

Teoría, práctica y debate sobre el voto particular en España e Italia

Daniel
Camoni
Rodríguez

Doctor por la Università degli Studi di Milano-Bicocca
y la Universidad de Granada

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Breve historia comparada del voto particular.
- III. El voto particular en España y en el Tribunal Constitucional.
- IV. El eterno debate sobre la introducción de la *opinione dissenziente* en la *Corte costituzionale* italiana.
- V. Conclusiones.

NOTA BIOGRÁFICA:

Daniel Camoni Rodríguez es licenciado *cum Laude* en Derecho por la *Università degli Studi di Milano-Bicocca* (Milán, Italia) y Doctor *cum Laude* en Ciencias Jurídicas en cotutela entre la *Università degli Studi di Milano-Bicocca* y la Universidad de Granada. Actualmente es *Assegnista di ricerca* en Derecho Público Comparado en la *Università degli Studi (Statale)* de Milán. Ha realizado una estancia en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada entre enero y julio de 2020. Sus líneas de investigación principales versan sobre la forma territorial del Estado y las formas de gobierno en perspectiva comparada; la comparación sobre contenido y límites de algunos derechos fundamentales (libertad de expresión, religiosa); la dimensión institucional y competencial de los órganos constitucionales (Tribunales constitucionales, Consejos de Justicia, Parlamentos y Gobiernos) en diferentes modelos, con especial atención al ordenamiento español.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación doctoral que se presenta en esta Revista, en versión reducida, tiene como objetivo un análisis del voto particular –con especial atención a los ordenamientos jurídicos de España e Italia– desde el método jurídico comparado, partiendo de las correspondientes experiencias nacionales y desarrollando algunas reflexiones a través de las modalidades de la opinión discrepante (*dissenting opinion*) y de la opinión concurrente (*concurring opinion*), sobre todo en relación con los modelos de justicia constitucional.

En un horizonte de tal amplitud, la delimitación conceptual a estos últimos responde en primer lugar a razones de carácter personal, en cuyo contexto la (doble) ascendencia italiana y española de quien escribe estas líneas se ha traducido en un correspondiente interés científico. Además, no cabe excluir de este estudio algunas características personales que bien entroncan la esencia del voto particular –ya sean cualidades o defectos, lo decidirá el lector– como son la obstinación en la defensa de planteamientos *a posteriori* minoritarios (que, no obstante, se consideran correctos desde el principio), la provocación intelectual

o la exigencia de “mantener vivas” ciertas ideas, derrotadas pero posiblemente destinadas en el futuro a ser posición mayoritaria.

En paralelo, el tema elegido ha sido la ocasión para reflexionar también sobre las posibilidades de implementación concreta en el sistema jurisdiccional italiano de un elemento jurídico-procesal sobre el cual se ha debatido de forma extensa y magistral a partir de la adopción de la Constitución republicana de 1948 (particularmente en relación con el funcionamiento de la *Corte Costituzionale*) pero que jamás ha dado la impresión de estar cerca de ser realmente incorporado.

Las conclusiones a las que se ha llegado en este trabajo –elaboradas, por un lado, desde un estudio razonado del dato positivo arrojado por el sistema constitucional español y de su desarrollo concreto; por otro, interpretando el debate en la doctrina italiana y que solo en razón de una lectura superficial puede ser tachado de estéril– no pueden prescindir de una mínima reconstrucción histórica del voto particular que dé cuenta de su existencia y vitalidad en diferentes ordenamientos jurídicos y sirva como “trampolín” e instrumento de comparación con los ordenamientos de España e Italia.

En primer lugar, una vez identificado el voto “no mayoritario” desde el punto de vista etimológico-lingüístico y de su contenido, se ha elaborado un marco preliminar dedicado a reconstruir los diferentes argumentos que han sido esgrimidos, desde un punto de vista teórico-abstracto, tanto a favor como en contra de su introducción.

De esta forma, el debate viene necesariamente a entrelazarse con otras temáticas de extensa envergadura, desde la función de la motivación de las decisiones judiciales hasta el rol público y subjetivo-institucional del Juez, desde la percepción que un determinado contexto social y político puede (o tiene que) tener de la actividad judicial hasta llegar a las posibles consecuencias –positivas o negativas– que podrían derivarse a partir de una determinada utilización (a veces incluso “patológica” o “excesiva”) del voto particular.

A seguir, se ha dedicado una parte importante de la tesis a la descripción de los orígenes históricos del voto “no mayoritario” en algunos ordenamientos muy significativos para la historia del constitucionalismo. Empezando por los sistemas de *common law* (en primer lugar, Reino Unido y, sobre todo, Estados Unidos), se ha tratado de demostrar que no existen diferencias insalvables entre las diferentes realidades estatales que actualmente prevén el voto particular, ya que este último simplemente se caracteriza de forma distinta a partir de las peculiaridades jurídicas de cada ordenamiento.

En este sentido, se ha hecho especial hincapié en el sistema estadounidense – piedra angular de esta materia, en razón de su consolidación plurisecular y de la importancia que el *dissent* ha asumido en el relativo equilibrio constitucional de poderes– y en el alemán, donde la introducción (discutida, progresiva y

finalmente exitosa) del voto particular revela interesantes sugerencias acerca de la compenetración entre jurisprudencia, doctrina y legislación.

La actividad de comparación que representa el fulcro principal de este trabajo empieza analizando los numerosos (y consolidados) índices de derecho positivo sobre el tema en el ordenamiento jurisdiccional español. Una vez descritos los (remotos) antecedentes históricos del voto particular, se prestará atención sobre todo a su introducción y desarrollo en los órganos de justicia constitucional, comenzando desde las ajetreadas vicisitudes del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República hasta llegar a la actualidad del Tribunal Constitucional.

El objetivo principal de esta parte del trabajo ha consistido también en una posible lectura “moderna” y actualizada a la última década (2009-2019) de las importantes consideraciones de algunos grandes Maestros del Derecho Público y Constitucional, con el objetivo de comprender si y en qué medida las ideas por ellos elaboradas de forma magistral en los últimos cuarenta años del Siglo XX todavía conservan la actualidad del momento en el que fueron concebidas o, vice versa, impongan un cierto reajuste de los equilibrios conseguidos en relación con la vitalidad y desarrollo del voto particular.

En este sentido, cabe destacar que dicha sección troncal de las tesis ha sido desarrollada durante una estancia en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, entre enero y julio de 2020. Al respecto, una mención especial merece el Prof. Dr. Gregorio Cámara Villar, Catedrático de Derecho Constitucional del mismo Departamento y cuya obra pionera e innovadora sobre el tema, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1993), ha sido fuente de gran inspiración y ayuda para este trabajo.

