

APELACION CONTRA LA SENTENCIA DEL JUEZ DELEGADO

La cuestión que en el presente estudio nos proponemos dilucidar, ya que no podremos definitivamente resolverla, se plantea en estos términos: ¿la apelación contra la sentencia dada por un juez delegado debe proponerse ante el superior del mismo delegante, omitido este último? La cuestión penetra a fondo en la base misma del proceso y de ella depende la validez de las actuaciones posteriores.

En esta cuestión, más que en otras, se hace imprescindible un amplio recorrido histórico, no por mero afán de erudición, sino para revisar textos legales y doctrinas de autores, que a lo largo de muchos siglos, unas veces por olvidados y otras quizá por no bien citados o rectamente interpretados, han contribuido a oscurecer la cuestión que nos ocupa.

Estudiaré la evolución histórica, tanto la legal como la doctrinal, primeramente en el Derecho romano y después en el Derecho canónico.

A) EN EL DERECHO ROMANO

Por lo que al Derecho romano concierne, debemos advertir con el Profesor Ricardo ORESTANO (1) que el instituto de la apelación es una creación de la *cognitio extra ordinem*, y por lo mismo propio de la edad imperial. La apelación, tal como existe en esta época, no debe confundirse con la *intercessio* que podía ejercitarse algunas veces en el *ordo iudiciorum privatorum*. En éste podían distinguirse las decisiones tomadas *in iure* por el pretor y las tomadas *in iudicio* por el juez privado o por el colegio de jueces. Contra las decisiones del pretor estaba concedido, ya al actor, ya al reo, el pedir la intervención de los cónsules o de los tribunos, intervención que sólo podía proponerse en forma de *intercessio*, y que producía el efecto de paralizar la provisión o decisión, pero sin reformarla o anularla. Contra las decisiones de los jueces no existía remedio alguno. La misma *intercessio* era ineficaz respecto de ellas, en cuanto no eran actos de un magistrado, y por lo mismo no estaban sometidos a la acción paralizadora

(1) *Nuevo Digesto Italiano*, v. Appellatio, vol. I, p. 557-558.

de otro magistrado. Sólo excepcionalmente el mismo pretor podía conceder una *in integrum restitutio* contra las sentencias de los jueces, si, por ejemplo, la sentencia no había sido dada libremente.

La apelación, por el contrario, como dice ULPIANO, es un medio de reformar una sentencia inicua o dada por un juez imperito. Desde el principio del Imperio se reconoció al Emperador el derecho de reformar las decisiones contra las que recurriera a él digna de las partes. El Emperador podía examinar directamente la causa o encomendar su conocimiento a sus delegados permanentes (cónsules, pretores, praefectus urbi, etc.) o a los designados para cada caso. Se crearon así complejas gradaciones de competencia (por la naturaleza de la causa, por la calidad de los jueces de primer grado, por el lugar donde la primera sentencia fué dada), y subiendo por estas gradaciones y proponiendo sucesivamente la apelación al magistrado de grado superior, se podía llegar hasta el Emperador. Por especial privilegio, sólo las sentencias dadas por los *praefecti praetorio* eran inapelables. El juicio de apelación era siempre desarrollado *extra ordinem*, aunque se apelara contra las sentencias dadas según el procedimiento formulario. Hasta aquí el citado Prof. ORESTANO.

La primera solución legal al problema que estudiamos fué dada por un texto de Derecho romano, citado frecuentemente por los antiguos canonistas y que ha sido el eje en torno del cual han girado las más encontradas opiniones.

El texto es la ley que lleva por inscripción *Quis et a quo appelletur*, y que se halla en el *Digesto Justiniano* (lib. XLIX, tit. III). El fragmento está tomado de ULPIANO (lib. I de *appellationibus*), y dice así:

“Quod dicitur eum appellari qui dedit iudicem sic accipiendum est ut et successor eius possit appellari. Proinde etsi Praefectus Urbi iudicem dederit vel praetorio, ipse erit provocandus qui eum dederit iudicem. § 1. Ab eo cui quis mandavit, non ipse provocabitur: nam generaliter is erit provocandus ab eo cui mandata est iurisdictio qui provocaretur ab eo qui mandavit iurisdictionem.”

Preciso es confesar que en el aducido texto no campear la claridad y majestuosa elegancia, que son tan características del Derecho romano. Por esta causa, lo primero debe ser declarar el sentido literal del texto, y lo haré presentando la paráfrasis que del mismo hace un antiguo e insigne comentarista de Derecho romano, JUAN VOET (3). Dice así:

(3) *Commentarium ad Pandectas*, ed. 5.^a veneta, a. 1828, tom. VI, l. XLIX, tit. III, *quis a quo appelletur*.

APELACION CONTRA LA SENTENCIA DEL JUEZ DELEGADO

"Quoties appellandi licentia est, gradatim ad summi iudicis examen lites deduci, non per saltum oportere provocari constat ex l. *Imperatores* 21 ff. de appellatione., nisi iudex intermedius renuat admittere appellacionem... atque ita iure civili a iudice per praetorem vel praesidem aut praefectum urbi praetoriove dato ad eum qui dederat, praetorem nempe vel praesidem et similis appellandum fuit... a mandatario iurisdictionis non ad mandantem, quippe qui ipse per alium iudicasse intelligitur, sed ad eum qui supra mandantem est ac fuisset appellandus si mandans ipse per se iudicasset: lib. I, § 1, ff. h. t., nisi iudex a Principe datus suam alteri mandasset iurisdictionem iuxta l. unic. C. *qui pro sua iurisdictione iudicem dare.*"

Es decir, que contra el juez *dado* se apela al mismo que lo dió o nombró; pero contra el juez *mandatario* se apela no al mandante, sino a aquel que está sobre el mandante y a quien se elevaría la apelación, si ésta se propusiese contra el mismo mandante, no contra el mandatario.

Pero ahora se presenta una grave cuestión exegética y doctrinal, que es la de diferenciar el juez *dado* del *mandatario* y la de buscar su correspondencia con nuestro juez *delegado*.

La diferencia entre *mandare iurisdictionem* y *dare iudicem* la explicaba en el siglo XVI DONELLO (4), célebre comentarista del Derecho civil, con las siguientes palabras:

"Inter quae multum interest... de quo et nunc inter eruditos omnes convenit. Mandare iurisdictionem, si de iudicio agitur, est quidem iudicem dare, sed cum imperio et exequendi iudicati potestate, id enim iurisdictionis significat. Iudicem autem dare est simpliciter dare iudicem, sed sine iurisdictione et imperio quia sine exequendi potestate."

En parecido sentido, aunque en forma más genérica, expresó la distinción entre juez *dado* y *mandatario* el universal canonista lusitano del siglo XVII, BARBOSA (5), quien dice así:

"La razón puede ser porque cuando el delegado, al subdelegar una o varias causas, se reserva parte de la jurisdicción (*iudicem solummodo dare censetur*), se considera que únicamente designa juez, a quien, a lo más, otorga la potestad de juzgar; por lo cual, rectamente se apela contra él al subdelegante, como superior que es, conforme a la decisión de la ley I, principio, *Pandectas quis et a quo* con los demás textos paralelos; pero cuando el mismo delegado, sea en una o varias causas, transfiere al subdelegado toda su jurisdicción, *recte dicitur iurisdictionem mandare*, y por lo mismo no al subdelegante, quien jurídicamente se reputa el mismo o igual que el subdelegado, sino al primer delegante debe elevarse la apelación, según dispone la ley I, § 1, *Pandectas, quis et a quo.*"

De la misma forma y más extensamente explica el referido texto romano el insigne canonista y maestro salmanticense, GONZÁLEZ TÉLLEZ (6).

(4) *Commentaria iuriscivtils*, vol. 11, p. 263, § 3.

(5) *Collectanea Doctorum* in lib. I. Sexti Decretum, tit. 14, cap. *si delegatus*, 7.

(6) *Commentaria perpetua in Decret.*, in lib. I, tit. XXIX, cap. 27.

Juez dado es, por consiguiente, según DONELLO, el que recibe únicamente la noción o potestad de juzgar, pero sin jurisdicción o potestad de ejecutar; *juez mandatario* es aquel que recibe juntamente la noción y la jurisdicción. Según BARBOSA, *juez dado* es aquel a quien el dador comunica solamente parte de su potestad, quedando él como superior; *juez mandatario*, aquel a quien el dador entrega toda su potestad haciéndose el mismo o igual que él. Otros autores explican de diversa manera la diferencia entre estas dos clases de jueces, pero coincidiendo substancialmente con las interpretaciones mencionadas.

Por lo que hace a la segunda cuestión, que consiste en averiguar la correspondencia de estas especies de jueces con nuestro juez *delegado*, fuerza es confesar que una crítica sutil y excesivamente analizadora podría hallar no leves dificultades, puesto que ni uno ni otro de los jueces romanos se identifica plenamente con nuestro juez *delegado*, ni siquiera con el juez delegado de la época imperial romana. Bajo la denominación de juez delegado, o más bien *pedáneo*, se designa a veces al juez *dado* (7); otras veces, sobre todo en la época imperial, se designa al juez *mandatario* (8).

