

**La elaboración de la sentencia civil
en los órganos colegiados
en el Derecho castellano, desde la Recepción
del Derecho Común hasta la Ley de
Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero del 2000**

**The elaboration of the civil decision
in the associated organs
of the Castilian law, from the Reception
of the Common Law
to the Law of Civil Judgment of 2000, January 7th**

Emilio DE BENITO FRAILE

Profesor Titular de Historia del Derecho
Departamento de Historia del Derecho. Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
emibe@der.ucm.es

Recibido: 8 de septiembre de 2010
Aceptado: 30 de septiembre de 2010

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto presentar la evolución de uno de los aspectos de las sentencias definitivas en el proceso civil, como es el de su formación en los órganos colegiados, referido al derecho castellano. Para ello tomamos como punto de partida nuestra legislación bajomedieval, momento de recepción del *solemnis ordo iudiciarius* del derecho común, y tras un detenido examen de la legislación posterior llegar hasta nuestras disposiciones legales vigentes.

PALABRAS CLAVE: Sentencia, órganos colegiados, votación, discordias, votos reservados, proceso civil, derecho castellano.

ABSTRACT

The present study intends to display the evolution of one of the aspects of the definitive judicial decisions in the civil process, its formation in the associated organs referred to the Castilian law. The point of departure is our low-medieval legislation, at the moment of its reception of the Common Law *solemnis ordo iudiciarius*, and after a lengthy examination of the later legislation to arrive until our effective legal dispositions.

KEYWORDS: Judicial decision, Collegiate organs, reserved voting, discords, votes, civil process, Castilian law.

RÉSUMÉ

La présente étude a pour but de présenter l'évolution d'un des aspects des sentences définitives dans la procédure civile : celui de sa formation dans les organes associés relatifs au droit Castillan. Pour cela nous prenons comme point de départ notre législation médiévale, moment de réception du *solemnis ordo iudiciarius* du Droit Commun, pour arriver, après un examen attentif de la législation postérieure, jusqu'à nos dispositions légales en vigueur.

MOTS CLÉ: Sentence, organes associés, vote, discordias, votes réservés, processus civil, droit Castillan.

SUMARIO: 1. Concurrencia de los jueces concedores del asunto y orden que se ha de seguir en la votación de la sentencia. 2. Número de votos necesarios para que prospere la sentencia. 3. Procedimiento para la resolución de discordias. 4. Secreto de la votación y votos reservados.

El estudio de la sentencia ha despertado escaso interés en la historiografía jurídica. Como ya he señalado en anteriores estudios¹, son pocos los trabajos rigurosos que versan sobre tal materia, si exceptuamos los ya clásicos de Giuseppe Salvio² y Giuseppe Chioyenda³, sobre el procedimiento en general, o el ya más concreto de Filippo Vasalli⁴ sobre la sentencia condicional; o ya dentro de nuestras fronteras, el referido a la sentencia en el derecho foral valenciano de J. Obarrio⁵, o el trabajo realizado por mí con respecto del ordenamiento castellano⁶. Son algo más frecuentes aquellos otros estudios que se centran en distintos aspectos de la sentencia, como es el de la motivación, extremo que mayor abundancia de escritos ha suscitado, entre los que cabe destacar el de Joaquín Llubell Tuset⁷, o el realizado por mí sobre la congruencia de la sentencia⁸, o algunas monografías en las que se tratan aspectos excesivamente concretos por referirse a espacios de tiempo muy breves y centrados

¹ E. J. de Benito Fraile, *La Sentencia en el proceso civil ordinario en el derecho castellano: Siglos XIII-XIX*, Edición reprográfica de la Universidad Complutense, Madrid, 1988; "Notas para el estudio de la sentencia en el proceso civil ordinario desde la recepción del Derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881", en *Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo*, 1 (1988), pp. 135-159, y "La Congruencia de la Sentencia en el derecho castellano desde la recepción del derecho común hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000", en *Revista de Derecho Procesal*, 2006, pp. 79-132.

² G. Salvio, "Storia de la procedura", en *Storia del Diritto Italiano*, publicado bajo la dirección de B. del Giudice, Florencia, 1969, vol. 3, part. 2^a.

³ G. Chioyenda, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, 1931.

⁴ F. Vasalli, "La Sentenze Condicionale", en *Studii Giuridici*, Milano 1960, vol. 1.

⁵ J. A. Obarrio, además de estudiar el ordenamiento valenciano, hace un análisis de las fuentes del derecho común como precedente inmediato de aquél, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 2001 (71), pp. 501-572.

⁶ E. J. de Benito Fraile, *La Sentencia en...*

⁷ J. Llubell Tuset, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985.

⁸ E. J. de Benito Fraile, "La Congruencia de la Sentencia...".

por lo general en el siglo XIX. Entre estos últimos cabe destacar los realizados por Manuel Ortiz de Zúñiga⁹, Laureano de Arrieta¹⁰, Ramón O'Callaghan¹¹, Joaquín Menéndez-Pidal y de Montes¹² y Manuel Ortells Ramos¹³, todos ellos referidos al tema de la motivación de la sentencia, y a los que cabe añadir el llevado a cabo por Seijas¹⁴, sobre el registro de sentencias, o las reducidas reflexiones de Pedro Gotarredona¹⁵, acerca del proceso de votación de las sentencias en los órganos colegiados según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

Esta práctica inexistencia de trabajos sobre el tema que nos ocupa (si exceptuamos el ya citado de Gotarredona) es la razón que nos ha llevado a interesarnos por abordar su estudio, a través de la evolución que ha experimentado a lo largo de los siglos.

Como objeto de nuestro examen nos hemos fijado el periodo que transcurre desde el siglo XIII con la aparición de los textos legales alfonsinos hasta la promulgación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000. No se trata de un espacio de tiempo arbitrario sino que, por el contrario, la delimitación del mismo se ha efectuado en base a la consideración, de que es a partir del siglo XIII cuando se produce en Castilla la recepción del derecho común y la adopción de un nuevo sistema procedimental que perdurará a través de los siglos, informando nuestra legislación vigente.

La sentencia es una pieza del proceso, una resolución judicial con la que se pone fin al mismo. Esta definición del término sentencia es el que aparece recogido tanto en nuestra ley vigente¹⁶, como en términos similares en nuestros textos legales bajo-medievales¹⁷. La sentencia, además, es un acto integrado por la realización de otros de índole diversa. Estos actos que conforman el proceso de formación de la misma, diferirán, ya se trate del pronunciamiento de una sola persona, en el caso de los Juzgados unipersonales, donde es la propia y única reflexión u operación mental del juez la que constituye el fallo; de aquellos otros supuestos en los que por tratarse de

⁹ M. Ortiz de Zúñiga, "Fundamentación de las sentencias", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (en adelante R.G.L.J.), 29 (1866).

¹⁰ L. de Arrieta, "Observaciones acerca de la exposición de motivos en las sentencias judiciales", *R.G.L.J.*, 30 (1867).

¹¹ R. O'Callaghan, "Doctrina de las Decretales respecto a fundar las sentencias", *Revista Jurídica de Cataluña*, 9 (1903).

¹² J. Menéndez Pidal y de Montes, "Sobre la motivación de las resoluciones judiciales", *Revista de Derecho Privado* (1953).

¹³ M. Ortells Ramos, "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", *Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, n° 4, octubre-diciembre 1977.

¹⁴ M. de Seijas, "Del Registro de Sentencias y Votos Reservados", en *R.G.L.J.*, 19 (1861).

¹⁵ O. Gotarredona, "Sobre los votos necesarios para que haya sentencia", en *R.G.L.J.*, 40 (1872).

¹⁶ Art. 206.

¹⁷ *Espéculo*, 5, 13, 1 y *Partidas*, 3, 22, 2.

un órgano colegiado, el pronunciamiento final deberá reflejar la voluntad, no siempre coincidente, de los componentes del mismo. El procedimiento a seguir para la elaboración del fallo, el arbitrar un modo de proceder que permita llegar a la adopción de una conclusión única, ha exigido el establecimiento de una serie de normas que faciliten su consecución. El estudio de las mismas, desde la llegada a Castilla del *solemnis ordo iudiciarius* del derecho común hasta nuestra ley vigente, será el objeto que vamos a tratar de esbozar en las siguientes páginas.

Nuestros textos legales bajo-medievales, punto de partida de este estudio, ya imponían un conjunto de principios de estricto cumplimiento para la conformación de una sentencia válida en los tribunales colegiados. Conjunto de principios que se irán desarrollado a través de un gran número de disposiciones que se sucederán con el correr de los tiempos, de acuerdo con la propia tecnificación y complejidad de la administración de justicia. Con el fin de proporcionar un tratamiento más ágil de este abigarrado conjunto de disposiciones legales, y facilitar una visión más inmediata del régimen vigente en cada uno de los momentos, trataremos, por separado, cada uno de los aspectos que concurren en la formación de esta decisión colegiada.

1. Concurrencia de los jueces concedores del asunto y orden que se ha de seguir en la votación de la sentencia

Tomando como punto de partida los textos legales alfonsinos, según ha quedado indicado anteriormente, observamos que en los mismos no aparece referencia alguna al tema que nos ocupa en este apartado, relativo al orden que se ha de seguir en la votación de la sentencia; lo que, sin embargo, si contemplaban e imponían, era la necesidad de que se encontrasen presentes todos los jueces integrantes del órgano judicial concededor de la causa y decidieran la sentencia conjuntamente para que ésta fuere válida¹⁸. Este principio de carácter general declinaba, según los mencionados textos, en dos supuestos concretos, como eran: 1. En los casos que aquel que hubiere conferido la facultad de juzgar, hubiese prescrito en la delegación la posibilidad de que pudieran conocer los unos sin los otros¹⁹. 2. Y en aquellos que existiese autorización expresa del juez ausente para que conocieran el resto sin su presencia²⁰.

Un régimen similar al anteriormente descrito en nuestros textos legales lo encontramos, tanto en el derecho romano justiniano como en el derecho canónico, al pronunciarse ya sea, sobre la nulidad de la sentencia que no hubiese sido dictada estando presentes todos los jueces encargados de conocer del asunto, como expresamente, además, el último, acerca de la posibilidad de la ausencia de uno de ellos, siempre y cuando se hubiese excusado formalmente²¹.

¹⁸ *Espéculo*, 5, 3, 17., *Leyes de Estilo*, Ley 218 y *Partidas*, 3, 22, 17.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Partidas*, 3,22,17.

²¹ *Digesto*, 42,1,39., *Codex*, 7, 64, 4., *Decretales de Gregorio IX*, Lib. 1, Tit. 29, Cap. 21.

La doctrina del derecho común de los siglos XII y XIII, reproduce en sus obras los pronunciamientos esgrimidos por el derecho romano y canónico, en lo que se refiere al requerimiento de la presencia de todos los jueces designados para sentenciar, bajo pena de nulidad de la resolución en caso contrario²², admitiendo, asimismo, las excepciones señaladas por dichos derechos²³, y con una aportación novedosa, consistente en la admisión de la posibilidad de proferir sentencia en ausencia de uno de los jueces designados para conocer, cuando el ausente lo fuere por contumacia *nisi aliquis forum per contumaciam esset absen, quonian tunc valet sententia preasentium*²⁴.

