

VOTAR SOBRE EL CONOCIMIENTO JURÍDICO. CONCEPCIONES SOBRE LA TOMA DE DECISIONES EN LOS COLEGIOS DE JUECES*

Prof. Dr. Wolfgang ERNST**

Fecha de recepción: 20 de enero de 2023

Fecha de aprobación: 14 de abril de 2023

Lo ideal es que las deliberaciones del colegio de jueces conduzcan a decisiones unánimes. En caso de diferencias de opinión irreconciliables, la sentencia debe buscarse por medio de una votación. El artículo examina los requisitos normativos para votar en el colegio de jueces y, para ello, se pregunta por la naturaleza del oficio judicial consistente en pertenecer a un colegio.

I. Colegio y banco de jueces

Cuando varios jueces son convocados para decidir el mismo caso, la tarea normativa de conocer el derecho se entrecruza con la de adoptar decisiones colectivas. En la tradición jurídica occidental nos topamos con dos concepciones fundamentalmente diferentes con respecto a una sentencia dispuesta por varios jueces. El poder jurisdiccional – la competencia de decir el derecho a las partes – se encuentra o bien en un colegio o bien en cada uno de los jueces individuales que integran el banco o panel (“bench”). En este último caso, cada uno de los jueces es convocado para decir el derecho a las partes, de tal modo que el efecto de su conocimiento jurídico en el proceso decisorio depende del de los otros jueces. Si no todos llegan a la misma conclusión, sus fallos coexisten. A continuación, el *efecto* sobre la sentencia se determina según el principio de la mayoría, buscándola entre los fallos entregados y así se establece el resultado del procedimiento.

* El autor fue profesor de Derecho Romano y Derecho Privado en la Universidad de Zürich. Actualmente es *Regius Professor* de Derecho Civil en la Universidad de Oxford. Título original: “Abstimmen über Rechtserkenntnis. Gedanken zur Entscheidungsfindung in Richterkollegien”, en *Juristen Zeitung*, 2012, pp. 637-648. Traducción de Eugenio C. Sarraibayrouse (Universidad de Buenos Aires, Argentina – Fundación Alexander von Humboldt). Se ha mantenido el formato de citas del original.

** Dedicado al juez y presidente del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH), Prof. Dr. Wolfgang KRÜGER, con motivo de su 65º cumpleaños. Por la disposición para discutir previamente algunas de las tesis aquí presentadas, agradezco a Sir J. Beatson, B. Gesell, O. Mangold, C. Mollenkopf, J. Stapleton y mis colaboradores M. Hächler y C. Maduz.

Una vez establecido este, los fallos de los jueces en minoría no dejan de ser conclusiones de derecho para el litigio en cuestión, surgidas del procedimiento judicial.

Cuando la sentencia es decidida por un banco de jueces, cada uno puede dictar la suya de una manera no muy distinta, en esencia, a la actividad decisoria de un juez individual; recién con posterioridad se interpreta a partir de esa mayoría de sentencias la presencia de una decisión conjunta y supraindividual. Aquí solo es conjunta la *decision* mientras que el conocimiento jurídico (*Rechtserkenntnis*)^{***} permanece como algo individual. En cambio, en la jurisdicción colegiada auténtica se intenta que la aplicación judicial del derecho sea una tarea supraindividual, en tanto la decisión se configura por medio de la deliberación y la votación. La diferencia entre ambos ordenamientos radica en dotar a cada juez individual del tribunal de una competencia autónoma para decidir, de modo tal que la responsabilidad conjunta de producir la sentencia resulta de una limitación recíproca, o bien de la comprobación de los diferentes conocimientos jurídicos; o si la competencia jurisdiccional se encuentra en un tribunal establecido como un cuerpo de decisión colegiado. En el primer caso, el juez individual del banco (o panel) ejerce una jurisdicción originaria, mientras que en el segundo, quien integra un colegio solo mediante su pertenencia a él participa de la jurisdicción.

La independización del colegio y su transformación en un cuerpo de decisión significa la colectivización de la tarea judicial, tanto en lo referido a la valoración de la prueba como a la subsunción de los hechos considerados probados en las respectivas normas jurídicas (y también en lo referente a la responsabilidad por el desarrollo del proceso, en tanto esto no le compete al presidente). Como ocurre con cualquier asociación para realizar una prestación intelectual se plantea una tarea destacada pero a la vez complicada. En la jurisdicción, no se trata exclusivamente de que a un grupo se le atribuya la responsabilidad por una decisión común, sino que esa sentencia comunitaria debe mostrarse como la aplicación procesalmente correcta de la ley y el derecho. La problemática vinculada con esto ha sido esclarecida recientemente por la teoría de la decisión (“group choice”),¹ la que tuvo particularmente en cuenta el caso específico de la “layered decision” (decisión por rankings o grados), en especial, la interpretación conjunta del

^{***} Hemos decidido traducir el término “Rechtserkenntnis” como conocimiento jurídico, en tanto se refiere al proceso mediante el cual un juez o un tribunal llegan a la conclusión de un caso, después de haber examinado los hechos y las pruebas presentadas (N. del T.).

¹ Para una introducción: *M. Allingham*, *Choice Theory*, Oxford 2002, ps. 87 y sigs.; también la contribución en: *H. B. Schmid / D.P. Schweikard* (comps.), *Kollektive Intentionalität*, 2009.

derecho por los jueces.² Se considera una cuestión dudosa el que las complejas convicciones jurídicas personales puedan transmitirse sin más a una sentencia común coherente y al mismo tiempo, ella sea un reflejo de aquéllas. En tanto la organización judicial establezca tribunales colegiados, resulta ineludible la tarea de alcanzar un conocimiento jurídico común, sin desconocer la extraordinaria dificultad de esa tarea.

La problemática de la colectivización de la tarea judicial fue mitigada sustancialmente a través de la institución del ponente: el colegio ingresa en la deliberación con el fin de adoptar una decisión común en virtud de un informe o propuesta de sentencia. Sin la preparación de un proyecto, esto es, si el colegio como un todo enfrentara la tarea encomendada *ab ovo* (desde su inicio), la toma común de decisiones sería casi seguramente impracticable. Dado que, en lo siguiente, la exposición se centra en la formalización del procedimiento de votación, la importancia del ponente no se discutirá más en este punto. Por lo demás, esta institución no recorta ni la competencia ni la responsabilidad del colegio.³

Las reflexiones siguientes confrontan los procedimientos de decisión en ambos sistemas de mayorías de jueces – colegio y banco –. Sobre la base de este confornte se deben extraer las particularidades del sistema colegial europeo continental. Sin embargo, no será profundizado el tema interesantísimo de cuáles son los aspectos a favor y en contra de cada sistema. Habría que remontarse a la vieja cuestión referida a qué es, en definitiva, lo que se espera de un colegio –en contraposición con la jurisprudencia emanada de un juez individual–: ¿es la pura distribución de los riesgos condicionada numéricamente, pues resulta menos probable que varios jueces, total e individualmente responsables por la decisión del caso cometan el mismo error (*safety in numbers*)? o ¿es el intercambio de opiniones, la interacción intelectual en un colegio, la que permite separar las visiones correctas de las incorrectas?⁴

Tal como ha sido mencionado solo al pasar, en la integración de los cuerpos de decisión internacionales, como el Tribunal Europeo (EuGH), la Corte Internacional, la Corte Penal

² L. A. Kornhauser / L. G. Sager, The Many as one: Integrity and Group Choice in Paradoxical Cases, *Philosophy & Public Affairs* 32 (2004), ps. 294 y sigs.; C. List / P. Petit, On the many as one: a reply on Kornhauser and Sager, *Philosophy* 33 (2005), ps. 377 y sigs.; J. R. Lax / D. Landa, Legal Doctrine on Collegial Courts, *Journal of Politics* 71 (2009), ps. 946 y sigs.

³ Acertadamente, R. Kiener, *Richterliche Unabhängigkeit*, Bern 2001, ps. 220 y sigs.

⁴ Sobre este aspecto, Kiener (nota 3), ps. 338 y sigs.; G. Mellinshoff, *Fragestellung, Abstimmungsverfahren, und Abstimmungsgeheimnis im Strafverfahren*, 1988, ps. 84 y sigs, respectivamente con más información adicional.

Internacional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,⁵ e incluso en la jurisdicción arbitral internacional,⁶ se cruzan muy diferentes concepciones sobre la naturaleza de la mayoría de jueces. Sería verdaderamente fecundo investigar cómo se vivió y superó el choque de las diversas culturas de la colegialidad.

II. Algo de historia y derecho comparado

1. La tradición jurídica continental europea

Cuando en la Roma antigua un grupo de jueces o árbitros debían emitir en el mismo caso un *iudicium* o bien un *arbitrium*, no conformaban un cuerpo decisor conjunto (*gemeinsames Spruchkollegium*). Antes bien, cada juez emitía su veredicto por sí. Los juristas romanos discutieron el caso en el cual tres árbitros arribaron a una suma a indemnizar: el primero de cinco, el segundo de diez y el tercero de quince. Según la opinión de Juliano, se adeudaban cinco “*quia in hanc summam omnes consenserunt*”⁷ (N. del T., *la suma en que todos han coincido*). Esta regla, sorprendente para nosotros,⁸ es consecuencia de que el resultado del juicio se determinaba por aquello en lo cual los jueces coincidían.

Mucho tiempo permaneció presente en la historia judicial continental europea, la concepción de que varios jueces dotados de jurisdicción emitían cada uno su propia decisión, las cuales generaban la sentencia conjunta. Ahora bien, esa derivación a partir de varias sentencias paralelas no siempre era sencillo. En particular, no eran triviales dos casos. Por un lado, el mismo número de decisiones (*iudicia*) que absolvían y condenaban, lo cual posiblemente debía resolverse mediante una regla material de preferencia por uno de los contenidos de las sentencias (por ej. en el caso de la equivalencia con respecto a la validez del testamento y similares); o de lo contrario, a través de la inclusión de un juez más. Por otro lado, podía tratarse de la coexistencia de mas de dos contenidos de las sentencias, como podía suceder si se reconocían consecuencias jurídicas

⁵ Aquí véase P. Mahoney, The drafting process of judgements of the European Court of Justice, en: S. Vogenauer / M. Andenas (comps.), A Matter of Style? The Form of Judgments in the United Kingdom and Abroad (próximo a ser publicado al momento de la redacción de este artículo {N. del T}).