Pero si bien la palabra *delegado* o *pedáneo* se aplica en Derecho romano ya al juez *dado*, ya al *mandatario*, puede asegurarse que el concepto moderno de juez delegado, de jurisdicción delegada, equivale substancialmente al concepto romano de juez *mandatario* y jurisdicción *mandada*, y no al de juez simplemente *dado* (9). El juez *dado* por el pretor o magistrado romano a los litigantes era un juez *privado*, una especie de árbitro, cuyo carácter fué paulatinamente adquiriendo, aunque se diferenciaba de éste en que era designado por el magistrado y no elegido libremente por las partes como el árbitro. En cambio, el juez *mandatario* era un funcionario público subalterno, dotado de jurisdicción, y éste es también el carácter del moderno juez *delegado*.

De lo dicho se deduce que si del Derecho romano, llamado *justamentē ratio scripta*, se pretende sacar un argumento en orden a establecer una norma sobre la apelación contra el juez delegado, como efectivamente lo intentaron muchos de los antiguos canonistas, esta norma es la que el Derecho romano da para la apelación contra el juez *mandatario* en el § 1 de la ley *quis et a quo appelletur*, cuyo texto y comentario acabo de exponer.

(7) DONELLO, o. c., vol. XI, p. 51, § 12; p. 243, § 6.

(8) *Cod.*, lib. III, tit. III, de pedaneis iudicibus. V. *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol VI, parte III, p. 1.261 sig.

(9) Cfr. *Voet*, o. c., lib. II, tit. I, 7.

o sea que la apelación debe dirigirse no al mandante, sino al superior del mandante o delegado.

La norma dada por el Derecho romano sobre la apelación contra el *mandatario* fué aplicada por las legislaciones civiles medievales al *delegado*, aunque restringiéndola al caso de la subdelegación. Es interesante a este respecto lo que establece nuestro venerado Código de las *Siete Partidas* (10):

“Delegado tanto quiere dezir como Juez que es puesto para oyr algunos pleytos señalados... Onde dezimos que quando tal Juez ouiesse de librar algun pleyto por mandato del Emperador o del Rey e lo encomendasse a otro, si este a quien fue encomendado dicsse juyzio sobre aquel pleyto, la parte que se sintiesse agraviada del, bien se puede alçar a aquel Juez delegado que gelo mando oyr. Mas si el mismo lo oyesse e lo librasse e non lo encomendasse a otro, estonce la parte que se agraviare deue tomar alçada del al Emperador o al Rey... E si tal Juez como este ouiesse mandamiento de alguno de los Juezes que dicen ordinarios, para librar algun pleyto señalado, si despues que fuesse conmençado por respuesta delante el, lo encomendasse a otro, e este a quien fuesse assi encomendado dicsse juyzio sobre el pleyto, estonce dezimos, que la parte que se ouiere por agraviada del, que se deue alçar al Juez ordinario, e non a aquel que gelo mando oyr.”

Es de notar que al decir en la última cláusula que del subdelegado debe apelarse, no al subdelegante, sino al superior de éste, no distingue nuestro antiguo Código civil entre subdelegación *total* y subdelegación *parcial*, distinción introducida posteriormente por los canonistas y aceptada también por no pocos civilistas. Puede verse la glosa del eximio jurista saimantino, Licenciado GREGORIO LÓPEZ, a esta ley (11).

Según los Códigos civiles modernos, como advierte el mismo Licenciado LÓPEZ, no está permitido que los jueces deleguen el ejercicio de la jurisdicción, sino que deben conocer por sí mismos. Los jueces delegan solamente en ciertos casos para la práctica de algunas determinadas diligencias judiciales, no para conocer y sentenciar, lo cual deben hacer por sí mismos, sea cual fuere el negocio de su competencia (12).

B) EN EL DERECHO CANÓNICO

I. *Antes de la publicación del Código*

Diseñada a grandes rasgos la evolución histórica del tema que nos ocupa en el Derecho civil, es necesario indicar también la trayectoria que ha seguido en el Derecho canónico.

(10) *Tercera Partida*, tit. XXIII, ley 21.

(11) En los *Códigos españoles concordados y anotados*, tom. III, Madrid, a. 1848.

(12) MANUEL DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Español*, vol. I, Madrid, 1942; p. 220. GIUSEPPE CRIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, traducción del italiano por E. Gómez Orbaneja. Madrid, 1940.

Este sería el momento oportuno para hacer una descripción general de la apelación en Derecho eclesiástico *respecto del Tribunal*, señalando los diversos grados de Tribunales que han existido, desde el arcipreste y el arcediano, que ocuparon un lugar destacado en materia de juicios y apelación, hasta llegar al Papa. Pero como esta materia alargaría desmesuradamente el presente trabajo, la omito, indicando tan sólo algunas fuentes en donde estos datos pueden encontrarse, como son el *Dictionnaire de Droit canonique*, v. *Appel*, de Mgr. André et de l'Abbé Condís (13), y especialmente el *Dictionnaire de Droit canonique* dirigido por A. VILLIEN y L. MAGNIN (14). Pueden consultarse también WERNZ (15), LEGA (16) y ROBERTI (17). Hecha esta amputación de la parte histórica general, nos ceñiremos a trazar las líneas más salientes de la apelación en cuanto a la materia concreta de la jurisdicción delegada. Aduciré primero las fuentes principales y revistaré luego los autores más representativos. Aduciré primero las fuentes principales y revistaré luego los autores más representativos.

Por lo que respecta a las *fuentes*, debo previamente advertir que en ellas se trata solamente del delegado del Papa y del subdelegado de este delegado. Y como quiera que en cuanto a la apelación contra el delegado del Papa no puede haber duda, ya que no cabe sino proponerla ante el mismo Papa, las fuentes indican tan sólo el modo de proponer la apelación contra el subdelegado. En las mismas se ha adoptado la ya citada norma de Derecho romano (18), según la cual del mandatario debe apelarse al superior del mandante, pero introduciendo una distinción que consiste en determinar si la subdelegación fué *total* o *parcial*. El texto principal sobre esta materia es del Papa INOCENCIO III (a. 1206) (19), que dice así:

“Porro, cum delegatus a nobis iurisdictionem suam in alium transfert totam, si fuerit appellandum, non ad eum sed ad nos appellari debet. Cum autem sibi aliquid de iurisdictione reservat, si causa sit ei appellatione remota commissa non ad nos sed ad eum poterit de iure appellari.”

Lo mismo confirmó más tarde BONIFACIO VIII (a. 1299), capítulo VII, *Si delegatus*, I, XIV in VI. Este último capítulo VII, *Si delegatus*, lo comenta así el ya citado BARBOSA:

(13) Edic. 3.ª, revisada por el canónigo J. WAGNER. París, 1901.

(14) París, 1933.

(15) *De iudiciis*, nn. 691, 694, 695.

(16) *De iudiciis*, I, n. 622.

(17) *De processibus*, nn. 80, 81.

(18) 1. *Quis et a quo*, § 1, D., lib. XLIX, tit. III.

(19) Se contiene en el cap. 27, *Super quaestionum articulis*, § 2. Porro, X, I. XXIX

"*Ad eum quoque, etc.* Este texto prueba abiertamente que contra el subdelegado a quien el delegado no comisionó totalmente su representación debe apelarse al mismo delegado y no al primer delegante." (20).

La interpretación fluye tan naturalmente del texto, o mejor, como dice BARBOSA, se contiene tan claramente en el mismo, que no puede menos de ser aceptada por la casi totalidad de los doctores. Así, JORDÁN DE PAZ, Obispo Traguriense (21); REIFFENSTUEL (22), GONZÁLEZ TÉLLEZ (23), SCHMALZGRUEBER (24), FERRARIS (25), quien, después de exponer las sentencias de los doctores, se adhiere a la común; DEVOTI (26), BOUIX (27), LEGA (28).

A la regla general, en cuya virtud, cuando la subdelegación había sido *parcial*, debía apelarse al *subdelegante*, y no al superior de éste, o sea, al primeramente delegado, ponían los tratadistas algunas excepciones, como si el subdelegante había muerto o estaba ausente, o excomulgado, o de otra manera impedido. En estos casos, a fin de no causar gravamen a las partes litigantes con excesivas demoras, la apelación debía proponerse ante el primer delegante, es decir, ante el superior ordinario (29). Las causas de muerte y excomunión fueron establecidas por BONIFACIO VIII y se hallan expresadas en el capítulo X, *Si is cui causa*, II, XIV in VI; otras causas fueron añadidas por los autores, especialmente por JUAN ANDRÉS.

La apelación contra el *subdelegado del Papa* tenía claramente señalado en los textos canónicos y en la común interpretación de los doctores su procedimiento, el cual, por analogía, debía seguirse en la apelación *contra cualquier otro juez subdelegado*. Pero ¿a quién debía dirigirse la apelación contra el *delegado*? Esta cuestión, que era la que más frecuentemente podía presentarse, no hallaba solución en los textos canónicos, por lo cual fué necesario que se la dieran los mismos doctores. Estos, a partir, por lo menos, del siglo XVII, dieron la solución estableciendo, en forma categórica, este axioma jurídico: *A delegato ad delegantem*. No distinguieron, como al tratar de la subdelegación, entre delegación *total* y *parcial*; porque el superior que tiene potestad *ordinaria*, dijeron, aunque delegue toda

(20) *Collectanea Doctorum*, in lib. I, Sexti Decretalium; tit. XIV, cap. *Si delegatus*, 7.