A seguir, el estudio se ha centrado en el ordenamiento italiano, que bien se podría describir como una reproducción con tintes jurídicos de la obra más famosa del gran dramaturgo irlandés Samuel Beckett, *Esperando a Godot* (1952) o de la más célebre novela de Dino Buzzati, *El desierto de los tártaros* (1940): una historia de sempiterna espera que, al día de hoy, no parece haber encontrado una solución definitiva y satisfactoria, también a raíz de un interés sobre el tema que ha ido menguando en los últimos años para luego recobrar una inesperada atención en los meses más recientes de 2020 y 2021.

En estos términos, se ha dado también cuenta de los importantes debates doctrinales surgidos al respecto, trazando un paralelismo con los múltiples intentos que se han hecho (en los distintos niveles normativos, siempre sin éxito) para una introducción del voto particular en el sistema de justicia constitucional. Al respecto, se ha prestado especial atención a la fundamental sentencia de 18 de enero de 1989, n. 18, de la *Corte Costituzionale* –la cual parecía haber abierto las puertas a la posibilidad de introducir la *opinione dissenziente*– y a los diferentes

planteamientos sobre la fuente normativa más adecuada para la realización de dicha innovación, oscilando entre estricta legalidad jurídica y razones de oportunidad política.

Finalmente, en la última parte de la tesis se ha reflexionado sobre las diferentes temáticas tratadas en los Capítulos anteriores en una perspectiva proyectada hacia el futuro, que mire a las posibles evoluciones de la discrepancia (pública, motivada y nominal) en el ámbito judicial y expresada a través del voto “no mayoritario”.

De esta forma, recordando el reciente aniversario de los cuarenta años de la Constitución española, se han desarrollado algunas consideraciones acerca de la evolución y actualidad del voto particular en la actividad del Tribunal Constitucional, tratando también de abrir caminos hacia un nuevo debate sobre el tema en Italia y, sobre todo, hacia una introducción efectiva en su ordenamiento de la opinión discrepante, siempre observada con suspicacia cuando no del todo rechazada.

II. BREVE HISTORIA COMPARADA DEL VOTO PARTICULAR

Es bien sabido que con la expresión “voto particular” se indica una manifestación formal de disenso, discrepancia o disconformidad pública, motivada y nominal (suscrita con nombre y apellido) por parte de un Juez o Magistrado que no comparte la “decisión final” adoptada por una determinada mayoría colegiada en sede judicial.

Con palabras de Juan Antonio Xiol Ríos –Magistrado del Tribunal Constitucional español (TC) desde junio de 2013 y quien ostenta actualmente el mayor número de votos particulares emitidos en sus más de cuarenta años de historia (276, hasta la STC 69/2022, de 2 de junio)–, este «representa la confesión pública de un fracaso en la capacidad de persuasión para conformar una opinión mayoritaria» (voto particular discrepante a la STC 31/2018, de 10 de abril, sobre la constitucionalidad de varios preceptos de la LOMCE).

Dicha discrepancia puede ceñirse a la sola fundamentación jurídica de la decisión, expresando al mismo tiempo el acuerdo con el fallo de la decisión final adoptada –en cuyo caso se discurre de opinión concurrente (*concurring opinion*)– o, como viene siendo más habitual (sobre todo en la jurisprudencia del TC y de los Tribunales constitucionales de inspiración europea), puede rechazar directamente el resultado final de la misma deliberación, traduciéndose en una opinión discrepante (*dissenting opinion*).

A nivel estadístico, cabe también destacar (a luz de la Opinión 932/2018, de 17 de diciembre, del Consejo de Europa) que, de los cuarenta y siete Estados que actualmente forman parte del Consejo de Europa, solo once de ellos no admiten

en sus ordenamientos el voto particular: entre los más relevantes (además de Andorra, Bélgica, Irlanda –únicamente en los casos relacionados con el control de constitucionalidad, según el art. 26.2.2. Const.–, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, San Marino y Suiza), deben mencionarse Austria –patria europea del control de constitucionalidad –, Francia e Italia.

En una más amplia perspectiva histórica, el origen del voto particular se remonta a la técnica de decisión judicial británica de las denominadas *seriatim opinions* u “opiniones/votos en serie”. En efecto, en este ordenamiento no existía, hasta hace poco, un único “parecer del Tribunal”, es decir una decisión final reconducible a un Tribunal como órgano judicial unitario: por el contrario, cada Juez emitía de forma individualizada su voto (léase, su “propia” sentencia) y daba cuenta de las motivaciones subyacentes en público.

Dicha modalidad de deliberación judicial fue “absorbida” por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos –cuya primera decisión se remonta al caso *West v. Barnes* de 1791–, pero fue abandonada con el comienzo de la histórica Presidencia de John Marshall (1801-1835). Como es bien sabido, a este Magistrado se debe la genial creación del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias respecto de una ley jerárquicamente superior (denominada Constitución: véase el caso *Marbury v. Madison* de 1803) y, por lo que atañe al desarrollo formal del voto particular, la introducción –no sin controversias– de la *opinion of the Court*.

En este último sentido, el hecho de que el mismo Presidente pronunciase, al menos en un primer momento, las sentencias con unanimidad (casi) absoluta del Tribunal –incluso en casos en los que sí había habido discrepancias internas– se debía sobre todo a la necesidad “política” de fortalecer el rol del neonato Tribunal Supremo en el marco constitucional y en relación con los demás poderes del Estado: prueba de ello fue el profundo rechazo manifestado respecto a esta innovación por el entonces Presidente de la Federación Thomas Jefferson, quien no dudó en acusar a Marshall de manipulador y a los demás Magistrados de vagos y cobardes.

No obstante, esta nueva tradición deliberativa se rompió a partir de los casos *Head&Armony v. Providence Ins. Co.* (1804) y *Huidekoper’s Lessee v. Douglass* (1805) –con los primeros votos particulares concurrentes– y, sobre todo, *Simms&Wise v. Slacum* (1806), cuando el Juez Paterson pronunció el primer voto particular realmente discrepante.

Es imposible entender el desarrollo de la jurisprudencia, del modelo institucional e incluso de la misma sociedad estadounidense sin considerar la importancia, muchas veces decisiva, del voto particular. Por un lado, no puede eludirse su influencia “subjetiva”: en este sentido, cabe destacar la centralidad de algunos Jueces históricos (entre los de mayor renombre: Harlan, Holmes, Brandeis, Douglas, Brennan, Stevens, Scalia, Ginsburg y Thomas), cuyos planteamientos jurídicos

minoritarios has suscitado en algunos casos el mismo nivel de atención y debate –o incluso superior– que las sentencias a las que se refieren.

