 5).

La recusación de un conciliador o un pretor se propone con declaración depositada en cancillería *antes de la discusión*; la de un juez o de un oficial del M. P. cuando el recusante conozca los nombres de los jueces que han de tomar parte en el pleito en una determinada audiencia, propónese con recurso al presidente *tres días* antes de la audiencia; en otro caso *antes de la discusión* (artículo 121), la recusación de un juez delegado para la instrucción, dentro de los tres días siguientes al en que deviene ejecutiva la delegación (art. 122). El acto de recusación debe indicar las causas y los medios de prueba y estar suscrito por la parte o por un procurador *especial*. El funcionario recusado debe contestar sobre la existencia de las causas de recusación al fin del mismo acto, dentro de los dos días siguientes a la comunicación. El pleito debe ser tratado en cámara de consejo (art. 125). La sentencia del Tribunal es apelable, a menos que decida sobre la recusación de un pretor (artículos 128, 129, 130).

Si la recusación es desestimada, condénase al solicitante a una multa de hasta 150 liras. Además el juez recusado puede promoverlo a acción de reparación de injuria; de hacerlo debe abstenerse en el pleito para el cual había sido recusado (art. 127).

Si se admite la recusación, la autoridad judicial ordena al funcionario recusado que se abstenga. En este caso, si se trata de un conciliador o pretor, y las partes no están de acuerdo para llevar el pleito ante el suplente, la autoridad judicial designa otro conciliador o pretor (art. 127) En todo caso, el funcionario cuya recu-

sación ha sido admitida no puede intervenir más en el pleito, bajo pena de nulidad.

La voluntad de *abstenerse* declárase por el funcionario en la audiencia en el momento de ser llamado el pleito: si se trata de un miembro de colegio, este delibera inmediatamente y si admite la abstención, el presidente provee a la integración del Colegio si es posible, y en otro caso remite el pleito (Reg. gen. jud. 254). Pero la falta de abstención, aún en los casos en que era necesaria, no produce nulidad (art. 131).

Causas de Incapacidad.	I. Del juez y de los oficiales del M. P.	A) Absolutas.	(a) Notificación de la proposición de una acción civil (art. 789 Cód. proc. civ.) b) Concurso en el mismo acto de parientes y afines dentro del cuarto grado (art. 15, ley org. jud.)	
		B) Relativas (absolución y recusación)	a) Relación con el objeto del pleito.	α) De interés, <ul style="list-style-type: none"> 1. Directo (art. 116 Cód. proc. civ., n. 1). 2. Cuestión pendiente idéntica en derecho en su interés, en el de su mujer, parientes o afines en línea recta (art. 116, n. 4). β) De prevención. <ul style="list-style-type: none"> 1. Por consejo dado o defensa prestada (art. 116, n. 9). 2. Por subvenciones hechas para los gastos (art. 116, n. 9). 3. Por conocimiento anterior del pleito como juez o árbitro (art. 116, n. 9). 4. " " " " " " " " M. P. (art. 116, n. 9). 5. " " " " " " " " en la comisión para la defensa gratuita (R. D. de Dic. 1865, art. 2). 6. Por declaración hecha en el pleito como testigo o perito (art. 116, n. 9).
			b) Relación con las partes litigantes.	α) Por parentesco o afinidad con una parte dentro del cuarto grado (art. 116, n. 2). β) Por afinidad de su mujer con una parte dentro del cuarto grado (art. 116, n. 2). γ) Por su afinidad con la mujer de una parte dentro del cuarto grado (art. 116, n. 2). δ) Por créditos o deudas suyos, de la mujer, de los parientes o afines en línea recta con una parte (art. 116, n. 5). ε) Por ser una parte juez en un Tribunal donde él, su mujer o un pariente o afín en línea recta tiene pleito pendiente (art. 116, n. 5). ζ) Por parentesco o afinidad dentro del cuarto grado con el abogado o procurador del pleito (art. 116, n. 10).
				η) Predisposición favorable a una parte. <ul style="list-style-type: none"> Como tutor suyo, curador, protutor, agente, heredero presunto, donatario, patrón o comensal habitual (art. 116, n. 8). Como administrador o gerente de una entidad interesada en el pleito (art. 116, n. 8). Si la parte es su agente, comensal habitual, donatario o heredero presunto de él (artículo 116, n. 8). θ) Predisposición contraria a una parte. <ul style="list-style-type: none"> Por proceso penal promovido en el quinquenio precedente entre él y el litigante o entre uno de los dos y el cónyuge o pariente o afín, en línea recta del otro (art. 116, n. 6). Por pleito civil no definido por lo menos seis meses antes de la recusación, entre él o su mujer o un pariente o afín, en línea recta y un litigante (art. 116, n. 7). Por enemistad grave entre él y un litigante (art. 116, n. 11).
	II. Del canceller y oficial judicial.	Por los actos que se refieren a él mismo, su mujer, parientes o afines dentro del cuarto grado (artículos 41 y 53 Cód. proc. civ.)		