⁶ O. Peltzer, Die dissenting opinion in der Schiedsgerichtsbarkeit, 2000; R. A. Schütze, en: Festschrift für Nakamura, 1996, ps. 525 y sigs.

⁷ D. 4, 8, 27, 3 Ulp. 13 ad ed.; D. 42, 1, 38, Paul. 17 ad ed.

⁸ De acuerdo con el § 196, segundo párrafo, GVG (ley de organización judicial, N. del T.), resulta una indemnización de diez.

diferentes de la decisión, ya sea cuantitativas (las ya mencionadas condenas a indemnizar de 5, 10 y 15) o cualitativas (pena de muerte, destierro y multa).⁹ Tales casos ¿debían resolverse mediante una mayoría relativa¹⁰ o podían combinarse dos de los contenidos de las sentencias en uno común, entonces mancomunados en una mayoría absoluta?¹¹ El derecho procesal común desarrolló un repertorio de reglas para resolver este tipo de problemas. De este modo, la determinación de la sentencia conjunta no era la consecuencia de un acto procesal adicional del tribunal; antes bien, se opinaba que ella ya estaba establecida *ipso iure* en virtud de la concreta pluralidad de sentencias.¹²

La concepción unitaria del oficio judicial, que en un principio pretendió imponerse frente a la dicotomía “presidente del tribunal – juzgador”, también fue transmitida al colegio.¹³ Este punto de vista tuvo una versión dogmática al concebir el tribunal colegiado como una “persona moral”. A principios del siglo XIX esta concepción era indiscutida.¹⁴ Con su triunfo se produjo un cambio profundo en la comprensión de la toma de decisiones por parte de un grupo de jueces: la idea de que el colegio decide como una “persona moral” coincide con la de una sentencia colegiada obtenida mediante deliberación y votación, las cuales reemplazaron el juzgamiento paralelo y la determinación posterior del resultado. Este proceso de sustitución se desarrolló conflictivamente:¹⁵ muchos se resistían a aceptar que el juez individual carecía de una jurisdicción autónoma. Como ejemplo de esta posición contraria puede citarse lo dicho por *Heffter* en 1830: “Cuanta mayor seguridad para una sentencia se pretenda obtener mediante la consulta a varios, entonces también se pregunta a las personas específicamente, y obtenidos los resultados conjuntos finales como si fueran tantas sentencias de jueces individuales, no se tropieza con diferencias en los motivos particulares, sobre los cuales es tan difícil concordar como en cualquier actividad”.¹⁶ Sin embargo, la adaptación a una forma de decisión colegiada no pudo impedirse. En la organización judicial actual, la sentencia es vista como el conocimiento jurídico (*Rechtserkenntnis*) de un cuerpo

⁹ Según *Gellius* (Noctes Atticae 9, 15), si había tres sentencias por la pena de muerte, dos por el destierro y dos por la multa, se imponía la primera.

¹⁰ Acerca de la discusión sobre la mayoría relativa, véase *H. v. Bayer*, *Vorträge über den gem. ord. Zivilprozess*, 8ª ed., 1858, ps. 268 y sigs.

¹¹ Por ejemplo, las sentencias divergentes cuantitativa y cualitativamente son tratadas por *S. Pufendorf*, *De jure Naturae et Gentium*, lib. VII, cap. II, § XVIII, Frankfurt / Leipzig 1744, tomo 2, ps. 149 y sigs.

¹² *V. Bayer* (nota 10), ps. 268 y sigs.

¹³ *K. W. Nörr*, *Romanisch - Kanonisches Prozessrecht: Erkenntnisverfahren Erster Instanz in civilibus*, 2012, p. 10.

¹⁴ *C. Martin*, *Lehr. d. Teutschen gem. Bürg. Processes*, 5ª ed., 1817, p. 48; *A. W. Heffter*, *System d. röm. U. dt. Civil-Processrechts*, 2ª ed., 1843, p. 66.

¹⁵ Con más detalles en *W. Ernst*, en *Festschrift für Schröder*, 2013, ps. 309 y sigs.

¹⁶ *Heffter* AcP 13 (1830), ps. 48 y sigs.

de decisión, un órgano determinado, formado y dotado con una competencia por la organización judicial.¹⁷ Este cuerpo de decisión constituye el “juez natural”,¹⁸ el único “autor” de la sentencia y a quien se le atribuirá. En consecuencia, todos los jueces que han contribuido a la decisión deben firmar la sentencia civil – tanto su parte dispositiva como sus fundamentos –, según el § 315, primer párrafo, ZPO, no solamente quienes a la vista del contenido de la decisión impusieron sus puntos de vista.

2. La tradición jurídica anglosajona

La yuxtaposición de varias sentencias es el sólido punto de partida del derecho procesal anglosajón, en tanto muchos jueces integren un tribunal para resolver la misma cuestión.¹⁹ Aquí cada juez es el portador de la jurisdicción, cada uno dice a las partes cuál es el derecho, por lo cual el efecto de su decisión sobre el objeto de disputa depende únicamente de cómo los otros jueces resuelven la misma disputa. Por ejemplo, si se toma el procedimiento tradicional de la Corte del Rey (*King’s Bench*), originalmente, cada juez era llamado uno tras otro, siguiendo el orden de antigüedad, para dictar su sentencia, mediante una explicación oral²⁰ y de manera inmediata a la audiencia (la *seriatim opinion* inglesa).²¹ Un juez podía adherir a una de las opiniones expresadas previamente. Por consiguiente, el procedimiento podía y puede desarrollarse de tal modo, que se sujete a la primera sentencia expresada (en la Casa de los Lores {*House of Lords*}: *single speech*).²² Del mismo modo, pueden emitirse varias opiniones, con contenido diverso, incluso hasta el caso extremo de que cada juez emita su criterio particular.²³ En la medida en que no todos los jueces se han puesto de acuerdo en una única opinión (la manifestada primero), es necesario determinar a partir de las opiniones coexistentes cómo se decide el caso. Una sentencia atribuible al tribunal

¹⁷ K. Hellbig, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, t. 2, 1907, p. 65: “La sentencia así alcanzada (por decisión de la mayoría) no es una sentencia de los jueces que la han votado, sino que, antes bien, aparece externamente como una de la autoridad constituida en un cuerpo colegiado”.

¹⁸ La distribución por asuntos (o por turno) también determina al juez natural: *BVerfGE* 17, 94; en el derecho comparado, véase A. Eser, en: *Festschrift für Salger*, 1994, ps. 247 y sigs.

¹⁹ Acertadamente ya M. Vollkommer *JZ* 1964, ps. 152 y sigs., y p. 156.

²⁰ De ahí que el término “speech”, al igual que nuestra expresión “veredicto”, delate su oralidad original.

²¹ Para lo siguiente, véase M. T. Henderson, *From Seriatim to consensus and back again: A theory of Dissent*, *Supreme Court Law Review (Canada)*, 2007, ps. 283 y sigs.; J. M. Austin, *The Law of Citations and Seriatim Opinions: Were the Ancient Romans and the Early Supreme Court on the Right Track?*, 31 *Northern Illinois University Law Review* (2010), p. 19 y sigs.

²² Crítico F. A. Mann, *The Single Speech*, 107 *Law Quarterly Review* (1991), ps. 519 y sigs.

²³ Por ejemplo, véase las cinco sentencias en el caso *British Railways Board vs. Herrington*, *House of Lords*, 16 Feb. 1972, {1972} 2 *WLR*, ps. 537 y sigs.

como un todo (en inglés *caucusing* oder *joint opinion*) no existe en este procedimiento; antes bien, la sentencia del tribunal (*decision*) consiste en la mayoría de todos los conocimientos jurídicos individuales emitidos acerca de la cuestión debatida.

El principio fundamental, típico e ideal, recién presentado de las sentencias múltiples (*multiple judgements*) continuó desarrollándose de diferente manera en diversos países.²⁴ Algunos tribunales ingleses, que sentencian a través de varios jueces, últimamente lo hacen sobre la base de un proyecto de resolución confeccionado por un *lead judge* —una especie de ponente— y así intentan arribar a una sentencia compuesta (*composite judgement*), en el cual acuerdan todos los jueces, o por lo menos, una opinión mayoritaria decide el fin del proceso.²⁵ Los pro y los contra de tal *composite judgements* han sido intensamente discutidos.²⁶ Aquí es muy característico, la especial preferencia por la *seriatim opinion* en la que se aprecia el perfeccionamiento de la independencia judicial.²⁷ Así considerada, la colegiación se percibe como una amenaza, pues el juez individual, quien originariamente fue investido con la jurisdicción, se ve compelido a realizar compromisos. Además, señala la crítica, se pierde la estimulante diversidad de las expresiones francas y variadas de los jueces, en cuyo lugar se establecen ponderaciones con una orientación fuertemente abstracta, propias de una deliberación colegiada, que no pueden exhibir la misma coherencia intelectual que una opinión individual emitida según el sistema *seriatim*. Tal vez, las partes con una completa falta de espíritu colegiado (“*complete lack of any collegiate spirit*” según A. W. B. Simpson)²⁸ estarían mejor cumplidas.

²⁴ En el siglo XVIII, Lord Mansfield practicó durante casi cuatro décadas un sistema de decisiones unitarias con asesoramiento previo; véase E. Heward, Lord Mansfield: A Biography of William Murray 1st Earl of Mansfield 1705 – 1793 – Lord Chief Justice for 32 years, 1979.

²⁵ Existen importantes diferencias, en tanto, por ejemplo, en el *Privy Council* están permitidas una mayoría simple (*single majority speech*) y una disidencia (*dissent*); véase R. Munday, Judicial Configurations: Permutations of the Court and Properties of Judgment, 61 Cambridge Law Journal (2002), ps. 612, 619 y sigs; en la *Criminal Division* de la *Court of Appeal* no hay opiniones disidentes (*dissenting opinions*).

²⁶ Véase el artículo de R. Munday y Lady Arden en: Vogenauer / Andenas (nota 5); con anterioridad, R. Munday (nota 25), ps. 612 y sigs.; material estadístico puede consultarse en el trabajo del mismo autor, All for one and one for all, 61 Cambridge Law Journal (2002), ps. 321 y sigs.

²⁷ Lady Arden (nota 26). Por el envío del texto, agradezco a S. Vogenauer.

²⁸ A. W. B. Simpson, Lord Denning as Jurist, en: J.L Jowell / J. P. W. B. McAuslan (comps.), Lord Denning: The Judge and the Law, 1984, ps. 441 y sigs., en particular, p. 450.

