

LA RECEPCIÓN DEL *SONDERVOTUM* EN ALEMANIA

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (*)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA PROGRESIVA RECEPCIÓN DEL INSTITUTO DEL *DISSENT* EN LOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW*.—2. LOS ANTECEDENTES DEL *SONDERVOTUM* EN LA HISTORIA JURÍDICA ALEMANA Y EN LOS *LÄNDER*.—3. LA INADMISIÓN INICIAL DEL INSTITUTO EN LA LEY DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (*BVerfGG*) DE 1951 Y EL ULTERIOR PECULIAR PROCESO DE GÉNESIS DEL MISMO.—4. LA REFORMA DE LA *BUNDESVERFASSUNGSGERICHTSGESETZ (BVerfGG)* DE 1970 Y LA ULTERIOR REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LAS OPINIONES DISCREPANTES (*ABWEICHENDE MEINUNGEN*).—5. LA PRAXIS DEL *SONDERVOTUM*.—6. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ANTE ESTE INSTITUTO PROCESAL.

(*) Catedrático de Derecho Constitucional Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

1. INTRODUCCIÓN: LA PROGRESIVA RECEPCIÓN DEL INSTITUTO DEL *DISSENT* EN LOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW*

Una institución procesal de notable interés con la que nos encontramos en ciertos países al abordar las decisiones constitucionales es la universalmente conocida como la *dissenting opinion*, que, según los países, recibe denominaciones bien diferentes: voto particular, *opinione dissenziente*, *Sondervotum* o *voto de vencido*, por referirnos tan sólo a algunas de ellas. La trascendencia de su acogida o rechazo es grande, pues no cabe ignorar que se trata de un instituto bivalente que aun cuando presenta una naturaleza jurídico-procesal, ofrece unos perfiles políticos indiscutibles.

Es opinión absolutamente común, como reconocen la mayoría de los comparatistas (1), que la publicidad de las opiniones disidentes de los jueces representa la tradición inglesa recepcionada en los países de *common law* y después en los de la *Commonwealth*, pero no corresponde por el contrario a los países del llamado Derecho continental europeo. Pudiéndose aceptar esta idea como punto de partida, se ha de precisar de inmediato que la misma no puede ser absolutizada, no ya porque hoy muchos países con un sistema jurídico de *civil law* cuentan en su ordenamiento con este instituto, y el caso alemán es paradigmático, sino porque incluso históricamente encontramos matizaciones significativas respecto de esa regla general; así,

(1) Gino GORLA, «Le opinioni non “segrete” dei giudici dissenzienti nelle tradizioni dell’Italia preunitaria», en *Il Foro Italiano*, Anno CVII, volume CV, Roma, 1982, pp. 97 y ss.; en concreto, p. 97.

por ejemplo, la tradición germánica de discutir y expresar su opinión en público por parte de los miembros de un tribunal.

En cualquier caso, existen argumentos perfectamente identificados que explican la que bien podríamos considerar como preferencia de los sistemas de *common law* por las *dissenting opinions*.

En primer término, en los sistemas de *civil law* se impondrá históricamente la concepción burocrática del juez, con lo que ello vendrá a entrañar de generalización del secreto y de unidad de la motivación a efectos de imputar la sentencia al colegio. La impersonalidad de la sentencia impedirá que trascienda al exterior toda manifestación de disenso producida en el interior del órgano judicial. Frente a ello, la tradición de la magistratura inglesa, del *King's Bench*, conducía a las llamadas *seriatim opinions*, o lo que es igual, a opiniones individuales pronunciadas singularmente (2), tradición lógicamente receptionada en los Estados Unidos, por lo menos en un primer momento, propiciando una filosofía constitucional que en este punto concreto Nadelmann ha calificado de *no secret* (3).

En segundo término, la preferencia de los sistemas de *common law* por las *dissenting opinions* se debe también a la particular estructura de sus normas jurídicas y al rol que en relación a ellas juega la jurisprudencia y, de modo especial, la fundamentación de las sentencias. En los sistemas de *civil law*, el Derecho se encuentra codificado y, por lo mismo, vertebrado en un sistema orgánico de reglas precisa y rigurosamente formuladas; por todo ello, la motiva-

(2) Ginsburg ha compendiado con claridad la diferenciación entre la tradición británica de las *seriatim* y la continental europea, ejemplificada en Francia y Alemania, de las sentencias colegiadas o corporativas: «In contrast to the British tradition of *opinions separately* rendered by each judge as an individual, the continental or civil law traditions typified and spread abroad by France and Germany call for collective, corporate judgments. In dispositions of that genre, disagreement is not disclosed. Neither dissent nor separate concurrence is published. Cases are decided with a single, *per curiam opinion* generally following a uniform, anonymous style». Ruth Bader GINSBURG, «Speaking in a judicial voice», en *New York University Law Review*, volume 67, No. 6, December 1992, pp. 1185 y ss.; en concreto, p. 1189.

(3) Kurt H. NADELMANN, «Disqualification of Constitutional Court Judges for Alleged Bias?», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 19, 1970, pp. 323 y ss.; en concreto, p. 328.

ción de una decisión judicial opera en el ámbito de este conjunto de normas cuya existencia no está controvertida. La motivación, dirá Sereni (4), consiste en un conjunto de silogismos que, partiendo de reglas fácilmente verificables, tiene por objeto dar una justificación lógico-jurídica a la decisión de un caso concreto. Por el contrario, en los sistemas de *common law*, en los que el Derecho no se halla codificado, el juez, ante un caso concreto, debe con frecuencia entregarse a la delicada y compleja función de búsqueda de las reglas jurídicas vigentes («finding the law»); quiere ello decir que el juez, antes de interpretar la regla, debe de buscarla. Es evidente que el juez de *common law* desarrolla esta función creadora más consciente e intensamente que el de un sistema de *civil law*. Así las cosas, los *dissents* cumplen una función que se relaciona con la que es propia de la motivación en tales sistemas jurídicos. El juez de *common law* viene obligado a invocar con mucha mayor frecuencia que su homólogo de los sistemas europeo-continentales principios generales que aún no han alcanzado el estadio de la sistematización y rígida enunciación en forma escrita. En tal contexto, los *dissents* encuentran su principal justificación en la posibilidad de que sean enunciadas (y en su día aplicadas) reglas diferentes de las que se invocan en la fundamentación de la sentencia.

El devenir histórico ha propiciado, sin embargo, una evolución en este punto, de tal forma que la implantación del instituto del *dissent* en algunos países de la Europa continental está lejos de ser una utopía, siendo, bien al contrario, una realidad perceptible en varios países, no obstante lo cual algunos sectores de la doctrina norteamericana, hace no muchos años, seguían entendiendo que en este bloque de países el *dissent* era un anatema (5) en sintonía —se afirmaba— con las decisiones *per curiam* de los tribunales, en los que su presidente habla en nombre de la Corte, entendida como un todo único, lo que, en último término, se considera tributario de la impersonalidad e inexorabilidad de la ley. De tener alguna validez

(4) Angelo Piero SERENI, «Les opinions individuelles et dissidentes des juges des tribunaux internationaux», en *Revue générale de droit international publique*, 1964, pp. 819 y ss.; en concreto, pp. 827-828.

