

institución es todavía incierto.<sup>73</sup> De todos modos, fue justamente observado que la misma institución del conciliador es *le plus bel hommage que l'on puisse rendre aux anciennes justices de paix*.<sup>74</sup> Se trata de un interesante intento por recuperar los valores que subyacían a la antigua institución y que corrían el riesgo de desaparecer.

En definitiva, el legislador francés y el italiano parecen seguir direcciones opuestas. Aquél suprimió el juez de paz transfiriendo las funciones jurisdiccionales menores al juez profesional y creando un órgano no jurisdiccional, el conciliador, como instrumento alternativo y extrajudicial, de resolución de las controversias.<sup>75</sup> El legislador italiano, en la primera oportunidad, ha sustituido *tout-court* al conciliador por el juez de paz.

## VII. EL JUEZ DE PAZ ITALIANO: ¿MODELO O ANTIMODELO?

El modelo francés de juez de paz tuvo una suerte particular.<sup>76</sup> A éste parecen referirse las correlativas instituciones que se presentan entre los diversos países europeos,<sup>77</sup> en particular, el *juez de paz*

<sup>73</sup> Cfr., por último, Perrot, R., *Institutions judiciaires*, op. cit., pars. 110, 489 y 490, pp. 107 y ss. y 427 y ss.

<sup>74</sup> Perrot, R., op. cit., par. 110, p. 109.

<sup>75</sup> De Vita, A., *Dal giudice di pace al conciliatore*, op. loc. cit.

<sup>76</sup> Sobre la difusión del modelo inglés, cfr., Skyrme, T., *History of the Justices of Peace*, op. cit., en particular en tercer volumen.

<sup>77</sup> Ante todo, me refiero a varios cantones suizos. En relación con aquellos de lengua francesa, cfr., para Ginebra, Habscheid, W. J., *Droit judiciaire privé suisse*, Ginebra, 1981, p. 128, para Friburgo, Deschenaux H., y J. Castella, *La nouvelle procédure civile fribourgeoise*, Friburgo, 1960, p. 30, y, para Vaud, arts. 320 y ss. del *Code de procédure civile du Canton de Vaud*, del 14 de diciembre de 1966, en *Il processo civile svizzero*, op. cit., pp. 281 y ss.; en cuanto al Ticino, cfr. art. 2 de la *Legge Organica Giudiziaria Civile e Penale*, del 24 de noviembre de 1910, y los arts. 291 y ss. del *Codice di procedura civile della Repubblica e cantone del Ticino*, del 17 de febrero de 1971, en *Il processo civile svizzero*, op. cit., pp. 447 y ss.; por último, en relación con algunos cantones de lengua alemana, cfr., retro, nota 4. Recuérdense, además, Bélgica (art. 59 del *Code Judiciaire du 10 octobre 1967*, así como, Le Court, E. de, "Considerations sur la justice de paix", en *Journal des Tribunaux*, 1960, pp. 553 y ss.), Luxemburgo (art. 1-9 de la *Loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire*, en *Memorial, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, núm. 12, 14 de marzo de 1980, p. 144), Grecia (Kerameus, K. D., "The function of conciliation as a means of avoiding litigation and settling a dispute", en *Revue Hellénique de Droit International*, 1982-1983, pp. 227 y ss.) y Turquía en donde la institución es conocida con el nombre de *Sulh Hukuk Mahkemesi* (cfr. *L'Europe judiciaire*, edición del Conseil de l'Europe, 1975, p. 136).

español<sup>78</sup> y el *juiz de paz* portugués,<sup>79</sup> que constituyeron la inspiración principal para la difusión de la institución en los países extra-europeos.<sup>80</sup>

En Italia su encarnación en la época napoleónica demostró ser, por el contrario, efímera. En otro congreso he intentado demostrar como la introducción del juez conciliador, lejos de constituir la continuación del *juge de paix*, representa la interrupción del experimento y el regreso a las tradiciones de derecho común.<sup>81</sup> En definitiva, al inicio del siglo XIX, el rechazo contra el juez de paz había favorecido la institución del conciliador, en cuyo pecho latía todavía el antiguo corazón de las cortes locales. Hoy tenemos, al contrario, a una evolución inversa: del conciliador al juez de paz.

Esta mutación semántica corre el riesgo, no obstante, de ser distorsionadora. Ello no implica que se regresó al modelo francés ni, mucho menos, que se ha acogido el inglés. La “paz”, a la cual se refirió nuestro legislador, probablemente no tiene nada que ver con la *King's Peace*, pero sus raíces no son tampoco atribuidas fácilmente a la *fraternité* cristiano-masónica. Con tono de sarcasmo, se ha hablado de una *paz de los jueces*. Estos últimos tienden, en efecto, a obtener del legislador un serio detrimento de su propia carga de trabajo: un juez de paz para la paz de los jueces.<sup>82</sup> Nos resta, de este modo, establecer si el juez de paz italiano pueda conformar un modelo autónomo.

<sup>78</sup> Además del escrito clásico de Vincente y Caravantes, J., *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales*, op. cit., I, pp. 450 y ss., cfr., de la literatura contemporánea, Fairén Guillén, V., *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, 1990, pp. 178 y ss.

<sup>79</sup> Cfr., Reis Figuera, A., “Formas de participação popular de justiça em Portugal”, en *Scientia Juridica*, XXXIII, núm. 191-192, 1984, pp. 19 y ss.

<sup>80</sup> Cfr. Lagrasta Neto, C., “Juizado especial de pequenas causas e direito processual civil comparado”, en *Juizado Especial de Pequenas Causas*, edición de Kazuo Watanabe, Sao Paulo, 1985, pp. 49 y ss. y 86 y ss., con amplias referencias a las instituciones correlativas de la América Centro-Meridional.

<sup>81</sup> Picardi, N., “Il conciliatore”, op. cit., pp. 1072 y ss.

<sup>82</sup> Chiarloni, S., “Un giudice di pace per la pace dei giudici”, en *Foro Italiano*, 1989, V, apdos. 16 y ss. así véase también el volumen de actas del seminario organizado por la Asociación Centro di Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato (Roma, 30 de septiembre de 1988) sobre “Il giudice di pace. Il dibattito attuale e le iniziative di legge”, edición de Sestini, R., en *Democrazia e Diritto*, 1989, suplemento del núm. 3- pp. 11 y ss. Del mismo modo, véase, del mismo Chiarloni, S., “Istituzione e funzioni del giudice di pace”, en *Le riforme del processo civile*, edición de A. Bologna, s.f., pp. 920-921, después de haber precisado que nuestro juez de paz no tiene nada que hacer frente a los modelos inglés y francés,

Hasta aquí, entre Alessandro Giuliani<sup>83</sup> y yo, existe una sustancial concordancia de ideas. Nuestras investigaciones, en cambio, a partir de este punto empiezan a distanciarse. Según Giuliani, la nueva normativa sobre el juez de paz es particularmente pobre, ya que el legislador se enredó, por un lado, con la perversa lógica según la cual el remedio ante el incremento del número de procesos depende, *sic et simpliciter*, del aumento en el número de jueces, y, por otro lado, por la lógica economicista que lo lleva a recurrir, por razones de presupuesto, al juez de la tercera edad. Siempre siguiendo a Giuliani, la nueva ley sobre el juez de paz es el último acto que concluye el divorcio entre la comunidad y la administración de justicia; el juez de paz, de este modo, no puede ser considerado expresión del Estado-comunidad. Se vino, así, a romper con la continuidad de una larga tradición que del conciliador se remontaba a las cortes locales del derecho común.