A principios del siglo XIX, la Corte Suprema estadounidense²⁹ comenzó a generar en el ámbito de la deliberación una opinión conjunta (*unified opinion*), o de la corte (*opinion of the court*). En una deliberación colegiada se busca la unanimidad o, por lo menos, una solución mayoritaria. Si no puede alcanzarse una decisión conjunta se designa a un juez para la hipótesis mayoría, quien redacta la *majority opinion*; también se encarga a otro juez formular la posición minoritaria. Recién cuando estas *opinions* elaboradas son presentadas, cada juez decide si quiere adherirse. Cada uno conserva la libertad de expresar su propia opinión (*dissenting o separate opinion*). También ocurre que no puede alcanzarse un acuerdo sobre la fundamentación del voto mayoritario; entonces se presentan varias opiniones (*plurality opinion*).³⁰ La “proliferación de opiniones” comprobada en las últimas décadas, es vista, posiblemente, como un paso atrás cuestionable en dirección al retorno de la *seriatim opinions*.³¹

A pesar de que la toma de decisiones en algunos tribunales de Inglaterra y los Estados Unidos ha sido enriquecida con elementos colegiales, nada ha cambiado con respecto al punto de partida original: a cada juez se le atribuye una competencia individual y originaria para juzgar; sin embargo, el resultado del proceso está determinado por el veredicto de cada juez en la medida que se lo compara con las decisiones de los otros.

III. Diferencias entre el banco de jueces y el tribunal colegiado

1. Dissenting opinion (opinión disidente) y Sondervotum (voto especial)

Resulta particularmente sorprendente la diferencia entre la *dissenting opinion* (opinión disidente) y el *Sondervotum* (voto especial).³² La admisión de la *dissenting opinion* estadounidense³³ no se debe en absoluto a una de las numerosas ponderaciones utilitarias formuladas a este

²⁹ En lo siguiente K. L. Hall (ed.), *The Oxford Companion on the Supreme Court of the United States*, 2ª ed., Oxford, 2005, sub voz *Opinions*, Style of, ps. 706 y sigs. (B. A. Garner), sub voz *Opinions*, Assignment and Writing of, p. 705 (W. P. McLaughlan).

³⁰ Véase Hall (nota 29), sub voz *Plurality Opinions*, p. 740 (W.M. Wiecek).

³¹ Véase Hall (nota 29), sub voz *Concurring Opinions*, ps. 201 y sigs. (W. P. McLaughlan).

³² Cf. M. Kau, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht*, 2007, ps. 467 y sigs.

³³ Véase Hall (nota 29), sub voz *Dissent*, ps. 204 y sigs. (L. Baum / A. Hellmann).

respecto;³⁴ antes bien, deriva de la competencia originaria para juzgar, atribuida individualmente a cada juez. La *dissenting opinion* también implica conocimiento jurídico (*Rechtserkenntnis*), considerado procesalmente adecuado por el tribunal para el litigio concreto, con la salvedad de que, si no es compartido por la mayoría de los jueces, no determina el resultado del proceso, y, en consecuencia, carece de *efecto* en la sentencia con respecto al objeto del litigio. Como también la opinión concurrente³⁵ y la disidente son conocimientos jurídicos emanados del tribunal, se incluyen en la determinación de la *ratio decidendi*.³⁶ Pues un disenso en todo caso también puede fundarse en que el juez, en oposición a la mayoría, considera una prueba como no producida, las opiniones jurídicas por él expresadas, aunque como *obiter dicta*, pueden ser agrupadas posiblemente con las posiciones de los otros jueces; así ganan “autoridad persuasiva” (“*persuasive authority*”) y abonan ciertos pronósticos acerca de qué manera en el futuro es probable la decisión de casos con una situación fáctica más clara. Las complicaciones de determinar correctamente el efecto del precedente con múltiples juzgamientos resultan evidentes; a menudo una mayoría no es válida en absoluto como precedente. Para nosotros es importante únicamente que la interpretación de la sentencia se apoya no solamente en la concepción de la mayoría sino también, y del mismo modo, en los votos concurrentes e incluso los disidentes, porque ellos también conservan un conocimiento jurídico (*Rechtserkenntnis*) válido procesalmente con respecto al litigio concreto.

Si en un tribunal colegiado se llega a una votación para adoptar una decisión conjunta del colegio, este procedimiento conduce a la supresión de las opiniones jurídicas derrotadas. Las visiones jurídicas excluidas en el proceso de tomar una decisión no forman parte de la sentencia del tribunal. El juez de un tribunal colegiado de impronta continental – europea carece de una competencia jurídica autónoma para decir el derecho a las partes; las explicaciones, que a título personal (*suo nomine*) presenta en el caso, carecen de la competencia judicial necesaria para otorgarle efectos procesales. Cuando se abre la posibilidad de que un integrante del colegio de jueces indique su propia concepción jurídica –junto con la sentencia del colegio– en el marco de

³⁴ Nueva literatura, en especial con respecto a los complejos pro y contras teleológicos / político – jurídicos ver (selección): G. Roellecke, en 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2004, ps. 363 y sigs.; Kau (nota 32); R. Bader Ginsburg, The Role of Dissenting Opinions, 95 Minnesota Law Review (2010), p. 1 y sigs; con una perspectiva de derecho comparado: M. D. Kirby, Judicial Dissent – Common Law and Civil Law Tradition, 123 Law Quarterly Review (2007), ps. 382 y sigs.

³⁵ Con la *concurring opinion* el juez expresa, que en el resultado decide como la mayoría, pero por otras razones.

³⁶ R. Cross, The Ratio Decidendi and a plurality of Speeches in the House of Lords, 93 Law Quarterly Review (1978), ps. 378 y sigs.

un proceso, requiere una autorización positiva expresa del ordenamiento jurídico, tal como, por ejemplo, se encuentra en el § 30, segundo párrafo, de la Ley de Organización del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG).³⁷

2. Divergencias en la sentencia dependientes de la estructura de la mayoría de jueces

Resulta especialmente desconcertante que las sentencias resultantes de ambos sistemas de mayoría de jueces, ante la misma situación fáctica y jurídica, no deban coincidir en absoluto con respecto a su contenido. En un caso extremo, pueden producirse resultados contrapuestos, tal como un ejemplo lo demuestra. En una acción civil en la que se reclama el cumplimiento de una prestación contractual está discutido si el reclamo efectuado ha surgido a causa de las dudas sobre la validez de la existencia del contrato; también se discute si es fundada la excepción de prescripción planteada subsidiariamente a la pretensión. De los cinco jueces que deben decidir el caso, tres (A, B y C) están convencidos que el reclamo surge de la celebración de un contrato válido; en lo que se refiere a la cuestión de la prescripción, dos jueces (A y B) opinan que el reclamo, aunque válido, estaría neutralizado por la excepción de prescripción; los restantes consideran la demanda –presumida su validez– como no prescripta. En el sistema de sentencias paralelas, D y E en forma conjunta deciden el rechazo de la demanda, fundados en que el contrato no ha existido. Del mismo modo, A y B también rechazan la demanda; pero fundan su decisión en que el reclamo está prescripto. C hace lugar a la demanda en una *dissenting opinion*. Para el resultado del proceso –la decisión– se toman en cuenta los resultados finales desnudos lo cual significa, en definitiva, el rechazo de la demanda. En cambio, en el sistema de sentencias colegiadas se buscará la mayoría de jueces separadamente entre la cuestión de la validez del contrato y la de la prescripción.³⁸ De esto resulta respectivamente tres votos a dos que el reclamo efectuado es válido (a favor A, B y C) y que no ha prescripto (a favor C, D y E): así, en la sentencia de un colegio se hace lugar a la demanda.

3. Otras diferencias procesales

³⁷ Abajo, punto V. 3.

³⁸ Véase abajo, V.2.a

La contraposición entre la decisión judicial sobre el litigio adoptada mediante un colegio o por una mayoría de jueces llamados a sentenciar independientemente sobre el objeto procesal, determina un enfoque diferenciado sobre una multiplicidad de cuestiones procesales adicionales.

Las funciones de la deliberación y de la votación son diferentes. Una deliberación entre los jueces es ajena al sistema de la multiplicidad de sentencias. Incluso, han existido regulaciones que llegaron a prohibir un intercambio entre los jueces convocados a decidir en paralelo.³⁹ Al igual que en los tribunales ingleses, en la *Supreme Court* estadounidense se han establecido procesos informales para adoptar decisiones colectivas, los cuales, desde un punto de vista teórico, no deberían producirse. Con la redacción de las *opinions* mayoritaria y minoritaria se intenta encontrar fórmulas para captar al juez que aún no ha tomado una decisión definitiva o directamente sostiene el punto de vista contrario. Por esta razón, la realidad jurídica de la *Supreme Court* conoce tenaces negociaciones, las que, sin embargo, no son deliberaciones de un colegio, sino tratativas bilaterales o multilaterales, en las cuales cada juez es libre de decidir con quien se involucra.⁴⁰

En el sistema angloamericano del banco de jueces, el anuncio de la decisión no surge como resultado de una votación del colegio, sino luego de que todos los jueces han declarado su voluntad de unirse a una u otra opinión o han emitido su propia *dissenting* o *concurring opinion*. La subsiguiente determinación *a posteriori* del resultado desnudo del proceso – la *decision* – en virtud de una pluralidad de conocimientos (*Erkenntnisse*) aislados no es entonces la consecuencia de una votación. En ella, se pide el voto individual de cada juez para determinar cuál debe ser la decisión del órgano al que pertenece.⁴¹ La *opinion*, emitida por uno de varios jueces en virtud de su propia competencia jurisdiccional, no incluye ninguna clase de votación, la cual –junto con las explicaciones de los otros jueces–, se supone que muestra cómo el tribunal en su conjunto valora

³⁹ Según la antigua organización judicial israelita, en el Beth Din (tribunal rabínico, N. del T.) a cargo de los asuntos civiles, cada uno de los tres jueces votaba ignorando el voto de los otros dos. Después, las partes no sabían de qué modo había decidido cada uno. El tratamiento de la fundamentación escrita era controvertido: algunos abogaron por una limitación a la parte dispositiva, otros por el registro de todos los votos para evitar la falsa impresión de unanimidad. Una tercera opinión abogaba por redactar la parte dispositiva para demostrar que la sentencia no era unánime sin revelar las opiniones y quienes la sostuvieron; Talmud Babilónico, Sanedrín 29, 30 a.