(21) *Etucubraciones*, tom. III, de iudiciis, lib. XIV, tit. XXVI.

(22) *Ius. Can. Univ.*, tom. II, in lib. II, Decret., tit. XXVIII, § 3, n. 61.

(23) *Commentaria perpetua*, in lib. I, Decret. Greg. IX, lib. I, tom. XXIX.

(24) *Ius Ecclesiasticum Untver.*, tom II, pars. III, tit. XVIII, n. 53.

(25) *Prompta biblioteca*, v. *Apellatto*, art. III, nn. 49, 50.

(26) *Inst. Can.*, lib. III, tit. 15, 1.

(27) *Tractatus de iudiciis ecclesiasticis*, tom. II, cap. III, § 6.

(28) *De iudiciis*, n. 622, 6.

(29) *Schmalzgrueber*, o. c., n. 53.

la causa, no puede despojarse de toda su jurisdicción, por ser suya propia y estable; y, consiguientemente, del delegado debe apelarse al ordinario delegante o a su sucesor en el oficio, pero no al superior de él. Así se expresa SCHMALZGRUEBER (30).

JORDÁN DE PAZ excluye expresamente la mencionada distinción diciendo: "Del delegado debe apelarse al ordinario delegante, aunque la delegación hubiera sido hecha no para toda la causa, sino únicamente para una parte" (31).

Por lo expuesto se ve que el antiguo principio respecto de la apelación contra el *delegado* es absoluto y no condicionado, como lo formula ROBERTI, quien dice: "Ex iure Decretalium vigeat principium a delegato appellandum esse ad delegantem, nisi tota fuisset delegata iurisdictio" (32).

El axioma *A delegato ad delegantem*, aunque no contenido en los textos canónicos, circuló como moneda corriente durante los dos últimos siglos (33).

Sin embargo, no faltaron autores que rechazaron el común principio *A delegato ad delegantem*, sustituyéndolo por este otro: *A delegato ad superiorem delegantis*. ZALLINGER (h. t. § 429), citado por el Cardenal LEGA (34), refiere la opinión de algunos que admiten el segundo principio. Nosotros solamente hemos hallado defendida esta opinión, con palabras explícitas, en el *Dictionnaire de Droit Canonique* por M. DURAND DE MAILLANE (35). He aquí sus palabras vertidas a nuestro idioma:

"Puedese apelar de los arcedianos, que tienen jurisdicción propia de su dignidad e independiente de la del Obispo, al mismo Obispo. Pero, si la jurisdicción del arcediano no es sino una emanación de la del Obispo, que aquél no ejerce sino como delegado suyo, o tal es la costumbre, la apelación se eleva entonces al Metropolitano."

Lo mismo se repite en el *Dictionnaire* de MGR. ANDRÉ, ya anteriormente citado (v. Appel, § 2.º). La fuerza de la costumbre para autorizar el proponer la apelación del arcediano o del arcipreste al Metropolitano, *omnino medio*, es decir, pasando por alto el tribunal del Obispo, ya había sido admitida por la mencionada Constitución de INOCENCIO IV, *Romana*

(30) *Ius Ecclesiasticum. Univ.*, tomo II, par. III, tit. XXVIII, n. 53.

(31) *Elucubraciones*, tom. III de iudiciis, lib. XIV, tit. XXVI, n. 491. Cfr. HOSTIENSIS, *Summa Aurea*, lib. II, tit. de Appellationibus; COVARRUBIAS, *Practicarum questionum liber unus*, cap. IV, p. 511.

(32) *De Processibus*, ed. 1.ª, vol. I, n. 148.

(33) Cfr. PIRHING, *Ius Can.*, tit. XXVIII, § 1, XCIV. BOUIX, o. c., tom. II, cap. III, § 6. LEGA, v. 1, ed. Roma, 1896, n. 682, 6; WERNZ, *Ius Decret. De iudiciis*, Prati, 1914, n. 695.

(34) L. c., n. 622, 6, nota 2.

(35) V. Appel, ed. III; Lion, 1776.

Ecclesia (36). Existiendo legítima costumbre, podía apelarse directamente al Metropolitano contra el arcipreste o el arcediano, aunque éstos estuvieran investidos de potestad ordinaria y no simplemente delegada.

II. Después de la publicación del Código

Descrita ya en las líneas que anteceden la evolución legal y doctrinal del instituto jurídico de la apelación contra el juez delegado, durante el largo periodo de la vigencia de las Decretales, que corre desde el siglo XIII hasta la segunda década del XX, réstanos únicamente la fácil tarea de proseguir marcando su evolución desde la promulgación del nuevo Código de Derecho Canónico hasta nuestros días.

El nuevo Código, después de hablar en tres capítulos consecutivos del *tribunal ordinario* de primera, segunda y suprema instancia (cc. 1.572-1.605), trata en el capítulo IV del *tribunal delegado*, dedicándole tan sólo dos cánones: el 1.606, en el que dice que los jueces delegados deben observar las normas establecidas en los cánones 199-207 y 209 sobre la delegación y sobre el error común y la duda positiva y probable, y el 1.607, en el que se determina de qué ministros han de valerse los jueces delegados, ya tengan la delegación de la Santa Sede, ya la tengan de los Ordinarios locales. Sobre la *apelación* contra la sentencia dada por el juez *delegado* nada se prescribe en este capítulo. Tampoco al hablar sobre la apelación en los cánones 1.879-1.891 se hace mención especial del juez delegado.

Dos canonistas españoles de primera categoría, profesores los dos en Universidades romanas, fueron los que, después del Código, primera y más directamente plantearon la cuestión de la apelación contra el juez delegado: éstos fueron MAROTO, profesor en el Apolinar o Instituto Lateranense de ambos Derechos (37), y NOVAL, profesor en la Universidad Dominicana del Angélico (38). Alegando el primero el Derecho romano y el canónico antiguo, y el segundo varios textos de este último, llegan los dos a la conclusión de que deben mantenerse los antiguos principios: "*A delegato ad delegantem.*" "*A subdelegato non in totum appellatur ad subdelegantem, non autem ad primum delegantem, secus si in totum.*"

En pos de los citados maestros fueron todos los autores que escribieron sobre la materia desde el año 1920 hasta el 1926. En esta fecha apareció el notable tratado *De processibus*, del profesor del Apolinar, MON-

(36) Contenida en el lib. VI de BONIFACIO VIII, cap. 3, lib. II, tit. XV.

(37) *Instit. I. C.*, nn. 704, 711, 4.ª; Madrid, a. 1918.

(38) *De Processibus*, n. 157; Turín, 1920.

SEÑOR ROBERTI. Fué este esclarecido profesor el primero que después del Código defendió abiertamente la sustitución del viejo axioma *A delegato ad delegantem* por este otro: *A delegato ad superiorem delegantis*. El punto de apoyo más firme de este segundo principio, ya por algunos defendido en el Derecho antiguo, conforme queda indicado, hállase en el canon 1.571, que dice: *Qui causam vidit in uno iudicii gradu; nequit eandem causam in alio iudicare*.

Desde el momento que apareció la obra de ROBERTI la opinión de los autores comenzó ya a dividirse, aunque la mayor parte sigue todavía adherida al antiguo principio. Propugna con ROBERTI el cambio de principio FERRERES, quien dice resueltamente: "Después del Código no puede apelarse del tribunal delegado al delegante" (39). Asimismo se inclinan a favor de esta sentencia VERMEERSCH-CREUSEN (40) con estas palabras:

"Appellatio a tribunali delegato ad tribunal gradus superioris, non ad delegantem deferenda videtur contra principium iuris anterioris."

De esta manera rectificaron el juicio emitido en las dos primeras ediciones: "Iudex immediate superior ad quem a delegato appellatur, est qui delegavit" (41). También REGATILLO (42) acepta la sentencia de ROBERTI.

El autor que más decidida y eficazmente ha combatido la nueva teoría sobre la apelación contra el juez delegado ha sido el Profesor de la Universidad Gregoriana, P. VIDAL, quien trata de rebatir los argumentos aducidos por ROBERTI (42 bis).

Del mismo parecer que VIDAL son CORONATA (43), CANCE Y ARQUER (44) y LEGA-BARTOCETTI (45).

PARTE SEGUNDA: DOCTRINA

Como fundamento doctrinal del presente estudio precisa dejar bien asentado el *principio general* que regula toda la materia de la *apelación*, y que es como el fondo del cual emerge espontáneamente la tesis que como lógica conclusión presentaré al fallo de cuantos se dedican al esclarecimiento de las intrincadas cuestiones procesales.

(39) *Instituciones canónicas*, tom. II, n. 546, II, ed. 5.ª.

(40) En la edición 4.ª del *Epítome J. C.*, tomo III, n. 57, a. 1931.

(41) *Epítome J. C.*, ed. 2.ª, a. 1925, tom. III, n. 57.

(42) *Instit. J. C.*, vol. II, n. 392.

(42 bis) WERNZ-VIDAL, *De Processibus*, nn. 128, nota 8, 604, 605.

(43) *Instit. J. C.*, vol. III, *De Process*, n. 1.130.

(44) *El Código de Derecho canónico*, vol. II, n. 1.060.

(45) O. c., a. 1938, vol. I, p. 198, n. 4.