Dicho juicio en torno a la nueva ley es, por ello, definitivo y sustancialmente negativo. Se trata de un antimodelo, para usar la terminología de Chaim Perelman.<sup>84</sup> A mi parecer, no estamos, al contrario, en presencia ni de un modelo ni de un antimodelo, sino de un simple bosquejo. La institución del juez de paz debe todavía estructurarse con las contribuciones, no sólo de las autoridades administrativas antepuestas a su actuación, sino también (y sobre todo) de la jurisprudencia tanto doctrinal como práctica. Un eventual fracaso sería, por ello, imputable no sólo al legislador, sino —en gran medida— también a las autoridades administrativas, a la doctrina y a la jurisprudencia que son invocadas para concretar e in-

concluye en el sentido de que se trata de “un juez *sui generis*, denominado así en razón de resquicios de tiempos lejanos en los cuales se había adoptado una fórmula que se refería a experiencias extranjeras de auténticos jueces-ciudadanos no profesionistas”.

<sup>83</sup> Giuliani, A., “La figura del giudice di pace”, ponencia presentada en el “Incontro di Studio sulla Riforma del Processo Civile ed il Giudice di Pace”, organizado por la Associazione Nazionale Magistrati, sezione umbra, Perugia, 22-23 de noviembre de 1991 (en prensa).

<sup>84</sup> Perelman, Ch. y L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, traducción italiana con prefacio de N. Bobbio, Turín, 1966, pp. 383 y ss., y Perelman, Ch., *L'empire rhétorique. Rhetorique et argumentation*, París, 1977, traducción italiana, Turín, 1981, pp. 121 y ss.

Sobre el tema, *cfr.*, también, Di Robilant, E., *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, 1968, en particular pp. 67 y ss., y también, desde el punto de vista de la lógica formal, Tarski, A., *Introduction to logic*, Oxford, 1965, traducción italiana, 1969, pp. 155 y ss.

tegrar la “pobreza” —muchas veces querida— de la normatividad legislativa. Desde ese punto de vista, tengo la impresión de que, en las circunstancias actuales, no sea posible formular, todavía, un juicio definitivo. Debemos, más bien, colaborar para construir, juntos, un modelo aceptable.

¿Tendrá razón Alessandro Giuliani con su amargo diagnóstico sin solución, o bien el problema sigue abierto? Ninguno de nosotros está seguro de que su propia posición sea la correcta. Sólo el futuro podrá darnos una respuesta. Por el momento, me limitaría, por ello, a hacer alguna conjetura, sin pretender ocultar los problemas que presentan ambas posturas.

### VIII. LAS DOS LÓGICAS “PERVERSAS” DEL LEGISLADOR ITALIANO

Como hemos dicho, según Alessandro Giuliani, el legislador ha seguido dos lógicas perversas: por un lado, la lógica según la cual el aumento de la cantidad de procesos es solucionado, *sic et simpliciter*, con un aumento del número de jueces; por el otro, la lógica economicista que lo llevó a utilizar jueces de la tercera edad.

Estas observaciones, a mi juicio, son precisas, pero agregaría, que lo son sólo hasta un cierto punto. Se podría objetar que el número de jueces, si bien no es de por sí resolutorio del problema de la carga judicial, no es tampoco un argumento desechable del todo. Ya se ha recordado que en Inglaterra, frente a unos cuantos jueces letrados, hay más de 21 mil jueces de paz. En los países que, al contrario no conocen la institución del juez lego, el número de jueces letrados es claramente superior al nuestro. Por ejemplo, en Hungría, que tiene una población de cerca de once millones, hay tres mil jueces togados; proporcionalmente, nosotros deberíamos tener quince mil. En esencia, el juez de paz, aparece como alternativa a la admisión de algunos millares de nuevos magistrados profesionales. No es casualidad que nuestro Parlamento haya aprobado la institución del nuevo juez honorario en el momento en el cual ha constatado que no era posible la vía del “reclutamiento” extraordinario de un número considerable de magistrados letrados. Distinto aparece, al contrario, el problema de si sea o no suficiente el núme-

ro de 4,700 integrantes, establecido de un modo “orgánico” para el juez de paz por el artículo 3º de la nueva ley.<sup>85</sup>

No sería, tampoco, del todo cierto que, de acuerdo con el modelo de optar por jueces de la tercera edad, hayan sólo motivos de desequilibrio.<sup>86</sup> Si esa hubiera sido la causa, más valdría conservar la menos gravosa institución del juez conciliador, situación en favor de la cual no faltaban presiones. De los trabajos preparatorios, aparece, más bien, que la opción del legislador estuvo determinada, por un lado, por la exigencia de eliminar de raíz los peligros de inseguridad y las consecuentes instancias de estabilidad generadas por los nuevos jueces, así como, por otro lado, por el intento de evitar que el juez de paz pueda utilizar su cargo para posteriores encumbramientos en su carrera,<sup>87</sup> lo que habría terminado por incidir su independencia interna. La lógica economicista ha influido, de todos modos, grandemente en el nuevo juez, en tanto no fueron acogidas las medidas de incentivos que habían sido propuestas<sup>88</sup> y que habrían evitado la dificultad en el reclutamiento, asegurando, al mismo tiempo, el acceso de sujetos realmente idóneos.

Una valoración omnicompreensiva de la reforma no puede hacer a menos de la lógica que subyace a las funciones atribuidas al nuevo juez y al papel que el mismo está destinado a realizar.

En cuanto a las funciones, el legislador italiano —a diferencia del francés— continúa confiando al mismo magistrado honorario tanto la actividad conciliadora como la jurisdiccional. Debemos re-

<sup>85</sup> Se trata de una solución de compromiso frente a propuestas divergentes en cuanto al número de jueces de paz necesario, *cfr.*, Caponi, B., sub art. 3 de *Giudice di pace*, edición de M. Acone, Nápoles, 1992, p. 15.

<sup>86</sup> Sobre las condiciones impuestas por la necesidad de equilibrio, llama la atención, Acone, M., “Il giudice di pace (dal dibattito culturale alla legge istitutiva)”, en *Scritti in Onore di Elio Fazzalari*, edición de *Rivista di Diritto Processuale*, 1992, p. 1108.

<sup>87</sup> Acone, M., “Il giudice di pace”, *op. cit.*, p. 1110.

