

El voto particular en el dictado de sentencias

Pedro Tuset del Pino
Magistrado

Sumario:

- I. Previsiones normativas del voto particular.
- II. Características y clases del voto particular. El criterio de la doctrina científica.
- III. En el marco de la Unión Europea.
- IV. A modo de conclusión.

I. Previsiones normativas del voto particular

Como es conocido, Jueces y Tribunales dictan, en el ámbito de sus respectivas competencias jurisdiccionales, diferentes resoluciones y, entre ellas, por lo que ahora interesa, Autos, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma¹, y Sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esta forma, pudiendo dictarse de viva voz cuando lo autorice la ley².

Ambas resoluciones deciden y resuelven, pues, las cuestiones sometidas a la consideración del órgano judicial, en orden a su competencia territorial y funcional, sea unipersonal o constituido en tribunal colegiado, conforme a estrictos criterios de legalidad, formalidad, notificación y publicidad.

En ellas, el juzgador, tras fijar los hechos considerados probados, conforme las pruebas admitidas y practicadas en derecho, y de establecer y razonar los fundamentos legales que sirven de base a su decisión —*ratio decidendi*—, resuelve en su parte dispositiva conforme a lo petitionado por las partes.

En las resoluciones dictadas por los tribunales, u órganos colegiados —lo que incluye providencias, autos y sentencias—, puede surgir al momento de la votación de sus integrantes discrepancias que, como tendremos ocasión de analizar, pueden referirse a la fundamenta-

1 Art. 245.1.b) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

2 Arts. 245.1.c) y 2 LOPJ.

ción o a la decisión, disidencia que se conoce como *voto particular* y que se integra como parte misma del auto o sentencia.

Pasaremos, someramente, a repasar las diferentes normas legales que regulan el voto particular con carácter previo a analizar su naturaleza y alcance.

a) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

Tras advertir que los autos y sentencias se deliberarán y votarán inmediatamente después de las vistas y, cuando así no pudiera hacerse, señalará el Presidente el día en que deban votarse, dentro del plazo señalado para dictar la resolución, de modo que los autos y sentencias se dictarán por mayoría absoluta de votos, salvo que expresamente la ley señale una mayor proporción, se pone de manifiesto en su art. 260 que:

- Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el Tribunal con los que estuviere conforme.
- El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por mayoría. Cuando, de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación de la sentencia, el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella.
- También podrá formularse voto particular, con sujeción a lo dispuesto en el párrafo anterior, en lo que resulte aplicable, respecto de los autos decisorios de incidentes³.

b) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

Tras contemplarse que las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación y que caso de empate, decidirá el voto del Presidente, se establece que el Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Votos particulares que se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el Boletín Oficial del Estado⁴.

c) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Se contempla que en los tribunales colegiados, los autos y sentencias se dictarán por mayoría absoluta de votos, salvo que expresamente la ley señale una mayor proporción. No obstante:

- Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría, pero podrá, en tal caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el tribunal con los que estuviere conforme.

3 Arts. 245.1.c), 253 a 254, 255 a 260 LOPJ.

4 Arts. 80 y 90 LOTC.

- El voto particular, con la firma del autor, se incorporará al libro de sentencias y se notificará a las partes junto con la sentencia aprobada por mayoría, independientemente que cuando, de acuerdo con la ley, sea preceptiva la publicación de la sentencia, el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella.
- También podrá formularse voto particular, con sujeción a lo dispuesto en los apartados anteriores, en lo que resulte aplicable, respecto de los autos y providencias sucintamente motivadas.

d) Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

En el orden jurisdiccional social no se prevé de forma expresa el voto particular o discrepante en las resoluciones judiciales, sin perjuicio que rija supletoriamente lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵.

e) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Idéntica previsión se extiende a la jurisdicción contencioso-administrativa al regir igualmente y de manera supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶.

f) Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal

En el ámbito de la jurisdicción penal se indica que:

- Todo el que tome parte en la votación de una providencia, auto o sentencia firmará lo acordado, aunque hubiese disentido de la mayoría; pero podrá en este caso salvar su voto, que se insertará con su firma al pie en el libro de votos reservados, dentro de las veinticuatro horas siguientes.
- En las certificaciones o testimonios de sentencias que expidieren los Tribunales no se insertarán los votos reservados; pero se remitirán al Tribunal Supremo y se harán públicos cuando se interponga y admita el recurso de casación⁷.

II. Características y clase del voto particular. El criterio de la doctrina científica

Ha podido comprobarse de la normativa vigente que aun cuando el juez, cuyo proceder está investido de la necesaria y obligada independencia que impregna su labor jurisdiccional, cuando forma parte de un tribunal colegiado debe acatar la decisión de la mayoría del resto de sus compañeros en la decisión adoptada —mediante la firma de lo acordado— ello no

5 Disposición final cuarta de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. (LRJS).

6 Disposición final primera de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA).

7 Arts. 156 y 157 del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr).

impide, en base a esa misma independencia que le arroja, disentir del parecer mayoritario y pronunciarse de manera distinta por los razonamientos que al efecto alegue en derecho⁸.