El principio que sucintamente trataré de demostrar puede formularse de esta manera: a) *La apelación no es exigida, pero sí muy conforme al derecho natural de defensa*; b) *y debe proponerse ante un tribunal de grado superior*; c) *que generalmente ha de ser el de grado inmediatamente superior.*

a) *La apelación no es exigida, pero sí muy conforme al derecho natural de defensa.*

Esta primera parte del principio enunciado refiérese a la necesidad de la apelación.

“Uno de los problemas, dice el profesor de la Universidad de Nápoles PAOLO D'ONOFRIO (46), en torno de los cuales más se han fatigado los filósofos del Derecho y los legisladores es el de establecer si, después del fallo del magistrado, debe consentirse que quien se considere agraviado por la sentencia y, sobre todo, la parte vencida pueda hacer examinar de nuevo sus razones por el mismo o por otro juez.”

No pocos de los antiguos doctores y algunos modernos han juzgado que la apelación es un derecho reclamado por la misma ley natural. Así lo proclama expresamente el *Dictionnaire de Droit Canonique* por M. DURAND DE MAILLANE (47) con estas palabras:

“La apelación es de derecho natural, ha estado siempre en uso para corregir la iniquidad, la malicia o la ignorancia de los primeros jueces; los jurisconsultos la llaman el antídoto de las injusticias.”

Las mismas palabras repite el *Dictionnaire de Droit Canonique* de MGR. ANDRÉ ET DEL'ABBÉ CONDIS (48). En parecido sentido se expresa el célebre canonista A. AMANIEU en el moderno *Dictionnaire de Droit Canonique* (49), afirmando que la apelación es en sustancia de derecho natural (50).

Sin embargo, la sentencia contraria a la necesidad de la apelación como proveniente del derecho natural, es ya universalmente recibida y debe tenerse como verdadera. Cierto que, generalmente hablando, el derecho debe conceder algún remedio contra la culpable o inculpable injusticia de las sentencias judiciales; mas este remedio no es preciso que sea la apelación a un tribunal superior, en la forma en que este instituto jurídico se halla actualmente organizado por los diversos Códigos. En el Derecho romano

(46) *Nuovo Digesto Italiano*, v. *Appello civile*, p. 559.

(47) Tercera ed.; Lion, 1776.

(48) Tercera ed.; París, 1901, revisada por el canónigo J. WAGNER.

(49) París. VI; Letouzel et Ané, Boulevard Raspail, 87.

(50) PIRING, *Jus Canoncum*, tom. II, tit. XXVIII, sectio VI, § 1.

pre-imperial no era conocida la apelación, aunque había otros recursos o procedimientos para impedir la ejecución de las sentencias injustas. El Derecho canónico siempre ha excluido del derecho de apelación algunos casos particulares, y el actual Código enumera en el canon 1.880 nueve casos en los que no hay lugar a apelación.

Pero aunque la apelación no puede afirmarse que sea de derecho natural, es, sin disputa, convenientísima y muy conforme a los postulados del mismo derecho natural sobre la propia defensa. Elegantemente, con pincelada maestra, ha descrito el jurisconsulto romano ULPIANO las ventajas de la apelación, al mismo tiempo que ha descubierto sus defectos o posibles abusos:

- “Appellandi usus, dicitur, quam sit frequens quamque necessarius nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorigat, licet nunquam bene latas sententias in peius reformet; neque enim utique melius pronuntiat qui novissimus sententiam laturus est” (51).

b) *La apelación debe presentarse a un tribunal de grado superior.*

Esta segunda parte del *principio* general tiene un valor fundamental como premisa para la solución del problema jurídico, objeto de la presente disertación. Interesa dilucidar qué se entiende por tribunal de grado superior, si la apelación a un tribunal de grado superior es elemento esencial de la apelación o si, por lo menos, esta forma de recurso es un principio generalmente admitido por los juristas y por los legisladores.

Tribunal de grado superior no es, según el moderno concepto de la jerarquía de los tribunales, basada en el principio de la división de poderes, el tribunal del superior más elevado en el orden de la potestad ejecutiva. Esta era la antigua concepción de la jerarquía judicial, según la cual el magistrado era el superior revestido de las tres funciones jurisdiccionales o, por lo menos, de la potestad de conocer o dirimir las controversias y de la potestad coercitiva y de ejecución, que los romanos, en sentido específico, llamaban *imperio* (52). Así, en el antiguo Derecho romano no existían magistrados propia y exclusivamente judiciales, sino funcionarios públicos, cada uno de los cuales, dentro de la esfera de sus atribuciones administrativas, podían zanjar las controversias surgidas entre sus subordinados. Al número de estos funcionarios pertenecían los *indices illustres*.

(51) En el prólogo del título 1, *De appellationibus*, Dig. lib. XLIX

(52) L. 3, D., II, 1.

especialmente el *praefectus praetorio* y los *iudices spectabiles*, el *pretor* y el presidente o gobernador de provincia, llamado *iudex ordinarius* (53).

El mismo concepto integral de señorío o de soberanía presidió la organización judicial en la época feudal, en la que contra el vasallo se recurría al señor inmediato y de éste a otro más poderoso, respecto del cual el primer señor no pasaba de ser un vasallo, y así hasta el Rey.

Actualmente el concepto de magistratura y de jerarquía judicial ha sido modificado. La magistratura ya no implica el concepto de señorío, en el que necesariamente se aúnan, por lo menos, la facultad de sentenciar y la de ejecutar, sino que, como explica el articulista de la *Enciclopedia Giuridica Italiana* (Appellazione, n. 136), FRANCESCO SEVERIO GARGIULO, es un verdadero oficio civil establecido en gradación jerárquica conforme a la nueva organización política, que se funda en el principio de la división de poderes públicos y ofrece por lo mismo la seguridad de que el juez superior no representa otra más poderosa aristocracia judicial, sino únicamente un tribunal de mayor competencia. Según este concepto, *tribunal de grado superior* es el tribunal a quien la ley encomienda la resolución judicial de un pleito en instancia más elevada que la precedente, prescindiendo de que dicho tribunal esté o no investido de más alta autoridad en el orden administrativo o carezca de toda autoridad en este orden.

El moderno concepto de *jerarquía jurisdiccional*, que con término genérico llamamos autoridad o superioridad, no es por completo adaptable a la jerarquía eclesiástica, la cual, por lo que atañe a la potestad de jurisdicción, consta por institución divina de los Obispos y del Papa (canon 108, § 3), en quienes reside la potestad de jurisdicción, con el pleno ejercicio de sus tres funciones legislativa, judicial y ejecutiva. Por esta causa dice el canon 1.572, § 1: "In unaquaque dioecesi et pro omnibus causis a iure expresse non exceptis, iudex primae instantiae est loci Ordinarius, qui iudiciariam potestatem exercere potest ipse per se, vel per alios, secundum tamen canones qui sequuntur"; y el canon 1.597: "Romanus Pontifex pro toto orbe catholico ad normam can. 1.569 iudex est supremus, qui vel ipse per se ius dicit, vel per tribunalia ab ipso constituta, vel iudices a se delegatos."

Sin embargo, entre estos dos grados fundamentales de la jerarquía judicial eclesiástica se han introducido varios otros, que antes del Concilio Tridentino se multiplicaron excesivamente; por lo cual dicho Concilio hubo de reducirlos, suprimiendo los tribunales inferiores al Obis-

(53) Cfr. G. CORNILL, *Droit Romaine*, Bruxelles. 1921, lib. II, Chap. prem.

po (54). El Código de Derecho canónico ha fijado la siguiente gradación de tribunales:

1.º Tribunales ordinarios de primera instancia:

a) *Tribunales diocesanos*.—Del Obispo (c. 1.572), del Vicario capitular (c. 432, § 1), del Abad o Prelado *nullius* (cc. 215, § 3, 323), del Administrador apostólico permanentemente constituido (c. 315). Aseméjense a los tribunales diocesanos los de los Vicarios y Prefectos apostólicos (c. 294).

b) *Tribunales de las religiones clericales exentas*.—Son el tribunal del Superior provincial (c. 1.579, § 1) o del Abad del monasterio *sui iuris* (canon 1.571, § 1), a no ser que las Constituciones prevengan otra cosa.

2.º Tribunales ordinarios de segunda instancia:

a) *Tribunales metropolitanos o arzobispales* para las causas tratadas en primera instancia ante los sufragáneos (c. 1.594, § 1), o ante los Metropolitanos que carecen de sufragáneos, o ante los Ordinarios locales sometidos inmediatamente a la Santa Sede (c. 1.504, § 3).

b) *Tribunales de los Ordinarios del lugar designados por los Arzobispos*, de una vez para siempre, con aprobación de la Santa Sede, para recibir la apelación en las causas tratadas en la primera instancia ante los tribunales Metropolitanos (c. 1.594, § 2).

c) *Tribunales de las religiones clericales exentas*, que son el tribunal del Superior supremo para las causas vistas en primera instancia ante el tribunal del Superior provincial o del Abad del monasterio *sui iuris* o de cualquier otro Superior designado por las Constituciones (c. 1.594, § 4).

3.º *Tribunales de la Santa Sede*, que son la S. R. Rota y la Signatura Apostólica (cc. 1.598 y 1.602).

4.º Son tribunales especiales, fuera de la jerarquía, el del Santo Oficio (c. 247) y el tribunal para la dimisión de los religiosos en las religiones clericales exentas (c. 655).