Por el otro, es bien conocida la influencia “objetiva” del voto particular en el desarrollo jurisprudencial de derechos y libertades fundamentales: en efecto, en algunas ocasiones las opiniones discrepantes se han convertido, *a posteriori*, en la solución mayoritaria (provocando importantes *overrulings*) o han estimulado innovaciones normativas de gran calado.

En términos no exhaustivos, pueden mencionarse los votos particulares del Juez Harlan en *Plessy v. Ferguson* (1896) –contrario a la declarada legitimidad de la segregación racial entre blancos y negros en los medios de transporte, fundamentada en el terrible principio “separados pero iguales”– aceptado por unanimidad en *Brown v. Board of Education* (1954); del Juez Holmes en *Abrams v. United States* (1919), sobre el máximo desarrollo posible de la libertad de expresión y la exigencia de restringir los límites (penales) a la misma en el “libre mercado de las ideas” (*free marketplace of ideas*) o del Juez Brandeis en *Olmstead v. United States* (1928), sobre el reconocimiento de un derecho a la privacidad e intimidad como “derecho a ser dejado en paz” (*right to be let alone*), aceptado en *Katz v. United States* (1967).

En relación con la capacidad de los votos particulares para incidir sobre el procedimiento legislativo, pueden sobre todo recordarse las opiniones discrepantes del Juez Brennan en *Goldman v. Weinberger* (1986) o de la Jueza Ginsburg en *Ledbetter v. Goodyear* (2007). Respecto del primer caso, frente a una sentencia del Tribunal Supremo que, por un estrecho margen de cinco votos a cuatro, había considerado legítima la prohibición de vestir la *kipá* en acto de servicio militar, el Congreso de los Estados Unidos introdujo una enmienda en el *National Defense Authorization Act* de 1988, con el objetivo de permitir el porte de ciertos tocados religiosos por parte de militares.

En el segundo, el poder legislativo aprobó, a raíz de una *dissenting opinion* muy crítica de la Jueza Ginsburg con la mayoría en el caso *Ledbetter*, una reforma del *Civil Rights Act* de 1964 para evitar que conductas supuestamente discriminatorias y reiteradas contra las mujeres en los puestos de trabajo –léase, menor retribución respecto al mismo trabajo realizado por hombres– cayeran en prescripción una vez transcurridos 180 días desde el momento en el que las mismas se habían concretado.

Si el Tribunal Supremo de los Estados Unidos es la patria mundial del voto particular, el Tribunal constitucional federal alemán es su cuna europea. A pesar de la ausencia de referencias a la opinión discrepante en la Constitución de 1949 y en la legislación ordinaria de entonces, cabe destacar la introducción progresiva de la misma, en una suerte de camino jurídico que se ha desarrollado “por etapas”.

En primer lugar, es posible individualar una etapa jurisdiccional o jurisprudencial, en relación con el célebre caso *Der Spiegel* de 1966. Frente a un recurso al Tribunal constitucional por parte de un grupo periodístico que consideraba cercenada su libertad de prensa (respecto de la publicación de informaciones sobre cuestiones sensibles de seguridad y defensa nacional), los Magistrados no consiguieron alcanzar la mayoría necesaria para estimar o desestimar la impugnación, estancándose en un empate.

La Sala Primera decidió entonces –de manera inesperada y sin apoyarse en ninguna disposición normativa– proceder a la publicación de los planteamientos de todos los Magistrados, si bien sin revelar los nombres de los que habían apoyado o no el recurso. De esta forma, se admitía por primera vez el voto particular en el Tribunal constitucional alemán, aunque fuera en términos anónimos.

A seguir, debe también prestarse atención a la etapa doctrinal o académica. En particular, en el 47º Congreso de la Asociación de Juristas alemanes, celebrado en Nürenberg en 1968 y dedicado expresa e íntegramente a la posible aceptación del *Sondervotum* (o *abweichende Meinung*), la inmensa mayoría de juristas alemanes mostró su favor para una posible introducción legislativa.

Finalmente, dichas solicitudes serán acogidas por parte del *Bundesrat* en 1970, a través de una reforma de la Ley de organización y funcionamiento del Tribunal constitucional de 1951. No obstante, también hay que recordar que no se admiten votos particulares en ningún órgano colegiado de la jurisdicción ordinaria.

III. EL VOTO PARTICULAR EN ESPAÑA Y EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La historia del voto particular en el ordenamiento jurídico español consta de tres grandes momentos. El punto de partida coincide con la lejana promulgación de las *Ordenanzas de Medina* de 1489 por parte de los Reyes Católicos, en cuyo Capítulo XIV se establecía que todos los juzgados registrasen –en ciertos supuestos («Pleytos arduos, y de substancia, especial en todos los que exceden de cien mil maravedís»)– en un libro secreto el resultado de las votaciones de las sentencias.

La práctica del “voto reservado” fue sucesivamente adoptada por la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1882 y la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888, aunque en este último caso la polémica innovación fue finalmente abrogada en 1894.

En relación con el modelo de justicia constitucional, es imposible no considerar el desarrollo teórico y práctico experimentado por la opinión discrepante durante la turbulenta experiencia del Tribunal de Garantías constitucionales, establecido por la Constitución republicana de 1931. Al respecto, el art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías constitucionales de 1933 (LOTGC) establecía

la posibilidad de formular voto particular por parte de los Magistrados que no estuvieran conformes con el criterio de la mayoría.

No obstante, la composición prevalentemente política del Tribunal y la gram utilización partidista que del mismo hicieron las fuerzas políticas hizo sí que la opinión discrepante fuese interpretada no siempre con motivaciones exquisitamente técnicas, sino más bien con el objetivo de “judicializar” cuestiones políticas y servir, según la ocasión, como apoyo o contrapeso al Gobierno de turno.

Además, en un contexto general de fuerte inestabilidad institucional, política y social, ello contribuyó a provocar un terrible descrédito al Tribunal de Garantías constitucionales, cuyas deliberaciones y votos particulares eran percibidos como “de derechas” o “de izquierdas” según el caso a enjuiciar y los intereses partidistas subyacentes.

Todo ello no fue óbice para que la nueva Carta Magna de 1978 decidiera constitucionalizar la regla de la posible emisión de votos particulares –lo que no sucede ni en los Estados Unidos (que admite sin fisuras la *dissenting opinion* como regla consuetudinaria) ni en Alemania (que remite la cuestión a una ley ordinaria)– en el Tribunal Constitucional (art. 164 CE).