Lejos de poder considerarse como un posible acto de insumisión, rebeldía o insolidaridad, el voto particular puede aportar otros criterios que, a corto o largo plazo, puedan fecundar en un cambio doctrinal.

En este sentido, se ha dicho que la experiencia norteamericana ha marcado un camino fecundo, al asumir el magistrado su plena responsabilidad personal, de modo que si transcurrido un tiempo la jurisprudencia cambiaba en el sentido querido por la minoría, se imputaría el acierto a quien disintió de una resolución de valor percedero, en lo que ha venido en denominarse «dissenting opinions».

Esta discrepancia se enmarca, de suyo, en la división del poder proclamada por Montesquieu, de modo que, como afirmase Jiménez de Parga, «la potestad de juzgar los hechos y de resolver las diferencias entre quienes acuden a los tribunales debe ser atribuida a magistrados que no guarden relación de dependencia alguna ni con el poder ejecutivo ni con el poder legislativo, de suerte que los jueces han de actuar sin sentirse limitados, condicionados o amenazados, ni directa ni indirectamente por quienes ejercen alguna clase de poder, sin por ello perder su responsabilidad»⁹.

Pero dicho lo anterior, sorprende lo escueto con que se define y regula en las distintas leyes procesales el derecho de los magistrados a discrepar de la mayoría en la decisión judicial a adoptar, remitiéndose a expresiones tan diversas como: voto particular, voto reservado, disentir u opinión discrepante.

En el fondo de lo que se trata, como ha puesto de relieve Tomás y Valiente en el voto particular a la sentencia TC 60/1983, de 6 de julio, es de que «el ponente expresa la opinión de la Sala y no necesariamente la suya propia, por lo que cuando, como ocurre en el caso presente, el parecer del ponente no coincide con el del resto de la Sala puede formular si así lo estima procedente su voto particular discrepante» —en igual sentido el voto particular de Rubio Llorente en la sentencia TC 3/1984, de 20 de enero¹⁰—.

En opinión de Antonio Ojeda Avilés «el voto particular masivo participa bastante de las circunstancias de la llamada discordia, pues un número conspicuo de magistrados se enfrenta a la opinión de la mayoría: dos magistrados de cinco en una Sala de composición ordinaria, cinco o más en Sala general, tratándose por añadidura de expertos de reconocida solvencia y experiencia, no dejan lugar a dudas de que la opinión sustentada es muy seria, y a ello se aplican los minoritarios con toda su ciencia y paciencia, al punto de que en no pocas ocasiones el voto particular supera en extensión y prolijidad al mayoritario. La LOPJ parece complacerse en el equívoco, pues obliga a redactar el voto particular como si de otra sentencia se tratase, y a notificarlo y publicarlo en unión de la sentencia (mayoritaria). Seguramente el motivo de tan inesperado refuerzo consista en permitir una mayor nitidez en los contrastes entre ambos

8 Independencia judicial amparada por el art. 117.1 de nuestra Constitución.

9 JIMÉNEZ DE PAGA, Manuel. *Vivir es arriesgarse. Memoria de lo pasado y de lo estudiado*. Ed. Planeta, 2008, págs. 54 a 56.

10 Cita de CASCAJO CASTRO, José Luis, en su obra *La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española*, pág. 180.

pareceres, aunque para el lego parezcan en la práctica dos sentencias, de las cuales una vale y la otra no, sin que el contraste permita legitimar siempre a la vencedora, pues también con frecuencia el voto particular se halla mejor argumentado y es más brillante que el mayoritario, e incluso probablemente en esos casos goza de un mejor enfoque o una visión de más largo alcance que éste, lastrado quizá por el peso de la tradición, la «viscosidad de las normas» ya derogadas o cualquier otro factor liviano que permite justificar a los indecisos su apoyo al ponente y su mantenimiento en el camino real. Tan significativo puede llegar a ser un voto particular, que puede marcar el comienzo de una nueva línea jurisprudencial a partir de la próxima sentencia, como ha sucedido en importantes cuestiones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En un movimiento vertical que transcurre menos advertidamente, el TS se apoya con frecuencia en el voto particular de la sentencia a quo para casarla, lo que en la práctica significa trastocar el efecto de la votación del tribunal inferior»¹¹.

Por lo demás, atendiendo a los arts. 260.1 LOPJ, 90 LOTC y 205.1 LEC, la propia doctrina constitucional y científica admite dos clases de votos particulares: el voto discrepante y el voto concurrente.

Concretamente, el art. 90 LOTC recoge que el Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, *tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación*.