⁴⁰ Proporcionan impresiones sobre el punto, B. Woodward / S. Armstrong, *The Brethren – Inside the Supreme Court*, 1979; recientemente, Bader Ginsburg (nota 34); fuertemente analítico: J. R. Lax / C. M. Cameron, *Bargaining and Opinion Assignment on the U. S. Supreme Court*, *The Journal of Law, Economics, and Organization* 23 (2007), ps. 276 y sigs.

⁴¹ Sobre la diferencia entre decisiones adoptadas para o por un órgano y sentencias mayoritarias sin referencia orgánica, véase W. Ernst, *Der Beschluss als Organakt*, en: *Liber Amicorum D. Leenen*, 2012, pp. 1 y sigs., p. 4.

el caso. Antes bien, el juez individual indica exclusivamente cómo el solo resuelve el caso según lo entiende. Esto no es un intento jurídico de obtener una decisión colegiada común.

En tanto existe para la actividad jurisdiccional un deber jurídico de fundamentación, en el sistema de la mayoría de las sentencias individuales, cada juez particular también es el destinatario de esa obligación. Para el resultado del proceso, surgido del ajuste (*Abgleich*) de los resultados finales, no se redacta una fundamentación como tal. Por el contrario, si la sentencia constituye un acto del colegio como un todo, entonces también debe fundarse la decisión colegiada.

En lo que se refiere a la difusión oficial de la sentencia, todas las *opinions* de los jueces individuales son publicadas, esto es, no solo la(s) sentencia(s) que ha(n) determinado el resultado del proceso, porque ha(n) alcanzado una mayoría para ello.

IV. Votar en un tribunal colegiado

1. La votación inevitable para el ejercicio colegiado de la jurisdicción

Los cuerpos de decisión del derecho de organización judicial alemán – cámaras, senados, grandes senados y senados conjuntos – son colegios genuinos. El cuerpo de decisión (como órgano jurisdiccional) está estipulado como el artífice de las sentencias judiciales.⁴² Al estar asignada la competencia al colegio como una totalidad, es necesaria la colaboración de todos los jueces para dictar una sentencia válida. Se trata de una actuación en forma de una autorización colectiva. Encuentra su expresión más clara en que la sentencia debe ser firmada por todos los jueces del colegio (en el proceso civil, § 315, primer párrafo, ZPO). Para la validez de la sentencia también es necesario que todos los integrantes del colegio hayan participado en la redacción de la “decisión de la sentencia” (*Urteilsbeschluss*). Si un juez se rehúsa a participar, el colegio no está en condiciones jurídicas de ejercer la competencia asignada. Es insuficiente que participe una mayoría del colegio. Solamente con el número completo, los colegiados son, en su asociación, el juez (natural) y, como tales, con capacidad de actuar. Ante la negativa de un juez a participar en la votación, debe ser

⁴² El juez individual actuante en el lugar de la Cámara Civil (§§ 348, 348 a ZPO) o bien del Senado (§ 568 ZPO), ante el desplazamiento de los restantes integrantes del cuerpo de decisión, ejerce solo el poder jurisdiccional como el tribunal que conoce el caso. Su veredicto expresa directamente su convencimiento como juez; no hay una interpretación conjunta del derecho.

reemplazado mediante un subrogante⁴³ para alcanzar nuevamente la integración completa del colegio, necesaria para dictar sentencia.

La participación irrenunciable de cada juez adquiere la forma de una votación (o de varias), a través de un SÍ o un NO. Sería un error decir que una votación es consecuencia de una pluralidad de opiniones. Incluso la sentencia sobre cuyo dictado están de acuerdo todos los integrantes del colegio, presupone para su validez jurídica que esa “unanimidad” sea la expresión de las declaraciones afirmativas de todos los jueces. Sin una explicación clara, ya sea de aprobación o desaprobación, falta la participación de todos los colegiados, de quienes depende la validez de la sentencia. La unanimidad no transforma la votación en innecesaria, sino que es un *resultado* de ella. Un presidente no puede generar por consenso un acto supraindividual del colegio. Si se comportara de modo tal que en la práctica judicial se prescindiera de un planteamiento formal de las cuestiones y la determinación de los votos, sería intolerable.

En tanto la votación en el tribunal colegiado es un acto final irrenunciable, en la cual se alcanza la decisión conjunta, aquélla se muestra como una parte integral de la actividad jurisdiccional, en tanto sucede en la jurisdicción colegiada. También para la votación rige el mandato del debido proceso.⁴⁴ La votación no se realiza en un ámbito jurídico carente de regulaciones. Las votaciones de los cuerpos jurisdiccionales de decisión están regladas en los §§ 195 – 197 GVG.⁴⁵ Estas reglas rigen directamente para los procesos realizados conforme el ZPO, el StPO o la FamFG. Rigen por remisión en todas las otras ramas de la administración judicial.⁴⁶ Según el § 17 de la ley que regula el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG), estas disposiciones también rigen para los Senados. Además de la posibilidad del *Sondervotum* (voto especial; §30, segundo párrafo, BVerfGG), existe la alternativa de comunicar en sus sentencias el escrutinio de la votación; esto no está previsto en la ley de organización judicial (GVG). Pese a que las reflexiones siguientes se dirigen a ejemplos del proceso civil, los resultados deberían ser

⁴³ Jacobs, en: Stein / Jonas, ZPO, t. 10, 22ª ed., 2012, §195, nm. 4.

⁴⁴ Sería deseable que el legislador pautara una protocolización del proceso de votación; así en Austria {§ 14 de la norma de la jurisdicción (*Jurisdiktionsnorm*, JN)}, en el cual, sin embargo, el acta no es accesible a las partes; Ballon, en *Fasching*, Komm. z. d. Zivilprozessgesetzen, t. 1, 2ª ed., Viena, 2000, §§ 9 – 14 JN nm. 20.

⁴⁵ Para Austria, véase los §§ 9 – 14 JN; para el Tribunal Federal Suizo, véase el art. 21 de la “Ley de organización judicial federal” (BGG); además, Th. Stadelmann, Abstimmungsverfahren des Spruchkörpers, Die Schweizer Richter Zeitung: Justice – Justiz – Giustizia 2012, p. 1 y sigs.

⁴⁶ § 9, segundo párrafo, ArbGG, § 55 VerwGO, § 61, segundo párrafo, SozGerG, § 52 FGO, § 99, primer párrafo, Ley de Patentes.

útiles también para otros procedimientos, en virtud de las remisiones de la GVG; las particularidades de ciertos ordenamientos procesales – en particular, la StPO – no serán analizadas.

2. La disputa histórica sobre la votación en un colegio

Durante el siglo XIX, la cuestión de cómo debe votarse en un colegio ocupó intensamente a la doctrina jurídica, a las administraciones judiciales y al legislador.⁴⁷ Las posiciones extremas eran las siguientes. De un lado, se ubicaba la opinión de que cada paso del razonamiento, a través del cual progresaba la adopción de la sentencia, debía ser objeto de una votación. En este procedimiento, inspirado en la labor del juez unipersonal, el resultado final debía alcanzarse sin una votación final sobre la parte dispositiva, porque el colegio ya había determinado todos los elementos de la decisión, de modo tal que el resultado final parecía inexorable.⁴⁸ Por otro lado, se consideraba correcta la votación según la parte dispositiva (*Tenor*) de la sentencia. Según esta posición, cada juez debía pronunciarse individualmente en una única votación acerca de cómo resolvería él la controversia; las distintas conclusiones de varios jueces, que por diferentes razones llegaban al mismo resultado, debían culminar en una decisión mayoritaria. Sin dificultad se advierte que en esta votación según la disposición final (*Tenorabstimmung*) era negada la comunidad de la decisión, tal como ella sucede en un verdadero colegio. Antes bien –a pesar de tratarse de una jurisdicción colegiada– se propagó un sistema de adjudicación paralela de varios jueces, como también había sido común en la historia del derecho procesal romano–canónico y que encontramos estructuralmente idéntico en el sistema de las *seriatim opiniones*.⁴⁹

Luego de que en el siglo XIX la cuestión careciera de alguna explicación convincente, el legislador de la GVG tomó una determinación, sobre la cual, enseguida volveremos. Poco preocupados por esta decisión, en el primer tercio del siglo XX, *Beling* y *Binding* reavivaron la polémica para el proceso penal.⁵⁰ Desde entonces, la discusión languideció. Sólo quedan algunos restos de esta discusión en la literatura actual, como la distinción entre procedimientos penales y civiles: en el proceso penal predomina el criterio, de que la exigencia de una mayoría de dos

⁴⁷ Pormenorizadamente, *Ernst* (nota 6).

⁴⁸ Este punto de vista influye en el § 12, segundo párrafo, de la JN austríaca.

⁴⁹ Véase arriba, II.1.

⁵⁰ Para el proceso civil (igual que para el penal) F. *Haymann* propugno adoptar la sentencia según el resultado final, en: *Festgabe für Stammler*, 1926, ps. 395 y sgis., en este punto, p. 426 y sigs.

tercios, tal como está establecida en el § 263, primer párrafo, StPO, tanto para la cuestión de la responsabilidad como la de las consecuencias jurídicas, exige una votación integral.⁵¹ En el proceso civil, se consideró conveniente la votación por elementos.⁵² Si el problema de la votación en el proceso penal resulta en esencia diferente pues, por ejemplo, en el civil rige el principio dispositivo, quedará aquí sin analizar; las siguientes consideraciones se orientan principalmente al procedimiento civil. Si se examina el procedimiento de votación con el objetivo de realizar una formalización lógicamente satisfactoria, se despliega un conjunto de problemas fascinantemente polifacético;⁵³ aquí sólo pueden analizarse los principios.

3. La competencia del colegio para el diseño de la votación

Para la deliberación prevista en la ley de organización judicial (GVG) se consideró si debía detallarse con más precisión, de acuerdo con el modelo de los ordenamientos procesales singulares del siglo XIX,⁵⁴ cómo debía votarse sobre los medios de la demanda y la defensa, la cuestión fáctica y la jurídica o similares. Esto fue omitido y todo se dejó en manos de la sana crítica racional (*gesunden logischen Einsicht*).⁵⁵

Sin embargo, el § 194, segundo párrafo, GVG, establece la competencia del presidente para dirigir la deliberación y la votación, pero otorga al colegio la de establecer las cuestiones a votar y

⁵¹ Detalles en *Mellinghoff* (ver nota 4).

