

## EL VOTO PARTICULAR. UNA COMPARACIÓN ENTRE ESPAÑA E ITALIA<sup>1</sup>

*Daniel Camoni Rodríguez*  
(*Università degli Studi di Milano-Bicocca, Italia*)

¿Qué correlación existe (si es que hay alguna) entre voto particular y calidad democrática?

¿Es posible establecer nexos razonablemente sólidos entre dicho instituto procesal y la exigencia de preservar el correcto funcionamiento del aparato institucional del Estado y la protección de derechos fundamentales?

Estos dos interrogantes –entre muchos otros– han estado y están presentes en el desarrollo de un trabajo de tesis doctoral dedicado al tema del voto particular, en una perspectiva comparada en la que España e Italia (por razones de interés científico y personales) ocupan un lugar preferente.

Podría parecer –y creo que, en cierta medida, lo es– una opción heterodoxa asociar algo tan técnico (incluso aparentemente “aséptico”) como la manifestación explícita, motivada y suscrita con nombre y apellido del firmante de un voto particular en sede judicial con la riqueza conceptual y complejidad que exige a día de hoy un debate sobre la calidad y vitalidad de los ordenamientos democráticos.

Sin embargo, estudiando los orígenes de este instituto tan singular y reflexionando sobre las razones que históricamente se han contrapuesto acerca de su necesidad o inviabilidad en diferentes modelos judiciales, me he dado cuenta de que es posible hilar un *fil rouge* que permite establecer una interesante conexión entre voto particular y calidad democrática.

---

<sup>1</sup> Resumen de tesis doctoral: “El voto particular. Una comparación entre España e Italia”, para el IV seminario de trabajo “Nuevos horizontes del derecho Constitucional”, Zaragoza, 7 de febrero de 2020

En otras palabras, por ejemplo, no se puede entender por qué, a partir del siglo XIX, surge al otro lado del Océano Atlántico (léase, Estados Unidos) la *dissenting opinion* sin considerar el *humus* en el que nace el constitucionalismo moderno; al mismo tiempo, el espíritu democrático que anima política e instituciones merece ser observado a través de la lupa “procesal” del voto particular y de los efectos que este genera sobre cuestiones tan importantes como la independencia del poder judicial y de sus miembros, la exigencia de conocer de forma transparente todas las razones que se han tenido en cuenta a la hora de adoptar una decisión judicial o la tutela efectiva de derechos que nos afectan a todos.

W.O. DOUGLAS –quien fuera el juez más longevo en la historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (1939-1975) y uno de los que más (y mejor) discrepó<sup>2</sup>– calificó el voto particular como «a safeguard for democracy»<sup>3</sup>, recordando que el derecho nace de la incertidumbre y que la discrepancia de un juez respecto de la decisión de la mayoría simboliza la necesidad fisiológica de buscar compromisos entre intereses enfrentados.

Al revés, el mismo afirmaba que la “obsesión” por el secretismo absoluto de las decisiones judiciales y la pretensión (ilusoria) de justificar una constante existencia de unanimidad es más bien propia de regímenes autoritarios: en efecto, el desacuerdo entre jueces es tan consustancial a la vida democrática como la misma libertad de expresión.

En relación con la jurisprudencia estadounidense y el voto particular, resulta muy interesante el neologismo doctrinal de *demosprudence*, es decir la idea de que es posible actuar (o, por lo menos, estimular) modificaciones del ordenamiento democrático a través de decisiones judiciales.

---

<sup>2</sup> Véanse, en este sentido, los votos particulares en *Dennis v. United States* (1951) y *Roth v. United States* (1957) –sobre los límites conceptuales y de aplicación de la Primera Enmienda a la Constitución estadounidense– o en *Sierra Club v. Morton* (1972), acerca de la posibilidad de reconocer personalidad jurídica a elementos medioambientales (ej. valles, glaciares, ríos o lagos) para que sea posible promover acciones judiciales en su defensa.

<sup>3</sup> *The Dissent: a safeguard for democracy*, en *Journal of the American Judicature Society*, vol. 32, 1948, pp. 104 ss.

Se ha afirmado<sup>4</sup> que un *demosprudential dissent* tiene tres características fundamentales: I) somete a un control periódico las diferentes lecturas de la categoría “democracia”, tocando los temas de la legitimación, de la responsabilidad y de su traducción institucional; II) se aparta de la confutación tradicional –basada únicamente sobre argumentos formales y racionales– en favor de un argumentario “alternativo”, haciendo hincapié sobre experiencias compartidas y valores comunes; III) se dirige a quien no es juez, es decir al Legislador, a la gente de a pie, a la sociedad en general, con el objetivo de que cada uno aporte algo para modificar las conclusiones de una mayoría judicial.