Asimismo, la literatura jurídica castellana de la época se hace eco en sus obras de las corrientes del derecho común, tanto en lo referente a la necesidad de la presencia de la totalidad de los jueces para conocer, como en la excepciones ya esgrimidas por los textos legales; así como también, acerca de la necesidad de que interviniera expreso consentimiento del juez ausente, o que en la carta de delegación se contemplara la no necesidad de la sentencia conjunta²⁵.

Desde finales del siglo XIV y sobre todo durante el siglo XV, se van a llevar a cabo una serie de reformas, que se encuadran en el empeño de los monarcas, y especialmente de los Reyes Católicos, en conseguir una más recta administración de justicia, regulando de una forma más pormenorizada todos los aspectos referentes a la misma.

Fruto de este interés, encontramos que ya en las Cortes de Briviesca de 1387 se van a aprobar una serie de disposiciones, que tienen como destinatario el Consejo Real, en las que, entre otras, se establece una nueva fórmula para las votaciones, hasta el momento no contemplada, en la que se prescribía el orden al que debería sujetarse la votación, comenzando siempre por los más jóvenes²⁶.

²² Ricardus Anglicus, *Summa de Ordine Iudiciario* –Editio sine scripti, en Wahrmund, Ludwing, “*Quellen zur geschichte des römis-kanonischen proceses in Mittelealter*, Vol. 1, Aalen, 1965, pp. 80-81.

²³ Guillermo Durante, *Speculum Iuris, cum Ioan Andrae, Baldi, reliquiorum que clarissimorum I.V. doctorum visionibus hactenus addi folitis*, Ludguni, 1578, Lib. 2. Part. 3. *De Sententia*..., Cap. 3. Sequitur, nº 2, fol. 196v.

²⁴ Tancredo, *De Ordo Iudicarii*, en Pillius, Tancredus, *Grati, Libri de Iudiciorum Ordine*, Herausgegeben von Friedrich Christian Bergmann, Nendruck der Ausgabe Gottingen, 1842, Scientia Verlag Aalen, 1965, Tít. 1. *De Sententiis et Interlocationibus*, Cap. 3., p. 271.

²⁵ Jacobo de las Leyes, *Doctrinal*, Ed. por Rafal Ureña y Smenjaud y Adolfo Bonilla San Martín, en *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes. Jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924, Lib. 5. Tít. 1, Cap. 14, p. 316.

²⁶ *Otrosoy ordenamos quela manera que en el dicho consejo se tenga en fecho de fablar que sea esta: que fablen primera mente los menores e después los medianos e después los mayores, por que los menores no tomen verguença de los medyanos, nin los medianos de los mayores, Cortes de Castilla y León* (en adelante CLC), ed. Real Academia de la Historia, 1863, II, 13, p. 383. Se vuelve a incidir en este aspecto en las Ordenanzas de Segovia de 24 de agosto de 1390, según recoge Salustiano de Dios, en *El Consejo Real de Castilla (1385-1522)*, Madrid, 1982, p. 88.

Si bien, la anterior disposición de Briviesca va a ser recogida en la Nueva y Novísima Recopilación²⁷, habrá que esperar al siglo XIX, siglo de febril actividad legislativa, para encontrar una nueva regulación expresa del tema que nos ocupa, que, en su esencia, mantiene el espíritu de la anterior, aunque incorpora algunos datos nuevos a la hora de proceder. Añade el requisito, hasta ahora no contemplado, de que antes de pasarse a la votación de la sentencia, la decisión que debe comprender tanto las cuestiones de hecho como los fundamentos de derecho²⁸, debe ser sometida a la deliberación de la sala y, previa la discusión necesaria, votarse de forma sucesiva²⁹, comenzando por el Ponente, al que siguen los Jueces y Magistrados por orden inverso a su antigüedad, y haciéndolo, el que presida, el último³⁰; votación que se llevará a cabo inmediatamente después de la vista, y si no fuere posible, en el momento que designe el Presidente³¹, y una vez comenzada, no podrá interrumpirse, sino es por impedimento insuperable³².

²⁷ *Nueva Recopilación*, 2,4, 6 y 33 y *Novísima Recopilación*, 4, 8, 1 y 7. También recoge un breve comentario a este respecto, A. Narbona, en *Comentaria in tertiam partem novae recopilationis legum Hispaniae, pars prima*, Toledo, 1624, p. 225, 13.

²⁸ La necesidad de que la decisión comprenda tanto las cuestiones de hecho como de derecho, no es sino una consecuencia lógica del deber de motivación de las sentencias que había quedado consagrado en el ámbito civil por medio de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

²⁹ *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870*, art. 681 y *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, arts. 336 y 344.

³⁰ *Ordenanzas para las Audiencias de 19 de septiembre de 1835*, art. 19 y *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870*, arts. 682 y 345, respectivamente. Ver también, J. Vicente y Caravantes, *Tratado Histórico Crítico Filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*, Madrid, 1856, t. 2, p. 271.

³¹ *Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881*, arts. 51 y 52 y 339 y 343, respectivamente, y *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870*, arts. 679 y 680. Ver también, J. Vicente y Caravantes, *Tratado...*, p. 271. Mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, no ordenaba que se discutieran los autos y sentencias inmediatamente después de la vista, sino que se limitaba a decir que en el mismo día en que terminara la vista debía señalar el Presidente cuando había de votarse la sentencia, y la Ley Orgánica del Poder Judicial se limitaba también a indicar que podrían discutirse y votarse después de la vista, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, establece ese mismo precepto como obligatorio y general, y deja en el concepto de excepción el que el Presidente pueda señalar un día distinto, lo que para Reus E., no es sino consecuencia de la intención del legislador, de que la discusión y votación tengan lugar cuando todavía estén presentes en la memoria de los Magistrados las alegaciones que en la vista se hubieran hecho, aunque para el mismo, sin embargo, puede producir algunos inconvenientes, en *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881, concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid, 1881, t. 1, pp. 226-227. Por lo que respecta a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, parece que existe una cierta contradicción entre la letra de los arts. señalados, al establecerse en el primero de ellos de forma preceptiva, que los autos y sentencias se discutirán y votarán inmediatamente después de la vista, y en el segundo de ellos, lo que parece que indica es que se deben discutir y votar “antes o después de las horas señaladas para el despacho ordinario y para las vistas”. A juicio de E. Reus, la conciliación de estos dos artículos está en que no tiene aplicación el último de ellos, sino para los casos en que con arreglo a la segunda cláusula del primero, hubiere tenido el Presidente que señalar día para la votación, en, *Ibidem*, t. 1., p. 230.

³² *Reglamento Provisional para la administración de justicia de 1835*, art. 82, *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870*, art. 688, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, arts. 339 y 343. Ver también, M. Ortiz

Este régimen fraguado en la Baja Edad Media y que se mantiene en su esencia, como hemos visto, con algunas ligeras innovaciones hasta plasmarse en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y que a través de las mismas se extenderá a lo largo de la práctica totalidad del siglo XX, será de nuevo el que inspire nuestra legislación vigente³³, con alguna pequeña modificación, como es la relativa a la posibilidad que se le confiere al presidente de la sala, de considerar separadamente los distintos pronunciamientos de hecho o de derecho o parte de la decisión que haya de dictarse, a la hora de proceder a la votación³⁴.

2. Número de votos necesarios para que prospere la sentencia

Por lo que respecta al número de votos necesarios para la validación del fallo, nuestros textos legales bajomedievales, al referirse a la forma de adopción del acuerdo, contemplan la emisión, por parte de cada uno de los jueces que intervinieran en el proceso, de su juicio o sentencia sobre el asunto discutido, prosperando aquel que fuere común al mayor número, tanto en aquellos casos en los que fueran jueces ordinarios los que conozcan el asunto, como en aquellos otros en los que se trate de jueces delegados facultados expresamente para uno o varios casos determinados. Extremo, que aparece contemplado en un texto de Partidas, que se pronuncia del siguiente modo:

*Natural cosa es de venir ayna desacuerdo, alli do muchos omes fueren ayuntados, e señaladamente quando han a dar su juicio sobre alguna cosa: e por ende dezimos, que si dos, omás judgadores fuesen dados para oyr algun pleyto señalado, o para oyr todos los pleytos, o fuesen juezes de avenencia: e seyendo todos delante, se acordasen dar el juicio de sendas guisas, que aquello que judgassen los mas judgadores, debe valer, e non el que diessen los menos.*³⁵

Con anterioridad ya encontramos recogido un régimen similar en el derecho romano justiniano, así como en el derecho canónico, al pronunciarse acerca de la forma de adopción del acuerdo³⁶.

de Zuñiga, *Biblioteca judicial: o Tratado original y metódico de la organización y atribuciones de los Juzgados de primera instancia, de las Audiencias y del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid, 1841, t. III, p. 49, y J. Vicente y Caravantes, *Tratado...*, p. 271.

³³ *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial*, arts. 253 y 254 y *Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil*, arts. 194, 196, 197 y 198.

³⁴ *Ibidem*, arts. 254, 197 y 198, respectivamente.

³⁵ *Partidas*, 3, 22, 17.

³⁶ Es el caso de una respuesta de Celso recogida en el *Digesto*, en la que se pronuncia a favor de aquel juicio que estuviere respaldado por un mayor número de jueces, *Digesto*, 42,1,39, así como también en *Digesto* 42, 1, 36, donde se dice: *Pomponius libro trigensimo septimo ad edictum scribit, si uni ex pluribus iudicibus de liberali causa cognocenti de re non liqueat, ceteri autem consentiant, si is iuraverit sibi non liquere, eo quiescente ceteros, qui consentiant, sententiam proferre, quia, atsi disentirte, plurium sententia optineret; y Decretales de Gregorio IX*, lib. 1, tít. 29, cap. 16 y 21.

Estos mismos esquemas contenidos en el derecho romano y en mayor medida en el derecho canónico, son reproducidos por la doctrina del derecho común. Este es el caso de Durante, quien, en su *Speculum*, se pronuncia a favor de la sentencia que haya obtenido el parecer del mayor número de jueces *quia in iudiciis obtinet sententia plurimum iudicum*³⁷, y este es el sentir que encontramos, asimismo, reflejado en los escritos de la doctrina castellana de la época, de la que es buen exponente Jacobo de las Leyes, quien se manifiesta en los mismos términos que hemos observado que empleaban las Partidas³⁸.

En las Cortes de Briviesca de 1387, se va proceder a regular el Consejo de forma más minuciosa, con el objetivo de dotarlo de una mayor eficacia; arbitrando, para ello, soluciones innovadoras, todavía de carácter muy elemental, tendentes a la consecución de un mejor funcionamiento del mismo³⁹. Dentro de las mismas, y aunque en este caso no podemos hablar de innovación, es necesario destacar el régimen de “quórum” requerido para la adopción de decisiones, estableciéndose, al igual que ya hemos visto en la legislación anterior, la necesidad de un acuerdo de carácter mayoritario *Otro sy ordenamos quelas cosas que ouieren de librar, que se determinen por la mayor parte del dicho consejo que estouieren presentes....*⁴⁰

El empeño de los reyes por alcanzar una recta administración de justicia va a cristalizar con la promulgación de las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489⁴¹.