5.º Está sobre toda jerarquía *la persona del Romano Pontífice*, que no suele constituir grado especial en la jerarquía de los tribunales, a no ser que se trate de las causas que le están personalmente reservadas (canon 1.557, § 1).

Tanto en la jerarquía precodicial de los tribunales como en la establecida por el Código puede observarse que hay varios grados; por ejemplo,

(54) *Conc. Trid.*, ses. XIV, c. 11, de ref. Los grados de la jerarquía ordinaria eran estos: Arcediano y Arcipreste, Obispo, Metropolitano, Primado, Patriarca, Sumo Pontífice.

el del Metropolitano, y más claramente el del Sufragáneo elegido como juez de apelación respecto del Metropolitano (c. 1.594, § 2), los cuales no corresponden enteramente a la jerarquía jurisdiccional administrativa; de donde se desprende que la legislación eclesiástica no se opone totalmente a la distinción de poderes, y, por consiguiente, debe admitirse también en nuestro derecho el concepto de *tribunal de grado superior*, que anteriormente he explicado.

La segunda cuestión que en orden a la jerarquía de los tribunales precisa solventar es la de si la *apelación a un tribunal de grado superior* debe considerarse como *elemento esencial de la apelación*.

Tanto la doctrina como la legislación civil y eclesiástica han sancionado la obligatoriedad de este principio y algunos autores han llegado a reconocerle carácter de elemento esencial, sin el que la apelación resultaría inválida. Así lo declara expresamente el gran canonista REIFFENSTUEL (55).

Pero no han faltado algunos autores citados por SCHMALZGRUEBER (56), quienes han negado que la apelación al *juez superior* sea una condición esencial para el valor de la apelación, admitiendo, por consiguiente, que alguna legislación particular pueda estatuir la legitimidad de la apelación de un juez a otro igual o inferior.

Históricamente, tres excepciones tan sólo he podido encontrar en Derecho civil a la antedicha regla. La primera está tomada del Derecho romano y se contiene en una Bula áurea, en la que el Emperador encomendó la resolución de las causas litigiosas propias de él al Elector Palatino (57).

La segunda excepción a la norma según la cual la apelación debe elevarse al tribunal de *grado superior* está sacada de nuestro Código de *las Siete Partidas*, que es la codificación más perfecta del llamado Derecho común o romano-canónico. Dícese en la *Tercera Partida* (58):

“A quien se deue alçar la parte que se touiere por agrauada del juyzio que dieron contra ella.” “Agrauandose alguno del juyzio que le diese su juzgador, puede alçar del a otro que sea Mayoral. Pero el alçada deue ser en esta manera, subiendo de grado en grado todauia del menor al mayor, no dexando ninguno de entre medias... Mas si alguno se alçara por yerro a otro que sea Mayoral de aquel a quien se deuiere alçar, o que fuesse equal de aquel que le auia judgado, vale el alçada; non porque el deua juzgar el pleyto, mas deuelo embiar al otro que ha derecho de juzgarlo. E si se alçare a otro, que sea menor que aquel de quien se algo, tanto vale como si non se alçase.”

(55) *Ius Can. Univ.*, tom. II, lib. II, Decret. tit. XXVIII, § 3.

(56) *Ius E. U.*, tom. II, p. III, tit. XVIII, n. 57.

(57) Cfr. WERNZ, n. 695, nota 48.

(58) Título XXIII, ley XVIII.

Egal. "Adverte bene, dice el comentario del Licenciado GREGORIO LÓPEZ, quia Gloss. in verbo *minorem* et in verbo *vel parem* L. 1, § *si quis D.*, unde ista sumpta est intelligit illius qui iudicaturus est non illius qui iudicabit... ista tamen lex decidit contrarium, immo quod tenebit appellatio, etsi fiat parem illius qui iudicavit."

La tercera excepción fué introducida por la Asamblea Constituyente de la Revolución francesa, la cual admitió el principio del doble grado de jurisdicción, pero no la diversidad de grado en los tribunales de apelación. Esta reforma, sin embargo, duró poco tiempo, pues en el año VIII fué reconocida la falsedad del nuevo sistema democrático, y se tornó al principio que universalmente había prevalecido, o sea, que la apelación debía llevarse al conocimiento de un magistrado de grado superior a aquel que había dictado la sentencia.

En el Derecho canónico vigente aparecen también dos excepciones al principio de la apelación al tribunal de grado superior.

Una es la de la apelación del tribunal metropolitano, cuando en él se ha tratado la causa en primera instancia, al tribunal del Ordinario del lugar, que el Metropolitano, con aprobación de la Santa Sede, haya designado de una vez para siempre (c. 1.594, § 2).

Otra excepción puede, en algún sentido, decirse que es la apelación de un turno a otro de la Rota Romana (cc. 1.598, § 4; 1.599, § 2). El mismo caso de apelación se daba en el poco ha desaparecido tribunal de la Nunciatura de Madrid, llamado Rota Española o Matritense (59).

Estas excepciones confirman la regla general contraria, o sea, *la apelación al tribunal de grado superior*, que, aunque no puede decirse elemento esencial de la apelación, sí debe ser considerado, e históricamente lo ha sido, como un elemento integrante de la misma, que sólo en casos muy excepcionales puede lógicamente faltar o modificarse por la misma ley.

c) *La apelación debe llevarse generalmente al tribunal de grado inmediatamente superior.*

Es éste un postulado jurídico que como principio por nadie ha sido negado, fuera de aquellos pocos autores modernos que opinan debe abolirse el instituto mismo de la apelación (60).

La norma y hasta la forma en esta como en tantas otras materias fué dada por el Derecho romano y se contiene en la ley 21, *Imperatores* (61), donde se dice:

(59) Sabido es también que, según el Derecho consuetudinario por el que se rige en la actualidad la República de *Andorra*, la apelación contra el juez delegado no se propone ante el delegante, sino ante el Consejo Superior.

(60) Cfr. LEGA, *De iudicis eccl.*, lib. I, n. 619, ed. Roma, 1896.

(61) *Dig.*, lib. XLIX, tit. I.

“Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt appellationes quae recto ad Principem factae sunt, omissis his ad quos debuerunt fieri ex immo ordine, ad Praesides remitti.”

Según esta ley, ni siquiera se admitía la apelación al Emperador si no se procedía gradualmente. La norma de la *apelación gradual* fué recibida también en el Derecho canónico y formalmente promulgada por Inocencio IV en el primer Concilio de Lyón, XIII.º de los ecuménicos (a. 1245), mediante la *Const. Romana Ecclesia* (62), donde se prescribe:

“Ab archidiaconis vero aliisque inferioribus Praelatis, Suffraganeis subiectis eisdem et eorum Officialibus ad Suffraganeos ipsos debet et non ad eandem curiam (se entiende la Metropolitana de Reims), omissis dictis Suffraganeis appellari, nisi aliud Rhemensi Ecclesiae de consuetudine competat in hac parte” (63).

El Concilio Tridentino (64) confirmó la *Const. Romana Ecclesia* y amplió el ámbito de su obligación, negando toda fuerza derogativa, bajo pena de nulidad, a cualquier costumbre y privilegio en contrario. Las razones comúnmente alegadas para justificar esta sabia prescripción canónica son tres, a saber: para evitar la confusión entre las diversas jurisdicciones; para que el juez inmediato no aparezca menospreciado, y para economizar los cuantiosos gastos que se originan de llevar la cuestión a un juez más elevado y distante. A estas razones, admitidas por los antiguos legisladores y tratadistas a favor de la apelación gradual, débese añadir otra más poderosa, de orden público, cual es el exigir, como fácilmente se comprende, este ordenado procedimiento la recta administración de la justicia.

Sin derogar totalmente la predicha regla sobre la jerarquía de la apelación, la ley puede establecer diversas y oportunas excepciones. Los antiguos canonistas enumeraban ocho o nueve casos en los cuales podía hacerse la apelación *omisso medio* o *per saltum*. El Código autoriza también en varios casos alterar el orden de la apelación, permitiendo que la primera instancia se proponga a veces en un tribunal de segundo o tercer grado (cc. 1.572, § 2; 1.599, § 2) y autorizando, en forma general, la concurrencia de la Rota Romana, supremo tribunal de apelación, con el tribunal metropolitano para toda causa vista en primera instancia por el Ordinario local (c. 1.599, § 1, 1.º).

Pero si en la concesión legal de algunas excepciones respecto de la gradación de las instancias, no en los casos concretos, convienen la antigua

(62) Que se halla inserta en el libro VI de Bonifacio VIII, lib. II, tit. XV, cap. 3.

(63) Cfr. cap. 66, *Dilecti*, X, II, 28. Honorio III, a. 1214.

(64) Sess. 22, cap. 7 de ref.

y la nueva legislación, existe entre ellas una diferencia radical en lo que se refiere a la libre disposición o prorrogación de la competencia por parte de los litigantes, cuando se trata de diversidad *de grado* judicial o funcional de los tribunales. Según la doctrina de los antiguos canonistas, la alteración de los tribunales en la sucesión de las apelaciones era válida y lícita, con tal que ambas partes litigantes consintieran en ella, por considerar que se trataba de una circunstancia de interés meramente particular y accidental. Así lo declara el insigne canonista PIRHING (65) con estas palabras:

“Porro secundum canones appellatio, omisso medio, et proximo iudice ad mediatum superiorem facta non est nulla sed valet, si pars adversa contra quam appellatum est nihil opponat, ut colligitur ex cit. c. Dilecti (Abb. n. 7.), quia utraque pars in appellationem consentire eique renunciare et iurisdictionem prorrogare censetur in iudicem superiorem et mediatum, neque enim ut appelletur gradatim ad proximum pertinet ad substantiam appellationis; sed est solum circumstantia accidentalis, quales circumstantiae in contractibus aliisque actibus per pactum explicitum vel implicitum utriusque partis tolli posunt in quibus principaliter agitur de commodo earum.”