(5) Así, entre otros, Edward C. VOSS, «Dissent: Sign of a Healthy Court», en *Arizona State Law Journal*, volume 24, 1992, pp. 643 y ss.; en concreto, p. 645.

tal discurso, hoy, habría de circunscribir sus efectos a Francia y a algunos otros países que siguen la rígida concepción francesa, pero ni tan siquiera valdría para otros países, como Italia, en los que la no admisión del instituto no ha de equipararse en absoluto a un visceral rechazo del mismo.

Es cierto que las decisiones judiciales características de los países de la Europa continental, de Derecho codificado, siguen respondiendo al carácter sustancialmente burocrático de la función jurisdiccional por ellos acogida (6), fruto de la encomienda de la administración de justicia a un cuerpo de funcionarios públicos, lo que se traduce, como antes dijimos y subraya generalizadamente la doctrina (7), en que la sentencia aparezca como un acto oficial atribuido al órgano; impersonal, si proviene de un órgano colegiado; unitario y deliberado en secreto en el seno del propio órgano, rasgos que se reiteran en buen número de órganos de la justicia constitucional europea. Pero siendo ello así, la realidad nos muestra un amplio fenómeno de recepción del instituto procesal del voto particular en numerosos países de *civil law*: Alemania, desde 1970, España, Portugal, Polonia, Hungría, Eslovenia, Croacia y Bulgaria, entre otros, son ejemplos de ello. Por lo demás, tal recepción en modo alguno ha provocado reacciones de rechazo en la cultura jurídica continental (8), aunque ciertamente no puedan olvidarse los significativos rechazos austriaco, francés y belga, como también los de las primeras generaciones de jueces constitucionales alemanes e italianos, marcando al efecto Mortati, en cuanto juez de la *Corte costituzionale*, un punto de inflexión, al convertirse en uno de los más decididos defensores de la recepción en sede jurisdiccional constitucional del instituto del *dissent*.

(6) Como escribiera FORSTHOFF, la historia del sistema judicial alemán es, sobre todo, historia del Estado, o mejor, de la Administración. El cuerpo judicial alemán surgió en el transcurso del siglo XVIII como una parte de los funcionarios del Estado caracterizada por su sometimiento a ningún tipo de indicaciones y por su inamovilidad. ERNST FORSTHOFF, *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 217.

(7) Entre otros muchos autores, Adele ANZON, «Forma delle sentenze e voti particolari. Le esperienze di giudici costituzionali e internazionali a confronto», en *Politica del Diritto*, Anno XXV, n° 2, Giugno 1994, pp. 229 y ss.; en concreto, pp. 230-231.

(8) De ello se hace eco Jörg LUTHER, «L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca», en *Politica del Diritto*, Anno XXV, n° 2, Giugno 1994, pp. 241 y ss.; en concreto, p. 257.

Este hecho de la recepción en sistemas judiciales de países de *civil law* de un instituto procesal característico de los países de *common law* es una muestra más de la progresiva relativización de las diferencias entre los antaño contrapuestos sistemas jurídicos. No nos vamos a detener con detalle en esta cuestión, pero sí creemos de interés hacer algunas reflexiones adicionales.

Un dato significativo de la aludida aproximación entre esos sistemas es el de que la regla *stare decisis*, que, como es bien sabido, entraña la vinculación jurisprudencial del precedente, ha quedado en el sistema norteamericano bastante relativizada, por lo menos en las cuestiones constitucionales, pues es en ellas donde la dinámica social impacta más fuertemente, y otro tanto podría decirse de Inglaterra desde el conocido *Practice Statement* de 1966 (9), a lo que

(9) Para captar la trascendencia de esta relativización del principio *stare decisis*, nos bastará con recordar que un autor tan relevante en su época como Arthur Goodhart, en 1934, consideraba que tal doctrina («the doctrine of the binding precedent») era de tal importancia que de ella podía decirse que suministraba «the fundamental distinction between the English and the Continental legal method», o como el propio autor decía en un Apéndice del mismo trabajo, «I have placed the chief emphasis on the binding precedent which, as I have suggested, is the distinctive feature of the common law system». Arthur L. GOODHART, «Precedent in English and Continental Law», en *The Law Quarterly Review*, vol. L, 1934, pp. 40 y ss.; en concreto, pp. 42 y 64, respectivamente. Bien es verdad que en tiempos muchos más recientes, dos comparatistas tan importantes como los alemanes Zweigert y Kötz, refiriéndose a la teoría del efecto vinculante de las decisiones judiciales («die Lehre von der bindenden Wirkung präjudizieller Entscheidungen»), o lo que es lo mismo, a la doctrina del *stare decisis*, rechazaban, o por lo menos cuestionaban abiertamente, el punto de vista formulado casi medio siglo atrás por Goodhart. Aún considerando la visión de Goodhart, todavía hoy, aún plausible («dieser Standpunkt auch heute noch plausibel»), entenderán los citados autores que, por lo que más arriba se ha dicho, la trascendencia de tal doctrina como elemento diferencial entre los dos grandes sistemas jurídicos carece de toda importancia práctica en la realidad. De ahí que se manifestaran en favor de la tesis de la aproximación cada vez mayor de uno y otro sistema. Existe fundamento — dirán — en la suposición («zu der Annahme») de que opuestos puntos de vista («entgegengesetzten Ausgangspunkten») en cuanto al *common law* y al *civil law*, y también respecto a sus métodos jurídicos y técnicos, poco a poco («allmählich») tienden a aproximarse. Konrad ZWIEGERT und Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Band I (Grundlagen), 2. neu bearbeitete Auflage, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984 (1.ª edición de 1971), pp. 299 y ss. Aunque efectuando ciertos matices al razonamiento de los precedentes autores, que va demasiado lejos, justamente en el libro de homenaje al primero de ellos, también Cappelletti concuerda en lo fundamental: «A powerful “convergence of trends” — escribe — between the Civil Law and the Common Law is certainly apparent, and I have

habría de añadirse, desde la perspectiva europeo-continental, que la codificación del Derecho no ha impedido que los jueces tengan una cierta capacidad creativa, particularísimamente acentuada en el caso de los Tribunales Constitucionales, que, por ejemplo, al hilo de las sentencias interpretativas, establecen auténticos precedentes vinculantes, asumiendo un verdadero rol normativo.

La circunstancia antes mencionada en relación con el principio *stare decisis* contribuye a explicar que los jueces norteamericanos, como revela de modo inequívoco la trayectoria de la *Supreme Court*, se hallan lejos de haber quedado inmovilizados por el vínculo supuestamente paralizador de un hipotético precedente inamovible. Todo lo contrario. Con una perspectiva histórica, no puede caber duda acerca del notable efecto dinamizador del Derecho que ha desempeñado la jurisprudencia de la *Supreme Court*, en el bien entendido de que en ese dinamismo ha jugado un rol extraordinariamente trascendente el instituto del *dissent*. Recordemos, a título de ejemplo, el conocido *dissent* del Justice James Iredell (quien fuera *Associate Justice* en la Corte Suprema entre 1790 y 1799, antes por tanto de la llegada a la misma del gran *Chief Justice* John Marshall) en el caso *Chisholm vs. Georgia* (decidido el 18 de febrero de 1793 por cuatro votos frente a uno, el de Iredell en *dissent*), que está en el origen de la reforma constitucional plasmada en 1795, sólo dos años después, en la Undécima Enmienda.