<sup>88</sup> Proto Pisani, A., “L’istituzione del giudice di pace”, en *Foro Italiano*, 1991, V, c. 584, subraya, en efecto, que no fueron acogidas ni la propuesta (proyecto de ley diseñado por Acone y otros) que tendía a facilitar la pensión anticipada de aquellos que eran nombrados jueces de paz, ni aquella dirigida a permitir a los nuevos jueces, ya pensionados, a escoger entre la indemnización y la integración de la pensión (*cfr.*, también, Manzo, G., en Acone, M. (editor), “Il giudice di pace”, *op. cit.*, art. 5, pp. 35-36). Aparece insuficiente, además, la misma indemnización prevista. Proto Pisani afirma, justamente, que el Parlamento, en base de lo que emergerá de la praxis en la aplicación, pueda reexaminar e integrar las opciones organizativas ya utilizadas.

conocer, en realidad, que no han faltado intentos para introducir una conciliación preliminar obligatoria.<sup>89</sup> Por otro lado, nuestro legislador se limitó sustancialmente<sup>90</sup> a “someter”<sup>91</sup> a la autoridad del juez de paz la vieja y desusada<sup>92</sup> normatividad sobre la facultad preliminar de conciliación y, además, atribuyó al nuevo juez una relevante competencia extendida, en perspectiva, también a la materia penal.<sup>93</sup> De aquí se presentan dos posibles salidas operativas.

Indudablemente, el conciliador ha ejercido, hasta ahora, únicamente la función de juez “menor”. De esta premisa, un primer análisis genera elementos para una concepción negativa. Se ha dicho, en efecto, que en relación con la actividad conciliadora “nadie la ha tomado en cuenta ni tampoco lo hará en el futuro”.<sup>94</sup> En otras palabras, el juez de paz terminará por ejercer, exclusivamente, funciones jurisdiccionales —incluso ante una revaloración de sus competencias— y la nueva institución terminará por ser, sustancialmente, una reedición,<sup>95</sup> con distinta apariencia, de la figura del

<sup>89</sup> Excepto si es confiado, después, al mismo juez, o bien a los órganos administrativos (oficinas provinciales de conciliación en el A.C.I.), *cfr.*, Cecchella, C., en Acone, M. (editor), “Il giudice di pace”, *op. cit.*, sub. art. 31, p. 213. Del mismo modo, en Vaccarella, R., B. Capponi y C. Cecchella, *Il processo dopo le riforme*, Turín, 1992, pp. 219 y ss. La experiencia comparativa demuestra, por otro lado, la escasa eficacia de toda forma preliminar obligatoria de conciliación, *cfr.*, *supra*, pars. 5 y 6.

<sup>90</sup> No obstante, fueron modificadas las reglas de competencia territorial, incrementando, más bien, el tecnicismo de la institución. En cambio, de acuerdo con la vieja regulación (art. 321 del Código de Procedimientos Civiles), la competencia para el intento de conciliación está establecida en referencia a la residencia, domicilio o habitación de una de las partes, o bien, al lugar en el cual se suscita la controversia, caso en el cual el art. 322 reenvía, en efecto, a los criterios ordinarios de competencia.

<sup>91</sup> Consolo, C., “La collocazione nell’istituzione giudiziaria italiana del nuovo giudice di pace”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Processo Civile*, 1992, posteriormente reimpresso como introducción del volumen, Consolo, C., F. P. Luiso y B. Sassani, *La riforma del processo. Commentario. Il giudice di pace*, Milán, 1993, p. 82 (las citas posteriores se refieren a esta última fuente).

<sup>92</sup> *Cfr.*, los datos estadísticos relativos en Picardi, N., “Il conciliatore”, *op. cit.*, p. 1088, nota 105. En relación con el tema *cfr.*, C. Besso, en Chiarloni, S., *Le riforme del processo civile*, *op. cit.*, pp. 1062 y ss.

<sup>93</sup> C. Consolo y F. P. Luiso, en Consolo, C., F. P. Luiso y B. Sassani, *Il giudice di pace*, *op. cit.*, pp. 76 y ss., 218 y ss., y 335 y ss.

<sup>94</sup> Acone, M., “Il giudice di pace”, *op. cit.*, p. 1118, así como Luiso, F. P., *op. cit.*, p. 324.

<sup>95</sup> Sobre el problema de la continuidad o de la fractura entre las instituciones del conciliador y del juez de paz, *cfr.*, Consolo, C., *op. cit.*, pp. 51 y ss.

conciliador. En el mejor de los casos, se dice, el juez de paz se convertirá en el juez de los desastres automovilísticos.

No obstante, es posible augurar distintas suertes si, en efecto, se orienta la tendencia de nuestro tiempo hacia el *favor conciliationis*. Es notable el vasto movimiento cultural que propugna por formas alternativas de solución de las controversias (*alternative dispute resolution*: A.D.R.).<sup>96</sup> También en Italia se ha manifestado, en los últimos tiempos, una notoria sensibilidad en relación con experiencias de “conciliación y arbitraje” en el sector servicios y de consumos, entendido como ejemplos de justicia privada.<sup>97</sup> Se propugnó, incluso, por una forma de justicia cualitativamente distinta de la administrada en la vía jurisdiccional,<sup>98</sup> es decir, una justicia conciliadora o “coexistencial”, una justicia “encaminada a cuidar, no

<sup>96</sup> Cfr., la citada investigación florentina dirigida por Cappelletti, M., *Access to justice*, y, en particular, la ponencia general de Cappelletti y Garth, I, pp. 59 y ss., así como los estudios recogidos en la segunda parte del segundo volumen bajo el título *Alternatives to Adjudication: Mediation and Conciliation*. Del mismo Cappelletti, véase, “Il giudice di pace nella prospettiva del movimento per l'accesso alla giustizia”, en *Scritti in Onore di Elio Fazzalari*, así como las citadas Actas del Congreso de Foligaria (en prensa).

Otros importantes estudios se deben a Denti, V., “I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1980, pp. 410 y ss., y posteriormente, el volumen del mismo autor *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, pp. 317 y ss., el cual, por otro lado, sostiene que el desarrollo de los intentos de conciliación, favorecidos por los costos y por la duración de las causas menores, se resuelve en un expediente que puede asegurar solamente una justicia de segunda clase, la benthamiana *demi-justice*. Cfr., también, Denti, V. y V. Vigoriti, *Le rôle de la conciliation*, op. cit., p. 371.

Cfr. también Schlosser, P., “Alternative dispute resolution”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1989, pp. 1005 y ss., así como las memorias de los distintos congresos, entre los cuales se encuentra, Kötz, H. y R. Ottenhof (editores), *Les conciliateurs. La conciliation. Une étude comparative*, París, 1983, que recoge las actas del coloquio de Pau de 1981, organizado por la Association Internationale des Sciences Juridiques y, recientemente, la memoria del seminario de Oñati de junio de 1990, *Disputes and Litigation*, edición de E. Blankenburg, J. Commaille y M. Galanter, Oñati, 1991.

<sup>97</sup> Piénsese en el procedimiento de conciliación y de arbitraje promovido por la S.I.P., en el Programa de Conciliación Extrajudicial impulsado por la Unione Nazionale Camere Civili,, en la oficina de reclamaciones y Ombudsman bancario. Cfr., Alpa, G., “Un progetto per la giustizia minore: composizione stragiudiziale delle controversie, ruolo dell'arbitrato, interessi di categoria”, en *Giustizia Civile*, 1992, pp. 577 y ss., en particular pp. 582-583, y Capponi, B., “Giustizia civile: nuovi modelli verso l'Europa?”, en *Foro Italiano*, (en prensa), par. 6.