APENDICE AL § 33

Derecho español.

Recusación y abstención.

Doctrina de la ley de Enjuiciamiento civil (1).

a) Disposiciones generales:

Los Jueces y Magistrados, los asesores de los jueces municipales que sustituyan a los de primera instancia y los auxiliares de Juzgados y Tribunales, sólo podrán ser recusados por causa legítima. Se entiende por tal:

1.^a El parentesco de consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil, con cualquiera de los litigantes.

2.^a El mismo parentesco, dentro del segundo grado, con el letrado de alguna de las partes que intervengan en el pleito.

Esto se entenderá sin perjuicio de hacer cumplir la prohibición que tienen los abogados para encargarse de la defensa de asuntos en que deban conocer como jueces sus parientes, dentro de dicho grado.

3.^a Estar o haber sido denunciado por alguna de las partes como autor, cómplice o encubridor de un delito, o como autor de una falta.

4.^a Haber sido defensor de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.

5.^a Ser o haber sido tutor, o haber estado bajo la tutela de alguno que sea parte en el pleito.

(1) Arts. 188 y sigs.

6.^a Ser o haber sido denunciador o acusador privado del que recusa.

7.^a Tener pleito pendiente con el recusante.

8.^a Tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro semejante.

9.^a Amistad íntima.

10. Enemidad manifiesta.

Los magistrados, jueces y asesores en quienes concurra alguna de las causas expresadas, se abstendrán del conocimiento del negocio, sin esperar a que se les recuse. Lo mismo harán los auxiliares de Tribunales y Juzgados; y contra éstas resoluciones no habrá recurso alguno, salvo la corrección disciplinaria que proceda.

Sólo podrán recusar, los que sean parte legítima o tengan derecho a serlo y se personen en el negocio a que se refiera la recusación.

Procedimiento: La recusación se propondrá en el primer escrito que presente el recusante, cuando la causa en que se funde fuere anterior al pleito y tenga conocimiento de ella.

Cuando fuere posterior o, aunque anterior, no hubiese tenido antes conocimiento de ella el recusante, la deberá proponer tan luego como llegue a su noticia.

No justificándose este extremo será desestimada la recusación.

En ningún caso podrá hacerse la recusación después de citadas las partes para sentencia en primera instancia, ni después de comenzada la vista del pleito en la Audiencia o Tribunal Supremo.

Tampoco podrá proponerse en las diligencias para la ejecución de la sentencia, a no ser que se funde en causas legítimas que notoriamente hayan nacido después de dictada la sentencia.

a) Recusación de Magistrados, Jueces de primera instancia y Asesores.—La recusación de los Presidentes y Magistrados del Tribunal Supremo y de las Audiencias, y la de los Jueces de primera instancia, como también la de los Jueces municipales y sus Asesores, en su caso, cuando sustituyan a los de primera instancia deberá hacerse en escrito firmado por Letrado, por el Procurador cuando intervenga, y por el recusante si supiere firmar y estuviere en el lugar del juicio.

Quando el recusante no estuviere presente, firmarán sólo el Letrado y el Procurador, si éste estuviere expresamente autorizado para recusar.