En efecto, el estudio de los trabajos parlamentarios sobre dicho artículo desvela cuestiones no secundarias sobre el tema. Así, las enmiendas socialistas nn. 319 y 370 al Anteproyecto de Constitución y, sobre todo, la enmienda presentada *in voce* 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 de los Diputados fueron decisivas para que el TC se dotara de la posibilidad de emitir opiniones discrepantes públicas, motivadas y suscritas de forma nominal.

Al respecto, el mismo declaró que el «reconocimiento y participación de los votos particulares supone uno de los caracteres más progresivos del Tribunal Constitucional, auténtica garantía para la minoría discrepante en el Tribunal y también para el afinamiento de las ponencias mayoritarias que tendrán la posibilidad de contrastarse públicamente; y sobre todo a nivel científico-jurídico, con las opiniones discrepantes».

El art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) diseña con especial detalle todas las características estructurales del voto particular. En primer lugar se admite que tanto el Presidente como los demás Magistrados puedan reflejar en voto particular su opinión discrepante, lo que viene a ser interesante sobre todo en el primer caso, ya que el Presidente dispone del voto de calidad en caso de empate y, como tal, puede inclinar la balanza de la decisión final hacia uno u otro lado.

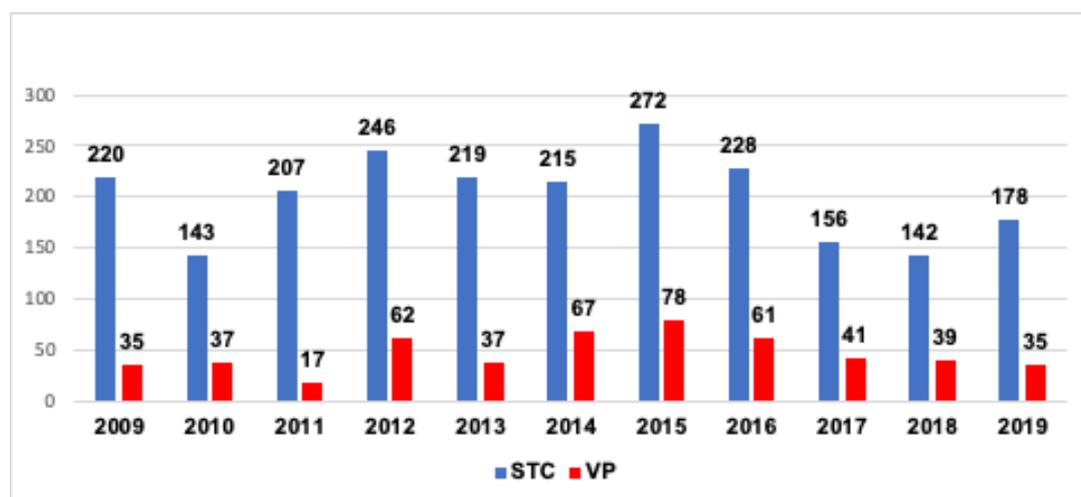
La emisión de votos particulares, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación, está supeditada a un previo anuncio y a la correspondiente defensa en la sede de la deliberación a puerta cerrada: ello implica que no puede haber (o no debería) opiniones discrepantes/concurrentes “sorpresivas”, es decir que se emitan sin que hayan sido previamente defendidas por el Magistrado “minoritario” en el debate con los restantes Magistrados.

Esta consideración conlleva un importante perfil a favor del voto particular: por un lado, la posibilidad de emitir una opinión discrepante puede favorecer compromisos, mediaciones y diálogos entre la mayoría y minoría, ya que los unos podrían dejarse persuadir por los argumentos de los otros y cambiar de opinión; por el otro, la presencia de un voto particular formalizado puede contribuir a reforzar las argumentaciones de la mayoría, quizá prestando (mayor) atención a cuestiones consideradas de menor importancia o no motivadas de manera suficientemente precisa.

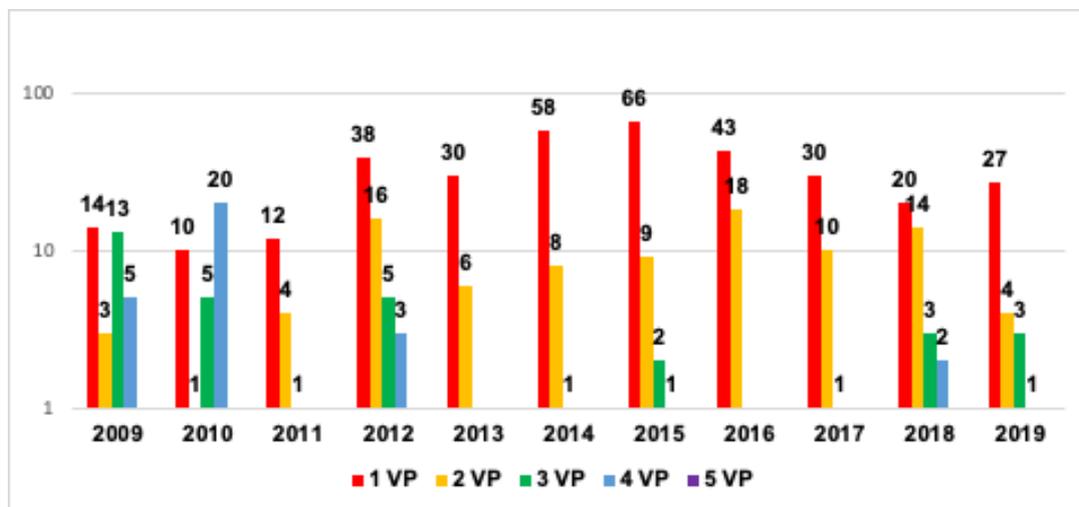
Por último, los votos particulares se incorporan a la resolución y se publican en el Boletín Oficial del Estado: de esta forma, es posible una plena publicidad de los mismos, lo que se traduce en una garantía de transparencia para los ciudadanos y de pleno conocimiento no ya de la simple existencia de deliberaciones y contrastes, sino del resultado de estos últimos y de las razones que los asisten.