En este sentido, la existencia del voto particular va también unida al desarrollo del principio fundamental de justificación y publicidad de las decisiones judiciales, hoy consagrado en todos los textos constitucionales y sin duda elemento privilegiado en la evaluación del nivel de calidad democrática.

Al respecto, pueden verse las palabras de J.L. CASCAJO CASTRO –posiblemente el primer autor, en España, de un escrito académico sobre el tema<sup>5</sup>– quien afirmaba que el respaldo de la Constitución española de 1978 al voto particular se puede considerar como el fruto de una lectura sistemática de algunos preceptos en ella contenidos, «desde las propias exigencias democráticas del ordenamiento (artículo 1.1 y 2), aplicadas en este caso al proceso de formación de la voluntad del órgano de garantías constitucionales, hasta el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (artículo 120.1 y 3), pasando por la propia asimilación que el artículo 164.1 hace del procedimiento de emanación de la sentencia con el procedimiento legislativo. Además en nuestro ordenamiento la publicidad de las actuaciones judiciales no sólo es un principio sino que integra también el contenido de un Derecho fundamental (artículo 24.2)».

---

<sup>4</sup> L. GUINIER, *Foreword: demosprudence through dissent*, en *Harvard Law Review*, vol. 122, 2008, pp. 4-138.

<sup>5</sup> *La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17, 1986, pp. 171-185.

Es importante insistir sobre estos aspectos: en efecto, enfocando la atención sobre el contenido concreto de la sentencia y el procedimiento de deliberación, es posible desgranar algunas conclusiones acerca de los elementos positivos que se derivan –en mi humilde opinión– de la existencia del voto particular.

No comparto, por ejemplo, la idea según la cual la presencia de la opinión discrepante debilita la *auctoritas* de la decisión adoptada, favoreciendo al mismo tiempo una solución que, en cierto modo, se considera impuesta a la minoría por parte de una mayoría numéricamente victoriosa, sin necesidad de buscar mediaciones o compromisos.

Vice versa, creo necesario hacer hincapié en la tesis contraria. En primer lugar, la autoridad de un tribunal se deriva de la solidez de las argumentaciones jurídicas empleadas, por mucho que la decisión final se haya adoptado de forma unánime o con un margen estrecho de votos (es el caso de las *5-4 decisions* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos): en consecuencia, no existe necesariamente una relación de proporcionalidad directa entre la calidad de los fundamentos jurídicos y el número de jueces que así han decidido.

En este sentido, recuérdense las sentencias *Dred Scott v. Sandford* (1857) o *Plessy v. Ferguson* (1896) del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: ambas fueron deliberadas por amplia mayoría (7-2 [McLean, Curtis] en el primer caso, 7-1 [Harlan] en el segundo), lo que no es razón suficiente para olvidar la infamia de dos decisiones que, respectivamente, establecían que la población de raza negra no tenía derecho a la ciudadanía estadounidense y legitimaban la segregación racial.

Más detalladamente, la categoría conceptual de “calidad democrática” puede aquí ser declinada en relación con los perfiles de la transparencia argumentativa y –en lo que concierne a los Tribunales constitucionales– de la legitimidad democrática de órganos a los que no se accede ni por elección popular ni por oposición.

En dicha perspectiva, la cognoscibilidad de las argumentaciones utilizadas por quien decide y quien discrepa y la “institucionalización” del voto particular contribuye al desarrollo de un debate que, más allá de la reflexión puramente académica, sitúa a Tribunales y Constitución en el centro de la vida democrática.

Considérese, en perspectiva comparada, que la exigencia de democratizar el control sobre las decisiones judiciales ha centrado buena parte del debate que se celebró en Núrenberg en 1968, con razón del 47º Congreso de la Asociación de Juristas alemanes, dedicado expresamente a la posible aceptación del *Sondervotum/abweichende Meinung* en el ordenamiento alemán: aceptación que, desarrollada de manera autónoma por parte del *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* a partir del caso *Der Spiegel* de 1966 – sobre los límites a la libertad de prensa– fue formalizada a través de una enmienda en 1970 a la ley de organización del *BverfG* de 1951.

En relación con la legitimación democrática de los Tribunales constitucionales, cabe aquí destacar ante todo una interpretación del concepto de democracia a asumir como parámetro de discusión. Sobre este punto, me parece muy acertada la definición de L. MEZZETTI cuando habla de «dimensione sostanziale della democrazia, che accetta e riconosce al proprio interno, come propri requisiti ineliminabili, i diritti ed i valori costituzionalmente riconosciuti»<sup>6</sup>.