En todo caso, se expresará en el escrito, concreta y claramente, la causa de la recusación.

Si el litigante que haga la recusación se halla en el lugar del juicio, deberá ratificarse con juramento en dicho escrito, sin cuyo requisito no se le dará curso.

Quando el Juez recusado estime procedente la causa alegada, por ser cierta y cualquiera que sea la forma que haya empleado el recurrente, dictará auto desde luego, dándose por recusado, y mandará que pasen los autos a quien deba reemplazarle.

Quando la recusación sea de un Magistrado, si éste reconoce como cierta la causa alegada y la Sala lo estima procedente, ésta dictará auto teniéndolo por recusado.

Contra estos autos no habrá recurso alguno.

El auto admitiendo o denegando la recusación será notificado solamente al Procurador del recusante, aunque éste último se halle en el lugar del juicio y haya firmado el escrito de recusación.

Si el recusado no se considera comprendido en la causa alegada para la recusación, la denegará, y se mandará formar pieza separada a costa del recusante para sustanciar el incidente.

Dicha pieza contendrá el escrito original de recusación con las actuaciones en su virtud practicadas, quedando nota expresiva en el pleito.

Durante la sustanciación de la pieza separada no podrá intervenir el recusado en el pleito ni en el incidente de recusación, y será sustituido por aquél a quien corresponda con arreglo a la ley.

La recusación no detendrá el curso del pleito, el cual seguirá sustanciándose hasta la citación para sentencia definitiva, en cuyo estado se suspenderá hasta que se decida el incidente de recusación, si éste no estuviere terminado.

Para estos efectos, cuando el recusado sea un juez de primera instancia, pasará los autos principales y la pieza de recusación al Juez a quien corresponda la instrucción de ésta.

Instruirán las piezas separadas de recusación:

Quando el recusado sea el Presidente, o un Presidente de Sala

de una Audiencia o del Tribunal Supremo, el Presidente de Sala más antiguo; y si aquél fuere el más antiguo, el que le siga en antigüedad.

Cuando el recusado sea un Magistrado de Audiencia o del Tribunal Supremo, el Magistrado más antiguo de su Sala; y si el recusado fuere el más antiguo, el que le siga en antigüedad.

Cuando el recusado sea un Juez de primera instancia o el que ejerza sus funciones, el suplente del Juzgado, con acuerdo de Asesor si no fuere Letrado, a no ser que haya en la misma población otro Juez de primera instancia, en cuyo caso a éste corresponderá dicha instrucción; si hubiese tres o más, al que preceda en antigüedad al recusado; y si éste fuere el más antiguo, al más moderno (1).

Formada la pieza separada, se dará traslado a la parte contraria en el pleito, para que dentro de tres días exponga lo que estime procedente respecto a la recusación.

Cuando sean dos o más los litigantes contrarios, dicho término será común a todos, y expondrán lo que se les ofrezca, con vista de la copia del escrito de recusación.

Evacuado el traslado antedicho o transcurrido el término sin haberlo utilizado, se recibirá a prueba el incidente por término de diez días improrrogables, cuando la recusación se funde en hechos que no estén justificados y no hayan sido reconocidos por el recusado.

En todo lo demás se sustanciará y decidirá la pieza de recusación en la forma establecida para los incidentes.

Decidirán los incidentes de recusación:

Cuando el recusado fuere el Presidente o un Presidente de Sala del Tribunal Supremo o de Audiencia, el mismo Tribunal en pleno a que pertenezca el recusado.

Cuando fuere un Magistrado, la misma Sala a que pertenezca.

Cuando fuere un Juez de primera instancia, el que conozca de la pieza de recusación.

La declaración de haber o no lugar a la recusación se dictará por medio de auto, dentro de tercero día.

(1) (V. también el art. 215 de la L. E. C.)

Contra los autos que dictare el Tribunal Supremo no habrá recurso alguno.

Contra los que dictaren las Audiencias, sólo habrá el de casación en su caso.

Los autos que dictaren los Jueces de primera instancia, o sus suplentes, accediendo a la recusación, no serán apelables.