En consecuencia, el primero de ellos, o *voto discrepante*, mostrará su disconformidad con todas las partes de la decisión judicial, mientras que el segundo, o *voto concurrente*, se limitará a discrepar de la fundamentación empleada pero respetando la decisión adoptada.

III. En el marco de la Unión Europea

En el seno de la Unión Europea, el estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su versión consolidada, no contempla el voto disidente en las sentencias, limitándose en sus arts. 36 a 38 a indicar que las sentencias serán motivadas, debiendo mencionar los nombres de los Jueces que participaron en las deliberaciones, firmadas por el Presidente y el Secretario y leídas en sesión pública, decidiendo, asimismo, sobre las costas¹².

Con respecto a los diferentes países que integran la Unión Europea, cobra especial relieve el estudio realizado por el Parlamento europeo: «Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States Courts of the Member States», que recoge en síntesis, las siguientes reflexiones¹³:

- La práctica de permitir a los jueces publicar opiniones separadas está muy extendida en la UE. De los 27 Estados miembros, sólo siete nunca permiten a los jueces

11 OJEDA AVILÉS, Antonio, *El voto particular masivo en las sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo*. La Ley. pág. 587.

12 Puede consultarse su texto en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-es-div-c-0000-2016-201606984-05_01.pdf

13 Dicho estudio se encuentra en el siguiente enlace: <https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf>

- publicar información individual opiniones. En los 20 restantes se permite la publicación de votos particulares, ya sea en cualquier jurisdicción o en asuntos constitucionales únicamente. En un Estado miembro (Irlanda), los disidentes pueden publicarse en los casos ordinarios, pero están prohibidos en los constitucionales casos.
- No existe una distinción tajante entre países de «derecho consuetudinario» y de «derecho civil»: En muchos países de «derecho civil», los disidentes pueden publicarse, mientras que en algunos países de «derecho consuetudinario» están limitados o prohibidos.
 - En los últimos años, ha habido una tendencia creciente a permitir que los jueces constitucionales emitan opiniones separadas. Muchos países de Europa del Este que se han incorporado recientemente a la UE siguen esta práctica.
 - La publicación de opiniones individuales está generalmente permitida en los medios internacionales y Tribunales supranacionales regionales, con la notable excepción del TJUE.
 - Los principales argumentos en contra de las opiniones separadas incluyen: preservar la autoridad de los tribunales, y de sus sentencias; proteger la independencia de los jueces contra cualquier presión política indebida; garantizar que la decisión final adoptada por el tribunal sea claro e inequívoco; y preservar la colegialidad entre los jueces.
 - Los principales argumentos a favor de las opiniones separadas incluyen: preservar la opinión de los jueces, su integridad e independencia moral y su libertad de expresión; mejorando la calidad de los juicios y su capacidad de persuasión; promover la transparencia; y mejorar el diálogo con los tribunales futuros e inferiores.
 - Si bien los puntos de vista sobre las opiniones individuales varían, existe un acuerdo general en que estas cumplen mejor su propósito tan solo si su número es limitado, se distribuyen con antelación, y es redactado de manera respetuosa.
 - Destacados académicos han argumentado que la introducción de opiniones separadas en el TJUE, en el contexto de una reforma más general, podría mejorar el diálogo judicial con tribunales nacionales y garantizar una mayor claridad de las sentencias. Otros sostienen que, en la estructura del TJUE, el papel del Abogado General puede considerarse como un sustituto adecuado de las opiniones individuales, preservando al mismo tiempo la opinión de los jueces, su independencia y colegialidad y la autoridad de la Corte.
 - La experiencia de los tribunales nacionales e internacionales, si bien es relevante, no es necesariamente indicativo de lo que sucedería si se permitieran opiniones separadas en el TJUE, dadas las peculiaridades del sistema judicial de la UE y el papel singular del TJUE en el contexto del procedimiento prejudicial.
 - Incluso si se permitieran opiniones disidentes en el TJUE, esto no significaría automáticamente que implicasen su uso generalizado, y aun cuando si se previeran explícitamente los votos particulares, el TJUE seguiría siendo libre de desarrollar su propia práctica, e incluso mantener su capacidad colegiada de toma de decisiones en el proceso.

IV. A modo de conclusión

Como ha puesto de manifiesto José Luis Cascajo Castro:

Con el voto particular no se impide la formación de una mayoría sustentadora de la ratio decendi y consecuente fallo, a la vez que se contribuye más concretamente a la actuación de los principios constitucionales. También se dice que con esta figura se atenúa el peligro de cristalización

de la jurisprudencia. En cierta medida la opinión que discrepa de la mayoría puede operar como resorte o impulso para posibles cambios en los pronunciamientos del Tribunal. En este sentido el dissent favorece la formación de una jurisprudencia evolutiva, además de ser instrumento de expresión de valoraciones minoritarias en un órgano colegiado y plural.