⁵² *Hartmann*, en: *Baumbach / Lauterbach*, ZPO, 70ª ed., 2012, § 194 GVG, nm. 1, quien finalmente recomienda como adecuado resolver individualmente los elementos de la sentencia, "porque los fundamentos, por regla, deben reproducir la opinión del colegio"; del mismo modo, *Jacobs*, en: *Stein / Jonas*, ZPO, t. 10, 22ª ed., 2012, § 194, nm. 2; lapidario *Lückemann*, en: *Zöller*, ZPO, 29ª ed., 2012, § 196, nm. 1: "En el proceso civil, votación según los elementos de la votación"; corrobora solamente la admisibilidad de la votación según los elementos, *Schreiber*, en: *Wieczorek / Schütze*, Grosskommentar ZPO, t. 5, 3ª ed., 1995, § 195, nm. 2; sin referencias *Zimmerman*, en: *MünchKommZPO*, t. 3, 3ª ed., 2008.

⁵³ Sobre los diferentes planteamientos en la instancia de juicio y de casación, acertadamente *Mellinghoff* (nota 4), ps. 111 y sigs. y 131 y sigs.

⁵⁴ § 255 del Proyecto de CPO para los Estados federados (1866): "La votación, si es necesaria, se celebrará especialmente con respecto a la significación jurídica como a la prueba de cada uno de los hechos alegados como motivo de demanda o de defensa. Las cuestiones preliminares se someterán siempre a una votación especial". Más precisiones en *W. Ernst* (nota 15).

⁵⁵ No es "una cuestión de la ley...", entrometerse en esa discusión teórica mediante reglas positivas. En la práctica de los colegios judiciales la cuestión es resuelta casi siempre sin inconvenientes de acuerdo con la situación particular del caso. Las reglas positivas podrían en vez de resolver las dificultades conducir a enredos. Es imposible, a la manera del Proyecto prusiano de 1864 {...}, decidir la cuestión fácilmente mediante la aceptación del principio de la votación según los fundamentos, y del mismo modo es inadmisibles establecer el principio de la votación según el resultado. La ley debería establecer diferenciaciones casuísticas, que no serían exhaustivas, por lo cual su enumeración debe evitarse aquí como en otros supuestos"; *Hahn*, Die gesamten Materialien zu dem GVG, t. 1, parte 1, 1879, ps. 178 y sigs.

su orden.⁵⁶ Las instrucciones del presidente a este respecto sólo son válidas si no se cuestionan, es decir, si se aprueban básicamente por unanimidad. Cuando no existe esa unanimidad, debe decidirse sobre el orden de votación mediante una resolución mayoritaria, esto es, con la mayoría absoluta de los votos (§ 198, primer párrafo, GVG). El legislador de la GVG estableció para ello, en vez de fijar legalmente un modo de votación, una regla de competencia o procesal: la ley otorga al propio colegio la competencia para decidir por mayoría las cuestiones sometidas a votación.⁵⁷ Esto supone la responsabilidad de no votar a ciegas "de alguna manera". Antes bien, el colegio debe deliberar el procedimiento para votar y llegar a un "plan de votación" mediante una decisión mayoritaria, según la cual se practica la votación del caso. En la teoría general de la votación se habla de un debate sobre el orden y una decisión sobre él,⁵⁸ que tiene por objeto el procedimiento de la siguiente votación del caso.⁵⁹ Cada juez puede individualmente realizar una propuesta procesal acerca de qué cuestión determinada se somete a votación; entonces, el colegio decide por mayoría sobre la procedencia de la solicitud. El colegio cumple con el mandato del debido proceso cuando, en una situación compleja de votación, determina el procedimiento para sufragar. Por lo tanto, ya no se trata más, como decían los contrincantes en la controversia de los siglos XIX y XX, de que sólo el procedimiento de votación por ellos considerado "correcto" era el adecuado para preservar la formalidad jurídica de la toma de decisiones. Esa formalidad está garantizada en la medida que el colegio, mediante una decisión mayoritaria, determina el procedimiento de votación.

Todas las previsiones normativas para el procedimiento de votación tienen un significado procesal operativo, en tanto dictar una sentencia en infracción es objeto de diversas alternativas de protección jurídica. Aquí la dificultad estriba en establecer si la deliberación secreta imposibilita atacar la sentencia en virtud de un error procesal en la votación; aquí corresponde remitirse a las explicaciones pertinentes de *Mellinghoff*.⁶⁰

4. Cada objeto de la sentencia requiere una votación

⁵⁶ La ley austríaca de organización judicial atribuye al presidente la competencia indelegable de plantear las cuestiones; §§ 10, 13, JN austríaca.

⁵⁷ La votación está prevista legalmente en un orden; § 197 GVG.

⁵⁸ Véase *W. Ernst*, *Kleine Abstimmungsfiel*, 2011, nm. 93 y sigs.

⁵⁹ En mi opinión, también puede realizarse una votación de prueba; sobre esto, *Ernst* (nota al pie 58), nm 267 y sigs.

⁶⁰ *Mellinghoff* (nota 4), ps. 152 y sigs.

Si como recién se ha establecido, la determinación de las cuestiones a votar queda a criterio de la autonomía procesal del colegio, surge el interrogante por medio de cuales el colegio adopta su decisión. Cuándo (y qué) decisiones debe tomar el colegio no lo determina él; antes bien, el derecho procesal fija al tribunal cuáles y cuándo las debe tomar. Esto está fuera de duda en el marco de la discusión entre los partidarios de la votación según el resultado final y de los sostenedores de la votación según los elementos: cada decisión individual, que el colegio debe tomar durante el desarrollo del proceso, requiere su votación propia.⁶¹ Decisiones intermedias y complementarias (por ejemplo, rechazo de la demanda o la resolución sobre las costas) son objeto cada una de deliberación y votación individuales. En particular, cada decisión autónomamente impugnable, en tanto sea competencia del colegio, debe ser el resultado de una votación especial. Al respecto, concluyó *J. W. Planck*: "Todo lo que externamente puede ser objeto de una decisión separada, en caso necesario, también debe ser objeto al interior del colegio de una votación particular".⁶² Por ejemplo, si varios asuntos litigiosos se unen mediante una acumulación objetiva de acciones, se decidirán por separado y, por tanto, mediante votaciones separadas ("votación por partes").

De todas maneras, es posible preguntarse si las votaciones sobre varios objetos de decisión pueden ser asociados en una sola. Ciertas votaciones vinculadas ya están excluidas procesalmente; así, en el proceso penal no puede votarse en conjunto las cuestiones de la responsabilidad y de la determinación de la pena, según el § 263, OPP. Tan pronto la vinculación de las cuestiones a resolver no está prohibida legalmente, puede considerarse, en todo caso, la votación conjunta para emitir un proyecto de sentencia unánime. Resulta posible plantear una propuesta de decisión integral y completa (fundada) para la votación, preguntando, por ejemplo: "Se hace lugar a la demanda; el demandado es condenado a entregar el objeto X y a pagar a Y una indemnización por el uso; él carga con las costas; la sentencia es provisionalmente ejecutable previa caución". Esta "votación asociada" solo es adecuada para adoptar una decisión unánime. Tan pronto como uno de los jueces lo exige, las cuatro decisiones deben ser separadas para su votación: una mayoría del colegio, por cierto, puede coincidir con la minoría en cada cuestión particular; pero carece de facultades para asociar los asuntos a votar en contra de la voluntad de un juez individual. Esto se

⁶¹ Así expresamente, § 11, según párrafo JN austríaca.

⁶² *Planck*, Lehrbuch des Civilprozessrechts, t. 1 – Allg. Theil, 1887, p. 161.

infiere del § 195 GVG, el cual obliga, pero a la vez autoriza, al juez vencido en una votación a participar de las siguientes.

V. Opciones para configurar el diseño de la votación

1. No hay votación según el resultado final

Como la sentencia suele constar de la parte dispositiva y de los fundamentos, el requisito de la mayoría del § 196, primer párrafo, GVF, se extiende por igual a ambas.⁶³ Por esta razón, es inadmisibles una votación solamente por “el resultado final”, en la cual solamente se pregunta acerca de la parte dispositiva sin consideración de los fundamentos, de tal modo que jueces con distintas razones lleguen al mismo resultado y se fusionen en una mayoría.⁶⁴ El colegio no puede desprenderse de su responsabilidad plena por la motivación, de tal modo que solo resuelva la parte dispositiva y deje las manos libres al ponente para que redacte cualquier fundamento oportuno. En la decisión del colegio sobre la parte dispositiva, también deben establecerse los motivos por mayoría, detallados de tal modo que al menos y, en cualquier caso, las dudas que podrían cuestionar el resultado no deberían existir más al redactarse la sentencia.⁶⁵

A la vez, una votación sobre la parte resolutive es solo admisible cuando existe una propuesta de decisión que además de aquella comprenda los fundamentos más importantes; esta ponencia puede ser planteada como un todo a votar. Puede provenir del ponente, de la deliberación o de una propuesta que ha tomado forma como consecuencia de varias votaciones anticipadas sobre elementos individuales (sobre esto volveremos enseguida). También bastará con que, a partir de la deliberación, queden claras las razones consensuadas en las que se basaría una determinada decisión, luego sometida a votación. Entonces, esta votación no es una votación “según el (mero) resultado final”, la cual siempre se volvió a tratar en el § 195 GVG.

⁶³ Así para el art. 21 de la BGG suiza, *Feraud*, en: *BaslerKommBGG*, 2ª ed., 2011, art. 2, nm. 2.

⁶⁴ *Schreiber*, en: *Wieczorek / Schütze* (nota 52), § 194 GVG nm. 7.

⁶⁵ Sobre la problemática de la redacción posterior de los fundamentos, véase *Mellinghoff* (nota 4), ps. 178 y sigs.; véase también § 13, segundo párrafo, GO BGH.

Una división ulterior del proceso de votación en elementos individuales, en los cuales se puede estructurar la sentencia, no está prevista en la GVG, pero es posible. Aquí debe analizarse el desdoblamiento posterior de la votación en varios pasos.