En términos concretos, un pequeño marco estadístico –elaborado a partir de las detalladas Memorias anuales publicadas por el TC en su página web– puede ser útil para entender el desarrollo del voto particular en el modelo español de justicia constitucional. Limitando nuestro análisis a la década entre 2009 y 2019, se pueden observar los datos que se indican a continuación:

Relación entre sentencias totales (STC) y STC con voto particular (VP) (2009-2019)

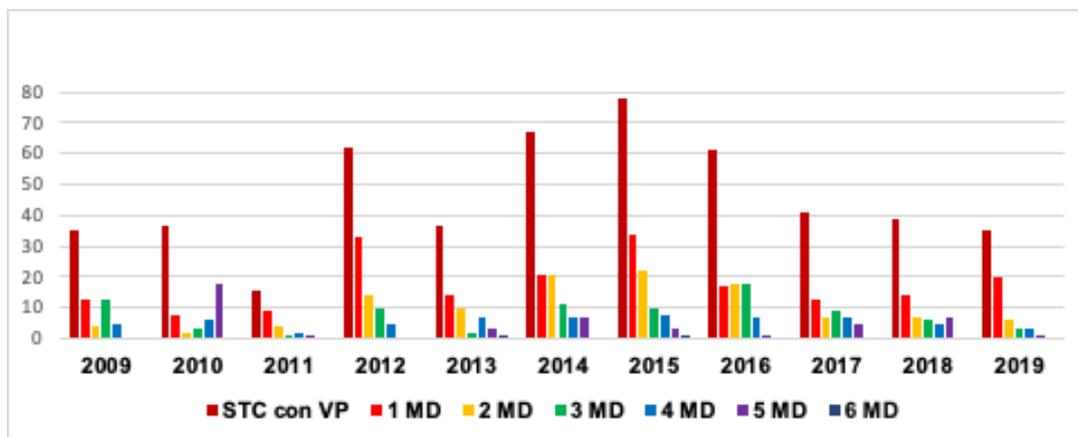


Número de votos particulares (VP) por Sentencia



Año	STC con 1 VP	STC con 2 VP	STC con 3 VP	STC con 4 VP	STC con 5 VP	Tot. VP
2009	14	3	13	5	-	35
2010	10	1	5	20	1	37
2011	12	4	-	-	1	17
2012	38	16	5	3	-	62
2013	30	6	-	-	1	37
2014	58	8	1	-	-	67
2015	66	9	2	1	-	78
2016	43	18	-	-	-	61
2017	30	10	1	-	-	41
2018	20	14	3	2	-	39
2019	27	4	3	1	-	35
TOT.	348	93	33	32	3	509

Relación entre STC con VP y Magistrados discrepantes (MD)



Año	STC con VP	STC con 1 MD	STC con 2 MD	STC con 3 MD	STC con 4 MD	STC con 5 MD	STC con 6 MD	Tot. MD
2009	35	13	4	13	5	-	-	80
2010	37	8	2	3	6	18	-	135
2011	17	9	4	1	2	1	-	33
2012	62	33	14	10	5	-	-	111
2013	37	14	10	2	7	3	1	89
2014	67	21	21	11	7	7	-	159
2015	78	34	22	10	8	3	1	161
2016	61	17	18	18	7	1	-	140
2017	41	13	7	9	7	5	-	107
2018	39	14	7	6	5	7	-	101
2019	35	20	6	3	3	1	-	58

IV. EL ETERNO DEBATE SOBRE LA INTRODUCCIÓN DEL VOTO PARTICULAR EN LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

Reflexionar sobre la relación entre el voto particular y el modelo de justicia constitucional en Italia lleva consigo una paradoja peculiar. Posiblemente, en ningún otro ordenamiento jurídico se ha haya debatido de forma tan larga, amplia y detallada sobre las posibles cualidades y defectos de la opinión discrepante y sobre sus contenidos jurídico-formales como en el mundo académico italiano, sobre todo a partir de la publicación de la obra colectánea editada por Costantino Mortati (Magistrado de la *Corte costituzionale* entre 1960 y 1972), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milano, Giuffrè, 1964.

No obstante, todavía no ha sido posible llegar a vislumbrar su introducción en las deliberaciones de la *Corte costituzionale*, si bien es cierto que, a raíz de la adopción de una reciente reforma de su propio Reglamento (publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 31 de mayo de 2022), se ha introducido una mayor dialéctica en las audiencias públicas, con la posibilidad que los Magistrados puedan formular a las partes las preguntas que estimen oportunas. Ello podría representar –quizá– la antesala para una próxima adopción del voto particular.

En términos de historia del Derecho, no es secundario recordar que la tradición jurídica italiana anterior a la unificación nacional (1861) ya admitía la posibilidad de pronunciar votos minoritarios en decisiones judiciales, si bien estos no siempre eran públicos: entre los órganos judiciales más destacados, pueden recordarse el Tribunal Apostólico de la Rota de Roma o de Florencia a partir del siglo XVI, así como los que operaban en el Reino de Nápoles, el Granducado de Toscana o el Ducado de Ferrara en los siglos XVIII y XIX.

A partir de entonces, la penetrante influencia cultural francesa hizo que las reglas del secreto de la *camera di consiglio* y de la “unidad” de la motivación se impusieran prácticamente sin fisuras hasta hoy. Ello no impide deslizar algunas consideraciones sobre el desarrollo de algunas modalidades de discrepancia “enmascarada” en el seno del Tribunal Constitucional italiano; modalidades que no han suscitado ninguna reacción contraria y que, en palabras de Alessandro Pizzorusso, se han convertido incluso en costumbres constitucionales.

En primer lugar, destaca la publicación de breves comentarios doctrinales a sentencias de la misma *Corte costituzionale* por parte de Magistrados que habían participado en su deliberación: el caso más célebre es sin duda el de Virgilio Andrioli –Magistrado entre 1978 y 1987– a la sentencia de 15 diciembre de 1980, n. 164, de la que fue ponente y que criticó por su supuesta contradictoriedad con la jurisprudencia anterior del mismo Tribunal en un artículo publicado en el n. 1 de 1981 de la prestigiosa revista jurídica *Il Foro italiano*.

A continuación, pueden recordarse numerosas entrevistas y declaraciones públicas de Magistrados en su día en activo (entre otros, Enrico De Nicola, Aldo Sandulli, Leonetto Amadei, Ettore Gallo, Ugo Spagnoli) en las que estos tomaban posición a favor o en contra de la introducción del voto particular, desgranando sus bondades o censurando los problemas que su aceptación habría podido provocar, sobre todo en relación con el riesgo de una excesiva politización de la *Corte costituzionale*.

Finalmente, cabe concentrar la atención sobre el procedimiento “italiano” para la adopción de las decisiones finales. En este contexto, el Presidente elige a un Magistrado para que exponga –en audiencia pública o en forma reservada– los elementos principales sobre los que se fundamenta el recurso; sucesivamente, es habitual que la redacción de la sentencia compete al mismo Magistrado anteriormente encargado de la exposición oral.