Los autos en que la denieguen serán apelables en ambos efectos.

Interpuesta y admitida la apelación del auto denegatorio de recusación, se emplazará a las partes para que en el término de diez días comparezcan ante la Audiencia a usar de su derecho, y se remitirá original a la misma la pieza separada de la recusación.

Estas apelaciones se sustanciarán y decidirán por los trámites establecidos para las de los incidentes.

Cuando se deniegue la recusación, se condenará siempre en costas al que la hubiere propuesto.

Además de la condenación en costas expresada, se impondrá al recusante una multa de 50 a 100 pesetas, cuando el recusado fuera Juez de primera instancia; de 100 a 200, cuando fuere Presidente o Magistrado de Audiencia; y de 200 a 400, cuando fuere Presidente o Magistrado del Tribunal Supremo.

Cuando no se hicieren efectivas las multas señaladas, sufrirá el multado la prisión, por vía de sustitución y apremio, en los términos que para las causas por delitos establece el Código penal.

Denegada la recusación, luego que sea firme el auto, se devolverá el conocimiento del pleito al Juez originario, el cual lo continuará con arreglo a derecho en el estado en que se halle.

Otorgada la recusación, si el recusado fuere Presidente o Magistrado de un Tribunal, quedará separado del conocimiento de los autos.

Si fuere Juez de primera instancia, quedará también separado del conocimiento del pleito, el cual se continuará por el Juez a quien se hubieren pasado los autos.

Si por traslación u otro motivo cesare en sus funciones el Juez recusado, volverá el pleito al Juzgado originario para que lo continúe el nuevo Juez que haya reemplazado al recusado.

Quando un Juez de primera instancia se abstenga voluntariamente, o a petición de parte legítima, del conocimiento de un pleito, dará cuenta justificada al Presidente de la Audiencia, el cual lo comunicará a la Sala de gobierno.

Si ésta considerase improcedente la abstención, podrá imponer al Juez una corrección disciplinaria, si hubiere suficiente motivo para ello, elevándolo, en este caso, a conocimiento del Ministerio de Gracia y Justicia, para que se haga constar en el expediente personal del Juez, a los efectos que corresponda.

Quando la Audiencia revocare el auto denegatorio de la recusación, se remitirá siempre copia del mismo al expresado Ministerio, para los efectos del artículo anterior.

b) Recusación de los Jueces municipales y sus adjuntos.—(1): Los Jueces municipales y los adjuntos podrán ser recusados por las causas respectivamente determinadas en las leyes procesales, civil y criminal; pero sólo será admisible la recusación que se formule antes del día señalado para la celebración del juicio; debiéndose alegar a la vez todas las causas. No serán, por tanto, admisibles las recusaciones ulteriores como no se funden en hechos acaecidos con posterioridad.

Quando los recusados aceptaren la recusación por estimar cierta la causa alegada, será oído el Fiscal, y si también éste la hallare justificada, entrará a funcionar desde luego el respectivo suplente. En los demás casos se remitirán los antecedentes al Juez de primera instancia del partido respectivo para que resuelva de plano, sin ulterior recurso, lo procedente. Consistirán los antecedentes en la documentación que el recusante haya acompañado con su escrito de recusación, este mismo escrito, el dictamen fiscal en su caso y el informe del recusado. Si la justificación se remitiera a declaraciones de testigos, el Juez de primera instancia del partido acordará recibirlas en forma ordinaria dentro de quince días improrrogables, sin que pueda diferirse la resolución por falta de comparecencia de los testigos.

(1) Doctrina de la ley de Justicia municipal (arts. 13 y siguientes).

Para mejor proveer, el Juez podrá advenir la autenticidad de documentos.

Durante los trámites de recusación se suspenderá el juicio civil o criminal. No obstante, el Juez municipal practicará las diligencias preparatorias para su celebración.

Cuando fuese desestimada la recusación, el Juez impondrá al recusante, con las costas del incidente, una multa de 10 a 50 pesetas (1).

c) Recusación de los auxiliares de Tribunales y Juzgados.— Las disposiciones que acabamos de anotar, referentes a magistrados, jueces de primera instancia y asesores, serán aplicables a las recusaciones de los auxiliares, con las modificaciones que siguen.