Con la aprobación de las citadas ordenanzas, se introduce un cambio en cuanto a la mayoría precisada para que prosperara un juicio. Si para la consecución de este objetivo hasta ahora, según hemos venido observando, era suficiente que se obtuviese el mayor número de votos, prosperando como sentencia aquel juicio que hubiese estado respaldado por la mayoría simple⁴², aún por un solo voto, y sin requerir tampoco un número mínimo para que prosperara el juicio; ahora se va a precisar un número de votos mínimos favorables para que un juicio se convierta en sentencia.

³⁷ Durante, *op. cit.*, Lib. 2, Part. 3. De Sententias...., Cap. 8. Iuxta, n° 3, fols. 202r y 203v.

³⁸ Jacobo de las Leyes, *Doctrinal*, Lib. 5. Tit. 1. Caps. 14 y 15, pp. 316-318.

³⁹ S. de Dios, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

⁴⁰ *CLC*, II, 11, p. 382.

⁴¹ Como ya puso de manifiesto M^a Antonia Varona García, dichas ordenanzas aunque han sido las que se han tomado como punto de partida en los estudios realizados sobre la Chancillería de Valladolid, sin embargo, la realidad es que “las Ordenanzas de 1489 no son más que una reproducción de las de Piedrahita de 1486 con muy escasas variantes”, en *La Chancillería de Valladolid en el reinado de los Reyes Católicos*, Valladolid, 1981, p. 74. Pero como las Ordenanzas de Medina del Campo, según señala la citada autora, reproducen las anteriores, de vigencia en todo caso escasa, y además innovan las mismas en un tema como es el de la forma de votar las sentencias, objeto de nuestro estudio, estableciendo el régimen que perdurará en los siglos siguientes, hemos considerado de mayor interés partir de estas últimas.

⁴² Extremo, que incluso según recoge M^a Antonia Varona García, aparece contemplado en las Ordenanzas de Córdoba y de Pedrahita, a las que antes aludíamos, en *Ibidem*, p. 251.

En las mismas se establecía para que prosperara el fallo, la mayoría del número de votos conformes, de forma que en cualquier sentencia definitiva, debía de haber siempre como mínimo tres. En aquellos casos en que concurriesen para conocer del asunto cuatro Oidores, se precisaban tres votos conformes para poder dar sentencia, y cuando tan sólo fueran tres, se precisaba el voto afirmativo de los tres igualmente⁴³.

Asimismo, arbitran soluciones para aquellos casos en que no se pudiera alcanzar el número de tres votos afirmativos, ya sea por ausencia de alguno de los oidores, por haber votos diversos o contrarios, o por encontrarse un oidor o más recusado. En estos casos, las ordenanzas, a las que nos venimos refiriendo, establecían la necesidad de que se tomara el número de oidores precisos de otra sala, y si aun en este caso no se alcanzase el número de tres votos afirmativos, requirieran, en primer lugar, la presencia del número de letrados del Consejo necesarios, y en ausencia de éstos, se debería llamar a otros letrados bien acreditados y conocidos por el presidente y oidores, añadiéndose, además, que el voto del presidente es considerado como uno más, sin que pueda decidirse por su calidad la controversia⁴⁴, estableciendo, igualmente, normas precisas de aplicación para aquellos casos en que estando el Presidente ausente, fuere sustituido en sus quehaceres por el oidor más antiguo⁴⁵.

⁴³ *Nueva Recopilación*, 2,5,43: *Otrosi ordenamos, y mandamos, que el voto del Presidente sea avido por un voto, y no mas :y que en cada una de las Salas, estando en ellas el Presidente con los Oidores dellas, si ouiere entre el Presidente, y Oidores diversos votos, determinen la causa por los votos de la mayor parte dellos en numero de personas, con tanto, que en cualquier sentencia definitiva aya alomenos tres votos conformes en las causas de cien mil maravedis arriba y que de otra guisa sea en si ninguna*, y *Novísima Recopilación*, 2,5,42. En las causas consideradas de menor cuantía, fijada esta última en cien mil maravedies por ley de fecha 1 de octubre de 1521, tan solo se precisaban dos votos conformes, *Nueva Recopilación*, 2,5,26 y *Novísima Recopilación*, 5,1,28. Esta cantidad fue ampliada por cédula de fecha 30 de octubre de 1562 a ciento cincuenta mil maravedies, *Ordenanzas de la Chancillería de Granada*, lib. 2, tít. 3, fol. 168. Estas cantidades operan solamente para las Audiencia de Valladolid y Granada, ya que en las Ordenanzas de la Audiencia de Galicia, se recogen cantidades distintas para la calificación de mayor o menor cuantía, con el consiguiente efecto que ello conllevaba (número de votos conformes necesarios para que la sentencia prosperara). Mediante ley dada por el Emperador Carlos en el año 1555, se fija como límite para considerarse menor cuantía, la de seis mil maravedies, cifra que va a ser aumentada a la suma de cuarenta mil maravedies, por ley dada por Felipe II en el año 1564, *Nueva Recopilación*, 3,1,7 y 8 y *Novísima Recopilación*, 5,2,29 y 30. Por lo que se refiere al Consejo del Rey, mediante ley dada en las Cortes de Valladolid de 1558, se prescribe que sean bastantes dos votos para los pleitos de doscientos mil maravedies abajo, y por otra posterior dada en 18 de febrero de 1617, se aumenta esta suma a mil ducados o trescientos setenta y cinco mil maravedies, *Nueva Recopilación*, 2, 4, 50 y 63 y *Novísima Recopilación*, 4, 7,11 y 12.

⁴⁴ *Nueva Recopilación*, 2, 5, 43, y 45.

⁴⁵ *Nueva Recopilación*, 2, 5, 32.: *Mandamos, que agora, y de aquí adelante, cada y quando que los Presidentes que son, o fueren de las Audiencias estuvieren ausentes, que el Oidor más antiguo que estuviere en el Audiencia, vea y determine los pleytos, en que conforme a las leyes y ordenanzas se ha de hallar el Presidente con los Oidores de las Salas donde pendieren los pleytos y negocios en grado de revista...*, *Novísima Recopilación*, 5, 1, 34.

Los autores de los siglos XIV y XV siguen fielmente los presupuestos contemplados con anterioridad, tanto por el derecho romano y canónico como por la doctrina⁴⁶.

El establecimiento de la nueva organización de las Audiencias no va a darse por concluido con las citadas Ordenanzas. Es cierto, que el núcleo más importante de disposiciones fueron aprobadas por las mismas, lo que no impediría que se continuara legislando para completar tal organización.

Este es el caso de las disposiciones promulgadas en los siglos XVI, XVII y XVIII, por las que se precisa que en aquellos casos en que se requiriese la presencia de un oidor de otra sala, se llamase al más nuevo de aquella; y en aquellos otros en que se tuviese que ver el pleito por dos salas, con la original se juntase la precedente⁴⁷, u otras concernientes a la validez de los votos de Oidores o Alcaldes ausentes, o relativas a las reglas de procedimiento en caso de separación, jubilación, demencia o muerte de algún o algunos de los jueces⁴⁸

Si bien éste fue el régimen sancionado, mayormente⁴⁹, para la adopción del acuerdo en las Chancillerías de Valladolid y Granada, distinto fue el establecido para las Audiencias de Canarias o Galicia.

⁴⁶ Continúan recogiendo en sus obras la necesidad de la presencia de los miembros del órgano judicial para conocer con las excepciones ya señaladas, como podemos comprobar en Baldo, *Commentaria in VII, VIII, IX y X et XII Codicis libros*, Ludguni, 1585, lib. 7 Cod., tít. *Quando provoc. non este necesse*, ley 4. *Cum magistratus*, nº 1, fol. 126; Pablo de Castro, quien se expresa de la siguiente forma: *Cum plures sunt delegatis in una causa, sententia lata ab uno, vel aliquibus ex eis non intervenientibus aliis est ipso iure nulla, ideo necessaria non est appellatio*, en *Commentaria in secundam Codicis partem*, Ludguni, 1583, tít. *Quando provoc. non este necesse*, ley 4. *Cum magistratus*, nº 1, fol. 144 vlto; así como también en *Peregrina, a Compilatore glossarum dicta Bonifacia*, Imo. Est. Polomo, 1498, voz. Sentencia, 7 quero. e), fol. 441 vlto. Para la adopción del acuerdo siguen requiriendo la necesidad de que prospere la sentencia que hubiere obtenido el parecer del mayor número de jueces, con independencia de que se trate de jueces ordinarios o delegados, como también que se esté al juicio más justo o aquel que es a favor del reo, cuando exista controversia entre los juicios emitidos por los jueces ordinarios, y en el caso de los delegados, que sea el juez delegante quien decida, con la excepción ya observada en Partidas de que en aquellos casos en que coincidieran en el juicio pero no en la cantidad, sea válida la sentencia que se pronunciara en la menor, *Peregrina a Compilatore...*, voz. Sententia, 7 quero. f), fol. 441 vlto.

⁴⁷ *Nueva Recopilación*, 2, 5, 31 y *Novísima Recopilación*, 5, 1, 36.

⁴⁸ *Nueva Recopilación*, 2, 5, 32, 46, 47, 62 y 2. 6, 18, *Autos acordados*, 2, 5, 8, 9 y 14 y *Novísima Recopilación*, 4, 8, 8 y 9 y 5, 1 44, 45, 46, 48, 49 y 50.

⁴⁹ Si bien es cierto que la mayor parte de las normas señaladas se referían a las Audiencias, también algunas de las citadas tenían como objeto otros órganos, como eran el Consejo y la Sala de Alcaldes de Corte. Aunque en el caso del primero tenía sus propias ordenanzas, éstas se remitían, en cuanto al tema que nos ocupa, en gran medida, a las dichas ordenanzas de las Audiencias, como se observa en las ordenanzas del Consejo del Rey, publicadas por P. Gan Jiménez (sin fechar), en las que se señala lo siguiente: 26.- Item. *Que las Ordenanzas de Chancillería se guarden en el Consejo las que fueren provechosas para los negocios dél, que no sean repugnantes a las Ordenanzas dél o impertinentes* o 25. Item. *Que todos los del Consejo firmen las sentencias, según la Ordenanza de Chancillería*, *El Consejo Real de Carlos V*, Universidad de Granada, 1988, p. 332. También se hace eco de esta remisión a las Ordenanzas de Chancillería, S. de Dios, quien nos dice "Pero donde más claramente apare-

Mediante ley promulgada en 1566, se va a precisar el número de votos necesarios para sentenciar en la Audiencia de Canarias. En la misma se fija el número de dos votos conformes para que prospere la sentencia⁵⁰. Distinto régimen se había establecido para la Audiencia de Galicia, en la cual, según distintas leyes promulgadas en el periodo 1564-1566, se disponía la suficiencia del número de dos jueces para conocer de las causas, siempre y cuando no se impusiera pena corporal, exigiéndose la presencia de tres jueces, en aquellas otras causas en que se conociera en grado de revista⁵¹.

Como hemos podido observar, las nuevas disposiciones transformarán el régimen que se había venido contemplando en épocas anteriores. A partir de las mismas ya no se incidirá tanto en la necesidad de la presencia de todos los jueces para sentenciar, como en un número de votos mínimos requeridos para que prospere el fallo.