A la par, la actividad bien alejada de la aplicación mecánica y pasiva del Derecho desempeñada por los jueces continentales y, particularísimamente, por los Tribunales constitucionales, otorga, también en estos sistemas jurídicos, un especial interés al instituto procesal del *dissent*. Es cierto, desde luego, que la consagración del principio de publicidad de las opiniones disidentes en algunos sistemas de *civil law* no ha supuesto ni mucho menos una recepción integral de la concepción personalizada del juez de la tradición del

myself analyzed several of its aspects on various occasions». Mauro CAPPELLETTI, «The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: A Fundamental Difference - or no Difference at All?», en *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Herbert BERNSTEIN, Ulrich DROBNIG und Hein KÖTZ, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, pp. 381 y ss.; en concreto, p. 381.

common law (10), hallándose aún presente la concepción orgánica a que antes nos referíamos. Pero en nada obsta tal circunstancia al hecho evidente de que el instituto que nos ocupa tiende a ser considerado como un elemento si no propiamente natural, pues es obvio que la expresión del *dissent* no dimana de la estructura de la sentencia, sino de una norma específicamente habilitante, sí desde luego recurrente, particularmente en el ámbito de la justicia constitucional.

Por lo demás, en pocos ámbitos científicos o jurisdiccionales de los países de *civil law* se sigue sosteniendo el principio de impersonalidad e inexorabilidad de la ley, y mucho menos de la Constitución. Como hace medio siglo dijera Calamandrei (11), el jurista no es un conservador de viejas fórmulas fuera de uso, una suerte de conservador de un museo de anticuallas, sino un vivo y vigilante intérprete de los tiempos, que tanto mejor se adecúa a su función cuanto mejor siente las exigencias humanas de la historia, traduciéndolas en fórmulas apropiadas de ordenada convivencia. Dicho de otro modo, el Derecho no declina, sino que se adecúa. A ello habría que añadir que si ningún cuerpo legislativo, por completo que pudiera imaginarse, podría ser autosuficiente, mucho menos lo puede ser la Constitución, que con frecuencia reenvía a nociones delineadas en diferentes textos normativos subordinados a ella misma (12).

(10) Vale la pena recordar algunas reflexiones del gran Decano de Harvard y uno de los más grandes juristas norteamericanos, Roscoe Pound, quien tras condensar la diferencia entre los dos grandes sistemas jurídicos en estos términos: «Roman law and by derivation Continental law is characteristically administrative. The Anglo-American common law is characteristically judicial», se hacía eco del contraste entre los jueces en Inglaterra, Norteamérica y los antiguos Dominios británicos y el muy inferior prestigio de aquéllos en los sistemas continentales. «In the English or the American Who's Who —escribía Pound— one will find the names of the judges of the higher courts. In the equivalent Continental books one will scarcely ever find the name of a judge». Roscoe POUND, «A comparison of systems of law», en *University of Pittsburgh Law Review*, vol. X, number 3, March 1948, pp. 271 y ss.; en concreto, p. 271.

(11) Piero CALAMANDREI, «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, Anno IX, n.º 2, Giugno 1955, pp. 252 y ss.; en concreto, p. 253.

(12) Para Zagrebelsky, el grado de libertad de que gozan los intérpretes es directamente proporcional al grado jerárquico del texto normativo a considerar. Gustavo ZAGREBELSKY, «Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione», en *Giurisprudenza Costituzionale*, Anno XV, 1970, fasc. 2, pp. 904 y ss.; en concreto, p. 913.

A todo ello bien puede añadirse que el control de constitucionalidad abandona el cuadro de funciones tradicionales del Estado porque acumula en sí elementos diversos en los que, como dice Cheli (13), al rigor formal requerido para la técnica del juicio se une la libertad de elección que caracteriza la individualización de aquellos principios y valores que pueden afirmarse a través del juicio. En el fondo, la actividad interpretativa parece manifestarse como una fusión de determinación (o predeterminación) y libertad. Y si ello puede predicarse con carácter general de toda actividad hermenéutica, con mayor razón puede sostenerse de la interpretación constitucional, que en cuanto revela una más acentuada tendencia a manifestarse como interpretación *ad finem*, puede considerarse, como indica Cappelletti (14), como una actividad tendencial (y acentuadamente) discrecional.

En definitiva, si el Derecho está lejos de predeterminar en cada caso la solución, la libertad que de ello deriva para el intérprete se acentúa en relación al ordenamiento constitucional. Pensemos, por poner un ejemplo, en que los conflictos de valores no son diagnosticables en abstracto, por lo que las inconsistencias puntuales entre ellos nunca se dirimen absolutamente al «todo o nada», sino gradualmente al «más o menos» (15). Y siendo ello así, en la base de esa diferente apreciación del valor se halla uno de los argumentos de sustento de las *dissenting opinions*. El alto grado, pues, de discrecionalidad que caracteriza la interpretación constitucional puede contribuir a explicar el amplio campo de difusión del instituto procesal que nos ocupa más allá del antaño circunscrito a los sistemas de *common law*.

(13) ENZO CHELI, *Il giudice delle leggi* (La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri), Società editrice Il Mulino, nuova edizione, Bologna, 1999, p. 15.

(14) MAURO CAPPELLETTI, «L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico» (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale), en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. terzo, CEDAM, Padova, 1958, pp. 83 y ss.; en concreto, p. 151.

(15) JUAN IGARTUA SALAVERRÍA, «Voto particular vs. tesis de la única solución correcta». Estudio introductorio a la obra de Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS, *El voto particular*, CEC, Madrid, 1990, pp. 11 y ss.; en concreto, p. 54.

2. LOS ANTECEDENTES DEL *SONDERVOTUM* EN LA HISTORIA JURÍDICA ALEMANA Y EN LOS *LÄNDER*

I. El término *Sondervotum* se podría traducir en su literalidad como «voto especial»; en cualquier caso, tal es la denominación con que se conoce en Alemania al *dissent* o voto particular.

En la historia jurídica alemana de la institución podemos remontarnos a la ordenación jurídica del *Reichskammergericht* de 1654, en la que se establecía que todo juez estaba obligado a dar su motivación individual en toda cuestión relativa a materia religiosa cuando hubiere desacuerdo entre los jueces (16). Más remoto es aún el antecedente que hallamos en el Reino de Baviera, pues en el *Landordnung* de 1491 ya encontramos una manifestación de la expresión verbal del *dissent*, a través de la redacción del denominado *Deliberationsprotokolle* y de su ulterior lectura pública (17), y aunque es verdad que en 1609 se introdujo el principio del secreto entre las normas que habían de regir la vida del *Hofgericht* bávaro, es lo cierto que también se preveía la posibilidad de que se derogase tal principio, bien por el príncipe, bien por el propio tribunal.