A partir de la reforma reglamentaria de 1987, la deliberación final es suscrita únicamente por el Presidente y el Magistrado redactor (a diferencia del anonimato anterior, ya que hasta entonces todos los Magistrados suscribían las sentencias), lo que ha provocado que en algunas ocasiones –ochenta y ocho entre 1988 y 2022, como evidencia perfectamente el libro del Prof. Beniamino Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo “strano caso” della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale* (Torino, Giappichelli, 2021)– este último no coincida con el encargado de la ponencia originaria, aunque ello no conlleve el conocimiento de las razones que han determinado dicha decisión.

Ello suscita numerosas críticas. El Magistrado de la *Corte costituzionale* Nicolò Zanon –en el cargo desde 2014 y uno de los que más se ha expuesto públicamente a favor de la introducción del voto particular– ha hablado al respecto de una modalidad de opinión discrepante “autorreferencial e introvertida” que garantiza este singular privilegio solo al ponente que, después del debate, se haya quedado en minoría y haya rehusado redactar la sentencia.

En paralelo, considérese que, el 8 de enero de 2020, la *Corte costituzionale* ha aprobado una importante reforma de su Reglamento, introduciendo en sus juicios el denominado *amicus curiae* y la posibilidad, por parte de los mismos Magistrados, de solicitar informaciones a expertos en temas extra-jurídicos.

Siendo así las cosas, se ha puesto en evidencia por parte del Profesor Caravita la contradicción –que aquí se comparte– de un Tribunal que, por un lado, se abre cada vez más hacia el exterior pero, al mismo tiempo, rechaza abrirse en relación con el procedimiento de deliberación, alimentando especulaciones sobre el sentido de voto de los Magistrados cada vez que el ponente y el redactor no coinciden.

Al respecto, cabe también destacar que la *Corte costituzionale* se ha pronunciado, de manera formal, dos veces sobre la posibilidad de introducir el voto particular en su propio modelo judicial. El 20 de julio de 1995, la Comisión de estudios y

reglamentos rechazó la propuesta formulada por Mortati en 1965 sobre la aceptación del voto particular concurrente/discrepante suscrito por parte de los Magistrados que estuvieran en minoría.

En tiempos más recientes, el 9 de mayo de 2002 la cuestión llegó al Pleno del Tribunal, en relación con la propuesta de introducir el voto particular de forma anónima: no obstante, votaron a favor únicamente los Magistrados Cesare Rupperto (Presidente) y Valerio Onida.

V. CONCLUSIONES

A raíz de las reflexiones desarrolladas en los párrafos anteriores, es necesario trazar algunas consideraciones metodológicas antes de llegar a las conclusiones efectivas de este amplio resumen del trabajo de tesis. En efecto, el recurso a la comparación como quinto método häberliano de la interpretación y comparación entre ordenamientos, instituciones y normativas ha permitido analizar modelos diferentes entre sí en relación con sus orígenes históricos, tradiciones jurídicas y desarrollo, sin ninguna pretensión de asimilación “forzada”, sino con el objetivo de resaltar diferencias que, no obstante, no impiden razonar en una perspectiva de confrontación de analogías y, sobre todo, diferencias.

En segundo lugar, el uso de un pequeño marco estadístico –en relación con el ordenamiento español– ha sido decisivo para consolidar los índices utilizados para reflexionar sobre el voto particular, desde la tipología estructural de las discrepancias (votos particulares “por sentencia” y “por número de Magistrados”) hasta el nivel cuantitativo y subjetivo de estas.

Al mismo tiempo, el dato numérico también se ha mostrado bastante “elocuente”, permitiendo recabar de una pura simple sucesión de cifras varias consideraciones de interés sobre el desarrollo y la consolidación del voto particular en la jurisprudencia del TC español.

En relación con el ordenamiento italiano, la extensa recopilación histórico-doctrinal ha demostrado la existencia de un importante nexo entre el voto particular y la tradición jurídica anterior a la Unificación (1861), así como de un gran interés por parte de la mejor doctrina respecto de un elemento propio de modelos judiciales “extranjeros” y desde siempre considerado de manera sospechosa en Italia.

El cuadro estadístico aquí desarrollado se ha ceñido, como no puede ser de otra forma, a los casos de discrepancia (cada vez más numerosos) entre el Juez ponente y el Juez redactor de la sentencia en la *Corte costituzionale*. Ello no ha impedido que se individuara una cierta presencia latente del disenso respecto de las diferentes funciones del Tribunal constitucional y en relación con las más relevantes cuestiones sobre derechos fundamentales.

En relación con el modelo español, una evaluación de la estructura y evolución del voto particular conlleva, en primer lugar, la necesidad de considerar su historia plurisecular y la aceptación generalizada de la discrepancia formal, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Es por lo tanto necesario reflexionar brevemente sobre los efectos que del mismo se han derivado a nivel jurisdiccional y las consecuencias que se han producido en el equilibrio de poderes.

Considerando la utilización “histórica” de la discrepancia en el seno del TC, hay que destacar numerosos aspectos positivos que no son sino una traducción concreta de los perfiles teóricos reconducibles a la aceptación “conceptual” del voto particular.

A nivel estructural, no parece que hayan existido –excepto algunas reservas en sede constituyente (que culminaron en la introducción de una versión provisional del voto particular anónimo, por parte del Senado), superadas de inmediato– momentos de crisis respecto al tema de la “ruptura” de la unidad de la motivación de las sentencias o en lo que se refiere a las distintas razones jurídicas subyacentes a la solución mayoritaria y a (eventuales) opiniones minoritarias.

No obstante, puede señalarse al respecto la interesante contrariedad hacia el instrumento del voto particular por parte del Presidente emérito del TC Francisco Pérez de los Cobos (2013–2017), manifestada en un Congreso sobre el mismo tema, celebrado en la Universidad de Milán el 17 de marzo de 2017.

Por el contrario, debe afirmarse que la actividad del TC ha beneficiado grandemente de la plena publicidad de las decisiones judiciales y de las diferentes interpretaciones de todos sus componentes, en un ejercicio constante de transparencia que se ha convertido cada vez más –en una dimensión político-institucional– en índice el ímpara evaluar el correcto funcionamiento y la eficiencia de los órganos constitucionales según parámetros que incluso pueden definirse de calidad democrática. Como ya recordó P. Häberle, los votos particulares «son expresión de la ‘publicidad y carácter abierto de la Constitución’, de la apertura de sus intérpretes y del ‘pluralismo de la Constitución’, consecuencia, en último término, del tópico ‘tiempo y cultura constitucional’».