<sup>98</sup> Esta es considerada como una justicia de segunda clase y es criticada por Denti, V., cfr., *retro*, nota 98.



a exasperar la situación de tensión”.<sup>99</sup> En este marco no carece de significado que el nuevo legislador haya dejado la “puerta abierta”<sup>100</sup> a la llamada conciliación en la fase contenciosa frente al nuevo juez de paz. La experiencia, en efecto, nos enseña que, comúnmente, las normas y las estructuras abiertas encuentran una utilización concreta en los momentos posteriores al cambio del marco de referencia. Por lo demás, ya hoy encontramos síntomas de una posible evolución de la función conciliadora del juez de paz. Me refiero al proyecto piloto de Milán de acceso a los demandantes de justicia,<sup>101</sup> el cual, lejos de representar una alternativa al sistema judicial,<sup>102</sup> se caracteriza como un intento para revitalizar la conciliación “en un ámbito no contencioso”, hoy encomendada al conciliador, y maña al juez de paz. No obstante, cada evolución en este sentido aparece en gran medida condicionado por el tipo de juez de paz que se logrará seleccionar.

<sup>99</sup> Cappelletti, M., “Il giudice di pace nella prospettiva del movimento per l’accesso alla giustizia”, *op. cit.*, par. 4; *cfr.*, también, “Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia”, en *Revista di Diritto Processuale*, 1979, pp. 698 y ss., y, del mismo autor, “Appunti su conciliatore e conciliazione”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1981, pp. 49 y ss.

<sup>100</sup> Dicha expresión fue usada ya por Briguglio, A., “Conciliazione giudiziale”, en *Digesto*, IV ed., Derecho Privado, sección civil, vol. III, Turín, 1988, p. 211, en referencia a la conciliación judicial.

<sup>101</sup> Martinello, P., “Accesso dei consumatori alla giustizia. Un progetto pilota”, en *Documento Giustizia*, 1992, pp. 1619 y ss., y, Capponi, B., “Giustizia civile: nuovi modelli verso l’Europa?”, *op. cit.*, par. 6.2.

<sup>102</sup> Otra experiencia significativa, para el caso, es la Ley brasileña del 7 de noviembre de 1984, núm. 7244, que instituye los tribunales especiales para las causas pequeñas (*cfr.* el texto traducido de Dinamarca, C., “Ricerche sul processo”, con estudio introductorio y comentarios de A. Pellegrini Grinover, en *Il processo civile brasiliano*, edición de N. Picardi y A. Giuliani, Rimini, 1988, pp. 427 y ss., así como Pellegrini Grinover, A., “Conciliação e Juizados de pequenas causas”, en *Juizado Especial de Pequenas Causas*, *op. cit.*, pp. 147 y ss.). La idea fundamental y la finalidad principal de la institución es la de alcanzar una conciliación. Sólo en caso de fracaso, se abre la posibilidad de un juicio arbitral o de una decisión jurisdiccional. Para ello, la oficina judicial del Tribunal para las Pequeñas Causas está compuesta, además del juez y de sus auxiliares (canciller y oficial judicial), por dos órganos posteriores dotados de facultades jurisdiccionales: el conciliador y el árbitro. En particular para proveer la tentativa de conciliación corresponderá al juez y al conciliador, quien, por otro lado, ejercerá sus funciones sólo bajo las órdenes del primero (art. 23). El árbitro es necesariamente un abogado y está dotado de facultades equitativas (*cfr.*, Pellegrini Grinover, A., “Introduzione”, *op. cit.*, p. 422).

Los Consejos de Conciliación instituidos en Islandia (*Sottanefnd*) y en Noruega (*Forliksradet*), privilegian también la función conciliadora sin excluir la posibilidad de desembocar en una decisión jurisdiccional. En torno a éstos *cfr.*, *L’Euro-*



La ancianidad, de por sí, es una característica que debería ser garantía de ponderación y de equilibrio<sup>103</sup> y debería también, favorecer la tarea de mediación. Pero, a pesar de ello, el suceso de la actividad conciliadora depende, sobre todo, de la autoridad del “auxiliador”; de este modo, sólo un juez de paz moral y socialmente legitimado para hablar en nombre de la comunidad, está en grado de obtener resultados apreciables.<sup>104</sup>

Al margen de la actividad conciliadora, el juez de paz está, de cualquier modo, encomendado a desarrollar funciones jurisdiccionales consistentes. Su tarea, en torno a dicha función, varía de acuerdo a que, en concreto, aquel resuelva conforme a derecho o bien haga uso de facultades equitativas.

El examen de la nueva normatividad se entrelaza, así, con el grave problema de la equidad, misma que, incisivamente, ha sido definida como “un hilo que atraviesa toda la trama de la experiencia jurídica”.<sup>105</sup> Esta representa —de acuerdo con los tiempos y con las legislaciones— un instrumento operativo del juez y/o del legislador. En el siglo XVIII no estaba todavía a discusión el dogma *jus legislatori, aequitas judici magis convenit*.<sup>106</sup> En el siglo siguiente, en un ensayo que es considerado el manifiesto de la concepción positivista del derecho,<sup>107</sup> dicha fórmula fue invertida: *aequitas legislatori, jus judici magis convenit*.

Las diferencias entre las legislaciones de los siglos XIX y XX fueron, a su vez, recogidas en una ampliación progresiva de las fa-

*pe judiciaire, op. cit.*, pp. 62 y 112, además, en relación con Noruega, *Administration of Justice in Norway*, Oslo, Roy al Ministry of Justice, 1980, pp. 22 y ss.

<sup>103</sup> Cfr., B. Capponi, en Vaccarella, R., B. Capponi y C. Cecchella, *Il processo civile dopo le riforme, op. cit.*, p. 8.

<sup>104</sup> Cappelletti, M., “Il giudice di pace”, *op. cit.*, par. 4.

<sup>105</sup> V. Frosini, en AA.VV., *L'equità. Atti del Convegno di Lecce del 1973*, Milán, 1975, p. 14.

<sup>106</sup> Dicha expresión parece ser original de Marquard Freher (nacido en 1565 y muerto en 1614, profesor en Heidelberg. Para referencias posteriores, cfr., Stinizing-Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Ab. 1 y 2, Munich y Leipzig, 1880, pp. 680-682), quien escribió, justamente, “*denique ut absolvam, Jus proportionem arithmeticae. Aequitas geometricam servat at regulae lesbiae comparatur, Illud legislatori, haec judici magis convenit*”, en Sulpitius sive de *aequitate commentarius*, Frankfurt, 1608 (cfr., Lipenius. *Bibliotheca Realis Iuridica*, vol. I, Leipzig, 1757, p. 36). Dicha obra tuvo, además, amplio éxito, particularmente en el siglo XVIII, como lo atestigua Otto, Everardo, *Thesaurus juris romani*, t. IV, Basilea, 1744, pp. 360 y ss., en particular p. 371.