La doctrina de la Edad Moderna, en gran medida, ignora las nuevas disposiciones aprobadas y continua pronunciándose en los mismos términos que lo hacían los textos legales y la doctrina bajomedieval, tanto para los jueces delegados como para los ordinarios, es decir, se mantienen fieles a los enunciados del derecho común⁵², aunque en algún caso, como es Hugo de Celso⁵³ o Fernández de Ayala⁵⁴ si se hacen eco de las mismas.

Promulgada la Constitución de 1812, se procede a definir un nuevo marco en la administración de justicia, y para el desarrollo de la misma se publica el Reglamento para las Audiencias y Juzgados de primer instancia de 9 de octubre de 1812; creándose, asimismo, el Tribunal Supremo de Justicia, cuyo reglamento es de 13 de marzo de 1814⁵⁵. Las disposiciones recientemente aprobadas establecen una serie de reglas para la formación de la sentencia que, mayoritariamente, no introducen cam-

ce que el Consejo juzgaba conforme al proceso ordinario es en las ordenanzas que el Consejo tenía en fase de consulta hacia 1490. En ellas se remite para los asuntos procesales a lo dispuesto en las ordenanzas de la chancillería”, en *op. cit.*, p. 449.

⁵⁰ *Nueva Recopilación*, 3, 3, 5 y *Novísima Recopilación*, 5, 5, 5.

⁵¹ *Ibidem*, 3,1, 5, 6, 7 y 8, y 5, 2, 26, 27, 29 y 30, respectivamente.

⁵² Hugo de Celso, *Repertorio universal de todas las leyes de estos reinos, abreviadas y reducidas en forma de repertorio decisivo*, Medina del Campo, 1553, fol. 94, cap. 11 y fol. 307, cap. 15., Gregorio López, *Glosas a la Partida 3,22,17*. Federico Schenk, “*De Sententia et Re Iudicata*”, en *Tractatus Universis Iuris*, Venecia, 1584, t. 5. n^{os} 20 y 22, fol. 2. Jacobo Cancer, *Variarum resolutionem*, Barcelona, 1608, part. 3. cap. 17. De Senten. Et ear. exec., n^o. 318-321, fol. 255 anv.

⁵³ Hugo de Celso, *Repertorio...*, fol.. 68, cap. 4 y fol. 69. cap. 45.

⁵⁴ M. Fernández de Ayala y Aulestia, *Practica y formulario de la Real Chancillería de Valladolid, reimpressa con método mas claro y enmendada de muchos yerros, juntamente con una breve instrucción del modo de proceder en causas criminales, por D. Joseph de Luyando*, Zaragoza, 1733, cap. IV. De los casos que conoce el presidente y oidores, fol 7 rev.

⁵⁵ Reglamento que no tuvo vigencia efectiva como consecuencia de los acontecimientos que sobrevinieron dos meses después, según señala, L. Moreno Pastor, *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812-1838*, p. 88.

bio alguno en el régimen que se venía siguiendo⁵⁶, con la sola excepción de que ahora los fiscales tendrán voto en las causas en que no sean parte, cuando no haya suficientes ministros para determinarlas⁵⁷.

En un momento de agitada vida política, (gobiernos de Toreno y Mendizábal bajo el Estatuto Real), nace el Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 1835, el cual confirma, en gran medida, el mismo régimen que venía aplicándose y recogido en las disposiciones relativas a las Audiencias y Tribunal Supremo⁵⁸, introduciendo algunos aspectos nuevos, como son: la necesidad de un número de nueve jueces, al menos, cuando conozca el Tribunal Supremo sobre determinados supuestos⁵⁹, así como que en aquellos casos en que existiera una conformidad absoluta sobre la cuestión principal y se discordare en algún punto accesorio o indiferente, que no tuviera esencial conexión con aquel y, por lo tanto, pudiera separarse, habría sentencia legal y válida respecto de aquello en que estuvieran conformes los votos necesarios, suscitándose la discordia en los demás aspectos en que se pronunció el fallo⁶⁰.

El mismo año de 1835 se promulga con fecha 17 de octubre un nuevo reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias, y con fecha 19 de diciembre, las Ordenanzas para todas las Audiencias de la Península e Islas Adyacentes. Ambos ordenamientos se remiten expresamente a la regulación anterior contenida en el Reglamento provisional para la administración de justicia⁶¹.

⁵⁶ *Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia* Cap. I. arts. XXX, XXXVII y XXXVIII, y *Reglamento del supremo Tribunal de Justicia*, “Cap. I. Del Tribunal y sus funciones: ... Art. 6°. Para formar sala habrá tres ministros á lo menos: mas para la vista y determinación de un recurso de nulidad no se podrá formar sala con menos de cinco Ministros. Cap. III. De los Ministros del Tribunal: Art. 4°. En las votaciones se arreglarán los ministros á lo prevenido por las leyes, ó á lo que se determine en lo sucesivo.... Art. 6°. Si visto el pleito ó causa algun Ministro se inhabilita ó por otro motivo no puede votar en voz ni por escrito, lo determinarán los que quedaren, siendo en número suficiente con arreglo á la ley: si no lo fuere, verá el pleito otro Ministro de la misma sala si lo hubiere, y si no el mas moderno de la precedente; y visto lo determinará con los demas. 7°. Los Ministros del Tribunal suspensos o separados de sus empleos no votaran en los pleitos que hayan visto antes de su separacion; pero los jubilados votarán, hallándose en disposición de hacerlo. 8°. Si después de haberse comenzado á ver algun pleito enfermarse, ó por otro motivo no pudiese asistir alguno de los Ministros, seguirá la vista con los restantes si fueren en competente número, con arreglo á las leyes; y no siéndolo, se procederá a un nuevo señalamiento. 9°. El Ministro impedido por la ley de ser Juez en algun pleito, lo manifestará al que presidiere la sala para que le sustituya el mas moderno de la sala siguiente en orden, á la que pasará el impedido, para que ni en una ni en otra se detenga el despacho.

⁵⁷ *Reglamento de las Audiencias y Juzgados del Primera Instancia*, Cap. I. Art. XXV y *Reglamento del supremo Tribunal de Justicia*, Cap. IV, art. 2.

⁵⁸ *Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre*, arts. 74, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 97 y 98. Ver también J. Vicente y Caravantes, *Tratado...*, pp. 271, 272 y 276.

⁵⁹ Art. 97.

⁶⁰ Art. 83.

⁶¹ *Reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias*, Arts. 10: “...y tambien respecto á las votaciones y el término en que deben darse las sentencias, se observará lo prescrito en el reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de este año...”, 11, y 39 Segundo.

La segunda mitad del siglo XIX se va a caracterizar por su intensa actividad legislativa. El proceso codificador va a lograr sus primeros resultados efectivos en materia procesal y de organización de los tribunales, con la elaboración de Las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, así como La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, que van a sentar unas bases en la materia que nos ocupa que se prolongarán a lo largo de dicha etapa, así como, en gran medida, a lo largo del siguiente siglo. Promulgada la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, encontramos que en muchos aspectos reproduce la legislación anterior⁶², aunque alguno de ellos, como es el caso del número de votos precisos para que prospere la resolución o fallo, con una redacción que provocó consideraciones diametralmente opuestas entre los autores. Mientras que para Vicente y Caravantes⁶³ adolece de una redacción equívoca, Manresa y Navarro, la considera un adelanto en cuanto a claridad y comprensión con respecto al Reglamento Provisional para la Administración de Justicia⁶⁴.

Quince años más tarde de aprobarse la recién citada Ley de Enjuiciamiento Civil, se promulga la Ley Provisional sobre Organización Judicial, la cual en su articulado reproduce, en parte, la legislación anterior⁶⁵ introduciendo, asimismo, algunas innovaciones con respecto a este tema.

Ordenanzas para las Audiencias de 19 de diciembre de 1835, art. 19, en el cual se recoge una remisión similar a la anterior. Ver también M. Ortiz de Zuñiga, *Biblioteca Judicial...*, t. III, p. 32.

⁶² Art. 53.

⁶³ El citado autor considera que la nueva Ley es un tanto oscura, careciendo de uniformidad en las dos alternativas que contiene: “Es oscura, porque parece indicar que en el caso de que concurren cinco ministros no forman tres mayoría absoluta. No es uniforme ni consecuente en su espíritu, porque al paso que cuando concurren cuatro magistrados requiere una mayoría de dos votos, puesto que han de ser tres los que la constituyan, cuando concurren más de cuatro ministros, cinco, por ejemplo, se limita a requerir la mayoría absoluta que no son más de tres, es decir, los mismos que cuando concurren cuatro; de manera que para los efectos de esta disposición, los votos de dos ministros tienen igual fuerza que el de uno. Por esto opinan algunos interpretes de dicho artículo que debiera decir, que se necesitan tres votos conformes, cuando los ministros que concurren a la vista no pasen de cinco; por lo contrario, otros interpretes opinan que debieran exigirse más votos para constituir mayoría en el caso de que los ministros que concurren pasen de cuatro, porque la sentencia que solo ha prevalecido por un voto pierde mucho de su fuerza y autoridad moral, puesto que resultará, que cuando el fallo del superior revoque la sentencia del inferior, por un solo voto, habrán obtenido igual número de votos ambos litigantes, con la única diferencia de ser uno de estos votos obtenido por el litigante que sale vencido, de juez inferior al de lo que obtuvo la parte que salió victoriosa”, en *Tratado...*, t. 2, p. 272.

⁶⁴ “La nueva Ley, es sin embargo, más clara en este punto y más completa: si no pasan de cuatro se necesitan tres votos conformes: si esceden de aquel número hay precisión de reunir mayoría absoluta, esto es, la mitad más uno”. Además el mismo autor destaca, que el número de votos conformes exigidos por la ley, a los que nos acabamos de referir, son requeridos para las sentencias, (el autor incluye dentro de esta denominación tanto las definitivas como las resolutorias de un artículo o incidente), no siendo extensibles para las providencias de mera sustanciación, para las cuales, continúan siendo suficiente dos ministros, según quedó establecido en el art. 74 del Reglamento provisional, antes citado; y bastando el pronunciamiento del Ponente en todas aquellas para las que la Ley le faculta expresamente en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, t. 1, p. 189.

⁶⁵ *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870*, arts. 74-76.

En cuanto al número de votos precisos para que prospere la resolución, la nueva ley establece la necesidad de la mayoría absoluta de los votos⁶⁶, siendo necesarios para formar sala tres magistrados en las Audiencias y cinco en el Tribunal Supremo, siempre y cuando la ley no exija otro número expresamente⁶⁷, requiriendo además que el número de jueces y magistrados sea siempre impar, sin que pueda bajar del necesario para celebrar audiencia, ni exceder del que baste para dictar sentencia definitiva con arreglo a las Leyes de Enjuiciamiento⁶⁸.

La redacción de la ley parece un tanto confusa, o al menos planteó dudas de interpretación entre la doctrina. En efecto, si la ley exige mayoría absoluta y el número de magistrados que se exigen para formar sala en las audiencias es de tres, parece que serían suficientes dos votos conformes para que prosperara el fallo definitivo, extremo que modificaría la situación anterior.