Mayor importancia tiene, en lo que ahora interesa, el precedente de la Constitución de Württemberg de 1818, cuyo art. 199.2 disponía la publicación de las actas con las deliberaciones y votaciones del *Staatsgerichtshof*. De igual forma, en Baden, hasta 1833, se preveía la inserción de la relación de los ponentes y de los eventuales votos particulares en el fascículo de las actas, que a su vez podía ser consultado por los abogados con la evidente finalidad de buscar elementos con los que fundamentar sus posibles recursos.

(16) Sobre estos lejanos antecedentes históricos, puede verse el trabajo sobre la publicación de los *dissents* de los jueces de la minoría del Juez del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) Julius FEDERER, «Die bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters», en *Juristenzeitung*, 1968, pp. 511 y ss.; en concreto, pp. 512-513.

(17) Cfr. al respecto, Wolfgang HEYDE, *Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1966, pp. 80-82.

Recuerda Nadelmann (18) que en un informe presentado en 1875 ante la Comisión de Justicia del *Reichstag* alemán con vistas a la elaboración de una ley sobre la organización judicial, se hacía constar que en los Estados alemanes prevalecían, en lo que ahora nos interesa, dos sistemas: uno, asentado en el absoluto secreto de las deliberaciones, que ejemplificaba Prusia; el otro, consistente en el mantenimiento en secreto de las actas («minutes») de deliberación y votación, sistema que ejemplificaba Württemberg y que sería adoptado por Austria.

En algunos Estados alemanes, aún rigiendo el sistema de absoluto secreto, el Juez tenía la facultad de formular un *dissent* escrito en aquella parte de las actuaciones judiciales que no era accesible al público. Esta fórmula se iba a admitir en Prusia con el fin de tutelar a los disidentes en el caso de que se promoviera una acción contra el tribunal, sosteniendo la ilegalidad del juicio ante él desarrollado. Estos votos particulares no eran accesibles al público en Prusia, a diferencia de Baden, donde, como antes se ha dicho, los abogados, libremente, podían conocer los pareceres discordantes existentes en los diversos actos y decisiones judiciales.

Finalmente, la deliberación secreta («die geheime Beratung») y la obligación de preservar el secreto del voto por parte de los jueces («die Geheimhaltung der Richtervorten») entró en vigor en el Derecho alemán, como recuerda Heyde (19), con las leyes sobre la justicia del Imperio (*Reichsjustizgesetze*) de 1879, convirtiéndose de esta forma en Derecho general. Ninguna disposición previó de modo específico que se pudiera acoger en las actas del proceso un voto discrepante. Este principio del secreto del voto ha sido siempre considerado «as one of the bases of judicial independence» (20), siendo de reseñar el nulo influjo del tradicional ejemplo suizo, en el que en

(18) Kurt H. NADELMANN, «The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 8, 1959, pp. 415 y ss.; en concreto, p. 426.

(19) Wolfgang HEYDE, «Dissenting opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 19, 1970, pp. 201 y ss.; en concreto, p. 204.

(20) En tal sentido, E. J. COHN, «Dissenting Opinions in German Law», en *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 6, London, 1957, pp. 540 y ss.; en concreto, p. 540.

algunos casos las deliberaciones de los tribunales eran, y aún hoy lo son, públicas.

La historia jurídica alemana muestra en determinados momentos, como se puede apreciar por las brevísimas referencias hechas, prácticas que bien pueden considerarse claros atisbos del instituto analizado. Es por lo mismo por lo que Roellecke, tras exponer lo que denomina una pintura histórica («Geschichtsbild») de este instrumento procesal, razona que su introducción en la República Federal aparece como un verdadero «Renacimiento» («als *Wiedergeburt*, als *Renaissance* erscheinen») (21)

II. Tras la Segunda Guerra Mundial, el *dissent* fue introducido primeramente en el Tribunal Constitucional del *Land* de Baviera (*Bayerische Verfassungsgerichtshof*. El Reglamento general del Tribunal bávaro, en su art. 8.VI, establecía que las *dissenting opinions* de los miembros del Tribunal debían ser publicadas conjuntamente con las respectivas decisiones cuando se trate de la publicación de las resoluciones importantes del Tribunal. La praxis vino a establecer, sin embargo, que tales votos particulares habían de publicarse en forma anónima en la colección oficial de sentencias, lo que daría pie a Pestalozza para hablar de la posibilidad de *anonymer Sondervoten* (22). Innecesario es poner de relieve lo inadecuado de un voto particular anónimo, pues si uno de los argumentos decisivos (23) en favor de los votos particulares es el de que con ellos se coadyuva muy positivamente a la publicidad y transparencia de las decisiones judiciales, tal finalidad quedaría subvertida con un *dissent* anónimo, a nuestro juicio, una verdadera *contradictio in terminis*. Bien es verdad que algún sector de la doc-

(21) Gerd ROELLECKE, «Sondervoten», en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Herausgegeben von Peter BADURA und Horst DREIER, Erster Band, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 363 y ss.; en concreto, p. 366.

(22) Christian PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht* (Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder), C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 3. Auflage, München, 1991, p. 413.

(23) Nos remitimos en este punto a otro trabajo de nuestra autoría. Cfr. Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, t. I (Los sistemas de justicia constitucional. Las «*dissenting opinions*»). El control de las omisiones legislativas. El control de «comunitariedad»), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 488 y ss.

trina (24) ha tratado de limar las asperezas y contradicciones de tal fórmula, precisando que el anonimato de estos pronunciamientos disidentes correspondería no tanto a una opción específica, cuanto al hecho de que en la praxis del Tribunal bávaro no se publicaban en las decisiones ni tan siquiera los nombres de los integrantes del órgano judicial que habían deliberado y adoptado finalmente la resolución. Ello no obstante, el original con la firma del juez que expresa su disidencia con la sentencia de la mayoría viene inscrito en el acta al que puede tener acceso cualquier autoridad o persona que demuestre tener un interés científico.

También en el *Land* de Bremen el voto particular fue introducido, si bien a través del Reglamento de procedimiento del *Bremische Staatsgerichtshof*, de 17 de marzo de 1956. A tenor de su art. 13.3, todo miembro del mencionado Tribunal tiene derecho a presentar su propia opinión disidente frente a una decisión, conjuntamente con la motivación. Tales documentos no forman parte del expediente de la causa, si bien en caso de solicitud de una decisión, cualquier miembro del órgano puede solicitar que la propia opinión discrepante sea comunicada conjuntamente con la decisión. Con todo, la Ley institutiva del *Staatsgerichtshof* exige que el Reglamento esté orientado de conformidad con los ordenamientos procesales alemanes y prevé de modo expreso una obligación de secreto en relación a la discusión y votación de las decisiones del Tribunal. Ello no obstante, recuerda Friesenhahn (25), que el Tribunal de Bremen publicó en dos casos muy controvertidos políticamente los *dissents* de sus miembros. Quizá el más polémico fuera aquel en el que el órgano jurisdiccional regional abordó la situación de los parlamentarios comunistas en el *Landtag* (Parlamento del *Land*) del Estado de Bremen y en el *Stadtrat* (Consejo municipal) de la ciudad de Bremen, tras la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* (en adelante *BVerfG*) de 17 de agosto de 1956, por la que el Tribunal Constitucional Federal

(24) Así, Jörg LUTHER, «L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca», *op. cit.*, pp. 242-243.