2. **Votación individual sobre cuestiones aisladas**

a. Elementos individuales de la sentencia

Ante todo, la consecuencia jurídica que debe pronunciarse en la sentencia típicamente suele ser el resultado no sólo de una única conclusión silogística, sino de una multitud de inferencias individuales relacionadas entre sí. Tomemos un ejemplo sencillo sobre una norma jurídica y el reclamo por su aplicación. En el caso de una demanda por enriquecimiento sin causa ¿es necesario votar sobre la fundamentación del reclamo o por separado sobre el de la responsabilidad por enriquecimiento y luego sobre su exclusión en virtud del § 818, tercer párrafo, BGB? Supongamos que hay una propuesta de sentencia por la cual se debe admitir la demanda por estar fundada, en tanto el demandado se ha enriquecido sin causa mediante una prestación del actor y que es improcedente la objeción de disminución patrimonial en virtud de la comprobada mala fe de la demandada. La aceptación de esta cuestión significa un SI sobre la fundamentación del reclamo y un NO a la objeción para rechazar el enriquecimiento. Quien sostenga ya de entrada que falta un enriquecimiento, votará NO; del mismo modo lo hará quien considere que no hubo enriquecimiento en virtud de una excepción perentoria. Si consideramos que, de cinco jueces, dos opinan que de inicio falta el enriquecimiento y otros dos aprecian que el demandado está protegido por la excepción perentoria de ausencia de enriquecimiento; y si se mantiene la propuesta integral del cuestionario que vincula el fundamento de la demanda con la excepción perentoria, se rechaza la demanda. Pero si ahora hay tres jueces que afirman el enriquecimiento son libres de solicitar (y no sólo éstos) la separación en las cuestiones sobre el enriquecimiento y la disminución del patrimonio, y hacerla valer por decisión mayoritaria. La misma posibilidad existe para los jueces que no quieren hacer lugar a la excepción del demandado por ausencia de enriquecimiento. Debido a la soberanía procesal de la mayoría del colegio en orden al procedimiento de votación existe la posibilidad de evitar (aunque no el deber jurídico) la formación de “coaliciones” de jueces, que por diferentes razones lleguen al mismo resultado.

Si se asume que la sentencia colegiada exige una fundamentación unitaria, la separación en los distintos elementos es indispensable.⁶⁶ Si el razonamiento es el siguiente: "Puede ser dudoso que el demandado se haya enriquecido; en cualquier caso, podría invocar la ausencia del enriquecimiento", tal fundamentación puede proponerse para la votación, y para ser aceptada debe encontrar una mayoría absoluta. Pero también es posible sostener la opinión de que la fundamentación de la sentencia puede quedar abierta, en tanto la demanda es considerada mayoritariamente como infundada, por ejemplo, porque una parte de la mayoría de los jueces la consideran inadmisibles y otra porción estiman extinguido el reclamo.⁶⁷ Esta visión encaja mal con el hecho de que la sentencia colegiada es un acto procesal unitario del cuerpo de decisión que, por lo tanto, también debe ser fundamentado de modo homogéneo.

En la medida en que, por una decisión del colegio, una cuestión determinada—por ejemplo, la procedencia del cese del enriquecimiento— es votada de modo aislado, esto no significa que también deberían realizarse votaciones individuales para todos los elementos de la sentencia ubicados en el mismo nivel. Por ejemplo, cuando se decide mediante una decisión mayoritaria que no se presenta un cese jurídicamente relevante del enriquecimiento, a continuación, puede tratarse una propuesta integral de sentencia para votar sobre la cuestión de la posible prescripción y caducidad de la demanda. Esto se infiere del § 195 GVG. Una propuesta de sentencia que parta de que el demandado puede basarse en el § 818, tercer párrafo, BGB, no puede ser más presentada para la votación. De esto no se deduce que un juez en la votación conjunta sobre una propuesta íntegra de sentencia votó, *por otras razones*, en contra de una condena del demandado. La circunstancia de que sólo se sometan a votación aquellas cuestiones individuales con respecto a las cuales el colegio así lo haya decidido, también debería disipar la preocupación expresada repetidamente contra el voto por los fundamentos, según la cual, conduciría a un proceso de votación monstruoso que se fragmentaría interminablemente en elementos de la sentencia cada vez más pequeños.⁶⁸

⁶⁶ Así, K. Hellwig, *System d. Dt. Zivilprozessrechts*, t. 1, 1912, p. 84.

⁶⁷ A. Zucke, *Über die Beschlussfassung in Versammlungen und Collegien*, 1867, pl. 65; G. von Coelln, *Das Beratungsgeheimnis*, 1931, ps. 44 y sigs., 53; desde entonces, en especial *Mellinghoff* (nota 4), ps. 54 y sigs.

⁶⁸ La decisión sobre un elemento aislado correspondiente a la situación jurídica total también puede forzarse mediante la presentación de una solicitud de medidas incidental, siempre que se cumplan los requisitos previos existentes para ello (§ 256, segundo párrafo, ZPO).

Si el colegio mayoritariamente no quiere una división sobre los elementos de la sentencia y a continuación tampoco sobre circunstancias típicas individuales, puede votar integralmente sobre la admisión de la demanda. Sólo hay que repetir que esta votación no debe ser única con respecto a la parte resolutive, sin fundamentos; antes bien, al votar, por ejemplo, sobre el fondo mediante un SÍ o un NO, debe quedar claro cuáles son los elementos decisivos de los cuales ha de inferirse la admisión (o el rechazo) de la demanda.⁶⁹

b. Elementos individuales del ilícito

La mayoría de las normas jurídicas a examinar en el proceso de dictar la sentencia, que tienen como consecuencia jurídica, por ejemplo, la aceptación o la extinción de la demanda o la fundamentación o la pérdida de una excepción, presentan un tipo estructurado en varias partes. Para la fundamentación de una demanda por enriquecimiento sin causa, es necesaria la producción de una ganancia en el patrimonio del demandado; la cual debe originarse, por ejemplo, en una prestación del demandante sin una razón jurídica. Debe decidirse si cada elemento típico del enriquecimiento sin causa está presente en el caso discutido, y, por lo tanto, el proceso de votación también puede reducirse al nivel de los elementos típicos individuales. En consecuencia, las explicaciones sobre la votación aislada de cada uno de los fundamentos de la demanda resultan aplicables.

c. Cuestión jurídica y cuestión fáctica

La conclusión silogística se compone de una premisa mayor, que contiene una exigencia típica abstracta, y una premisa menor, que configura un recorte correspondiente al hecho como un suceso ocurrido. ¿Puede escindirse el proceso general de votación de tal modo que se vote por separado sólo sobre el contenido de la premisa jurídica abstracta y/o de forma aislada sobre los hechos que deben tomarse como base? Supongamos que, en abstracto, es dudoso si un determinado tipo de desembolso/pérdida constituye un decrecimiento patrimonial jurídicamente relevante según el § 818, tercer párrafo, BGB. Sin embargo, el actor también discute que el demandado hubiera realizado el gasto reclamado; los jueces no se ponen de acuerdo sobre el resultado de las pruebas realizadas al respecto. En un colegio de tres integrantes, una votación global sobre la excepción de enriquecimiento conduce a su rechazo si uno de los jueces, por

⁶⁹ Véase arriba, V.1

ponderaciones jurídicas abstractas, no acepta el tipo del desembolso como una disminución patrimonial mientras otro no considera probado el gasto.⁷⁰ Una votación separada es admisible (y aconsejable), pero la solicitud de dicha votación exige que sea apoyada por al menos dos jueces.⁷¹

d. Las denominadas razones subjetivas

Los elementos individuales más pequeños, a los que puede conducir el desglose del examen global colegiado, son la proposición jurídica abstracta (la premisa mayor) y el, en cualquier caso, separable supuesto fáctico correspondiente (la premisa menor), que en un silogismo se dividen en virtud de una característica típica particular. Entonces, las más variadas ponderaciones nuevamente pueden influir en la decisión del juez individual sobre uno de esos elementos. Del lado de la cuestión fáctica puede darse el caso, de que un juez no considere creíble a un testigo porque en la audiencia estaba nervioso; otro juez desconfía del mismo testigo porque ya ha sido condenado previamente por falso testimonio; un tercer juez dice haber reconocido que el testigo desde el lugar en que estaba carecía de visión alguna sobre el suceso. Del lado de la proposición jurídica, por ejemplo, uno de los jueces puede aprobar la aplicación de una norma pues considera que su tenor literal cubre el caso en análisis; al mismo resultado llega otro juez porque dice que es necesaria y exigible una interpretación extensiva según el sentido y la finalidad de la norma. Continuar dividiendo el proceso de votación según esas razones subjetivas individuales es rechazada desde siempre (a pesar de que tales ponderaciones pueden ser objeto de la deliberación).⁷² Se trata de motivos para una (sub) decisión en el proceso de sentenciar, pero no sobre una sentencia de los jueces: “La ley reclama una sentencia motivada, pero no una decisión sobre los motivos”.⁷³

3. Resumen

⁷⁰ La reivindicación del establecimiento de tribunales con jurado, apoyada por la filosofía de la Ilustración, utilizó precisamente estos casos como argumento; sobre este tema, véase *Ernst* (nota 15).

⁷¹ La votación de una determinada cuestión jurídica abstracta puede estar prescrita procesalmente, por ejemplo, si una norma preconstitucional no debe aplicarse por inconstitucional o si se presenta un apartamiento de la sentencia de otro Senado civil (§ 132, segundo párrafo, GVGG).

⁷² Más información en *von Coelln* (nota 67), p. 52, nota 2; véase también *Mellinghoff* (nota 4), ps. 54 y sigs. (conflicto con el principio de la libre valoración de la prueba).

⁷³ *Planck* (nota 62), p. 161.

Que el colegio vote únicamente sobre una propuesta única (motivada) de sentencia o que la existencia (o la extinción) de una determinada pretensión o de una determinada defensa se convierta aisladamente en el objeto de la votación no está preestablecido por el derecho objetivo, sino que corresponde al colegio extraer del objeto procesal las (sub) cuestiones para decidir de antemano mediante la votación.⁷⁴ En principio, el colegio también es libre de decidir aisladamente en el proceso de votación sobre la presencia de *elementos* típicos individuales. La autonomía con respecto al diseño de la votación autoriza incluso al tribunal de mérito a una separada sobre el aspecto jurídico y fáctico del razonamiento silogístico: tanto el resultado de la prueba producida como el contenido abstracto de la proposición jurídica discutida pueden ser fijadas por el colegio mediante una votación autónoma. Se podría decir que el colegio va cercando la sentencia final mediante preacuerdos. En resumen, todos esos elementos de la sentencia se votan de forma aislada, en tanto una mayoría del colegio decida hacerlo así. En la determinación del plan de votación, los colegas tendrán en cuenta que al elegir entre una votación integral y una sobre elementos individuales pueden, en determinadas circunstancias, influir decisivamente en el resultado final de la sentencia; en el transcurso de la deliberación debe quedar claro de qué manera. Con respecto a una cuestión incidental y suponiendo una votación racional, debería asegurarse realmente su tratamiento aislado si en caso de una votación integral, fuera de temer la pérdida de su influencia en el resultado final de la sentencia. Del mismo modo autorregulado, por así decirlo, un colegio debería por tanto tender a votar según los elementos críticos – si todas las posibilidades procesales están agotadas racionalmente.