Dudas que quedaron resueltas por medio de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, que se va a pronunciar en favor del mantenimiento del régimen que venía articulado en disposiciones anteriores, y que según el cual, el número mínimo de votos conformes para que prospere el fallo definitivo será de tres, cuando concurren a la vista cuatro o menos magistrados, y mayoría absoluta, cuando el número de magistrados exceda de tal, al declarar en diversas ocasiones lo siguiente: “Que disponiéndose en el art. 673 de la Ley Provisional de Organización Judicial, que el número de jueces o magistrados para fallar pleitos y causas sea impar, sin que pueda bajar ni exceder del necesario, según la naturaleza del pleito o causa con arreglo a las Leyes de Enjuiciamiento, y en el art. 684 que la sentencia se dictará por mayoría absoluta de votos, excepto en los casos en que la ley exigiese expresamente mayor número, es indudable que para que en los pleitos haya sentencia se necesitan tres votos conformes, cuando los Ministros que hayan concurrido a la vista, no pasen de cuatro, según en términos claros y explícitos se consigna en el art. 53 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la cual según la naturaleza de los negocios de esta clase, solo puede referirse en sus últimas palabras el art. 673 de la citada Ley Provisional”⁶⁹.

Tal interpretación de la Suprema Corte sería compartida por algún sector de la doctrina⁷⁰, mientras que otra parte disientiría de la misma⁷¹.

⁶⁶ *Ibidem*, “Art. 684. La sentencia se dictará por mayoría absoluta de votos, excepto los casos en que la ley exigiere expresamente mayor número”.

⁶⁷ *Ibidem*, art. 640.

⁶⁸ *Ibidem*, art. 673.

⁶⁹ *Sentencias del Tribunal Supremo*, 21 de abril de 1871, 21 de mayo, 26 de junio, 13 y 29 de noviembre de 1872 y 5 de febrero de 1874.

⁷⁰ Este es el caso de P. Gotarredonda, quien se pronuncia en favor de la necesidad de la existencia de tres votos conformes para poder dictar sentencia, sin olvidar las dudas y dificultades que pudiera plantear el citado art. 684, y en este sentido nos dice: “Quizá parecerá de muy fácil solución la cuestión que acabamos de plantear, pero después de examinada detenidamente, `pero después de examinada deteni-

Otra innovación que encontramos en la presente ley y que no deja de provocar una cierta inquietud, se refiere a la posibilidad que contempla de permitir que voten los pleitos los jueces o Magistrados que hubiesen sido separados o suspensos⁷², y

damente no dejará de ofrecer sus dudas y dificultades. Vamos pues, a estudiarla exponiendo la opinión que hemos formado sobre este punto práctico, por sí con ello podemos contribuir a que se esclarezca y fije la verdadera inteligencia, y por consiguiente se eviten los conflictos a que indefectiblemente podría dar lugar una mala interpretación... Observamos pues, que la nueva ley deja en pie la cuestión porque circunscribiéndose a solo determinar que en el caso, el número de Magistrados no ha de ser menor de tres, y siempre impar, aunque las leyes requieran otro mayor, y que, si bien la mayoría absoluta debe hacer sentencia, esto ha de entenderse cuando la ley no exija expresamente mayor número, es claro que la nueva ley guarda un silencio profundo acerca de este último extremo, esto es, sobre cuales son esos casos en que prescindiendo la ley de la mayoría absoluta, no se contenta con ella y exige otra cosa más, mayor número, lo que es indispensable investigar, como que, desconociéndose esos casos de la escepción o de la referencia que hace la nueva ley, mal podría cumplirse debidamente en su aplicación práctica... Pues bien sabido es que dos votos conformes nunca se han considerado suficiente garantía de acierto e imparcialidad en el número de Magistrados para fallar, y que partiendo de este principio, la ley 27, tit. 2, lib. 5 de la Novísima Recopilación, exigía ya tres votos conformes para que hubiese sentencia en lo criminal; que lo mismo exige en el art. 53 de la Ley de Enjuiciamiento civil cuando los Magistrados que hayan concurrido a la vista del pleito no pasen de cuatro; y que el propio criterio se ve adoptado, así para lo civil como para lo criminal, en el art. 74 del reglamento provisional, y también para lo criminal, en las disposiciones 4ª y 5ª del artículo unico del Real decreto de 4 de Noviembre de 1838, que requieren siempre para que haya sentencia, ya se trate de causas contra Jueces inferiores, o de las en que se haya impuesto o pedido la última pena o alguna de las perpetuas, para cuyas causas, según la regla 42 de la ley provisional para la ejecución del Código de 1850, se necesita, como ya se necesitaba por dicho Real decreto, la concurrencia de cinco Magistrados, ya se trate de las demás para que basten tres, que se reúnan tres votos que esten conformes de toda conformidad, sin que baste la mayoría absoluta. Y he aqui los casos a que se refiere en su excepción el artículo 684, y en vista de ellos por fuerza hay que convenir en que cuando concurran a la vista de un pleito o causa tres Magistrados, siempre será necesario para que haya sentencia que los votos sean enteramente, absolutamente conformes, porque ya por fin hemos dado con los casos en que la ley que aqui es la de Enjuiciamiento Civil, el Reglamento provisional y el Real Decreto de 4 de Noviembre de 1838, exigen expresamente, no la mayoría absoluta, sino mayor número, esto es, de tres no solamente dos, sino todos tres, que es precisamente en lo que consiste en el caso la entera o absoluta conformidad y la excepción del art. 684”, en Sobre los votos necesario para que haya sentencia, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (en adelante R.G.L.J.), t. 40, año 1872, pp. 147-150.

⁷¹ Este es el caso de Inda, S., quien se expresa en los siguientes términos: “Y alguien habrá que nos atribuya falta de respeto a las decisiones del primer Tribunal del Reino, al ver que sostenemos una tesis contraria de todo en todo a la doctrina sancionada por aquel Supremo Tribunal en dos sentencias respectivamente dictadas... para nosotros la cuestión es clarísima, y evidente de toda evidencia, que dadas las prescripciones de la ley citada antes de ahora, es de absoluta necesidad resolverla afirmativamente, o sea, en el sentido de que para dictar sentencia definitiva en sala compuesta de tres Magistrados basta la conformidad de dos votos”, en Organización judicial, *R.G.L.J.*, t. 41, año 1872, pp. 91-99. Para el citado autor, el art. 673 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refiere a las leyes de enjuiciamiento para determinar el número de Magistrados que, según la naturaleza del pleito o causa, han de concurrir a dictar sentencia, pero no para determinar el número de votos afirmativos que se precisan para formar la sentencia, extremo al que me adhiero.

⁷² “Art. 687. Cuando fuere trasladado, jubilado, separado o suspenso algun Juez o Magistrado, votará los pleitos y causas á cuya vista hubiere asistido y aún no se hubiesen fallado”.

que contrasta con la legislación anterior en la que se les exceptuaba expresamente de la votación. No cabe duda que las causas por las que pueden ser separados o suspensos los Magistrados son de tal envergadura, que hubiera sido más acertado conservar la disposición del art. 84 del Reglamento provisional para la Administración de justicia, en la que se impedía votar a los mismos, como así lo manifestó la doctrina⁷³.

Por último La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, reproduce en toda su extensión la regulación anterior⁷⁴, y este sistema regirá por más de un siglo, hasta que se lleven a cabo escasas modificaciones⁷⁵ que quedarán plasmadas en nuestros textos legales vigentes, como son principalmente la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, así como la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Es importante destacar la modificación que se va a operar desde el punto de vista de los votos necesarios para pronunciar sentencia. El derecho vigente, se olvida de la exigencia de un número determinado de votos, extremo que se había mantenido a lo largo de los siglos, para volver al sistema de mayorías, salvo que la ley expresamente exigiera una mayor proporción⁷⁶.

La nueva redacción de los textos vigentes, al parecer, intenta evitar la confusión creada por la Ley Orgánica del Poder Judicial que se pronunció, como hemos tenido ocasión de comprobar, en parte, en los mismos términos que los mismos, pero que el Tribunal Supremo había interpretado en un sentido que no alteró el requerimiento de tres votos mínimos que se venían exigiendo. Esta podría ser la razón, a nuestro juicio, de que en la nueva redacción se establezca con carácter expreso “En ningún caso podrá exigirse un número determinado de votos conformes que altere la regla de la mayoría”, lo que permitiría dictar una resolución con dos votos conformes en aquellas salas donde el número de magistrados no exceda de tres.

Asimismo, se produce una nueva, esperada e interesante modificación relacionada con la posibilidad de participar en la votación por parte de los magistrados separados o suspensos. Tal y como la doctrina había venido pidiendo, la nueva redacción determina la sustitución de los magistrados que hubiesen incurrido en tales situaciones⁷⁷.

⁷³ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881, concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, bajo la dirección de Eugenio Montero Ríos, t. 1, Madrid, 1881, p. 231.

⁷⁴ Arts. 346, 347 y 366.

⁷⁵ En todo lo demás se reproduce la regulación anterior. Ver. *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, arts. 256, modificado por *Ley Orgánica 16/1994 de 8 de noviembre*, y 258, y *Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil*, arts. 194 y 199.

⁷⁶ *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, art. 255 y *Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil*, art. 201 “Mayoría de votos. En los tribunales colegiados, los autos y sentencias se dictarán por mayoría absoluta de votos, salvo que expresamente la ley señale una mayor proporción. En ningún caso se podrá exigir un número determinado de votos conformes que desvirtúe la regla de la mayoría”.

⁷⁷ *Ibidem*, art. 258 y arts. 199. 2 y 3 y 194. 2, respectivamente.

3. Procedimiento para la resolución de discordias

Para aquellos supuestos, en que ninguno de los juicios esgrimidos por los jueces alcanzase el respaldo de los votos requeridos, según lo casos, para la perfección del fallo, nuestras disposiciones legales, a lo largo de los siglos, han establecido formas de proceder, en función de las cuales, poner fin a las discordias que pudieran impedir alcanzar una resolución.

Estas formas de proceder son las que vamos a analizar en el presente apartado.

Si observamos nuestros textos legales bajomedievales, punto de partida de este estudio, observamos que ya los mismos regulaban distintas fórmulas que permitían resolver los conflictos de este carácter que pudieran sucederse.

Los citados textos legales contemplaban regímenes distintos ya se tratara de jueces ordinarios o delegados *ad universitatem causarum*, o jueces delegados *ad unam causam*.

Cuando el desacuerdo se produjese entre jueces ordinarios o delegados para la totalidad de las causas, se prescribe que deberá prosperar aquel juicio o sentencia que fuese a favor del demandado, exceptuándose aquellos pleitos que versaran sobre señorío del rey, sobre arras, manda de muerto y libertad, en cuyos casos no se deberá adoptar la solución favorable al demandado, sino que en los mismos deberá prosperar el juicio que se hubiese emitido a favor del titular de tales derechos y no el que fuese contra ellos⁷⁸.

En el supuesto de que los encargados de conocer fuesen jueces delegados para una o unas causas expresamente determinadas, y ninguno de los juicios emitidos alcanzare el apoyo de la mayoría de los votantes, se dispone que se remita la causa al juez delegante, quien conocerá de nuevo sobre el asunto y emitirá su fallo, confirmando aquel que tuviere por bien⁷⁹.