<sup>107</sup> Scalaja, V., “Del diritto positivo e dell'equità”, conferencia inaugural del ciclo de 1880, en *Studi Giuridici*, vol. III, 1ª parte, Roma, 1932, p. 15.

cultades equitativas del juez, “independientemente de los regímenes políticos existentes”.<sup>108</sup> No obstante, la situación hoy, está tornándose más compleja, en la medida en la cual las instancias equitativas, o sociales, en general, pueden afirmarse en nuevos contextos a través del tradicional instrumento que es la ley. En otra ocasión<sup>109</sup> tuve la oportunidad de plantear la hipótesis de que la equidad se está convirtiendo en un instrumento complejo, utilizado conjuntamente ya sea por parte del legislador que del juez. En nuestros días, en efecto, el legislador se limita, con mayor frecuencia, a diseñar un marco legislativo dejando un margen, más o menos amplio, a la apreciación equitativa del juez. Esto me parece necesario examinarlo también aquí.

El Código de Procedimientos Civiles italiano, en el texto de los años 40, preveía el juicio de equidad necesario para el conciliador de las causas de menor cuantía (artículo 113, párrafo segundo).

La constitucionalidad de dicha norma, en los años 70, fue muy cuestionada.<sup>110</sup> De cualquier modo, el problema quedó en un plano teórico. Así, el juicio equitativo del conciliador no había funcionado de ningún modo, ya que no había sido nunca echado a andar efectivamente”<sup>111</sup> sometiéndolo a la necesaria revaloración de los límites de valor, vueltos irrisorios.

La reforma de 1984 generalizó el juicio de equidad del conciliador con el límite, por otro lado, del respeto de los “principios reguladores de la materia”. El intento del legislador<sup>112</sup> no era tanto el de adecuar los pronunciamientos sobre la peculiaridad del caso

<sup>108</sup> De Marini, C. A., *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padua, 1957, pp. 201 y ss., quien señala que el cambio de perspectiva, adoptado en el siglo XX, constituye, probablemente, el reflejo de las corrientes antinormativas, que inspiraron a un gran sector de la cultura jurídica y que postularon, justamente, la primacía de la equidad sobre el derecho positivo, del juez sobre el legislador. En cuanto a este proceso, es obligada la consulta del clásico de Rümelin, *Die Dilligkeit im Recht*, Tübingen, 1921.

<sup>109</sup> Picardi, N., “L’equità ‘integrativa’ nel nuovo processo del lavoro”, en *Scritti in memoria di S. Pugliatti*, y en *Rivista di Diritto Processuale*, 1976, pp. 463 y ss.

<sup>110</sup> Giacobbe, G., “Giudice monocratico e giudice onorario. Prospettive e problemi di una riforma”, en *Critica Giuridica*, 1937, pp. 75 y ss.

<sup>111</sup> Cipriani, F., “Il giudizio d’equità ‘necessario’”, en *Foro Italiano*, 1985, V, Apdo. 38.

<sup>112</sup> Cuidadosamente reconstruida por la sentencia de la Corte de Casación del 18 de mayo de 1989, núm. 2383, en *Giustizia Civile*, 1989, I, pp. 2375 y ss., con una amplia nota de A. Comez, “L’equità integrativa del legislatore ovvero ‘lo scandalo dell’equità’”.

en particular, sino, más bien, era el de simplificar el proceso frente al conciliador, sin incurrir en violaciones a la constitucionalidad. El análisis de los costos y beneficios evidenciaba, en efecto, que los costos y los tiempos de la justicia menor eran desproporcionados en relación con la cuantía de la causa.<sup>113</sup> La simplificación fue doble. Por un lado, la supresión de la apelación y, por el otro, la simplificación no del procedimiento sino de la actividad decisoria del conciliador, en tanto está sujeta solamente al respeto de los “principios reguladores de la materia”. Aparte de la enardecida polémica desencadenada,<sup>114</sup> dicha fórmula representó una combinación de la equidad legislativa con la equidad judicial. “El derecho positivo —*sub especie* del núcleo esencial que está constituido por los principios reguladores de la materia— no era el antagonista, sino, al contrario, la garantía de la equidad (o mejor, de la no inequidad) de la decisión”.<sup>115</sup> Una investigación en la materia ha demostrado, por otro lado, que, en la práctica, los conciliadores, en lugar de bucar los “principios reguladores de la materia”, han preferido hasta ahora, a lo más, aplicar *tout-court* las normas del derecho.<sup>116</sup> También la nueva ley italiana sobre el juez de paz ha previsto una declaración de equidad necesaria, pero solamente para los casos cuyo valor no excede de dos millones de liras (artículo 22) y, en todo caso, ha suprimido la limitación que imponía la observancia de los “principios reguladores de la materia”. Se señaló también que la declaración de equidad no era apelable ante los tribunales (artícu-

<sup>113</sup> Picardi, N., ponencia en el “Encuentro sobre el Juez Honorario”, Bolonia 5 de febrero de 1977, en *Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, XXXIV, Milán, 1979, pp. 72 y ss., reimpresso en el fascículo “Giudice onorario e giudice monocratico di 1ª istanza”, en *Rassegna dei Magistrati*, 1977, pp. 136 y ss.

<sup>114</sup> Cfr., Martino, R., “Il giudizio di equità del conciliatore ed il suo controllo da parte della Corte di Cassazione”, en *Giustizia Civile*, 1991, II, pp. 193 y ss.

<sup>115</sup> Vaccarella, R., “Il difensore e il giudizio di equità”, en *Giustizia Civile*, 1992, p. 471. En cuanto a la consideración del juicio ante el conciliador como una forma de equidad sustitutiva (Montesano, L., “Sui principio regolatori della materia nell giudizio di equità”, en *Foro Italiano*, 1985, V, apdos. 22 y ss.) o de equidad integrativa (Cipriani, F., “Il giudizio d'equità ‘necessario’”, *op. cit.*, apdo. 40). No nos parece, por el contrario haber encontrado la tesis procesal que introduce la equidad en el procedimiento, en tanto que el mérito siempre estaría sujeto a la norma de derecho (Cerino Canova, A., “Principio di legalità e giudizio di equità”, en *Foro Italiano*, 1985, V, apdos. 24 y ss.).

<sup>116</sup> Luiso y Zumpano, “Conciliatore giurisperito e conciliatore non esperto in diritto. Risultati di una ricerca”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1992, p. 227.

lo 33), sino recusable en casación. Frente a dichas modificaciones las reacciones no fueron unívocas.

Una primera apreciación<sup>117</sup> consideró cerrado el paréntesis abierto con la Ley de 1984<sup>118</sup> y preconizó un “regreso al pasado”.<sup>119</sup> En definitiva, se habría abandonado el intento por atemperar el juicio equitativo con base en la limitación que representan los “principios reguladores de la materia”.