Sería imaginable pero poco práctico, que un colegio decida votar separadamente sobre cada una de las etapas reales del proceso de subsunción. En ese caso extremo, sería innecesaria una votación final sobre toda la sentencia (parte resolutive y fundamentos), porque el colegio ya ha decidido íntegramente mediante las votaciones individuales. Sin embargo, si sólo se han tomado elementos individuales del proceso jurídico para sentenciar y resolverlos aisladamente por votación, las resoluciones así adoptadas sólo tienen el efecto de restringir en ciertos aspectos el posible contenido de la sentencia propuesta, que deberá votarse entonces en su conjunto.

⁷⁴ Según mi opinión, el elemento que se aísla para una votación particular no debe ser presentado como un “elemento de demanda o defensa” en el sentido del § 282, primer párrafo, ZPO; de otra opinión, el enfoque de *von Coelln* (nota 67), ps. 49 y sigs.

En la mayoría de los casos, el presidente tendrá claro en virtud de la deliberación, cuáles son los puntos neurálgicos sobre los cuales resulta necesaria una votación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que sólo se someterán a votación aquellas cuestiones que la mayoría del colegio decida votar; para ello basta con que una propuesta de la presidencia no sea contradicha. ¿Qué sucede si el colegio, en absoluto, no puede o no quiere decidir acerca de las cuestiones a votar? ¿Sobre qué cuestiones entonces hay que votar? ¿cuál sería, en otras palabras, la “opción por default”? En tanto las leyes procesales disponen la elaboración de una propuesta de sentencia, esta pasa a ser el objeto natural de la votación. Si esta preparación de un proyecto no está prevista, entonces el pedido que inició el proceso, por ejemplo, la demanda, constituye el objeto natural del planteamiento de las cuestiones. Cuando no hay una decisión mayoritaria sobre las cuestiones a plantear, entonces el presidente debe consultar quién está a favor o rechaza decidir sobre la base de lo demandado.

También se producen problemas particulares en la votación cuando se debe tomar una decisión y tres (o más) resultados pueden ser elegidos. Para los resultados que solamente se diferencian entre sí cuantitativamente (conforme a cantidades), el § 196, segundo párrafo, GVG establece un procedimiento para determinar el resultado de la decisión.⁷⁵ Falta una regulación legal para el caso poco común de resultados cualitativamente distintos; aquí, el procedimiento queda librado a la autonomía del colegio para establecer cómo votar. En este sentido, se discuten distintos procedimientos.⁷⁶

VI. Multiplicidad de convencimientos individuales de los jueces y unidad de la decisión del colegio

1. “Voluntad del colegio”

Con el establecimiento de una auténtica jurisdicción colegiada surgió un problema de fondo, del cual se puede tomar nota, pero como tal no puede dejarse de lado. Mientras que la sentencia se socializa, en tanto es atribuida al cuerpo de decisión, las convicciones siempre existen, por el contrario, con respecto a los jueces individuales, integrantes singulares del colegio. Si es válida la expresión *pectus facit iurisconsultum* (el sentimiento hace a un abogado), entonces el colegio se caracteriza precisamente por ser algo carente de corazón y despiadado.

⁷⁵ Concordantemente § 12, tercer párrafo, 3 JN austríaca.

⁷⁶ Th. Stadelmann (nota 45); Mellinghoff (nota 4), ps. 106 y sigs. (con referencia al proceso penal).

Sin embargo, mucho se habló en el siglo XIX sobre la voluntad general del colegio. Se trata de que “el colegio actúa como una unidad y la voluntad de la mayoría debe ser concebida como la de esa unidad [...] Para la formación de esa voluntad general no puede existir ningún otro principio que los de la formación de la voluntad del juez individual”.⁷⁷ No puede hablarse de esa tal “voluntad general”. El colegio no es un sujeto al cual se pueda atribuir una “voluntad”, entendida como un hecho psicológico.⁷⁸

Es posible preguntarse, hasta qué punto la decisión adoptada por el colegio puede/debe/tiene que estar respaldada por las convicciones judiciales (una mayoría) de cada uno de los jueces colegiados. También en un colegio, cada uno de los jueces concurrentes al dictado de una sentencia debe formarse una convicción judicial sobre el caso. La convicción que un juez se forma con respecto a una cuestión jurídica es de naturaleza compleja. Comprende la apreciación de cuestiones fácticas y jurídicas; las segundas abarcan, a su vez, competencia y fundamentación y pueden, en el proceso civil, diferenciarse en una multiplicidad de medios de accionar y de defensa. En el proceso penal, la convicción judicial alcanza las cuestiones de la responsabilidad y de la medición de la pena. La fundamentación que acompaña a la decisión final es de igual complejidad. Aunque todos los jueces del colegio están llamados a participar en la decisión colectiva, ésta, sin embargo, no puede ser un reflejo, creado por las reglas de mayorías, de la complejidad de todas las convicciones jurídicas individuales —diferentes entre sí—, que ni siquiera pueden ser preguntadas en los procedimientos internos del colegio.

Contra la votación según los fundamentos, desde siempre se ha planteado que la sentencia definitiva podría resultar de un modo no deseado por una mayoría de los jueces.⁷⁹ Esta objeción es errada. La circunstancia de que para dictar una sentencia que pueda ser adjudicada al colegio como un todo se alcance mediante una votación o por varias no quiere decir que ella misma deba ser autorizada por una mayoría de jueces, de modo tal, que pudieran decir ante la sentencia definitiva (parte resolutive y fundamentos): “Sí, esto concuerda totalmente con mi convicción judicial”. Supóngase que se discute ante cinco jueces, primero, si el tribunal es competente; y, segundo, si la demanda está fundada. En la primera votación tres jueces aceptan la competencia y dos la

⁷⁷ *J. v. Linde*, Lehrbuch des dt. gem. Civilprocesses, 6ª ed, 1843, p. 240; *A. Engelmann*, Civilprocess, 1. Bd., 1889, p. 140; *Planck* (nota 62), p. 159.

⁷⁸ Del mismo modo, ya *Mellinghoff* (nota 4), p. 59.

⁷⁹ Por ejemplo, *Zacke* (nota 67); de la literatura actual, *O. Katholnigg*, Strafgerichtsverfassungsrecht, 3ª ed., § 194 GVG, nm. 4, nota 18.

niegan.⁸⁰ De los tres jueces que aceptaron la competencia, dos consideran que la demanda carece de fundamento. Los dos jueces que rechazaron la competencia deben participar obligatoriamente en la votación sobre la fundamentación de la demanda (§ 195 GVG); acompañan al juez que considera fundada la demanda. La sentencia del colegio es resolver como se solicita, pues la demanda ha sido considerada admisible y fundada. Si se parte de la convicción original de los jueces, solamente quiso esa sentencia uno de los cinco jueces; de los cuatro restantes, al principio (actuando por sí mismos), dos se pronunciaron por el rechazo de la demanda por inadmisibilidad de la demanda y los dos restantes por falta de fundamentación. Sin embargo, este resultado no pone en cuestión que todos los jueces en conjunto dictaron la sentencia que hizo lugar a la demanda conforme al procedimiento estipulado. De este modo, la sentencia del colegio no se corresponde necesariamente con una convicción judicial “colectiva”, compartida por una mayoría de los jueces integrantes de aquél.⁸¹ Por lo tanto, para que una sentencia se considere procesalmente correcta como sentencia del colegio, no puede exigirse que necesariamente la mayoría de los jueces que lo integran, si hubieran actuado individualmente, dictaran exactamente la misma sentencia –parte resolutive y fundamentos–, atribuida al colegio como resultado del proceso.

2. El deber de continuar votando *stante concluso*

De acuerdo con el § 195, GVG, el juez vencido debe participar de las siguientes votaciones; no puede, por lo tanto, abstenerse. Por lo tanto, se habla sobre votaciones sucesivas *stante concluso* (hasta dar por concluido el caso, N. del T.).⁸² Con esto se asegura, que, tras la sucesión de votaciones hasta finalizar, se adoptan decisiones con mayoría absoluta, tal como está exigido por el § 194, primer párrafo, GVG.⁸³ El § 195 GVG no puede obligar al juez a modificar su convicción. No se le exige un *sacrificium intellectus*. Sin embargo, el juez debe asumir que la opinión de la mayoría, a la que se ha opuesto sin éxito, es correcta para las siguientes rondas de votaciones en la

⁸⁰ Una decisión mayoritaria de rechazar la demanda, compartida por algunos en razón de que la consideran inadmisibile, mientras que otros comparten el rechazo pero porque la juzgan infundada es -desde luego- inimaginable, porque se trata de distintos contenidos de la sentencia (efecto de la cosa juzgada).

⁸¹ También la determinación de la cuantía indemnizatoria, de acuerdo con el § 196, segundo párrafo, GVG puede conducir a un resultado que únicamente haya sido propuesto por un solo juez.

⁸² *Ballon*, en: *Fasching* (nota 44), §§ 9 – 14 JN nm. 13.

⁸³ Concordantemente § 11, primer párrafo, JN austríaca.

medida en que sea necesario responder a las cuestiones siguientes.⁸⁴ Si, por ejemplo, los fundamentos controvertidos de la responsabilidad hubieran sido afirmados al inicio por una mayoría, el juez vencido deberá, en cuanto se plantee la cuestión de la concurrencia de culpas, asumir aquellos motivos tal como fueron admitidos por la mayoría, porque de lo contrario, no podría constituirse sensatamente la proporción de la culpa concurrente. Tan pronto como las opiniones se dividan ante la cuestión de la valoración de la prueba, el juez vencido debe expresarse sobre una configuración del caso que, según su criterio, de ningún modo se presenta. Sería inadmisibles que el juez vencido, en una votación subsiguiente utilice aquella anterior, para alcanzar en definitiva un resultado comparable, el cual no pudo conseguir en la elección pasada. Un juez que no haya podido imponerse, por ejemplo, con su opinión acerca de la ausencia de un presupuesto procesal, no puede votar el rechazo de la demanda por falta de fundamentación alegando que esa solución es la más cercana a la preferida por él;⁸⁵ si el juez hace esto contradiciendo deliberadamente su convicción, su conducta raya con el prevaricato.