Presentado el escrito de recusación, y ratificada la parte en su caso, el auxiliar recusado consignará a continuación, por diligencia, si reconoce o no como cierta y legítima la causa alegada, y pasará los autos a quien corresponda para que de cuenta a la Sala o Juez que conozca del negocio.

Cuando el auxiliar recusado haya reconocido como cierta la causa de la recusación, el Juez o Tribunal dictará auto sin más trámites, teniéndolo por recusado, si estima que la causa alegada es legal.

Si estima que la causa no es de las legales, declarará no haber lugar a la recusación.

En estos casos, contra el auto estimando la recusación no se dará recurso alguno.

Contra el que declare no haber lugar a ella, si es del Tribunal Supremo o de la Audiencia, se dará solamente el recurso de súplica para ante la misma Sala, y si fuere del Juez de primera instancia, el de apelación en ambos efectos.

Admitida la apelación, se remitirán a la Audiencia las actuaciones originales relativas a la recusación, con emplazamiento de las partes por diez días, quedando en el Juzgado, para su continuación, los autos referentes al negocio principal.

Cuando el auxiliar recusado niegue la certeza de la causa alegada como fundamento de la recusación, se mandará formar la pieza separada.

(1) El art. 14 determina quienes sucederán al Juez recusado.

Será parte en ella el recusado si lo solicitare, y se admitirá la prueba pertinente que proponga.

Corresponderá la instrucción de la pieza separada de recusación:

En el Tribunal Supremo y las Audiencias, al Magistrado más moderno de la Sala que conozca de los autos en que sea recusado el auxiliar, cuyo Magistrado podrá delegar en el Juez de primera instancia respectivo la práctica de las diligencias que no pueda ejecutar por sí mismo.

En los Juzgados de primera instancia, al mismo Juez que conozca del negocio principal.

Decidirán los incidentes de recusación de los auxiliares, las mismas Salas o Juzgados que conozcan del negocio en que actuare el recusado, sin ulterior recurso cuando el fallo sea del Tribunal Supremo o de las Audiencias.

Tampoco se dará recurso alguno contra los autos de los Jueces de primera instancia accediendo a la recusación.

Los autos en que la denieguen serán apelables en ambos efectos.

Los secretarios y suplentes de los Juzgados municipales podrán ser recusados antes de la celebración de los juicios por las mismas causas que los demás auxiliares, y cuando no se dieren por recusados, los Jueces municipales procederán del mismo modo que los de primera instancia en las recusaciones de Jueces municipales y adjuntos.

Los auxiliares recusados, desde el momento en que lo sean, no podrán actuar en el negocio en que lo fueren ni en la pieza de recusación, y serán reemplazados por el que les preceda en antigüedad de su misma clase, y si el recusado fuere el más antiguo, por el más moderno.

Los Secretarios de los Juzgados municipales serán reemplazados por sus suplentes.

Los auxiliares no podrán ser recusados durante la práctica de cualquiera diligencia o actuación de que estuvieren encargados.

La recusación de los auxiliares no detendrá el curso ni el fallo del pleito o negocio en que se hubiere propuesto.

Cuando se declare haber lugar a la recusación, será condena-

do en las costas del incidente el auxiliar recusado que hubiere negado la certeza o legitimidad de la causa alegada.

Si se desestimare la recusación, se impondrá dicha condena de costas al recusante, además del abono de derechos.

Luego que sea firme el auto estimando la recusación, quedará el auxiliar recusado separado definitivamente de toda intervención en los autos, continuando en su reemplazo el que le haya sustituido durante la sustanciación del incidente, sin que pueda percibir derechos de ninguna clase desde que se hubiere interpuesto la recusación.

Si se desestimare la recusación, luego que sea firme el auto, volverá el auxiliar recusado a ejercer sus funciones, abonándole el recusante los derechos correspondientes a las actuaciones practicadas en el pleito, sin perjuicio de hacer igual abono al que haya sustituido al recusado.