Además el voto particular puede estimular el sentido de la responsabilidad del juez. Se expone fundadamente que la eficacia y mayor aceptación de las sentencias no está tanto en función del número de magistrados que suscriben la fundamentación y el fallo, cuanto en el rigor y solidez de la argumentación y en su capacidad para suscitar convicciones firmes y seguras.

Por todo lo cual, las dissenting opinions pueden ejercer una función de autocrítica, así como establecer un diálogo más fructífero y variado con la doctrina¹⁴.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos extraer las siguientes características del voto particular o discrepante:

1. Tiene pleno amparo legal y procesal así como reconocimiento constitucional.
2. Ampara el derecho de discrepancia en la adopción de decisiones judiciales.
3. Participa de las notas de independencia y responsabilidad propias de la función jurisdiccional. La necesidad de garantizar la independencia de los jueces se cita a menudo como un argumento convincente contra la publicación de votos separados; sin embargo, también se utiliza como argumento en favor de esta práctica. Según algunos autores, la posibilidad de emitir un individuo su opinión salvaguarda la independencia interna de los jueces, es decir, su autonomía respecto de los demás miembros del banquillo. Las opiniones individuales permiten a los jueces mantener su capacidad intelectual e integridad al permitirles no suscribir una sentencia cuyos razonamientos y conclusiones no comparten. Desde esta perspectiva, el derecho a publicar opiniones separadas puede fomentar la independencia de los tribunales, así como la apariencia de los mismos y, en consecuencia, la legitimidad de los tribunales a los ojos del público. Este argumento de la «integridad intelectual» se encuentra también relacionado con la idea de que los jueces disfrutan de la adecuada libertad de expresión, jugando un papel esencial en el debate sobre los disensos en algunos sistemas jurídicos, aun cuando es casi ignorado en otros sistemas judiciales de la UE¹⁵.
4. Da sentido al contraste de pareceres y evita la cristalización de doctrinas jurisprudenciales facilitando nuevas líneas jurisprudenciales e interpretativas que aconsejen en el futuro un cambio de criterio.
5. Se trata de un modo de hacer patente, visible y público que permite a la Justicia someterse a la contradicción, la discrepancia y la dialéctica de partes.
6. Frente a quienes sostienen que la voz disidente disminuye la fuerza y autoridad de los pronunciamientos judiciales, compromete la certeza jurídica y debilita el grado de convencimiento y la aceptación establecida de las sentencias, que se convierten así en expresión no tanto de un *ius dicere* cuanto de opiniones de mayorías y minorías, el voto particular puede y debe estimular el sentido de la responsabilidad del juez, exponiéndose fundadamente que la eficacia y mayor aceptación de las sentencias no está tanto en función del número de magistrados que suscriben la fundamentación y el fallo, cuanto en el rigor y solidez de la argumentación y en su capacidad suscitando con-

14 CASCAJO CASTRO, José Luis. *Op. Citada*, pág. 177.

15 CASCAJO CASTRO, José Luis. *Op. Citada*, pág. 177.

vicciones firmes y seguras, ejerciendo una función de autocrítica y estableciendo un diálogo más fructífero y variado con la doctrina¹⁶.

7. El voto particular resulta coherente con los derechos de libertad de expresión y de transparencia, siguiendo los postulados de la doctrina judicial norteamericana, a diferencia de las opiniones mayoritarias y similares a las opiniones concurrentes, las opiniones disidentes no son ley vinculante y, por tanto, los casos futuros no están obligados a seguirlas. No obstante, las opiniones disidentes preservan puntos de vista minoritarios sobre cuestiones jurídicas controvertidas y contribuyen al debate público de estas cuestiones.
8. Supone una manifestación de la congruencia, como elemento del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada por el art. 24 CE, que la sentencia ha de reunir y que a criterio del magistrado disidente se ha omitido. Congruencia que se mide por el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la sentencia y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones o peticiones¹⁷.

En este sentido, por medio del voto particular se trataría de reparar la falta de congruencia, que no consiste ni alcanza al control de la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo, sino en un desajuste externo entre este y las pretensiones de las partes, que suponga una alteración sustancial de los términos en que se planteó la contienda litigiosa¹⁸.

16 OJEDA AVILÉS, Antonio. *Op. citada*, pág. 187.

17 SSTC 136/1987, de 22 de julio, FJ núm. 2 (ponente Sr. Leguina Villa) y STC 108/1990, de 7 de junio, FD núm. 2 (ponente Sr. Tomás y Valiente).

18 SSTC 39/1991, de 25 de febrero, FJ núm. 3; 8/1992, de 8 de junio, FJ núm. 2; 124/1992, de 28 de septiembre, FJ núm. 2; y 67/1993, de 1 de marzo, FJ núm. 2.