(25) Ernst FRIESENHANN, *La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Giuffrè Editore, Milano, 1973, p. 141. Puede verse asimismo en la versión original de este texto, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», en la obra *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Herausgegeben von Herman MOSLER, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin, 1962, pp. 89 y ss.; en concreto, p. 189.

(*BVerfG*) declaró inconstitucional al partido comunista. La decisión del *Bremische Staatsgerichtshof* de 5 de enero de 1957 fue saludada al otro lado del Atlántico con cierto alborozo, interpretándose que con ella llegaba el instituto del *dissent* a los tribunales germanos (26). Ciertamente, dos *Sondervoten* fueron publicitados en relación a la mencionada sentencia, suscrito cada uno de ellos por dos diferentes grupos de tres jueces cada uno.

El 26 de noviembre de 1957, el presidente del Tribunal Constitucional de Baviera, Josef Wintrich, que poco tiempo después alcanzaría la Presidencia del *BVerfG*, declaraba en un discurso que la praxis de los votos disidentes no había dado lugar a ningún inconveniente ni había producido una minusvaloración de la autoridad del Tribunal (27).

Bastantes años después, en 1982, obviamente ya institucionalizado el *Sondervotum* a nivel federal, el *Land* de Hamburgo consagraba legalmente este mismo instituto en relación al Tribunal Constitucional del propio *Land*.

3. LA INADMISIÓN INICIAL DEL INSTITUTO EN LA LEY DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL (*BVerfGG*) DE 1951 Y EL ULTERIOR PECULIAR PROCESO DE GÉNESIS DEL MISMO

I. Fue el Partido socialdemócrata alemán el que adoptó la primera iniciativa política encaminada a la recepción del instituto procesal que venimos tratando, a través de un proyecto de ley presentado el 14 de diciembre de 1949, de regulación del *BVerfG*, en el que se introducía esta figura del voto particular (*Sondervotum*), al autorizar a los jueces de la minoría para «desarrollar su voto disidente en una opinión separada (*Sondergutachten*, literamente, dictamen especial) motivada». Con esa iniciativa se satisfacían dos objetivos diferentes (28): de un lado, se aceptaba una antigua práctica

(26) Cfr. al efecto, Philip W. AMRAM, «The Dissenting Opinion Comes to the German Courts», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 6, 1957, pp. 108 y ss.

(27) De ello se hace eco Wolfgang HEYDE, «Dissenting Opinions in der Deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», *op. cit.*, p. 211.

(28) Gerd ROELLECKE, «Sondervoten», *op. cit.*, p. 366.

germana («eine alte germanische Übung»); de otro, se satisfacían las modernas exigencias de publicidad («Öffentlichkeit»), transparencia («Transparenz»), participación («Mitsprache») y libre desarrollo de la personalidad de los jueces («freier Entfaltung der Richterpersönlichkeit»).

El Gobierno federal se opuso a tal iniciativa legislativa; los argumentos de tal rechazo los recuerda Nadelmann (29). No eran nada novedosos, sino bien conocidos en el debate científico: la razón primigenia era la de que la publicidad de los *Sondervoten* debilitaba el prestigio del Tribunal y la autoridad de sus decisiones. Este rechazo del instituto se mantuvo aún después de que el *Bundesrat* sugiriera, a modo de fórmula de compromiso, que los *dissents* pudieran ser publicados sin identificar a sus autores, fórmula, como ya dijimos, enteramente rechazable en cuanto desnaturalizadora de la institución. La propuesta de la minoría parlamentaria fue derrotada por un pequeño margen de votos en la Comisión Legislativa de la Cámara y la cuestión ya no volvió a ser tratada en el *iter* legislativo del texto legal.

El proyecto de ley gubernamental, a diferencia del texto de la minoría, tan sólo preveía la opinión disidente secreta. Concluido el debate parlamentario en torno al mismo, ninguna previsión legal se había dedicado de modo expreso a la cuestión, lo que condujo obviamente a que la Ley del *BVerfG* (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*), de 12 de marzo de 1951, omitiese toda previsión al efecto.

En cualquier caso, quizá convenga recordar con Nadelmann (30) que el debate que tuvo lugar en la Comisión de Justicia de ambas Cámaras (*Rechtsausschüssen des Bundestags und des Bundesrats*) fue duro («heiss umstritten»). Quizá el precedente de Weimar pudo

(29) Kurt H. NADELMANN, «Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 13, 1964, pp. 268 y ss.; en concreto, p. 271.

(30) Cfr. al efecto Kurt H. NADELMANN, «Das Minderheitsvotum im Kollegialgericht — Bekanntgabe oder Geheimhaltung?» (versión alemana del artículo en inglés, «The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy», *op. cit.*), en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Band 86, Heft 1, Juli 1961, pp. 39 y ss.; en concreto, p. 56.

influir (31). Con todo, la propuesta encaminada a posibilitar la publicidad de los *Sondervoten* fue rechazada, bien que, como antes se dijo, por muy escasa mayoría («mit knapper Mehrheit»).

Hemos aludido precedentemente, de modo muy sumario, a los argumentos en que se fundó el rechazo de la institucionalización del instituto procesal del *dissent*. Nos haremos eco ahora con un mayor detalle de los mismos en la referencia que al respecto hace Von Mehren. La argumentación tiene el valor de ser sintomática de un determinado estado de opinión en torno al tema.

«It was incompatible with the authority of the courts —escribe el citado autor (32)— and good relations between the judges... The proposal would lead to Byzantinism and to the seeking of publicity. It would foster vanity and disputatiousness. As few decisions would be unanimous, dissenting opinions would become the rule. The development of law and of legal science will be fostered by careful reflections in libraries, but not through violent discussions following expressions of polemically motivated dissenting opinions. The court faces the outside world as a single authority, whose decisions are the decision of the court. A court's principal function is to decide the individual case justly and to uphold the authority of the laws, not to provoke scientific discussions over legal questions».

Como puede apreciarse, el argumento nuclear esgrimido en contra del instituto del *Sondervotum* era el ya tópico de que debilita la autoridad del tribunal y de sus decisiones, frente a lo que de poco valor se consideraba el hecho de que contribuyera a fortalecer el de-

(31) En la República de Weimar fue específicamente prohibida la formulación de votos disidentes por el párrafo segundo del art. 8 del Reglamento interno del *Staatsgerichtshof, Geschäftsordnung des Staatsgerichtshofs*, de 20 de septiembre de 1921, órgano previsto por el art. 108 de la Constitución del *Reich* de 1919, que venía a ejemplificar, por las competencias que asumía, la tradicional concepción germana de la jurisdicción constitucional como cauce de resolución de conflictos entre órganos supremos (*Organstreit*), que llega a nuestros días. Cfr. al efecto, Giuseppe VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi (Studi sui modelli di giustizia costituzionale)*, Giuffrè Editore, Milano, 1977, p. 166.