Esta doctrina sobre la facultad de las partes contendientes para variar el orden jerárquico en la apelación o para mudar la competencia funcional de los tribunales fue ya certeramente impugnada antes del Código por el CARDENAL LEGA (66). La antigua doctrina sobre la libre prorrogación de la competencia funcional o por razón del grado es actualmente rechazada por todos los procesalistas, lo mismo en el Derecho canónico que en el civil. Admítase la libre prorrogación de la competencia judicial cuando se trata solamente de incompetencia por *razón del territorio*; porque si el juez es competente por razón de la materia y del grado del tribunal, que la causa sea conocida por el juez de una u otra circunscripción territorial es cuestión de interés principalmente particular, cuya determinación la ley puede dejar al arbitrio de las partes. Así se verifica en el Derecho civil (67), y parcialmente también en el Derecho canónico, el cual, si bien prohíbe la libre prorrogación de la competencia del juez, exceptuado el caso de los contrato, empero no invalida la prorrogación cuando se trata solamente de incompetencia por razón del territorio, no por razón de la materia o del grado del tribunal (cc. 1.559, 1.610, § 2, y 1.565).

Para esclarecer y corroborar lo dicho sobre la inmutabilidad de la jerarquía de los tribunales por parte de los litigantes, plácenos trasladar aquí

(65) *Jus Canonicum, Diltingae*, a. 1722, tom. II, tit. XXVIII, sect. VI, § 89.

(66) *De iudicte eccle.*, lib. I, vol. I, n. 621.

(67) *Ley de Enjuiciamiento Civil*, arts. 54, 56.

lo que sobre esta materia trae la citada *Enciclopedia Giuridica Italiana* (68). La gradación de las instancias, dice, en relación con el grado de los tribunales no puede ser modificada por las partes litigantes, sea llevando al magistrado de apelación una causa que no ha sido juzgada por el magistrado de primera instancia, sea llevando a éste en grado de apelación la causa que debía juzgar en primera instancia, o llevando la causa a un juez de apelación de diversa circunscripción territorial.

El *grado* constituye un obstáculo insuperable en el ejercicio de la jurisdicción, porque afecta esencialmente al orden público. El ordenamiento judicial forma parte del derecho público del Estado, y se introduciría una grave perturbación en la administración de la justicia si las partes pudieran elegir a su arbitrio los tribunales para dirimir sus controversias, prorrogando a los mismos una jurisdicción que la ley no les concede.

Cierto que, en primera instancia, puede llevarse ante un juez una causa que por razón del territorio sería de la competencia de otro, pero éste es siempre del *mismo grado*; y no se violan las leyes fundamentales que distinguen las varias jurisdicciones: al fin, el juez a quien se acude es el llamado a pronunciar sobre cuestiones, que son las que suele ordinariamente juzgar entre las personas litigantes. La ley presume que puede favorecer al reo el ser juzgado por el tribunal de su domicilio o residencia; pero las partes pueden juzgar de diversa manera, y tratándose de una competencia que se funda en un interés privado, así como es lícito a las partes derogar explícitamente la ley, mediante convenio, así también pueden hacerlo por consentimiento tácito. Esto ocurre cuando el reo acepta la discusión sobre el mérito de la causa, sin oponer preliminarmente la excepción de incompetencia del juez. Mas la competencia, por razón del *grado*, no es de simple interés particular sino de orden público; y, consiguientemente, no pueden las partes trastornar el orden de las jurisdicciones, llevando la causa a un tribunal de grado distinto.

PROPOSICION PRIMERA

Contra la sentencia del delegado debe apelarse al superior del delegante

a) El Código vigente de Derecho canónico, como anteriormente se ha dicho, no ha fijado ninguna norma explícita sobre la apelación contra

(68) *Appellazione*, n. 138.

el juez delegado. Consiguientemente existe un defecto de legislación, una laguna jurídica, que es preciso suplir de conformidad con las prescripciones del canon 20 (69). La norma supletoria debemos buscarla primeramente en el mismo Código de Derecho canónico, sea en la analogía legal —*a legibus latis in similibus*—, sea en la analogía jurídica—*a generalibus iuris principis*—; es decir, en los principios que informan la misma legislación canónica. A falta de analogía legal acudimos a la jurídica o de principios, y éstos los hallamos primeramente en los conceptos de delegación y de aprobación, combinados con la prescripción del canon 1.571, anteriormente transcrito, que dice así: “*Qui causam vidit in uno iudicii gradu, nequit eandem causam in alio iudicare.*”

Este canon, redactado en términos generales, creemos que se refiere no sólo al juez que personalmente ve y falla una causa, sino también a quien teniendo facultad para sustanciarla por sí mismo o por un juez delegado, lo hace en esta segunda forma; y tal es el Ordinario de lugar y los demás jueces ordinarios (c. 1.572, § 1). Concuere con este canon la regla 68 de Derecho: “*Potest quis per alium quod potest facere per se ipsum*” (70). Consecuencia de este principio jurídico es que lo hecho por el delegado se considera hecho por el delegante y tiene jurídicamente la misma fuerza que si éste lo hubiera realizado por sí mismo, sin necesidad de nuevo y distinto acto aprobatorio. Tiene aplicación a nuestro caso las siguientes palabras, que el comentarista de Derecho romano DONELLO decía de la jurisdicción *mandada*, que ya dejó demostrado equivale a nuestra delegación total o concedida para todo el negocio:

“*Cum is qui mandatam suscepit eam exercet, nihilominus qui mandavit ius dicere videtur. Nam si probat id quod facit legatus, ipse facere putandus est; gessisse enim videtur qui per alium gerit*” (71).

De la premisa anterior se deduce que, conforme al canon 1.571, no puede ser nuevamente juzgada, en grado de apelación, por el juez ordinario la causa sentenciada por el juez delegado suyo, así como tampoco puede ser juzgado en el mismo grado, puesto que una causa no puede ser vista dos veces en el mismo grado y menos por la misma persona o que jurídicamente se considera como tal. Por lo mismo, si la sentencia dada por el juez delegado no puede ya ser vista por el ordinario delegante, la apelación debe llevarse al superior del delegante.

(69) NOVAL, *De Processibus*, n. 157.

(70) 68 R. I. in Sexto.

(71) *Commentarii de iure civili*, vol. XI, p. 64 ss.; lib. XVII, cap. VIII, § 1 ss.

Quiero salir cuanto antes al paso de una objeción que podría oponerse diciendo que el canon 1.571 se aplica únicamente a la *persona* que vió la causa en un grado y al *vicario* de ella, no a su *delegado*. No hay motivo, como queda demostrado, para hacer tal aserto. Pero aun en esta hipótesis llegaríamos por otra vía a la misma conclusión respecto de la apelación contra el juez delegado. Cierto que el delegado simplemente se diferencia del vicario, es decir, que el delegado en cuanto tal no es vicario o lugarteniente del delegante. Pero opinamos, como lo hace el profesor de Comillas P. LUCIO RODRIGO (72), que, aunque la potestad *vicaria* suele considerarse como subdivisión de la *potestad ordinaria*, no hay dificultad en que la potestad delegada pueda ser vicaria o ejercida no sólo en virtud de otra potestad, sino también en nombre de otra persona: son conceptos distintos, no opuestos. Esto puede acontecer o porque el delegante así claramente lo expresa o porque así lo exige la naturaleza del acto. Y este es nuestro caso, puesto que se designa juez delegado para dictar sentencia cuando hay un inconveniente grave en que la sentencia sea dictada por el Ordinario o su Oficial (73); y en estas circunstancias es monester, y esto es lo que se intenta, que la sentencia dada por el delegado tenga valor como dada por el Ordinario o su Oficial, es decir, que se considere como dada en nombre del mismo Ordinario. Se trata, pues, de una delegación no simple, sino especial o cualificada, en que al carácter de simple delegación o concesión personal de potestad se añade el de sustitución o de representación.

La anterior conclusión, o sea la de que la sentencia dada por el delegado debe considerarse como dada por el mismo delegante, puede corroborarse por medio de otro argumento basado en la amplia potestad y en la *aprobación* antecedente, otorgada por el delegante a la sentencia del delegado. Que existe esta aprobación o ratificación antecedente de la sentencia pronunciada por el delegado es manifiesto, puesto que el delegante no puede extrajudicialmente rectificar la sentencia pronunciada por el delegado y la rectificación por vía judicial, dentro del mismo grado, pugna con los principios de la apelación, con la intención del delegante y con el motivo de la delegación. Ahora bien; si la sentencia dada por el delegado está en alguna manera aprobada por el delegante, debe estimarse dictada por el mismo, quien en virtud del canon 1.571 ya no puede juzgar nuevamente la causa. Véase el texto de Donello, poco ha citado.

b) La argumentación precedente está sacada del concepto canónico de delegación y aprobación combinado con el principio contenido en el

(72) En su recentísimo tratado *De Legibus*, n. 50, 4.