Las Partidas establecen, asimismo, alguna particularidad con respecto al régimen señalado anteriormente. Diferenciando aquellas ocasiones en que los distintos jui-

⁷⁸ En este sentido son idénticos los preceptos contenido en el Fuero Real, 2,13,4, como los recogidos en el Espéculo, 5,13,16, exponiendo este último, a diferencia del primero, una serie de razonamientos que vienen a justificar dicho diferente proceder, como son los siguientes: *E esto dezimos porque los iudgadores deven aver en ssi dos cosas: piadat o castigo para vedar el mal; pero mas los debe mover piadat para dar a los omnes por quitos en las cosas que no ffueren Cdesaguissadas, que por vencidos... Mas algunos pleitos y á en que no vale el iuzio que ffuere dado por el demandado, maguer ssean tales iudgadores del un cabo commo del otro, assí como en pleito que ffuese de cosas del rrey mismo, o que pertenesciessen a ssu sseñorio. Otrosi en pleito de arras por que no ffinquen las mugieres pobres e dessanconseissadas. Esso mismo dezimos en pleito que ssea ssobre manda de muerto; ca membrándose los iudgadores como an de morir, piadat los deve mover para ffazer comprir las mandas de los muertos, quanto ellos mas podieren con derecho. E aún esso mismo dezimos, quando alguno moviesse pleito en que demandasse por ssi o por otro, que eran libres e lo devien sseer. Ca naturalmente sse deven más mover los que dan los iuzios a querer que los omnes ssean libres que ssiervos.* También se pronuncian en parecidos términos Partidas, 3,22,18.

⁷⁹ Espéculo, 5,13,17, Partidas, 3,22,17.

cios emitidos por los jueces concedores sean distintos en su totalidad, de aquellos otros, en que por el contrario, tan solo difieran en la cuantía, prescribiendo en tal caso, que deberá prosperar aquel que se pronunciare sobre la menor cuantía.

Un régimen similar ya encontrábamos recogido tanto en el derecho romano⁸⁰ como en el derecho canónico⁸¹, observando, incluso, una similitud tal entre este último y nuestras fuentes bajomedievales, que nos permiten afirmar que nuestro derecho histórico tomó como base para formular tales preceptos el derecho de la Iglesia y lo hizo suyo.

En similares términos se pronuncia la doctrina⁸².

Como ya hemos señalado, los Reyes castellanos mostraron una gran sensibilidad en los temas referentes a la administración de justicia, promulgando un gran número de disposiciones que favorecieran un buen y justo funcionamiento de la misma. Dentro de éstas, y con respecto al tema que nos ocupa, Enrique III, en el año 1406, otorgará unas nuevas ordenanzas al Consejo en la ciudad de Segovia, en las que observamos significativamente que, por primera vez, se establece la obligatoria consulta al rey por parte del Consejo, para los casos en que no se llegue al número de votos requeridos para que pueda tomar los acuerdos⁸³.

Aunque, por primera vez se recoge de forma expresa el recurso al monarca, si partimos de que, según la naturaleza del Consejo, éste representa al rey y actúa en

⁸⁰ *Inter pares numero iudices si dissonae sententia proferantur, in liberalibus quidem causis, secundum quod a divo Pio constitutum est, pro libertate statutum optinet, in aliis autem causis pro reo quod et in iudiciis publicis optinere oportet. Si diversis summis condemnent iudices, minimam spectandan esse Iulianus scribit, Digesto 42,1,38.*

⁸¹ El derecho canónico se pronuncia en los mismos términos observados en nuestros textos legales, según se trate de jueces ordinarios o delegados, optando por el juicio pronunciado a favor del reo, en aquellos casos en que tratándose de jueces ordinarios discordasen en su veredicto, con la excepción, también señalada en nuestras fuentes bajomedievales, de las causas de matrimonio, libertad, dote o testamento, en las cuales siempre prosperaría la sentencia pronunciada a favor de las mismas, estableciendo, asimismo, que cuando los jueces que conociesen lo hicieran por potestad delegada, la decisión final, en caso de controversia, sería la adoptada por aquel que confirió la delegación: *Duobus iudicibus, ut accepimus, diversas sententias proferentibus, si ex iurisdictione ordinaria processerunt, tenet pro reo, non pro actore, nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote seu testamento, pro ipso fuerit promulgata. Si vero ex delegata potestate, utraque pendet sententia ex arbitrio delegantis. Quodsi ex compromisso, neutra debet habere vigorem*, Decretales de Gregorio IX, Lib. 2. Tít. 27, Cap. 26.

⁸² Jacobo de las Leyes, *Doctrinal...*, Lib. 5. Tít. 1. cap. 14 y 15, pp. 316-318.

⁸³ *Otrosi si acaeciére que en las cosas que se hobieren de librar en el consejo fueren opiniones en tal manera que todos los del consejo no fueren concordés, è si fueren opiniones entre ellos ordeno que si las dos partes fueren en una concordia, que se libre è determine la cosa sobre que la contienda fuese segund el consejo de las dichas dos partes: è si por aventura las dos partes de los del consejo no fueren de una concordia, que en tal caso sea fecha relacion á mí de las opiniones é razones que se facen sobre las dichas opiniones porque yo sobre ello determine é mande lo que a mi merced fuere...*, en F. Martínez Marina, *Teoría de las Cortes*, Editora Nacional, Madrid, 1979, vol. III, parte segunda, apéndice II, pp. 1.294-1.295. Disposición que se vuelve a repetir en las Cortes de Toledo de 1480, en *CLC*, t. 4. p. 113.

su nombre⁸⁴, en definitiva no se está más que siguiendo los mismos esquemas esgrimidos por la legislación anterior, acudir al juez delegante para que decida.

Este interés de los monarcas por alcanzar una recta administración de justicia cristaliza durante el reinado de los Reyes Católicos con la promulgación de las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489⁸⁵.

Las citadas ordenanzas establecen un sistema más completo y pormenorizado de las distintas fases en el procedimiento de elaboración de la sentencia, introduciendo una nueva fórmula de dirimir las discordias, que rompe con el sistema establecido hasta el momento, (que se inclinaba por aquel juicio favorable al demandado o en favor del titular de unos específicos derechos), para buscar una solución en la que primara siempre la decisión mayoritaria de los jueces concedores de la causa. De acuerdo con tales principios se contemplaba, ante la imposibilidad de alcanzar el número de votos precisos entre los juzgadores, la necesidad de la consecución de los mismos, recurriendo a los miembros de otras Salas, letrados del Consejo u otros letrados⁸⁶.

Este régimen de dirimir las discordias aplicables a las Chancillerías de Valladolid o Granada, no se hacía extensible para el caso de otras audiencias, como era el caso de la de Galicia o Canarias, para las cuales se legisló de forma particularizada. No nos debe de extrañar, por otro lado, estas diferencias entre audiencias, ya que en el caso de estas últimas su distinta composición, obligaba a adoptar soluciones diferenciadas. Mientras que en la Audiencia de Galicia se procedía de una forma similar a las audiencias de Valladolid o Granada, remitiendo el pleito a aquellos oidores que no le hubieran conocido y que conjuntamente con los que hubiesen participado en la primera votación lo determinarían⁸⁷; en la de Canarias, si ausente un magistrado, los otros no se conformaren en un solo juicio, se designaba por éstos un letrado,

⁸⁴ S. de Dios, *op. cit.*, p. 135.

⁸⁵ Ver nota 24.

⁸⁶ *Nueva Recopilación*, 2, 5, 43, *Y si acaeciére, que entre todos los votos de una Sala no aya los dichos tres votos conformes para sentencias, porque los votos son diversos, ò contrarios, de manera que no pueca aver la dicha conformidad de los dichos tres votos conformes: mandamos, que cada y quando que lo tal acaeciére, se remita a los Oidores de otra Sala siguiente; los quales lo vean, y determinen, juntamente con los que lo remitieron: y si oviere discordia ente ellos, de manera que no aya mayor numero de votos, se remita à otra Sala, y lo que la mayor parte dellos determinare valga, con tanto, que siempre aya tres votos conformes, assi en la sentencia de vista, como de revista. Y si en las quatro Salas no huuiere numero de tres votos conformes, que en tal caso el dicho nuestro Presidente con los Oidores, que en el dicho negocio ouieren de ver, y sentencias, ò con uno de ellos, si mas no ouiere, nombren, y llamen luego Letrados de los del nuestro Consejo, si ende estuvieren; y si no estuvieren alli, el nuestro Consejo tome otros Letrados, quales à los dichos Presidente, y Oidores es bien visto fuere, para determinar los tales negocios, en la manera susodicha: a los assi nombrados damos para ello entero poder, y facultad, para los determinar: y mandamos, que sus votos, y sentencias tengan aquella fuerça, que las dadas por los nuestros Oidores...*

⁸⁷ *Nueva Recopilación*, 3, 1, 6.

quien estudiaba los distintos juicios, y sin necesidad de que se reuniera con los ministros encargados del asunto para conocer y votar, enviaba su parecer⁸⁸, o en la de Sevilla, donde se remitía el pleito a los magistrados de otra Sala, y si no se alcanzase el número de votos para sentenciar, se remitía a los Alcaldes mayores, para que todos juntos determinaran⁸⁹.

Las normas que acabamos de analizar e innovadoras en la forma de dirimir las discordias se promulgaron, como hemos visto, para regir en las Audiencias, por lo que deducimos que en los otros órganos colegiados para los cuales no se hubiese legislado al respecto⁹⁰, o bien seguirían rigiendo las disposiciones legales anteriores, o bien se aplicarían, por analogía, las disposiciones recientemente aprobadas; solución, esta última, por la que nos inclinamos.

La doctrina de la Edad Moderna, en su mayoría, ignora las nuevas disposiciones aprobadas y continua pronunciándose en los mismos términos que lo hacían los textos legales y la doctrina bajomedieval, tanto para los jueces delegados como para los ordinarios, es decir, se mantienen fieles a los enunciados del derecho común⁹¹.

A principios del siglo XIX, la Novísima Recopilación al recoger todas las disposiciones que, como hemos visto, organizaban la formación de la voluntad en las audiencias, confirma el funcionamiento que ya se había establecido con las Ordenanzas de Medina del Campo de 1489 y disposiciones posteriores, aludidas anteriormente⁹², así como las establecidas para el Consejo⁹³, y para los Alcaldes de Corte⁹⁴.

Como ya señalábamos en los anteriores epígrafes, el Estado Constitucional establecerá un nuevo marco en la administración de justicia, para cuyo desarrollo se promulgarán distintos textos legales. Textos legales, que serán consecuencia de las continuas convulsiones que se operan en la sociedad española del momento, y que tratarán de delinear los distintos aspectos relativos a la organización judicial durante la

⁸⁸ *Ibidem*, 3, 3, 5.

⁸⁹ *Ibidem*, 3, 2, 6.