(32) Arthur von MEHREN, «The Judicial Process: A Comparative Analysis», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 5, 1956, pp. 197 y ss.; en concreto, p. 208, nota 42.

bate científico, aunque implícitamente se admitiera que así sucedía. También Nadelmann pondría el acento en la importancia del mantenimiento de la autoridad de los jueces como principal argumento frente al cambio legislativo propugnado por la minoría parlamentaria: «Die Erhaltung “der Autorität” des Gerichts ist das Leitmotiv der Gegner einer Änderung» (33). Con todo, si éste fue el más importante «debe» colocado en la cuenta de resultados de la pretendida reforma, en el «haber» de una hipotética introducción del instituto no sólo se situó el dato de que la misma contribuyera a favorecer el debate científico, sino también, y en íntima conexión con lo anterior, el de que las *dissenting opinions* podían «assist materially in the development of a body of constitutional law» (34).

La cuestión parecía zanjada, por lo menos para la doctrina. McWhinney era bastante rotundo en su apreciación (35): «the Federal Constitutional Court is, in the full tradition of continental jurisprudence, an anonymous tribunal, for not only are its members in general free from the spotlight of personal publicity that so often plays on the individual Justices of the United States Supreme Court, but also as a formal matter the court’s work is depersonalized and collective». Y tras ello, más adelante añadía que las *separate opinions*, independientemente de que fuesen *concurring o dissenting*, no estaban permitidas, y sólo una *opinion*, que presumiblemente había de representar el consenso oficial, era publicada en cada caso. Von Mehren no se situaría muy lejos de esta apreciación. A su juicio, «it is perfectly clear that the German judge is today under such a duty of silence» (36).

No obstante tan rotundas posiciones, no faltaron posturas, ciertamente minoritarias, que defendieron otro punto de vista. Tal sería

(33) Kurt H. NADELMANN, «Das Minderheitsvotum im Kollegialgericht...», *op. cit.*, p. 58.

(34) Arthur T. von MEHREN, «Constitutionalism in Germany—The First Decision of the New Constitutional Court», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. I, 1952, pp. 70 y ss.; en concreto, p. 92.

(35) Edward McWHINNEY, «Judicial Restraint and the West German Constitutional Court», en *Harvard Law Review*, vol. 75, 1961-1962, pp. 5 y ss.; en concreto, pp. 6-7.

(36) Arthur von MEHREN: «The Judicial Process: A Comparative Analysis», *op. cit.*, pp. 197 y ss.; en concreto, p. 208.

el caso de Geiger, posteriormente Juez del *BVerfG*, quien, en un comentario sobre la Ley del Tribunal Constitucional (*BVerfGG*) publicado muy tempranamente (37), defendía la interpretación de que la publicación de los *dissents* no estaba prohibida por el texto legal, lo que, desde luego, no dejaba de ser cierto, visión que dejaba abierta la puerta a tal publicación, lo que, como veremos más adelante, a la postre terminó sucediendo, por lo menos en algún caso puntual.

Una cierta paradoja se iba a suscitar respecto del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), órgano que había sucedido al *Reichsgericht* de Weimar, y que iba a actuar en relación con este instituto procesal de igual forma que el órgano que le había precedido. En la Comisión del *Reichstag* que deliberaba sobre el Código Judicial para la Alemania unificada de Weimar, tuvo lugar un fuerte alegato en favor de que los jueces que se mostraran disidentes respecto de la resolución de la mayoría pudiesen revelar su voto. Se adujo en apoyo de tal tesis la experiencia inglesa, pero la propuesta fracasó finalmente. Al carecer el mencionado Código de una específica previsión imponiendo el secreto a los jueces, el mantenimiento del mismo se consideró como parte del deber profesional del juez («die den Richtern die Geheimhaltung auferlegt») (38). A su vez, al no disponer ningún precepto que un *Sondervotum* no podía ser depositado en las actas del proceso, el *Reichsgericht* weimariano decidió establecer por sí mismo una disposición de tal género en su reglamento interno. Por su parte, el *Bundesgerichtshof* de la *Bonner Grundgesetz*, siguiendo los pasos de su predecesor, hizo justamente lo mismo, incorporando en el art. 10 de su Reglamento interno (*Geschäftsordnung des BGH*), de 3 de marzo de 1952, una disposición análoga. Ello entrañaría que se ignorara la frecuencia con la que se formulaban opiniones divergentes (*abweichende Stellungnahmen*), pues todo se hallaba cubierto por el secreto.

(37) GEIGER, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (Textausgabe), 1951, pp. IX y XXI. Del propio autor, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* (Kommentar), 1952. Cit. por Kurt H. NADELMANN, «Non-Disclosure of Dissent in Constitutional Courts: Italy and West Germany», *op. cit.*, p. 271, nota 17.

(38) Kurt H. NADELMANN, «Das Minderheitsvotum im Kollegialgericht...», *op. cit.*, p. 55.

II. El problema del que venimos ocupándonos estaba lejos de considerarse resuelto. La ocasión para su reviviscencia sería la reforma de la Ley federal sobre el estatuto de los jueces. La cuestión del secreto del voto fue objeto de un gran debate, ocasionalmente, incluso acalorado, por lo que esta discusión parlamentaria vino a actuar como revulsivo del problema. Los críticos del sistema crecieron, pero no faltaron las respuestas de quienes rechazaban cualquier innovación. En este marco contextual, en la primera lectura del proyecto de ley, en la Comisión correspondiente del *Bundestag*, se aprobó por una holgada mayoría de 12 votos a favor frente a tan sólo 4 en contra la introducción de los *Sondervoten* en los Tribunales Constitucionales federal y de los *Länder*. Entre quienes votaron a favor se hallaban no sólo diputados de la oposición socialdemócrata, sino asimismo de la mayoría democristiana del Canciller Adenauer. Incluso, una propuesta para la introducción del mismo instituto procesal en los Tribunales federales supremos suscitó un empate a 8 votos en la Comisión. Una propuesta para admitir los *dissents* en todo tipo de tribunales fue rechazada por 12 votos en contra y sólo 2 a favor, al margen ya de 2 abstenciones.

Con anterioridad a la segunda lectura parlamentaria del texto legal, la Comisión procedió a oír al presidente del *BVerfG*, Gebhardt Müller, así como a los presidentes de los Tribunales federales supremos y a representantes de la Asociación alemana de Jueces. El común denominador de estas intervenciones fue inequívoco: rechazo sin paliativos del *dissent*. «The Chief Judges, —diría Nadelmann (39)— speaking for themselves and not for their courts, opposed in the strongest terms admission of the published dissent. No judges favoring the proposition were heard». Como resultado de ello, en el debate del texto legal en segunda lectura hubo claros cambios de posicionamiento; algunos de los diputados que se habían mostrado favorables al *Sondervotum* señalaron que no querían llevar la cuestión más allá, decantándose por un debate más meditado del asunto en el futuro. Así las cosas, la previsión inicial del texto gubernamental —que ignoraba el instituto analizado— terminó normativizándose en la *Deutsches Richtergesetz* de 8 de septiembre de 1961,

(39) Kurt H. NADELMANN, «Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany», *op. cit.*, p. 273.

estableciéndose que el juez no hablaría acerca de las incidencias de la deliberación ni de la votación, ni tan siquiera después de que su servicio como juez hubiese terminado.