Por todo ello, los Tribunales constitucionales derivan su legitimación “institucional” del mismo concepto de democracia constitucional, a su vez reconducible al art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, allí donde proclamaba que «una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución».

A su vez, aun no siendo órganos de elección popular, dichos Tribunales están legitimados en términos funcionales<sup>7</sup>, ya que su actividad es imprescindible en

---

<sup>6</sup> Cfr. *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte Costituzionale italiana*, en *Pensamiento Constitucional*, n. 14, 2010, p. 71.

<sup>7</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale, I – Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Giappichelli, p. 97

los modernos sistemas democráticos y en la protección de derechos y libertades; todo ello, en un marco de interrelaciones que los mismos establecen con el contexto social, cultural y político-institucional en el que están llamados a actuar.

En este último sentido, en palabras de quien fuera *Chief Justice* entre 1930 y 1941, el voto particular se caracteriza como «an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed»<sup>8</sup>: así, por un lado el voto particular puede favorecer la entrada transparente en los tribunales de expectativas sociales que, a su vez, favorezcan un cambio de jurisprudencia; por el otro, la presencia de votos particulares asegura una cierta “continuidad” en el razonamiento jurídico que un Tribunal aplica para resolver determinadas cuestiones.

Dicho de otra forma: a través del voto particular nada se pierde, ya que tanto la solución que resuelve el caso como las que no han convencido a la mayoría seguirán estando presentes en la “memoria histórica” del Tribunal, evitándose también bruscos cambios de jurisprudencia y facilitando un mayor entendimiento por parte de los ciudadanos (y de los juristas).

En efecto, el estudio de los trabajos parlamentarios sobre el art. 164 CE demuestra el carácter no secundario de este tipo de argumentaciones: en dicho sentido, las enmiendas socialistas nn. 319 y 370 al Anteproyecto y, sobre todo, la enmienda presentada por Gregorio Peces-Barba –auténtico padre del voto particular en la Constitución española– el 19 de junio de 1978 en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso discurren sobre la opinión discrepante en términos de garantía para los ciudadanos y de pleno conocimiento no ya de las deliberaciones, sino del resultado de estas últimas.

Anteriormente, el mismo enfoque ya había sido desarrollado por Costantino Mortati –a quien se debe el primer análisis comparado sobre el tema, no solo en Italia– en relación con un ordenamiento judicial (el italiano) que, heredero de

---

<sup>8</sup> C.E. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, New York, 1937, p. 68.

la tradición francesa, no preveía (y sigue sin prever) en ningún caso la posibilidad de publicitar los votos particulares.

Razonando sobre el rol que las Constituciones y los Tribunales constitucionales están llamados a asumir en el marco de las modernas democracias y de los conflictos judiciales, Mortati afirma que cuando se tome como punto de partida una concepción evolutiva del texto constitucional –«organismo viviente, che affida la vitalità delle sue formule alla loro aderenza alla coscienza sociale, alla loro idoneità ad adeguarsi agli svolgimenti cui essa è sottoposta, e quindi riconosce nell’attività del giudice una funzione creativa di esplicazione e di adattamento dei principi costituzionali»<sup>9</sup>– entonces el voto particular llega a configurarse como traducción judicial de la vitalidad del texto constitucional, así como de su constante adecuación al contexto social e institucional y de los valores que animan ambos.

En la misma perspectiva, es interesante considerar que la Ley sobre el Poder Judicial japonés (n. 59 de 1947), prevé expresamente que los jueces están obligados a manifestar su opinión en todas las controversias a las que participan y, sobre todo, el art. 79 de la Constitución establece que, con ocasión de la primera renovación de la Cámara de Representantes posterior a su nombramiento, dichos jueces tendrán que someter su mandato a la confirmación por parte del cuerpo electoral.

En definitiva, concluyendo con palabras de G. CÁMARA VILLAR –autor del primer gran estudio monográfico sobre la opinión discrepante en España– «el voto particular es, parejamente y en definitiva, el resultado de una interpretación distinta o, lo que es más sólito, parcialmente distinta y, por ello, la evidencia misma de la quiebra de la tradicional idea de la interpretación como razonamiento lógico y perfectamente previsible conducente a la única solución correcta»<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Prefazione, en C. MORTATI (ed.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964, XI.

<sup>10</sup> *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, 11.

A través del voto particular discurre así la «tensión permanente entre el Derecho constitucional y la realidad», dando cuenta de la constante evolución de las normas jurídicas y del ordenamiento subyacente, es decir del desarrollo de las modernas sociedades y de la calidad democrática de estas.