⁹⁰ Este no es el caso del Consejo del Rey, para el cual, se elaboraron sus propias ordenanzas, aunque en las mismas, publicadas por P. Gan Giménez (sin fechar), se señala lo siguiente 26.- Item. *Que las Ordenanzas de Chancillería se guarden en el Consejo las que fueren provechosas para los negocios dél, que no sean repugnantes a las Ordenanzas dél o impertinentes*, *El Consejo Real de Carlos V*, Universidad de Granada, 1988, p. 332. También se hace eco de esta remisión a las Ordenanzas de Chancillería, S. de Dios, quien nos dice “Pero donde más claramente aparece que el Consejo juzgaba conforme al proceso ordinario es en las ordenanzas que el Consejo tenía en fase de consulta hacia 1490. En ellas se remite para los asuntos procesales a lo dispuesto en las ordenanzas de la chancillería”, en *op. cit.*, p. 449.

⁹¹ Gregorio López, *Glosas a la Partida 3,22,17*.

⁹² *Novísima Recopilación*, 5, 1, 36, 38, 43; 5, 2, 17; 5, 4, 19 y 5, 5, 5.

⁹³ *Ibidem*, 4, 8, 3 y 8.

⁹⁴ *Ibidem*, 4, 28, 5.

primera mitad del siglo XIX. La ley más destacada elaborada en este periodo, como ya señalaba en su momento Tomás y Valiente⁹⁵, será el Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835⁹⁶, que, en sus aspectos orgánicos, sería completado por otros textos, ya citados, como son el Reglamento del Tribunal Supremo de 1835⁹⁷ y las Ordenanzas para las Audiencias de 1835.

La nueva legislación aprobada persigue una mayor precisión en el tema que nos ocupa, y un objeto claro, como es el de evitar dilaciones en la resolución de las diferencias, sin que ello sea obstáculo alguno para alcanzar la certeza del fallo. Con este propósito introducirá determinadas innovaciones, como son: la necesidad de que sea el Regente quien proceda al señalamiento de las discordias⁹⁸; la separación y tratamiento de los puntos controvertidos en el caso de que los votos se conformaren en el punto principal y discordaren en otro accesorio que no tenga esencial conexión con el primero y, por tanto, pueda separarse⁹⁹; no proceder a la discordia siempre y cuando no se persista en la misma¹⁰⁰; la votación de las discordias primero por los discordantes, para que en el caso de se alcanzase el número de votos necesarios, no tuvieran que intervenir los dirimientes¹⁰¹; así como, que en aquellos casos en que las diferencias se dieran entre dos o tres ministros fueran dirimidas por dos y las que ocurrieran entre cuatro o más ministros, por tres, aunque a falta de suficiente número de ministros se podrían dirimir por uno sólo, siempre que cupiera decidir las por un solo voto¹⁰².

⁹⁵ F. Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho Español*, ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 523.

⁹⁶ Desarrollando la Constitución de 1812, se había promulgado, con fecha 9 de octubre de 1812, el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia., con una escasa aplicación durante los breves periodos en que dicha Constitución estuvo vigente. En el citado reglamento, en su art. 31, se establecía “En estas Audiencias de dos salas la discordia que ocurra en la sala de segunda instancia se decidirá por un Ministro de la otra, ó por uno de los Fiscales. Si ocurriese discordia en la sala tercera, se dirimirá, á falta del Regente ó de un Fiscal, por uno de los Jueces de letras de la capital, ó en su defecto por un Letrado, con arreglo a lo prevenido en el artículo precedente. En las demás Audiencias la discordia que haya en una sala será decidida por un Ministro de qualquiera de de las otras”.

⁹⁷ Reglamento basado sobre otro anterior de 1814, de práctica nueva vigencia efectiva, en cuyo art. 11 establecía: “La discordia que haya en una sala será decidida por un Ministro el más moderno de la siguiente en orden, no habiendo en la misma quien no haya visto el pleito”. Ver L. Moreno Pastor, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁸ *Ordenanzas para las Audiencias*, art. 43. Ver J. Vicente y Caravantes, *Tratado...*, p. 273.

⁹⁹ *Reglamento Provisional para la administración de justicia de 1835*, art. 83.

¹⁰⁰ *Ordenanzas para las Audiencias*, art. 41.

¹⁰¹ *Ibidem*, art. 42.

¹⁰² *Ibidem*, art. 40. Para J. Sainz Guerra, El “sistema de número par (por oposición al del número impar, que sostenía que todos los litigios debían ser decididos por un tribunal compuesto por un número impar de magistrados) frente a su oponente gozaba de determinadas ventajas junto a ciertos inconvenientes. La mayor ventaja consistía en otorgar mayor celeridad a los despachos de tramitación. Sin embargo, esta fórmula propiciaba un mayor número de discordias, al facilitarse los casos de empate con el efecto contrario al anteriormente citado. Se argumentaba en su favor la mayor autoridad moral

Como ya señalábamos, los primeros resultados del proceso codificador en materia de enjuiciamiento y organización de los tribunales, se producirán en la segunda mitad del siglo XIX, momento decisivo en el que se van a promulgar leyes que, algunas de ellas, tendrían una vigencia extensísima en el tiempo. Este es el caso de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.

La nueva Ley de 1855, establece la presencia de un mayor número de ministros en aquellos casos en que no se llegasen a reunir los tres votos conformes o la mayoría absoluta, tal y como señalaba el derecho anterior. Pero a diferencia del mismo, ahora la nueva Ley preceptúa distintas soluciones en virtud del número de ministros discordantes, estableciendo la presencia de dos nuevos ministros, cuando hubiere sido impar el número de los disconformes, y de tres, cuando este número hubiese sido par¹⁰³.

Esta innovación contemplada en la Ley fue considerada positiva por la mayoría de los tratadistas de la época, al ir destinada a evitar las sucesivas discordias en un mismo pleito, y el llegar, a veces, a la necesidad de proceder a una nueva vista con la presencia de nuevos ministros para decidir, como antes podía suceder¹⁰⁴.

La citada nueva normativa modificaría sustancialmente, con respecto del régimen anterior, la calidad de los nuevos ministros que se incorporen para dirimir la discordia. En efecto, ahora se establece la concurrencia, en todo caso del Presidente en el Tribunal Supremo y el Regente en las Audiencias, acompañado por el ministro o ministros de la sala donde radicara el pleito y que no hubiesen asistido a la vista, y, a falta de éstos, los más antiguos del tribunal, con exclusión de los presidentes de la sala¹⁰⁵.

del sistema, ya que en una sala de cuatro magistrados la decisión debía adoptarse por tres contra uno, mientras que en una sala impar de cinco la decisión debía adoptarse por tres contra dos, lo que ofrecía según los conceptos dominantes una mayor garantía de justicia”, en *La Administración de Justicia en España (1910-1870)*, Madrid, 1992, nota 98, p. 222, M. Ortiz de Zuñiga, *op. cit.*, pp. 49, 52 y 53, E. Jiménez Asenjo, *Organización judicial española*, Editorial Revista Derecho Privado, vol. 25, Madrid, 1952, p. 160. Ver también *Reglamento del Tribunal Supremo de 1835*, art. 12.

¹⁰³ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, arts. 54 y 55.

¹⁰⁴ José María Manresa y Navarro señala: “La nueva Ley, aleccionada con la piedra de toque de la experiencia, ha salvado este inconveniente, disponiendo acertadamente por el art. 55, que diriman las discordias dos Ministros cuando sea impar el número de discordantes, y tres en el caso de haber sido par. De este modo, sea la que quiera la opinión de los Ministros dirimientes, siempre formará sentencia, y no se dará lugar a nueva discordia, como antes sucedía con bastante frecuencia”, *op. cit.*, t. 1. p. 190. También se pronuncia en términos similares José Vicente y Caravantes, *op. cit.*, t. 2, nº 1.056, p. 273, así como Gómez de la Serna, quien además añade: que otra ventaja del nuevo sistema, es que –contra el sistema anterior– prefiere buscar la antigüedad, la experiencia y la práctica de juzgar para resolver, en *Motivos para las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la ley de Enjuiciamiento Civil*, p. 23, o V. Hernández de la Rúa, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1856, vol. 1, pp. 80 y 81.

¹⁰⁵ Art. 56 y 884. Tanto Manresa y Navarro, en *op. cit.*, t. 1, p. 190, como Vicente y Caravantes, *op. cit.*, t. 2, nº 1.056, p. 273, mantienen que al guardar silencio la ley sobre quién nombrará a los minis-

De nuevo, la doctrina considerará acertada la solución adoptada por la ley, ya que al tratarse precisamente de los pleitos que conllevan cierta dificultad los que, mayormente, motivarán las discordias, es también lógico, que sean los magistrados más antiguos, por ser los más expertos, los que conozcan de los mismos. Consideración que abona el que sea siempre uno de los dirimientes el Presidente o Regente del Tribunal, al que deben suponerse mejores conocimientos y mayor práctica en los negocios. Coherentemente, se ordenaba que los Regentes de las Audiencias no asistieran a la vista de ningún pleito, al objeto de que no quedaran imposibilitados para dirimir, en caso de existencia de discordia¹⁰⁶.

Este último extremo suscitaba la duda de si los regentes o presidentes de las Audiencias podrían continuar haciendo uso de la facultad que les concedía el art. 23 de sus ordenanzas para asistir a la sala que mejor estimasen, o si habría que considerarse derogada esta facultad e imposibilitados aquellos de asistir a las vistas, al efecto de quedar siempre en reserva para dirimir las diferencias que pudieran sucederse. Duda que quedó resuelta por el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de noviembre de 1863, al declarar que la Ley de Enjuiciamiento Civil no contenía disposición expresa que privara de dicha facultad a los regentes, hoy presidentes, ni tampoco puede deducirse de art. 56, el cual debía entenderse en el sentido de que, en el supuesto de discordia, cuando él no fuera discordante, ni concurra en él impedimento legítimo que le estorbe, el regente ha de ser siempre uno de los dirimientes.

Por lo que se refiere a la exclusión de los presidentes de sala, la doctrina consideró también que la misma tan sólo se debe entender en aquellos casos en que existan ministros que no hayan discordado y puedan dirimir la discordia, pero que resulta razonable su participación con preferencia a la de cualquier juez o abogado ajeno al tribunal, extremo que se deriva del propio espíritu de la ley¹⁰⁷.

tros discordantes, pero ser uno de ellos el Regente de las Audiencias, es indudable que es a éste a quien corresponde efectuar dicho nombramiento y designación, como así se disponía en los arts. 36 y 46 de las Ordenanzas de las Audiencias. V. Hernández de la Rúa considera de gran importancia las diferencias que se contemplan en la nueva ley al señalar “porque presuponiendo la dificultad del caso por el hecho mismo de la discordia, las Ordenanzas llamaban en su auxilio a los menos experimentados, como deben serlo por un orden regular los ministros mas modernos, y por el contrario, la Ley de Enjuiciamiento recurre a la mayor experiencia para auxiliar y resolver las dudas que se suscitaren entre sus compañeros”, en *Comentarios...*, p. 81.

¹⁰⁶ Manresa y Navarro, *op. cit.*, t. 1, p. 191, o Vicente y Caravantes, *op. cit.*, t. 2, p. 273.