La prescripción legal a que acabamos de referirnos no iba a ser tampoco determinante, pues no cabe olvidar que se hallaba prevista en una ley dedicada a los miembros de las jurisdicciones ordinarias, y es claro que el *BVerfG* se regía por sus propias normas. También aquí hubo disparidad de interpretaciones. Nadelmann se ha hecho eco de ellas en sus documentadísimos trabajos (40). Y así, en un comentario inspirado con carácter oficial de la Ley sobre el estatuto de los jueces, escrito por un miembro del *staff* del Ministerio de Justicia, se consideraba que el principio del secreto era de aplicación a los jueces constitucionales porque las normas relativas al *Bundesverfassungsgericht* establecían el secreto de la deliberación y no había una mayoría parlamentaria que propiciara un cambio hacia el modelo anglo-americano. La argumentación, a nuestro juicio, era bastante endeble. No debe extrañar por ello que una interpretación contrapuesta fuera defendida por buen número de autores, entre otros, por Heyde, en su Tesis Doctoral justamente dedicada al instituto procesal en cuestión (41). El razonamiento manejado por este autor, a nuestro modo de ver, encerraba una lógica muy superior. Mientras las normas relativas al *BVerfG* prescribían el secreto de las deliberaciones, no adoptaban, sin embargo, ninguna posición respecto a la publicación de *dissents*, por lo que las previsiones de la *Deutsches Richtergesetz* que entrañaban la prohibición de su publicación eran incompatibles con el tratamiento dado a la cuestión por la *BVerfGG*. En fin, no deja de ser significativo que la posición parlamentaria, que en un primer momento parecía muy clara a favor del reconocimiento del *Sondervotum* en el ámbito de los Tribunales Constitucionales alemanes fuese trastocada de alguna manera por los representantes de la Asociación alemana de Jueces.

(40) Cfr., en particular, Kurt H. NADELMANN, «Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts...», *op. cit.*, p. 274.

(41) Wolfgang HEYDE, *Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters* (Tesis Doctoral), Bonn, 1964, p. 148. Cit. por Kurt H. NADELMANN, «Non-Disclosure...», *op. cit.*, p. 274, nota 40.

III. Poco tiempo después de la intervención del presidente del *BVerfG* en el *Bundestag*, el propio Tribunal se iba a ocupar directamente del tema debatido a raíz de una propuesta en favor de la publicidad de las opiniones discrepantes formulada por el Juez Julius Federer. Como recuerda un buen conocedor de la vida del Tribunal como Zierlein, que ejerció el cargo de *Direktor* en el *BVerfG*, en la sesión plenaria del 8 de febrero de 1961, sometida a votación tras el preceptivo debate la propuesta de Federer, la votación reflejó una exacta relación («ein Stimmenverhältnis») de 9 votos frente a 9 (42), esto es, un empate entre los jueces favorables y los contrarios al *Sondervotum*. Ello era bien revelador de la controversia existente en el propio seno del Tribunal en torno a esta cuestión.

La controversia entre los jueces constitucionales no era ni mucho menos nueva. En 1959, Cole se hacía eco (43) de que había algunos jueces constitucionales muy proclives a la publicación de las *dissenting views*, a las que miraban con buenos ojos («look with great favor»), aunque matizaba a continuación, que los mismos jueces veían también argumentos para el mantenimiento del *status quo*. El propio autor, en las mismas fechas, aunque en otro lugar (44), había mostrado su posición por entero proclive al instituto al señalar que «the anonymity attached to the method of making decisions and the absence of dissenting opinions may offer protection from public criticism of the partisan and incompetent judge».

En 1963, un artículo del *Präsident des Bundesgerichtshofes*, Bruno Heusinger (45), acentuaba la polémica, al señalar que debían hacerse rigurosas reflexiones («Ernster Überlegung»), al menos res-

(42) Karl-Georg ZIERLEIN, «Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht», en *Die Öffentliche Verwaltung*, 34. Jahrgang, Februar 1981, Heft 3, pp. 83 y ss.; en concreto, pp. 85-86.

(43) Taylor COLE, «The Bundesverfassungsgericht, 1956-1958: An American Appraisal», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 8, 1959, pp. 29 y ss.; en concreto, pp. 45-46.

(44) Taylor COLE, «Three Constitutional Courts: a comparison», en *The American Political Science Review*, vol. LIII, No. 4, December 1959, pp. 963 y ss.; en concreto, p. 969.

(45) Bruno HEUSINGER, «Überlastung der Zivilsenate des Bundesgerichtshofes und Mittel zur Abhilfe», en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 76. Band, Heft 5/6, Dezember 1963, pp. 321 y ss.

pecto a las instancias judiciales de revisión, en relación a la introducción de una apertura del *dissent* («das offene dissenting vote») (46). Más adelante, el propio autor aducía que la publicidad de las *dissenting opinions* doblegaría la petrificación («beugen... der Versteinierung»).

La controversia parlamentaria, como asimismo la existente en el interior del propio Tribunal Constitucional, de la que era revelador el debate plenario precedentemente mencionado, pero de la que también habrá pruebas fehacientes en el interior de cada uno de los dos *Senaten*, e incluso entre esas mismas Salas, como se verá más adelante, iba a tener su correlato en el notable debate científico que se iba a ir acentuando en la década de los sesenta. En los últimos años, escribía Nadelmann en 1964 (47), la discusión sobre la publicación de las *dissenting opinions*, por lo menos en los Tribunales supremos y en el *BVerfG*, ha llegado a ser muy considerable. Idéntica era la apreciación de Zierlein, para quien en la literatura de cierto rango («In der Literatur wurde») se había iniciado abiertamente en los años sesenta una abundante discusión en torno al *Sondervotum* (48).

Ejemplos de esa literatura jurídica en torno al instituto procesal analizado los encontramos en el *Archiv des öffentlichen Rechts*, en cuyo número correspondiente al año 1961 (volumen 86) dos artículos, uno de Nadelmann (49) y otro de Zeidler (50), se ocupaban del problema. Este último autor era muy claro cuando señalaba que después de diez años de existencia del Tribunal y tras la consolidación de la institución, debía de someterse a discusión la problemática que nos ocupa *sine ira et studio*. Los partidarios de los votos divergentes (*abweichenden Votums*), añadía Zeidler (51), reenvían a la praxis de

(46) *Ibidem*, p. 338.

(47) Kurt H. NADELMANN, «Non-Disclosure of Dissents in Constitutional Courts...», *op. cit.*, p. 271.

(48) Karl Georg ZIERLEIN, «Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht», *op. cit.*, p. 84.

(49) Kurt H. NADELMANN, «Das Minderheitsvotum im Kollegialgericht...», *op. cit.*, pp. 39 y ss.