En virtud a una interpretación adecuada al mandato constitucional<sup>120</sup> se ha delineado hoy, no obstante, una apreciación opuesta,<sup>121</sup> según la cual la supresión de la referencia a los principios reguladores de la materia no sería influyente en absoluto.<sup>122</sup>

El juez de paz también encontrará en esos principios una limitación de su libertad que garantiza a las partes de la no inequidad de la decisión y el respeto de esa limitación será objeto del mismo control, por parte de la Corte de Casación, previsto para el conciliador.<sup>123</sup>

¿Cuál de las dos tesis prevalecerá? Al final de nuestro análisis, aparece plausible que el recurso de los parámetros equitativos por parte del nuevo juez de paz no debería, de cualquier modo, ser relevante. El nuevo magistrado parece destinado a funcionar sustancialmente como juez en estricto derecho. Por otro lado, el mismo esquema procesal preestablecido aparece caracterizado por un alto grado de tecnicismo. Además, se perfila —bajo este aspecto— una línea de continuidad entre las figuras del conciliador y del juez de paz.

Se deriva una serie de dificultades a partir de la reforma, sobre todo si no se promueve contemporáneamente la función conciliadora. Basta aquí recordar que, ante todo, no parece fácil la tarea del reclutamiento, en virtud del mecanismo previsto por la ley, de

<sup>117</sup> Capponi, B., *Il giudice di pace*, Milán, 1991, p. 76.

<sup>118</sup> Mandrioli, C., *Corso di diritto processuale civile*, 8ª ed., I, Turín, 1992-1993, núm. 46, appendice.

<sup>119</sup> G. Rampazzi, en Chiarloni, *Le riforme del processo civile*, op. cit., p. 1021.

<sup>120</sup> Martino, R., “L’equità del giudice di pace”, en *Scritti in Onore di El Fazzalari* (en prensa).

<sup>121</sup> B. Sassani, en Consolo, C., et al., *I giudice di pace*, op. cit., pp. 262 y ss.

<sup>122</sup> C. Cecchella, en Acon e, “Il giudice di pace”, op. cit., p. 147; del mismo autor, en Vaccarella, R., et al., *Il processo civile*, op. cit., p. 226.

<sup>123</sup> Vaccarella, R., “Il difensore e il giudizio di equità”, op. cit., p. 472.

magistrados dotados de una suficiente preparación técnica. En segundo lugar, si el juez de paz terminara por resolver solamente de acuerdo con el derecho, no se lograría eliminar la defensa técnica, lo que, como es notorio, incide sensiblemente en los costos del proceso, con el riesgo de excluir del acceso al mismo a una capa social relevante. Por último, un magistrado no profesional que resuelva conforme a derecho pone en riesgo, con mayor frecuencia, la reforma de las propias decisiones por parte de los jueces letrados.

### IX. JUEZ DE PAZ ENTRE ESTADO-APARATO Y ESTADO-COMUNIDAD

El problema más delicado de lo señalado por Giuliani es, sin duda, el de las relaciones entre el juez de paz y la comunidad en la cual está destinado a impartir justicia.

Es notorio que hoy se está delineando una corriente de pensamiento<sup>124</sup> que tiende a colocar al juez, como tal, por fuera del sistema de gobierno y a considerarlo una expresión de la comunidad. Se afirmó progresivamente<sup>125</sup> la convicción de que la palabra Esta-

<sup>124</sup> Un primer criterio (Montesano, L., "La funzione giurisdizionale nella Repubblica italiana", en *Temì*, 1967, pp. 573 y ss.; del mismo autor, "La tutela giurisdizionale dei diritti", en *Trattato di diritto civile italiano fondato de Vasalli*, XIV, I, Turín, 1985, pp. 4 y ss., fundamenta, todavía, el principio según el cual la magistratura está enmarcada, orgánicamente, en el Estado-aparato (Montesano, *op. ult. cit.*, p. 6, nota), pero se opone a "considerar a los jueces como gobernantes en contraposición con los gobernados".

De acuerdo con otro criterio, la separación del Estado-aparato, lejos de limitarse al aspecto funcional de la jurisdicción, termina por revestir un perfil orgánico. Desde este punto de vista, no sólo el juez, sino la magistratura entera, es calificada como un órgano del Estado-comunidad (*cfr.*, Benvenuti, F., *L'ordinamento repubblicano*, Venecia, 1965, pp. 206-208; Berti, G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padua, 1968, pp. 53 y ss., en particular, nota 70; Sandulli, A., *Manuali di diritto amministrativo*, 15ª ed., Nápoles, 1989, I, pp. 7-8; Capurso, M., *I giudici della Repubblica. Giudici soggetti alle legge o giudici di fronte alle legge?*, Milán, 1977, p. 114, y Grossi, P. F., "Premesse costituzionali per uno studio delle responsabilità conseguenti all'esercizio della funzione giurisdizionale", en *Iustitia*, 1988, pp. 307 y ss., las citas posteriores están referidas a este texto, y en *Studi Condorelli*, II, pp. 372 y ss., y 374 y ss.; del mismo autor *Constitutional Premises for a Study on Liability and Responsibility resulting from the exercise of the Judicial Power*, Universidad de Roma II, Departamento de Derecho Público, *Yearbook*, 1988, pp. 75 y ss.; también del autor citado, *I diritti di libertà ed uso di Lezioni*, I, 1, 2ª ed., Turín, 1991, p. 158, nota 1).

<sup>125</sup> *Cfr.*, Crisafulli, V., "La sovranità popolare nella costituzione italiana", en *Scritti Giuridici in Memoria di V. E. Orlando*, I, Padua, 1957, pp. 420 y ss.;

do implica, en efecto, dos distintos conceptos teóricos: el Estado-aparato, o Estado en sentido estricto, haciendo referencia al complejo de los órganos “gubernativos” y, por ello, a las actividades que se refieren a la organización dominante; y el Estado-comunidad, o Estado en sentido amplio, que incluye, no sólo a los “gobernantes”, sino también a los “gobernados”, es decir, que no se limitan a la organización del gobierno en particular, sino que comprende a la colectividad entera.

La evolución de la magistratura en la segunda posguerra, se cifra en considerar —particularmente en Italia— al juez no ya como expresión del Estado-aparato, sino como órgano del Estado-comunidad y, consecuentemente, atribuirle también —lo cual es fundamental en este momento histórico— funciones de control en relación con los detentadores del poder político. Basta pensar el hecho de que la justicia es administrada en nombre del pueblo (artículo 101 constitucional)<sup>126</sup> y a la así llamada “a-subjetividad de la función jurisdiccional”; lo que quiere decir que la actividad jurisdiccional no es atribuible al Estado-aparato,<sup>127</sup> como se comprueba, entre otros ejemplos, por el mismo sistema de impugnaciones.<sup>128</sup>

La vinculación entre juez y comunidad se vuelve mucho más re-

véase, para una perspectiva histórica, del mismo autor, *Lezioni di diritto costituzionale*, 2ª ed., I, Padua, 1970, pp. 80 y ss.; Mortati, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padua, 1975, pp. 46 y ss., y Sandulli A., *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., I, pp. 7 y ss.

<sup>126</sup> Grossi, P. F., *Premesse costituzionali per uno studio delle responsabilità conseguenti all'esercizio della funzione giurisdizionale*, op. cit., pp. 320 y ss.