(73) Cfr. LEGA-BARTOCETTI, O. C., vol. I, p. 198.

canon 1.571. Ahora intento fundamentar otra argumentación sobre un principio jurídico universal acerca de la apelación.

Esta base jurídica creo haberla dejado ya firmemente asentada en la *segunda parte* del que denominé *principio general*. Dicha segunda parte fué enunciada con estas palabras: "*La apelación debe proponerse ante un tribunal de grado superior.*"

Esta regla fué observada con leves excepciones en el Derecho romano, en el Derecho civil común de la Edad Media y en el Derecho civil moderno (74).

Los antiguos tratadistas de Derecho canónico solían afirmar, según queda ya indicado, que la apelación al tribunal superior era condición esencial de la apelación, así como la apelación al juez *inmediatamente* superior sólo la exigían como norma general que sufría múltiples excepciones. En la legislación canónica antigua y moderna también se ha observado siempre, salvo contadísimas excepciones, el mismo principio. Trátase, pues, de un *principio general de derecho*, al que es preciso recurrir para suplir los defectos de legislación, conforme establece el canon 20 con estas palabras: "*Si certa de re desit expressum praescriptum legis sive generalis sive particularis, norma sumenda est... a generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis.*"

Ahora bien: según nuestro Código, el tribunal delegado no constituye grado especial en la jerarquía de los tribunales, distinto del grado de su tribunal ordinario correspondiente. De donde se concluye que, si ha de mantenerse firme el principio de la apelación al tribunal de grado superior, contra la sentencia del juez delegado no cabe otro procedimiento sino el de apelar al tribunal superior del delegante, no a este último, que no se distingue del delegado por diferencia alguna gradual.

Podrá objetarse diciendo que, en tiempo de las Decretales, al mismo tiempo que se proclamaba doctrinalmente el principio de la apelación al juez superior, se admitía la apelación del delegado al delegante y del subdelegado *non in totum* al subdelegante; luego se juzgaba que entre el juez delegado y el delegante mediaba una diferencia de grado. A esto debe responderse que así era, en efecto; por esta causa, cuando se apelaba del subdelegado *in totum* al primer delegante, decíase que la apelación se hacía *omisso medio* o *per saltum*. Pero el nuevo Código, al establecer la gradación de los tribunales (1.ª, 2.ª, última instancia, cc. 1.572-1.607), no tiene en cuenta los grados del tribunal delegado en orden a la serie de las ins-

(74) Cfr. ALCUBILLA, *Diccionario*, v. Apelación Segunda instancia.

tancias; lo cual demuestra que los tribunales delegados no constituyen gradación propia y distinta, debiéndose por ende apelar de ellos al superior del delegante. Que el tribunal delegado no constituye *grado* distinto de su correspondiente tribunal ordinario lo admiten también en la actualidad los defensores de la sentencia opuesta a la que nosotros propugnamos en cuanto a la apelación; pues de lo contrario la causa podría terminarse mediante dos sentencias conformes, antes de llegar al tribunal metropolitano, lo cual está en flagrante oposición con el principio más elemental del proceso apelatorio.

Recordamos, finalmente, la conformidad de esta solución con la ley romana que recogía la apelación contra el mandatario, cuyas veces hace en nuestro derecho el juez delegado (75). La divergencia que, por el contrario, existe respecto del principio defendido por los decretalistas es más bien de hecho que de derecho y se explica, según acabo de exponer, por la diferencia de grado que ellos suponían existir entre el tribunal del delegado y el del delegante, diferencia que el Código vigente no reconoce.

Réstame añadir breves palabras sobre el *juez subdelegado*, del que antiguamente con tanta frecuencia se ocuparon los legisladores y los comentaristas. ¿El principio establecido sobre la apelación contra el *delegado* se halla en armonía o en pugna con la antigua doctrina sobre la apelación contra el *subdelegado*?

Primeramente débese advertir que la delegación judicial se presume hecha mirando a la aptitud o cualidades especiales de la persona delegada. Por lo cual la potestad delegada generalmente no puede subdelegarse si el delegante expresamente no otorga este poder.

Supuesta la legitimidad de la subdelegación, el antiguo principio sobre la subdelegación *total* concuerda con nuestra proposición, puesto que subdelegación *total* era la que se daba para toda la substancia de la causa y, por lo mismo, principalmente para la sentencia; de donde resultaba que la apelación contra el subdelegado era apelación propiamente contra la sentencia. Pero si el enunciado de ambas cuestiones puede identificarse, la solución solamente conviene en su aspecto *negativo*, cual es el de que la apelación contra la sentencia del subdelegado total no debe dirigirse al mismo subdelegante.

Si ahora diésemos un paso más pretendiendo determinar a quién debe elevarse en este caso la apelación contra el subdelegado, yo vacilaría en admitir la antigua solución, que era esta: *al Ordinario delegante*. La razón

(75) Cfr. 1, 1, *quis et a quo appeletur*, § 1, D., lib. XLIX, tit. III.

es porque la sentencia dada por el subdelegado debe considerarse como dada no sólo por el subdelegante, sino también por el mismo Ordinario delegante, con quien forma un mismo grado de tribunal el delegado y el subdelegado; y, en consecuencia, la apelación debería proponerse ante el superior del ordinario delegante. Estas normas no pueden aplicarse al delegado y al subdelegado del Romano Pontífice, porque ello equivaldría a negar la apelación. La doctrina antigua sobre la subdelegación *parcial* concuerda más bien con la segunda proposición, que explicaremos más adelante.

Antes de dar remate a esta primera proposición sobre la apelación contra la sentencia del juez delegado, es preciso solventar con certeza, en el orden práctico, la cuestión relativa a la validez del proceso de apelación contra el juez delegado, planteado en uno o en otro grado de los tribunales, según las diversas opiniones ya expuestas acerca del tribunal de apelación. He dicho que la alteración del grado de los tribunales afecta a la validez del proceso, pues en este caso no se prorroga la jurisdicción por el mero consentimiento de las partes litigantes. Pero el Código ha previsto el medio de obtener certeza práctica o refleja cuando no es posible eliminar la duda en el orden especulativo acerca de la existencia de la jurisdicción. Este medio consiste en *suplir* la Iglesia o conceder por vía extraordinaria la jurisdicción necesaria, de cuya existencia se duda con duda positiva y probable o sobre la que existe error común. "*In errore communi aut in dubio positivo et probabili sive iuris sive facti iurisdictionem supplet Ecclesia pro foro tum externo tum interno*" (canon 209). Y en el canon 1.606 expresamente se declara que este principio tiene también aplicación respecto de los jueces delegados.

En virtud de estos cánones, mientras exista como al presente duda de derecho positivo y probable sobre la cuestión que estudiamos, tanto la sentencia dada en grado de apelación por el delegante como por el superior del delegante contra la sentencia del delegado ha de considerarse como práctica y ciertamente válida, porque si no existe jurisdicción, *la Iglesia la suple*. Debemos noblemente reconocer que esta solución práctica resulta poco científica y sólo, a falta de solución directa, puede decirse conforme con la voluntad del legislador. Por esta causa dicha solución no debe satisfacernos ni enervar o paralizar el generoso y tenaz empeño que los canonistas han de poner siempre en hallar solución directa a ésta y a las demás cuestiones jurídicas, a fin de que las leyes de la Iglesia sean interpretadas y cumplidas de perfecto acuerdo con la mente del legislador, pudiendo así labrar el bien común para cuya consecución fueron promulgadas.

PROPOSICION SEGUNDA

El recurso contra el delegado se interpone generalmente ante el mismo delegante

Trátase en esta segunda proposición del *recurso* contra el juez delegado, que tiene lugar en diversos casos en los que no puede entablarse apelación propiamente dicha. Sobre la tramitación del recurso en orden al tribunal no puede establecerse una norma única e invariable, pero sí una regla general, y ésta es que *de ordinario el recurso debe proponerse al delegante*.

Para mayor esclarecimiento de esta segunda proposición distinguimos los casos que principalmente suelen ocurrir, dando a cada uno su propia solución.

1.° *Recurso contra la inadmisión de la demanda por el juez delegado*

Dos casos pueden distinguirse: primero, que el juez delegado rechace la demanda (c. 1.709, §§ 2-3); segundo, que no responda (c. 1.710).

En el primer caso, hace el Código dos hipótesis: 1.°, que la demanda sea rechazada por defectos que pueden enmendarse, y entonces el demandante puede primeramente presentar recurso al mismo juez delegado, y, si de nuevo fuere rechazado, elevarlo al tribunal superior; también puede desde el principio dirigir el recurso a este tribunal. La segunda hipótesis se verifica cuando la demanda es rechazada por defectos que no pueden corregirse. En este último caso, el recurso debe dirigirse desde el primer momento al tribunal superior. Pero ¿cuál es el tribunal superior? ¿El del delegante o el del superior del delegante? Nuestra respuesta, conforme a la doctrina anteriormente defendida, tiene que ser a favor del superior del delegante. Por otra parte, no es de extrañar que en este caso la solución sea la misma que la dada para la apelación contra la sentencia del juez delegado, puesto que la inadmisión de la demanda es una resolución que tiene fuerza de sentencia definitiva (c. 1.880, 6.°).