Otras precisiones pueden también desarrollarse en relación con las delicadas cuestiones de la independencia y politización del órgano de garantías constitucionales y de sus miembros, observadas a través de la lupa “procesal” del voto particular. Se ha subrayado en numerosas ocasiones la eficacia disuasoria del voto particular público y formal respecto de una posible utilización “patológica” de la función judicial.

En este sentido, cada Magistrado que forme parte de un órgano colegiado tiene que revelar su propia filosofía jurídica sobre las cuestiones que son objeto de decisión, asumiendo así su responsabilidad frente a todos (en primer lugar,

sociedad y Legislador) y sin poder “escondarse” detrás del secreto (en muchos aspectos hipócrita, cuando no incluso inexistente) de aquellos ordenamientos que no admiten el voto particular.

La ausencia de formalización de una discrepancia –tanto en el fallo como en la fundamentación– debe por lo tanto interpretarse como adhesión a la decisión final, con todas las consecuencias que de esta se derivan. Cuestión distinta –decisiva, en muchos aspectos, sobre la necesidad o inviabilidad del voto particular– es la que concierne la politización *ab externo* por parte de aquellas instituciones (sobre todo, Cortes Generales y Gobierno) llamadas a realizar los nombramientos que les corresponden.

En esta perspectiva, el voto particular representa el paradigma por excelencia de un habitual pero erróneo solapamiento entre las posibles criticidades de la discrepancia como categoría conceptual y aquellas que, derivándose de malas artes y costumbres foráneas a los órganos considerados, inciden negativamente sobre los mismos.

Dicho de otra manera: el hecho que el voto (particular o no) de un Magistrado del TC sea asociado de forma automática al partido político que propuso su nombramiento y, en consecuencia, a la ideología de este último, mantiene viva la suspicacia de que ese mismo Magistrado no sea nada más que un peón dependiente de los “trueques” de cargos y poder y, por tanto, falto de los requisitos de imparcialidad e independencia en el ejercicio de sus funciones.

En este sentido, y sin eludir que ser independiente no necesariamente conlleva ser imparcial (y vice versa), se ha afirmado que –más allá de quien efectúa formalmente los nombramientos y de las intenciones subyacentes– la autoridad depende sobre todo de la solidez de las argumentaciones empleadas y de capacidad de persuadir mediante la fuerza de los argumentos empleados.

En términos estructurales, la lamentable “guerra de las investiduras” vivida por el TC entre 2004 y 2010 y la dudosa –por no decir directamente inconstitucional– reforma (mediante Ley Orgánica 6/2007) de la duración del mandato de su Presidente¹ bien demuestran como dichos escenarios que se critican son imputables a las maniobras de los partidos, sin que se pueda atribuir alguna responsabilidad al TC o a sus miembros.

No obstante, también debe ponerse sobre la mesa la (discutible) gestión de las solicitudes “cruzadas” de recusación por este último, la cual se inscribe en un

1. Según la cual «si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedaría prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados».

marco político-institucional constantemente crispado. Gestión que, si bien puede ser declinada en forma de contraste de interpretaciones en relación con las disposiciones normativas aplicables, ciertamente no ha contribuido de forma positiva a la (buena) imagen y percepción pública del TC.

«Las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace»: con estas palabras el Presidente del Tribunal Constitucional Francisco Tomás y Valiente –trágicamente asesinado el 14 de febrero de 1996 por la banda terrorista ETA en su despacho de la Universidad Autónoma de Madrid– se despedía del mismo, el 8 de julio de 1992, después de seis años de Presidencia.

Recordando hoy su significado más profundo, dichas palabras no solo siguen siendo una advertencia para la garantía de la integridad y el buen funcionamiento de todas las instituciones del Estado, sino que también imponen la necesidad que tanto las mismas instituciones como aquellos que contribuyen a su conformación tengan consciencia de los efectos (positivos o negativos) que se podrían derivar de cada una de sus acciones.

En este sentido, a raíz de las argumentaciones desarrolladas en el presente trabajo de tesis, el voto particular se revela como una piedra tallada enormemente preciosa para ser dilapidada de manera impune. Por ello, es ahora necesario tomar posición sobre la posibilidad (y/o necesidad) de introducir el voto particular también en el ordenamiento italiano, con especial atención al modelo de justicia constitucional.

Como se ha destacado en varias ocasiones a lo largo de estas páginas, la caracterización “híbrida” de la discrepancia judicial –a mitad de camino entre instrumento judicial en sentido estricto y naturaleza intrínsecamente política (de quien elige los miembros de un Tribunal Constitucional, del órgano en sí o de los efectos reconducibles a sus decisiones)– conlleva que el favor o la contrariedad hacia su introducción y las argumentaciones empleadas se entrelacen con razones de oportunidad que atañen al equilibrio general del sistema de poderes institucionales.

En efecto, pretender razonar únicamente en términos jurídico-procedimentales significaría eludir la transversalidad de la cuestión fundamental, privándola de todas esas consecuencias “políticas” (*auctoritas* de la decisión, independencia del Poder Judicial, separación de poderes, etc.) que constituyen el verdadero campo de batalla, antes y más allá de los formalismos procesales.

Es evidente, por lo tanto, que el “conflicto” se desarrolla –en primera instancia– en el plano de la oportunidad, declinada en una triple vertiente: la voluntad de aceptar o no el voto particular; la conformación estructural de dicho instrumento y los efectos que se podrían derivar en el caso de admitir su existencia.

En primer lugar, se ha confutado la tesis según la cual el voto particular sería un elemento extraño a la historia y tradición jurídica italiana: en este sentido, si bien es cierto que el denominado *voto di scissura* –presente en importantes experiencias de Estados italianos pre-unitarios– no puede equipararse del todo al voto particular (siguiendo los índices estructurales que se han enunciado), es también cierto que la discrepancia pública, motivada y nominal se deriva de ese modelo “originario” de Derecho común, posteriormente desarrollado y adaptado a la evolución progresiva del ordenamiento jurídico.

En paralelo, el desarrollo de un importante debate doctrinal sobre este tema (desde la inauguración de los trabajos constituyentes hasta los primeros años del Siglo XXI y los tiempos más recientes) –debate al que no se han substraído muchos de los más importantes académicos italianos– demuestra la existencia de un interés no meramente abstracto, como también parece desprenderse de una suerte de “quiescencia” del espíritu del voto particular entre los muros (y los Magistrados) del Palacio de la Consulta, sede de la *Corte costituzionale*.