<sup>127</sup> En efecto, los procesos de impugnación —aunque tiendan hacia el efecto de una disposición jurisdiccional— no tienen como una de las partes ni al Estado ni el juez que dictó el acto impugnado, ni el poder judicial, sino, únicamente, todos o algunos de los sujetos en cuya esfera jurídica la disposición impugnada está destinada a incidir. De un modo distinto se plantea, al contrario, la actividad de control administrativo. La impugnación en estos casos, es interpuesta en contra del órgano administrativo que emitió el acto, por ello, bien puede decirse que la actividad administrativa —a diferencia de la jurisdiccional— se refiere al Estado-aparato.

La situación es distinta en el caso de disposiciones jurisdiccionales dotadas de eficacia constitutiva. En tanto que la administración pública que expropia un bien, en razón de la utilidad pública, persigue uno de los fines del Estado-aparato, el juez que vende de modo forzado un bien pignoraticio, o el juez que disuelve o establece una relación jurídica, no persigue un fin propio del Estado-aparato, y ni siquiera del mismo juez o del poder judicial, sino que realiza y concreta *tout court* la legislación (Montesano, op. ult. cit., pp. 4-5 y 15-16).

<sup>128</sup> Por el contrario, aparece determinante la disposición del nombramiento de los magistrados por concurso (art. 106, párrafo 1º, de la Constitución), ya que dicha forma de selección no está prevista de modo exclusivo para cubrir las plazas

levante, cuando se trata de un magistrado encargado de operar en las realidades locales, también en razón de la memoria histórica.

La tesis de Giuliani que interpreta la nueva ley en el sentido de una interrupción querida de esta vinculación, encuentra dos tipos de motivaciones: la dislocación territorial del nuevo juez y la exclusión del método electivo para su reclutamiento. La primera motivación me parece irrefutable; el conciliador estaba dislocado de cualquier municipio italiano, el juez de paz solamente en las cabeceras de los mismos (artículo 2), es decir, allí en donde las preturas tenían su sede antes de que se creara la pretura circunscripcional. Bajo ese aspecto se ha atenuado, indudablemente la vinculación con la comunidad del lugar en el cual el nuevo juez está destinado a ejercer. Esta determinación, no obstante, fue probablemente tomada para evitar excesivas erogaciones económicas, derivadas de la creación de un gran número de estructuras fijas de cancillerías y de personal auxiliar al servicio de un solo magistrado temporal.<sup>129</sup> Además, por un lado, la facilidad en las comunicaciones, y la experiencia comparativa,<sup>130</sup> por el otro, implican dicha opción.

Más delicada aparece, por el contrario, la exclusión del método electivo para el reclutamiento del juez de paz. A este propósito debemos recordar que durante los años 70 asumió contornos defini-

de las dependencias del Estado-aparato; piénsese, por ejemplo, en la selección de los notarios.

Tampoco parece resolutive la existencia de la relación laboral del juez con el Estado-aparato; el magistrado queda, en efecto, como un órgano del Estado-comunidad, y sólo en relación con los fines organizativos, su gestión —como, en general, la organización y el funcionamiento de los servicios (art. 110 constitucional)— considerada como parte del Estado-aparato (Sandulli, *Manuale...*, *op. cit.*, I, p. 8). Por otro lado, Grossi, P. F., *op. ult. cit.*, p. 223, destacando la autonomía conceptual de la relación orgánica frente al servicio, señala como pueden no coincidir los respectivos momentos subjetivos. Piénsese, por ejemplo, en el presidente municipal y en el presidente de la región, que, en nuestra legislación, tienen la característica de oficiales de gobierno. Más relevantes, todavía, aparecen las experiencias de la legislación federal en la cual los jueces de los estados miembros o jueces cantonales, operan como órganos de la comunidad federal entera y no de las colectividades locales en particular. Grossi, P. F., *op. ult. cit.*, pp. 324 y ss., determina una característica aquí referida a la problemática de la responsabilidad por un ejercicio incorrecto de la jurisdicción, como una responsabilidad directa del Estado-comunidad.

<sup>129</sup> F. P. Luiso, en Consolo, C., *et al.*, *Il giudice di pace*, *op. cit.*, p. 101; mientras que, por el contrario, Chiarloni, S., “Un giudice di pace per la pace dei giudici”, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

<sup>130</sup> Recuérdese el ejemplo francés, *cfr.*, *retro*, sub. par. 6.



dos, en ámbito de la cultura procesal, una corriente de socialismo jurídico, caracterizada por una gran fineza intelectual.<sup>131</sup> La llave del “socialismo procesal” fue, a su vez, la aparición de un modelo de juez honorario, alternativo al profesional. Se trataba de un juez nuevo tanto desde el perfil de la legitimación democrática, obtenida a través de la elección directa, como desde el aspecto de la competencia ya que a este magistrado le sería encomendada la tutela jurisdiccional de los nuevos derechos, mismos que se consideraban tutelados más eficazmente por un juez expresión del Estado-comunidad, más que por un magistrado funcionario, parte del aparato estatal.<sup>132</sup>

En ese entonces se desató una encendida polémica<sup>133</sup> y un profundo y amplio debate que contrapuso modelos “fuertes” y “débiles”. Las discusiones habrían de desembocar, además, en la configuración de un esquema que podríamos llamar compromi-

<sup>131</sup> Cfr., Cappelletti, M., *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969; del mismo autor, *Giustizia e società*, Milán, 1972, y, Denti, V., *Processo civile e giustizia sociale*, Milán, 1971.

<sup>132</sup> Denti, V., “Giudice onorario e giudice unico”, y Grevi, V., “Giudice unico e giudice onorario nel processo penale”, ambos, en *Atti dell'incontro sul giudice onorario* (Bologna, febrero de 1977), en *Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile*, XXXIV, Milán, 1979, respectivamente, pp. 1 y ss., y, 23 y ss. (El trabajo de Denti, está publicado también en *Rivista di Diritto Processuale*, 1978, pp. 620 y ss.); Cappelletti, M., “Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, pp. 698 y ss.; Borre', “Supergiudice, superconciliatore o giudice di quartiere?”, en *Quale Giustizia*, 1977, pp. 161 y ss.; Chiarloni, S. y P. Scaparone, “Ordinamento giudiziario e partecipazione popolare” all'amministrazione della giustizia”, en *La Riforma dell'Ordinamento Giudiziario*, Atti del Convegno organizzato del Centro Studi e Iniziative per la Riforma dello Stato, Roma (diciembre de 1976), 1977, pp. 157 y ss.; y, Vigoriti, V., “A favore del giudice onorario elettivo. Spunti e proposte per una riforma”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Processo Civile*, 1978, pp. 357 y ss.

Además de la literatura procesal tenemos, en esta época, otras importantes contribuciones, como la de Ghezzi, G., “La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Processo Civile*, 1977, pp. 95 y ss.; Pizzorusso, A., “Giudice onorario e giudice monocratico nel progetto ministeriale e nelle prospettive di attuazione costituzionale”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1977, pp. 256 y ss., y Zagrebelky, V., “La riforma della giustizia onoraria”, en *Giuridica Italiana*, 1977, IV, apdos. 14 y ss.