Si el juez delegado no rechaza la demanda pero tampoco le da respuesta alguna, entonces debe cumplirse lo que respecto del juez Ordinario establece el canon 1.710, a saber, que, después de instar al mismo juez para que cumpla su obligación de admitir o rechazar la demanda y transcurridos cinco días desde que se presentó la instancia, puede elevarse recurso al Ordinario del lugar o bien al tribunal superior.

2.º *Recurso contra el delegado sospechoso*

Este caso no ofrece dificultad, pues la solución nos la da el mismo Código en el canon 1.614, § 1, con estas palabras:

“Cum iudex, etsi competens, a parte recusatur ut suspectus, haec exceptio, si proponatur contra iudicem delegatum in causa unicum vel contra collegium vel maiorem delegatorum iudicum partem, definienda est a delegante; si contra unum vel alterum ex pluribus iudicibus delegatis, etsi Collegii praesidem, a ceteris iudicibus delegatis et non suspectis.”

Es muy razonable esta prescripción canónica, puesto que incumbe al mismo delegante juzgar si la delegación ha recaído sobre persona apta, como también examinar si ésta cumple o no las condiciones del mandato delegatorio. La segunda parte de la prescripción canónica respecto del tribunal delegado colegiado responde a motivos de orden práctico, encaminados a facilitar la resolución del incidente de sospecha.

3.º *Recurso contra el auditor o instructor de la causa*

No compartimos el parecer de algunos autores, como WERNZ (76) y CANCE-ARQUER (77), quienes reducen los jueces delegados para toda la causa a meros *instructores* o *jueces imperfectos*, sin facultad para dar sentencia por sí misma válida, antes de la confirmación del Ordinario. A la misma opinión de los citados autores parece adherirse CORONATA (78). Jueces delegados para toda la causa y auditores o instructores son en realidad distintos; y por esta causa la apelación o el recurso contra ellos se hace de distinta forma. Del juez delegado para dictar sentencia ya se ha tratado en la proposición primera. La apelación contra el auditor se propone ante el juez principal (cc. 1.580-1.614, § 1), aunque no siempre sea el delegante.

4.º *Recurso contra el juez delegado para un acto particular*

Este caso se verifica en el tribunal colegiado cuando por motivos especiales, en vez de encomendar la ejecución de un acto al auditor, quien por no ser verdadero juez no puede tomar parte en la sentencia, conviene más bien encomendarla a uno de los jueces que han de dictar la sentencia. Puede designarse este juez, por ejemplo, para practicar el acceso o reconocimien-

(76) *Ius Decretatum, de iudicis*, n. 695, nota 53.

(77) *El Código de Der. Can.*, vol. II, n. 160, 4.

(78) *O. c.*, vol. III, n. 130, nota 1.

to judicial (c. 1.807), para examinar a los testigos (c. 1.773, § 1), para dirigir la litiscontestación (c. 1.727), para recibir el juramento (c. 1.622, § 3). Se pregunta: ¿A quién debe recurrirse contra este juez delegado si, por ejemplo, traspasa los límites de la delegación o no realiza lo que le ha sido encomendado? La respuesta creo que debe ser: a los demás jueces que constituyen el tribunal delegante. Coincide esta norma con la dada en el canon 1.614, § 1, y con la que en el derecho de las Decretales se seguía respecto del subdelegado parcial o *non in totum*.

5.° *Querrela de nulidad, restitución "in integrum" y oposición de tercero contra la sentencia del juez delegado*

a) En cuanto a la *querrela de nulidad* contra la sentencia dada por un juez delegado no convienen los autores sobre si debe proponerse ante el mismo delegado que pronunció la sentencia o ante el juez ordinario delegante. El Código prescribe en los cc. 1.893 y 1.895 que la querrela de nulidad se proponga "*coram iudice qui sententiam tulit*". Estas palabras, cuando la querrela de nulidad se propone en forma de *excepción*, deben entenderse respecto de cualquier juez, sea ordinario o delegado. Pero si la querrela de nulidad se propone a *modo de acción*, es cuestión debatida entre los autores si las referidas palabras han de entenderse del juez delegado que pronunció la sentencia o del juez ordinario delegante.

VERMEERSCH-CREUSEN (79) y ROBERTI (80) opinan que la querrela de nulidad debe interponerse ante el mismo delegado que dictó la sentencia, porque el Código no distingue entre juez ordinario y delegado. Pero la mayoría de los autores, como NOVAL (81), WERNZ-VIDAL (82), MUNIZ (83), LEGA-BARTOCETTI (84), sostienen que debe dirigirse la querrela al juez ordinario del mismo grado y no al *delegado* que dictó la sentencia, a no ser que, en sentir de algunos autores (NOVAL, LEGA), el delegado haya recibido potestad *ad universitatem causarum*. La razón es porque el delegado para casos concretos, una vez que ha cumplido su encargo, válida o inválidamente, cesa en su oficio de delegado.

Esta era la doctrina comúnmente admitida en el antiguo derecho (85).

(79) *Eptome*, III, n. 242.

(80) *De processibus*, II, n. 497.

(81) *De processibus*, n. 660.

(82) *De processibus*, n. 622, nota 13.

(83) *Procedimientos eccl.*, III, n. 499.

(84) *Commen in tud. eccl.*, vol. II, p. 1.130.

(85) Cfr. *Decretales Greg. IX*, lib. I, tit. XXIV, cap. IX; LEGA, *Praelectiones de iudiciis eccl.*, I, n. 652.

Exceptúase el caso en que hayan de corregirse errores meramente materiales, lo cual puede hacer el mismo juez delegado (c. 1.878), aun sin que sea propuesta la querrela de nulidad. También nos parece probable que pueda enmendar el juez delegado los defectos que se refieren no a todo el proceso, sino únicamente a la sentencia, y que pueden inmediatamente corregirse (c. 1.894, 2.º, 3.º, 4.º).

Hechas estas salvedades, nosotros nos adherimos plenamente a la segunda sentencia, que se corrobora con lo que establece el canon 173 sobre el compromiso o mandato delegatorio para la elección: "Cessat compromissum et ius eligendi redit ad compromittentes... 3.º Electione absoluta, si fuerit nulla." Y observamos de pasada cómo al aplicar los defensores de la segunda sentencia las palabras "Coram iudice qui sententiam tulit", cuando del delegado se trata, al mismo *juez ordinario*, sobreentienden que la sentencia dada por el tribunal delegado se considera dada por el tribunal ordinario del mismo grado, lo cual viene a confirmar *mi primera proposición*.

b) La misma solución que para la querrela de nulidad contra la sentencia del juez delegado debe darse para la *restitución in integrum*, respecto de la cual emplea el Código (c. 1.906) las mismas palabras que al hablar de la querrela de nulidad:

"Ad restitutionem in integrum concedendam competens est iudex qui sententiam tulit, nisi ea petatur ex neglecto a iudice praescripto legis; quo in casu eam concedit tribunal appellationis."

Y con mayoría de razón afirmamos que el recurso o remedio de la restitución *in integrum* contra la sentencia del juez delegado debe llevarse al juez *ordinario* delegante, puesto que la sentencia en este caso, aunque injusta, se considera válida, por lo cual existe mayor motivo para que se tenga por caducada la potestad del juez delegado particular, una vez que ha dictado sentencia. Añádase a lo dicho que cuando el Código habla de la restitución *in integrum* en orden a actos o negocios no judiciales, dice expresamente: "*Restitutio in integrum peti debet ab ordinario iudice*" (canon 1.688, § 1). Es éste un claro argumento de analogía legal que no es posible desatender. Por todas estas razones es muy de extrañar que CORONATA (86) dé para la restitución *in integrum* solución contraria de la que había propugnado para la querrela de nulidad, afirmando que la restitución puede también concederla el juez delegado.

(86) *Instit. Jur. Can.*, III, n. 1.428.

c) Por lo que atañe a *la oposición de un tercero*, señala el canon 1.899 un doble procedimiento, que consiste o en interponer la apelación al juez superior o en pedir la revisión de la sentencia al mismo juez que la había dictado. Cuando se sigue el procedimiento de *apelación*, la causa, es decir, la oposición de tercero contra la ejecución de la sentencia dada por el juez delegado ha de elevarse al superior del delegante, según queda demostrado en la primera proposición. Pero si se pide *la revisión*, la demanda ha de dirigirse al mismo delegado que pronunció la sentencia. Interpretamos aquí la cláusula "Ab ipso iudice qui sententiam tulit" de diversa manera que en los dos casos precedentes, porque en éste de la *oposición de tercero*, a diferencia de lo que sucede en la *querrela de nulidad* y la *restitución in integrum*, no ha sido todavía ejecutada la sentencia ni dado por el juez el decreto ejecutorio; por lo cual no ha expirado la potestad del juez delegado, quien puede ver la causa incidental de la *oposición de tercero*, como puede resolver los demás incidentes que ocurran antes de haber dado cabal cumplimiento al mandato delegatorio, cuyo último acto es el decreto de ejecución por el que la efectiva ejecución de la sentencia pasa a manos del Superior en quien reside la potestad gubernativa (cc. 1.918, 1.920).

MARCELINO CABREROS, C. M. F.

Catedrático de la Universidad Pontificia de Salamanca.