¹⁰⁷ “No creemos que en el espíritu de la ley esté, que en su silencio respecto a los que deben entrar después de los que espresamente llama, sean preferidos los suplentes a los que son magistrados de la dotación del Tribunal. Excluye, es verdad, á los Presidentes de Sala, pero es solo mientras existen ministros que no hayan discordado y puedan dirimir la discordia: no considera el caso de que puedan ser llamados suplentes, pero es de presumir que, á haberse propuesto por sus Redactores este caso, obrando con lógica y siguiendo el espíritu de la ley, lo hubieran resuelto sin vacilar del modo que propone el consultante, porque no puede suponerse que cuando con tan cuidadoso afán buscaban garantías de acierto, creyéndolas encontrar en la mayor esperiencia, pudieran abrigar la idea de que fuera llamado

También, la ya muy mencionada Ley, establecía que los ministros discordantes consignen en la providencia con claridad y precisión los puntos en que convengan y en los que disientan, limitándose los dirimientes a decidir sobre aquello en que no hubiera habido conformidad¹⁰⁸.

Ya, a finales del siglo XIX, se promulgarán la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 1881, estableciendo un sistema de regulación que se prolongará, prácticamente, por más de un siglo, y que introducirá algunas variantes en el tema que nos ocupa¹⁰⁹. Por lo que respecta a aquellos supuestos en que existiese discordia por no haberse reunido los votos necesarios para que hubiese sentencia, la nueva normativa propone una fórmula consistente, en que cuando de la votación de una sentencia no resultare mayoría de votos sobre cualquiera de los pronunciamientos de hecho o de derecho que deban hacerse, o sobre el fallo que haya de dictarse, volverán a discutirse y a votarse los puntos en que hayan disentido los votantes. Cuando tampoco resultare del segundo escrutinio mayoría, se dictará providencia, declarando la discordia y mandando celebrar nueva vista con más Magistrados¹¹⁰. La nueva vista, (cuya designación corresponde al Presidente del Tribunal, previo aviso del Presidente de Sala, y después de designar a los magistrados que vayan a conocer, cuyos nombres se harán saber a los litigantes¹¹¹), se celebraba con los Magistrados que hubieren asistido a la primera, aumentándose dos más cuando el número de los discordantes hubiese sido impar, y tres más, en el caso de que hubiese sido par¹¹². En cuanto a la calidad de los minis-

un juez de primera instancia ó una persona ajena del todo tal vez al órden judicial á dirimir una discordia entre magistrados”, *RGLJ*, t. 17, año 1860, pp. 462-464.

¹⁰⁸ *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, art. 57. Para V. Hernández de la Rúa, la redacción de la nueva Ley es acertada, en cuanto prevé que se fijen los puntos en que haya conformidad, para que quedando hecha sentencia, no sean objeto del nuevo debate inncesario, *Comentarios...*, p. 82.

¹⁰⁹ En todo lo demás reproduce la legislación anterior: *Ley Orgánica del Poder Judicial*, arts. 697, 702, 703 y 705 y *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, arts. 356 y 357, 886.

¹¹⁰ *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870*, Art. 696 y *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, art. 351. Precepto que parece acertado a la doctrina de la época, la cual considera, además, que el trámite al que alude el último párrafo, “celebrar nueva vista con más Magistrados” no tendrá que verificarse cuando se hayan escrito las alegaciones en derecho a que se refieren los artículos 876 y siguientes, porque según se dispone en el art. 886, no habrá que hacer más que entregar a los Magistrados dirimientes los correspondientes ejemplares de las alegaciones, en *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881, concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*, bajo la dirección de Eugenio Montero Ríos, t. 1, Madrid, 1881, pp. 233 y 234.

¹¹¹ *Ibidem*, arts. 700 y 701, y 354, respectivamente.

¹¹² La *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, art. 352, vuelve al sistema establecido en su anterior de 1855, modificando, por tanto, la regulación contenida al respecto por la *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870*, en cuyo art. 698 disponía: “La nueva vista se celebrará con los Magistrados que hubieren asistido a la primera, aumentándose dos más cuando los discordantes fueren tres, y cuatro más si fueren cinco o más los que discordasen”.

tros encargados de dirimir las discordias, las citadas leyes preceptúan que en primer lugar sea requerido el Presidente del Tribunal, seguido por los magistrados de la sala respectiva que no hubieran visto el pleito, y, por último, los magistrados más antiguos del tribunal con exclusión de los presidentes de sala¹¹³.

Asimismo, la nueva ley establece un nuevo régimen a la hora de dirimir las discordias en aquellos supuestos en que la votación de dirimientes y discordantes no lograra reunir el número de votos precisados. Con el fin de acabar con los inconvenientes y perjuicios a que daba lugar la regulación anterior, se previno, que cuando en la votación de una sentencia por la sala de discordias no se reuniese tampoco mayoría absoluta de votos sobre los puntos discordados, se procediera a un nuevo escrutinio, poniendo solamente a votación los pareceres que hubieren obtenido el mayor número de votos en la precedente¹¹⁴, o con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo en los recursos de casación o revisión, en las que al no haber la discordia, quedan, por tanto, desechados los resultandos y considerandos que no reunieran mayoría absoluta de votos¹¹⁵.

La regulación para dirimir las discordias contemplada por las dos leyes anteriormente mencionadas, no solo perdurará más de un siglo, como ya señalábamos anteriormente, sino que, además, en su esencia, será la que se recoja en las leyes 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, actualmente vigentes¹¹⁶, con pequeñas modificaciones, como son aquellas que prescriben el concurso, en primer lugar, en la resolución de la discordia, del presidente de la sala, si no hubiere ya asistido¹¹⁷, o la que determina la autoridad que es competente para el señalamiento de la vista y las designaciones oportunas, que recae en el presidente de la sala¹¹⁸, en vez de en el presidente del tribunal.

4. Secreto de la votación y votos reservados

Por último, en el presente apartado, nos disponemos a analizar aquellos aspectos que deben concurrir en la votación, como es el secreto de la misma, así como la forma de proceder en el caso de la existencia de votos reservados.

¹¹³ *Ley Orgánica del Poder Judicial*, art. 699 y *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, art. 353. Para determinados comentaristas de la ley, la redacción del art. 56 de la Ley de 1855 era más expresiva que la contenida en las citadas leyes. Además no les parece comprensible el que se llame a dirimir a los Presidentes de los Tribunales, antes que a los Magistrados de la Sala a que correspondiera el pleito y no le hubieran visto, ni tampoco el que se excluya a los Presidentes de Sala, *Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881, concordada y anotada...*, pp. 234-235.

¹¹⁴ *Ibidem*, art. 704 y art. 358, respectivamente.

¹¹⁵ *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870*, art. 708.

¹¹⁶ *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, y *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, arts. 262 y 263 y 202, respectivamente.

¹¹⁷ *Ibidem*, arts. 262 y 202, respectivamente.

¹¹⁸ *Ibidem*, arts. 263 y 202, respectivamente.

La necesidad del secreto en la deliberación de la sentencia aparece ya contemplado en el derecho romano *Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eodem iussisset*¹¹⁹, como también en la propia doctrina del derecho común¹²⁰; requisito que encontramos, asimismo, reflejado en la normativa castellana de los siglos XIV y XV y doctrina posterior, tanto referido al Consejo¹²¹ como a las Audiencias¹²². Asimismo en la citada normativa se establece la necesidad de que exista un libro en el que se reseñen los votos de forma breve, sin que se reflejen las causas o razones que motivaron tal votación, el cual lo custodiará el presidente quien lo mantendrá en secreto¹²³; así como la obligación de firmar la sentencia todos los magistrados que han intervenido en el acuerdo, aun aquellos que hubieran votado de forma contraria¹²⁴.

Tales requisitos se mantendrán en vigor, sin variaciones sustanciales¹²⁵, hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, en la que, de acuerdo con el nuevo espíritu que informa a la ley en lo referente a la obligación de motivar las sentencias, se produce una variación en lo que respecta al hecho de salvar su voto aquel o aquellos magistrados que hubieran disentido del acuerdo de la mayoría, estableciéndose la necesidad de que ahora éstos sean fundados¹²⁶, disposición que transforma radicalmente el sistema mantenido hasta el momento por prácticamente todos los textos legislativos examinados, los cuales habían venido reiterando la no fundamentación de los votos reservados. Transformación que, por otro lado, consideramos coherente con las nuevas corrientes iniciadas en los albores del siglo XIX,

¹¹⁹ *Digesto*, 28, 4, 3.

¹²⁰ Juan Bassiano nos dice: *Et quiden deliberare debet non advocatis accitis sed aliis, imperator nam et advocatis remotis deliberavit, Libellus de Ordine Iudiciorum*, ed. por J. Tamassoa y J.B. Palmieri, ien *Biblioteca iuridica Medii Aevi, Scripta anecdota antiquissimorum glossatorum*, II, Bolonia 1892 (facsimil, Turín 1962), cap. 650, p. 246.

¹²¹ Cortes de Briviesca de 1387, 10, y Cortes de Toledo de 1480, 9 y 21. *E que asi mismo juren ellos e el relator o su lugar teniente que non descubrian los votos e deliberaciones del Consejo, elo que sobrello acordado que sea secreto, CLC*, t. 4, p. 116. *Nueva Recopilación*, 2, 4, 5 y 6 y *Novísima Recopilación*, 4, 8, 1. A. Narbona, *op. cit.*, p. 225, 11.

¹²² *Ordenanzas de Medina del Campo de 1489, LXIII, Nueva Recopilación*, 2, 5, 45, y *Novísima Recopilación*, 5, 1, 41. Narbona, A., *op. cit.*, p. 230.

¹²³ *Ordenanzas de Medina del Campo de 1489, XIV, Nueva Recopilación*, 2, 4, 8 y 2, 5, 42 y *Novísima Recopilación*, 4, 8, 2 y 5, 1, 40, respectivamente.

¹²⁴ *Ibidem*, XV y 2, 4, 7 y 2, 5, 41, y 4, 8, 3 y 5, 1, 39, respectivamente. Véase también Hugo de Celso, *Repertorio...*, fol. 337 vltto, cap. 2, y M. Ortiz de Zuñiga, *op. cit.*, p. 49.

¹²⁵ *Reglamento del supremo Tribunal de Justicia*, Cap. III, art. 5, *Reglamento Provisional de la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835*, art. 82, *Reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias de 17 de octubre de 1835*, art. 17, *Ordenanzas de las Audiencias de 19 de diciembre de 1835*, art. 20.

¹²⁶ Arts. 59 y 60: "El que hubiere votado de distinto modo que la mayoría tendrá el derecho a salvar su voto. Este deberá ser fundado, y se escribirá a continuación de la misma sentencia".

sobre la necesidad de la motivación de la sentencia, y que no se verán plasmadas en el procedimiento civil hasta la presente ley¹²⁷.

Prácticamente esta misma regulación será la que se recoja, tanto por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870¹²⁸, como por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹²⁹, extendiéndose hasta nuestros días, al ser proclamada, de nuevo, en nuestra legislación vigente¹³⁰.

¹²⁷ En términos similares se pronuncia Hernández de la Rúa, *Comentarios...*, pp. 83-84.

¹²⁸ Arts. 675, 5º y 6º, 680 y 689.

¹²⁹ Arts. 336, 339, 343, 344 y 367.

¹³⁰ *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, arts. 233, 260 y 265 y *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil*, arts. 197, 203 y 205.