<sup>133</sup> Cfr. Vocino, C., “Ultimo tango a Palazzo di Giustizia”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1977, pp. 1133 y ss.; Tariza, G., “Il giudice onorario nel processo civile”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1977, pp. 270 y ss.; del mismo autor, “Giudice professionale e giudice laico”, en *L'Ordenamento*

sorio o ecléctico, respecto de un modelo que está entendido, sobre todo, en función de la eficiencia del sistema judicial.<sup>134</sup> Uno de los puntos de convergencia está representado, justamente, por el abandono del sistema electivo en la selección del nuevo magistrado. No obstante, este seminario no es el lugar para volver a plantear una antigua discusión sobre la electividad del juez. Basta recordar que, en la última fase de los trabajos, hubo quien, eficazmente, demostró como

la propuesta de seleccionar un juez de paz a través del método de la elección directa era viciada por un matiz iluminístico que privilegia *l'esprit de géometrie* en relación con el análisis de la realidad social concreta, con sus modos de escuchar, con sus costumbres, con sus tradiciones y con sus relaciones de fuerza.<sup>135</sup>

No obstante, otra es la causa del problema; un sistema de selección distinto del electivo no parece excluir, por ello, el hecho de que el juez de paz pueda ser considerado expresión del Estado-comunidad.

Ante todo, el sistema electivo aparece antepuesto a la representatividad. Ésta a su vez, significa armonía entre los elegidos y el cuerpo electoral. El magistrado no podría ser concebido como un órgano representativo, incluso si fuera escogido con el sistema electivo; el juez —en nuestro sistema— estaría sujeto solamente a la ley, y no a la voluntad del cuerpo electoral en un sistema difuso.

En segundo lugar, el ser un órgano del Estado-comunidad no implica sólo el ser un órgano de conformación electiva. Si así fuera, se deberían excluir todos los sujetos investidos de atribuciones jurisdiccionales ordinarias —el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas— en cuanto órganos de conformación tecnocrática. La verdad es que aparecen como expresiones del Estado-comunidad tanto los órganos de formación electiva (piénsese en una cámara electiva),

*Giudiziario*, edición de N. Picardi y A. Giuliani, *op. cit.*, I, pp. 3 y ss., también en *Rivista di Diritto Processuale*, 1977, pp. 270 y ss.; y, Proto Pisani, A., "Perplesità sul giudice onorario", en *Diritto e giurisprudenza*, 1980, pp. 53 y ss.

<sup>134</sup> Para la reconstrucción del debate cultural y de los trabajos preparatorios, *cfr.*, Acone, M., "Il giudice di pace (dal dibattito alla legge istitutiva)", *op. cit.*, pp. 1096 y ss.

<sup>135</sup> Proto Pisani, A., "Il giudice di pace fra mito e realtà", en *Foro Italiano*, 1989, V, apdo. 3; así como el ya citado volumen, "Il giudice di pace. Il dibattito attuale e le iniziative di legge", *op. cit.*, p. 146.

como los órganos de formación no electiva (por ejemplo un senado de designación real). El parámetro para establecer si se trata de un órgano del Estado-comunidad o del Estado-aparato no puede fundarse únicamente en el procedimiento de formación. Sólo una consideración omnicomprendensiva del modo de operar del órgano, incluyendo en ésta sus características metajurídicas, permite determinar si sus actividades sean atribuibles a la comunidad o a la administración estatal.

En particular, el problema de las relaciones entre el juez de paz y la comunidad se resuelve, por ello, en el aspecto de la independencia externa. Es necesario, pues, constatar si la nueva ley servirá para garantizar al juez una efectiva independencia en relación con el Estado-aparato.

La experiencia histórica nos demuestra cómo los mecanismos de reclutamiento más extremos pueden contribuir, de modo determinante, a conformar una completa independencia del juez. Valgan para ello dos ejemplos. El Instituto de la Vanalidad de las Cargas sirvió para garantizar a los jueces franceses del *ancien regime* la completa independencia de la Corona.<sup>136</sup> La forma de reclutamiento tecnocrático, a través de un concurso, ha jugado un papel secundario en la conquista de la efectiva independencia por parte del juez italiano de la segunda posguerra.

El discurso, entonces, se plantea en torno a los requisitos para el nombramiento del juez de paz, sus incompatibilidades y el mismo mecanismo de designación.<sup>137</sup> La nueva ley italiana prevé, como es conocido, que el juez de paz debe tener una edad no inferior a 50 y no superior a 71 años; tener su domicilio en un municipio de la circunscripción en la cual tiene su sede la oficina del juez de paz; ser graduado en derecho; haber terminado (o se comprometa a terminar) el ejercicio de cualquier actividad laboral dependiente pública o privada (artículo 5). Están, además, previstas una serie de incompatibilidades con aquellos que están encargados de funciones políticas o religiosas y con los abogados y procuradores que ejerzan su profesión en el distrito de la Corte de Apelación (artículo 6). El mecanismo de nombramiento, por último, está centrado en la de-

<sup>136</sup> Fuentes citadas por Giuliani, A. y N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milán, 1987, p. 53 y nota 15.

<sup>137</sup> C. Consolo y B. Sassani, en Consolo, C., *et al.*, *Il giudice di pace*, *op. cit.*, pp. 111 y ss., 142 y ss. y 162 y ss.

signación del Consejo Superior de la Magistratura en relación con una propuesta formulada por el Consejo Judicial territorialmente competente, misma que se conforma por cinco representantes escogidos de común acuerdo entre ellos, por los Consejos del Orden de los Abogados y Procuradores del Distrito de la Corte de Apelación (artículo 4). Se puede deducir que la ley determina al llamado juez de la tercera edad,<sup>138</sup> como “un juez someramente conocedor del derecho, semiprofesional, ligado genética y funcionalmente al único tronco en cuyo ápice se encuentra el Consejo Superior de la Magistratura”.<sup>139</sup> Con una mirada a las estadísticas, diría que se trata, por lo más, de una mujer; además, este fenómeno está relacionado con una tendencia hacia la “feminización” de la magistratura letrada, que, en estos últimos años, se acentuó notablemente.<sup>140</sup>

La futura justicia de paz podría, por ello, convertirse, en una justicia de ancianos o, más bien, de ancianas. No obstante, queda por verificarse si la ancianidad y la eventual pensión, terminarán por introducir formas de condicionamiento cultural ya radicadas en el anciano, o bien servirán para liberar al nuevo juez de toda forma de dependencia y de subordinación. En definitiva, tengo la impresión de que este modelo deba todavía, construirse en su totalidad y que nuestro juez de paz sea aun un personaje en busca de autor.

<sup>138</sup> Acone, M., “Il giudice di pace”, *op. cit.*, p. 1108.

<sup>139</sup> Consolo, C., “La collocazione nell’istituzione giudiziaria italiana del nuovo giudice di pace”, *op. cit.*, p. XVIII, nota 10.

<sup>140</sup> En Francia las mujeres en la judicatura han superado ya el 50% (como lo evidencia Perrot, R., *Institutions, judiciaires*, *op. cit.*, pars. 354 y ss., pp. 317 y ss.), mientras que, en Italia —país en donde fueron admitidas en la magistratura hasta la mitad de los años 60— actualmente las mismas alcanzan un porcentaje total de alrededor de un 25%.