3. La función judicial de los jueces colegiados

Ya se ha señalado en contra de la necesidad de participar en las votaciones siguientes de acuerdo con el punto de vista de la mayoría que viola la libertad de conciencia.⁸⁶ Sin perjuicio de que la sujeción del juez a una determinada opinión jurídica ya existe en otros supuestos,⁸⁷ parece que aquí se ignora en general el oficio del juez dentro de un colegio.

Cada integrante del colegio, incluidos los jueces honorarios,⁸⁸ es juez y está sujeto a los deberes vigentes para ese cargo. También el juez de un colegio es “independiente y solo sometido a la ley” (art. 97, primer párrafo, GG) y se encuentra “atado a la ley y al derecho” (art. 20, tercer

⁸⁴ Esto no está dicho en el § 195 GVG pero está necesariamente dado con la regla; *Jacobs*, en *Stein / Jonas* (nota 52), § 195 GVG, nm. 3.

⁸⁵ El ejemplo ha sido tomado de *L. Rosenberg*, *Lehrbuch d. dt. Zivilprozessrechts*, 2ª ed., 1929, p. 53.

⁸⁶ *K. Peters*, *Strafprozessrecht*, 1952, ps. 92 y 379 (con más referencias).

⁸⁷ Por ejemplo, la vinculación a una sentencia prejudicial en el proceso siguiente; sujeción del tribunal de casación a las determinaciones del tribunal de mérito como consecuencia de una revisión limitada; vinculación al juicio jurídico del tribunal de casación (§ 563, segundo párrafo, ZPO), y a la sentencia remitida al Tribunal Constitucional Federal en los términos del art. 100, GG, o la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento prejudicial según el art. 267 AEUV.

⁸⁸ § 30, primer párrafo, GVG.

párrafo, GG). La función judicial del juez colegiado consiste en su pertenencia al cuerpo de decisión. La pertenencia a ese colegio es el cargo de juez, que debe desempeñarse de modo independiente y solo sometido a la ley y al derecho. Solo en *ese* cargo el juez también goza de independencia; la integración en el colegio es, *como tal*, ninguna limitación a la independencia judicial.⁸⁹ El deber de sentenciar existe para todos los jueces⁹⁰ y se expresa a tal efecto en el colegio, a través de la inadmisibilidad de las abstenciones.⁹¹

Sin embargo, la forma en que la convicción judicial del juez colegiado determina su contribución a la realización de la sentencia debe orientarse según su función, consistente en integrar el tribunal. La votación, como la deliberación, sirve para dictar una sentencia atribuible al colegio. Esta tarea le es encomendada al juez colegiado en virtud de su cargo judicial consistente en la colegiación; tiene que desempeñar esta tarea, de forma independiente y sujeto únicamente a la ley y al derecho. Para ello, el juez colegiado debe preguntarse cuál es, medida en relación con el estado de las resoluciones parciales anteriores (y posiblemente también teniendo en cuenta la jurisprudencia del colegio), la sentencia correcta *para el colegio*. Por lo tanto, la cuestión planteada al juez colegiado no dice “¿Qué querías decidir?” sino: “¿Qué piensas que deberíamos decidir?”. Por lo tanto, el juez colegiado no participa en la sentencia colegiada simplemente anunciando cómo decidiría él mismo el caso si actuara como juez unipersonal. La orientación de la actividad colegiada hacia el acto jurisprudencial supraindividual del colegio se comprueba en múltiples detalles adicionales: el presidente vencido no queda eximido del deber de pronunciar la sentencia.⁹² Incluso el juez que, en la deliberación y la votación, no haya prevalecido con sus puntos de vista jurídicos en todo o en parte, debe aceptar ser instruido para redactar los fundamentos de la sentencia.⁹³ El juez vencido debe firmar, como todo juez, la sentencia escrita (§ 315 ZPO); sin embargo, esta firma no expresa que la sentencia se corresponde con la convicción judicial del juez, sino que ella fue realizada reglamentariamente y que coincide con el resultado de la deliberación.⁹⁴

⁸⁹ Sobre las amenazas a la independencia judicial en el sistema colegiado, *Kiener* (nota 3), ps. 220 y sigs.

⁹⁰ Para esto, véase *M. T. Fögen*, *Rechtsverweigerungsverbot*, en: *C. Vismann / T. Weitin* (comps.), *Urteilen / Entscheiden*, 2006, ps. 37 y sigs.

⁹¹ *Schreiber*, en: *Wieczorek / Schütze* (nota 52), § 195 GVG nm. 1.

⁹² *Schreiber*, en: *Wieczorek / Schütze* (nota 52), § 195 GVG, nm. 2.

⁹³ *Jacobs*, en: *Stein / Jonas* (nota 52), § 195 GVG, nm. 3; *Schreiber*, en: *Wieczorek / Schütze* (nota 52), § 195 GVG, nm. 2: deber de redactar fiel, completa y objetivamente la opinión de la mayoría.

⁹⁴ *BGHSt* 26, p. 92 y sigs. = *NJW* 1975, p. 1177.

Si de acuerdo con la voluntad mayoritaria del colegio, una discusión jurídica compleja se resuelve con una sucesión de votaciones individuales, entonces la participación de un juez determinado en la adopción de la sentencia consiste en la cadena de todos sus votos. Según el § 195, GVG, esos votos sucesivos no deben acoplarse para formar una visión global y coherente del caso, como si se correspondieran con la sentencia que el juez habría dictado actuando individualmente. Antes bien, algunas de esas votaciones pueden incluso ser contradictorias, por ejemplo, cuando el juez primero votó contra la fundamentación de la responsabilidad, pero luego a favor de una concurrencia de culpas. Con esta cadena de votos en sí contradictorios, el juez de ningún modo lesiona su deber de ejercer a conciencia el cargo de juez. Por el contrario, es precisamente mediante el voto *stante concluso* (hasta finalizar el caso) como se ejerce correctamente el oficio judicial, consistente en la pertenencia al colegio.

Por el contrario, la presentación de una *dissenting opinion*, en la cual el juez explica en general cómo él habría resuelto el caso, no es el ejercicio de la función judicial en un colegio de jueces. Antes bien, es una conducta por fuera de la función judicial, ocurrida, por así decirlo, *ultra vires* (más allá de los poderes otorgados). El integrante individual del colegio no es el juez natural. Cuando se establece un fundamento procesal que permite la redacción/expresión de una *dissenting opinion*, en cierta medida la función judicial del juez colegiado se amplía al autorizarle –junto con su actuación en la elaboración de la sentencia del tribunal– a desarrollar su propia convicción jurídica individual para conocimiento de las partes (y del público). Un posible derecho a redactar/registrar/expresar una opinión disidente no exime al juez colegiado de participar en el dictado de la sentencia mediante su voto, aunque ella se aleje cada vez más del camino que considera correcto.⁹⁵ Esto vale tanto para la autorización reglamentaria de una explicación según las actas (secretas) de un Senado⁹⁶ como para la permisión legal del voto disidente (*Sondervotum*), tal como ocurre con el Tribunal Constitucional Federal, de acuerdo con el § 30, segundo párrafo BVerfGG, y podría hacerse de forma similar para otras ramas de los tribunales. La cuestión de si esto es aconsejable no será aquí abordada.

4. La mención de sentencias controvertidas en la motivación de la decisión

⁹⁵ Por lo tanto, el § 30, segundo párrafo, BVerfGG, no deroga el § 195 GVV aplicable en virtud del § 17 BVerfGG.

⁹⁶ Véase por ejemplo, el § 10, primer párrafo, primera oración GO BGH: “Cada integrante está... autorizado, a hacer constar en las actas del Senado, con respecto a la sentencia dictada, su opinión disidente sucintamente fundada.”

Es importante mencionar la evidente fragilidad del juicio colegiado en su forma actual. No es un buen estado jurídico, mantener sistemáticamente en silencio, con respecto a las partes y el público, en tanto conocen de la sentencia, si las opiniones jurídicas vertidas en el colegio han sido divergentes y en qué sentido. Es fácil insertar en un lugar adecuado de la motivación de la sentencia expresiones del estilo "Como la mayoría del senado acepta..." (o similares). Acá tampoco es posible remitirse al secreto de la deliberación (§ 43 DRiG).⁹⁷ Debe mantenerse en secreto el desarrollo de la deliberación y la votación, es decir, el procedimiento con sus detalles, mientras que su resultado – la sentencia compuesta de la parte dispositiva y de la fundamentación– se hace saber/notifica a las partes. Es una característica jurídicamente relevante de una decisión, el hecho que haya sido aprobada por unanimidad o por mayoría. Esto también se aplica a la los "autos" (*Urteilbeschluss*).⁹⁸ Las opiniones jurídicas expresadas en la sentencia tienen como artífice al colegio, el cuerpo de decisión, y son, en este sentido, de naturaleza uniforme; sin embargo, esto no excluye comunicar si una determinada opinión jurídica se ha convertido como propia del colegio por unanimidad o por mayoría. A nadie nunca le ha molestado que durante la audiencia oral se diga a menudo a las partes que el caso es objeto de discusión entre los jueces y que, por tanto, el resultado es aún incierto. Eso sí, aquí no se sugiere revelar cómo votó cada juez; estas son cuestiones del proceso de votación.⁹⁹ Se trata simplemente de identificar las opiniones jurídicas expresadas en la sentencia que solo obedecen a una opinión mayoritaria del colegio, para distinguirlas de aquellas a las cuales el colegio arribó por unanimidad. Tal difusión es adecuada al sistema de la sentencia colegiada; se limita a reflejar el resultado de la sentencia tal y como se alcanzó en el colegio con una mayor diferenciación y, por tanto, con mayor fidelidad que una fundamentación de la sentencia cuyos elementos parecen idénticos por estar consensuados del mismo modo.

⁹⁷ Sobre la compatibilidad de la comunicación en la fundamentación de la sentencia, y si el colegio debió decidirlo por unanimidad o por mayoría, con el secreto de la deliberación, véase correctamente *Mellinghoff* (nota 4) ps. 160 y sigs.

⁹⁸ Otro punto de vista, *Hartmann*, en: *Baumbach / Lauterbach* (nota 52), síntesis previa a los §§ 192 y sigs., GVG, nm. 1.

⁹⁹ Véase *BGH DRiZ* 1976, p. 319 (y además, *E. Schilken*, *Gerichtsverfassungsrecht*, 4ª ed, 2007, nm. 508): acerca de la diversidad de opiniones con respecto a si el proceso de votación debe reflejarse en los fundamentos de la sentencia, para permitir al tribunal de casación su examen.