Finalmente, debe ser aquí destacada la tesis según la cual no parecen existir en el ordenamiento jurídico italiano –en términos de Derecho positivo y de principios fundamentales– obstáculos que puedan impedir la incorporación del Voto particular. En el contexto de la normativa super-primaria, una vez admitido el control de constitucionalidad sobre las mismas leyes constitucionales y/o de revisión constitucional (a raíz de la sentencia de 29 de diciembre 1988, n. 1146) respecto de los principios constitucionales fundamentales, no parece vislumbrarse ninguna contradicción entre voto particular y preceptos supremos del texto constitucional.

De hecho, la única posible “limitación” históricamente esgrimida en este sentido –es decir, la posible connotación constitucional del principio del secreto de las deliberaciones judiciales– ha sido refutada por la *Corte costituzionale* con sentencia de 18 de enero de 1989, n. 18, la cual ha reconocido la inexistencia de un nexo funcional entre el principio de independencia judicial y el secreto de la decisión misma.

Ello no quita, no obstante, que una introducción del voto particular (siguiendo la estela del modelo español) debería llegar a ser consecuencia de una aceptación y un consenso los más amplios posibles entre *Corte costituzionale* e instituciones políticas, más aun cuando se considere la rigidez que se deriva de la formalización de una disposición constitucional y la dificultad de “revertir” una innovación normativa de este tipo.

Además, siguiendo un razonamiento de introducción “progresiva” del voto particular –en la misma perspectiva del *BVerfG* alemán– la utilización de la fuente constitucional debería representar el momento conclusivo de un camino compartido y no un incierto punto de partida, sobre todo a raíz de la imposibilidad de prever de antemano las posibles consecuencias.

En este sentido, tampoco la aceptación por medio de una ley ordinaria conllevaría problemas en términos normativos: no obstante, cabe destacar que los posibles (y no tan irreales) temores sobre una utilización partidista de los debates parlamentarios –sin las salvaguardas del procedimiento agravado de revisión constitucional y con evidentes recaídas sobre la utilización e interpretación del voto particular– podrían suscitar ciertas reticencias acerca de la necesidad de actuar de esta forma.

En cualquier caso, siempre queda a disposición el recurso a la (auto)normación por parte de la *Corte costituzionale* mediante su propio Reglamento. En primer lugar, el origen “apolítico” de tal fuente del Derecho, plenamente equiparable –en términos de posición jerárquica y eficacia normativa– a los actos parlamentarios ordinarios, podría garantizar la posibilidad de superar, desde un primer momento, todas aquellas suspicacias de *lottizzazione* que siempre han caracterizado este tipo de debate.

Además, considérese, en la misma dirección, la conformación formal del órgano de garantías constitucionales italiano (art. 135 Cost.); conformación que, en concreto, ha demostrado su idoneidad para garantizar el carácter *super partes* y la imparcialidad “estructural” respecto de las posibilidades de control político-parlamentario a las que se ha hecho referencia en relación con el TC español.

Así, aun considerando –por absurdo– que los Magistrados de elección parlamentaria hayan sido objeto de un condicionamiento político “exitoso”, se puede contra-argumentar que dicha influencia política se vería equilibrada (cuando no neutralizada) por los otros dos tercios de la *Corte Costituzionale*, respectivamente nombrados por los máximos órganos de la Justicia ordinaria, de lo contencioso-administrativo y del Tribunal de Cuentas y por un órgano de garantía institucional, falto de poderes de dirección política (Presidente de la República).

Dicha preferencia normativa por la fuente reglamentaria no implica, no obstante, privar al Legislador de su función principal: en efecto, si bien es cierto que la disciplina de los aspectos del funcionamiento procedimental de la *Corte* están demandados (y así lo considera la doctrina mayoritaria) a esta última según el criterio de competencia –siendo evidente que el voto particular debe incluirse en esa categoría– nada impide incluso una revisión de la Constitución que sea fruto de una aceptación después de un razonable periodo “de observación”, con un órgano de garantías constitucionales que opere como supervisor privilegiado.

Además, la fuente reglamentaria está dotada de una flexibilidad suficiente para garantizar una suerte de actualización continua por parte de ese mismo órgano llamado a emitir potenciales votos particulares, evitándose al mismo tiempo petrificaciones que podrían bloquear el ordenamiento y garantizando también una posible “(auto)supresión” en el caso de producir efectos del todo negativos.

Concluyendo, más allá de los esquemas formales y de las reflexiones abstractas, sigue manteniendo toda su actualidad la enseñanza del Profesor (y Magistrado emérito del TC) Manuel Aragón Reyes, según la cual «el Derecho no puede hacerlo todo, aunque sin el Derecho no pueda hacerse nada. El Derecho ayuda, pero no resuelve por sí solo los problemas»².

Parece, en efecto, bastante evidente que las razones jurídico-judiciales que subyacen al debate que aquí se aborda en realidad encuentran un terreno más fértil (sobre todo en una óptica contraria) en el contexto político e institucional de relaciones y equilibrios entre poderes del Estado: no parece razonable, por lo tanto, que el péndulo oscile en una única dirección, ya que se amputaría la discusión de esa otra “mitad” que contribuye de manera significativa a la celebración o a la crítica de la discrepancia formal.

Sería, además, necesario que el debate volviera a estar presente también en el mundo académico, reanudando los hilos de una dialéctica entre voces doctrinales que ha producido notables reflexiones –gracias a la enseñanza de los grandes Maestros del Derecho constitucional italiano– y en el cual el aporte concreto de los Magistrados constitucionales ha sido fundamental, como ya demostró el Seminario sobre la *opinione dissenziente* celebrado en la sede la *Corte costituzionale* los días 5-6 de noviembre de 1993.

Solo esta sinergia entre política, doctrina académica y jurisdicción, además de la asunción de las correspondientes responsabilidades decisorias –esenciales en la introducción del *Sondervotum* alemán– podrá garantizar que cualquier reflexión sobre el voto particular asuma la importancia que verdaderamente merece, sin que el temor hacia algo jamás experimentado pueda impedir un debate amplio y razonado sobre un tema que atraviesa de manera transversal los puntos medulares de cualquier ordenamiento constitucional.

El modelo alemán podría así representar un primer punto de partida y el español (mejor estructurado y culturalmente más cercano) la conclusión ideal para la definitiva consagración del voto particular también en Italia, aprovechando las fértiles “porosidades” de la comparación jurídica.

2. M. ARAGÓN REYES, *La reforma del Estado autonómico: mejora y no sustitución del modelo*, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 10, 2019, p. 197.