(50) Karl ZEIDLER, «Gedanken zum Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgericht», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 86. Band, Heft 4, Januar 1962, pp. 361 y ss.

(51) *Ibidem*, p. 368.

la *Supreme Court*, mientras que sus oponentes se remiten a la tradición alemana. Ello no obstante, los argumentos esgrimidos por unos y por otros son mucho más abundantes y diversos, como también muestra el propio autor (52), al igual que otros sectores de la doctrina (53).

En 1966, como ya tuvimos oportunidad de mencionar, aunque fuera sólo de modo tangencial, Wolfgang Heyde publicaba su Tesis Doctoral, que había sido defendida poco más de tres años antes en la Universidad de Bonn (54). Los argumentos a que recurre el autor en apoyo del instituto eran ponderados, evitando la irritación innecesaria de los opositores al mismo, presentándose a veces de modo muy abierto y en otras ocasiones más solapadamente (55).

El debate en cuestión no era peculiar tan sólo de Alemania, sino que se presentaba como una discusión científica de más largo alcance, a la que aludían Cappelletti y Adams cuando escribían: «Doctrinal movements in favor of publicizing the dissenting opinions of constitutional judges are, however, gaining strength in Italy and Germany» (56). En similar dirección y por las mismas fechas, Nadelmann efectuaba con gran seguridad un pronóstico inequívoco: «Sooner or later, open dissents will be admitted, perhaps first in the constitutional courts» (57). Este autor llevaba a cabo bastante más que un pronóstico al poner de relieve inmediatamente después que lo que él

(52) *Ibidem*, pp. 366-369.

(53) Entre la literatura jurídica de los años sesenta cabe destacar asimismo el trabajo publicado por el profesor de Tübingen, siendo ya juez constitucional, Hans G. RUPP, «Zur Frage der Dissenting Opinion», en *Die Moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard. Leibholz zum 65. Geburtstag*, Herausgegeben von K. D. BRACHER, Ch. DAWSON, W. GEIGER und R. SMEND, J. C. B. MOHR (Paul Siebeck), Tübingen, 1966, Zweiter Band, pp. 531 y ss.

(54) Wolfgang HEYDE, *Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1966, 174 pp.

(55) Kurt H. NADELMANN, «Review» de la obra de Wolfgang HEYDE, *Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters*, en *American Journal of Comparative Law*, vol. 15, 1966-1967, pp. 382 y ss.; en concreto, p. 383.

(56) Mauro CAPPELLET y John Clarke ADAMS, «Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations», en *Harvard Law Review*, vol. 79, 1965-1966, pp. 1207 y ss.; en concreto, p. 1214, nota 22.

(57) Kurt H. NADELMANN, «Non-Disclosure of Dissents...», *op. cit.*, p. 276.

denominaba «the right to the open dissent» había sido correctamente vinculado con la defensa de la democracia. La progresiva expansión del sistema democrático presuponía por lo mismo, en coherencia con tal razonamiento, la generalización de este instituto.

Y por supuesto, el debate en torno a este instrumento procesal no puede circunscribirse a los años mencionados. Ya en 1952, justamente al año siguiente a la aprobación de la *BVerfGG*, Schätzel se pronunciaba a favor de los *Sondervoten*, mostrándose dispuesto a darles la bienvenida (58) con tal que se manifestaran de conformidad con el modelo que tal institución presentaba en el Tribunal de La Haya y en la *Supreme Court*.

IV. Particularísima importancia en la recepción final del instituto en Alemania iba a tener la reunión en Nuremberg, en abril de 1968, de la 47.^a Asamblea de los Juristas Alemanes (*Deutschen Juristentag*). En ella, el tema del *Sondervotum* iba a adquirir un notabilísimo interés, convirtiéndose en una de las principales cuestiones tratadas por la Asamblea. La causa de ello tenía que ver con un polémico asunto procesal constitucional: el recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) presentado por el semanario *Der Spiegel* (en realidad, por la *Spiegel-Verlag*, esto es, por la empresa editora del semanario) contra algunos actos de secuestro y requisa acordados contra el mismo por su supuesta violación de secretos de Estado. La sentencia constitucional de rechazo del recurso, de 5 de agosto de 1966, fue adoptada por la primera Sala (*des Ersten Senats*), previo empate a votos entre los jueces que la integraban (cuatro a favor del rechazo del recurso y otros tantos favorables a su admisión), empate que, a tenor del texto legal (*BVerfGG*), se resolvía a favor de la conservación del acto impugnado (59).

(58) «Ich bin an sich durchaus für Sondervoten und würde es begrüßen» (Estoy absolutamente junto a los *Sondervoten* para que llegue a dárselos la bienvenida). En tan rotundos términos se manifiesta Walter SCHÄTZEL, en «Prozessuale Fragen des Bundesverfassungsgerichts», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 78. Band, Heft 2, 1952, pp. 228 y ss.; en concreto, p. 236.

(59) La sentencia puede verse parcialmente, tal y como se hace constar cuando se menciona que se transcribe una parte de ella («Teilurteil»), en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 20. Band, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1967, pp. 162 y ss.

En la fundamentación de la sentencia se aludiría a los argumentos de los dos bloques de jueces, sin indicación de su nombre (60). Sin embargo, el *Plenum* del *BVerfG*, en su sesión de 16 de febrero de 1967, iba a acordar que en el futuro se publicaran los resultados de las votaciones no sólo en el caso de paridad de votos, sino también en aquellos otros casos en que el órgano lo considerase oportuno. Ello abría de par en par las puertas del Tribunal al instituto que venimos tratando. No ha de extrañar por lo mismo que la *Spiegel Urteil* fuera considerada por la doctrina como «el más importante paso en el camino hacia la publicación de los *Sondervoten*» («das Spiegel-Urteil sei ein wichtiger Schritt auf dem Wege zur Bekanntgabe von Sondervoten gewesen») (61).

La Primera Sala (*der Erste Senat*) no hizo uso inmediato de tal facultad, a diferencia de la Segunda (*der Zweite Senat*), que ya hizo público el resultado de la votación de una Sentencia de 11 de abril de 1967, menos, pues, de dos meses después del acuerdo del Pleno. Recuerda Heyde (62) que a partir de ese momento la Segunda Sala siempre haría públicos los resultados de las votaciones de las sentencias celebradas en su seno, lo que podía entenderse claramente, como señalaba Forsthoff (63), como un primer paso hacia la introducción de lo que el autor alemán denominaba el *dissenting vote*.

(60) En una resolución (*Beschluss*) de 23 de abril de 1969, relativa a la justiciabilidad de las decisiones de gracia («Justitiabilität von Gnadenentscheidungen»), esto es, de aquellas que conceden el indulto, la Sala Segunda (*des Zweiten Senats*) siguió el mismo ejemplo. Puede verse esta resolución en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 25. Band, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, pp. 352 y ss.

(61) Gerd ROELLECKE, «Sondervoten», en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Herausgegeben von Peter BADURA und Horst DREIER, Erster Band, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 363 y ss.; en concreto, p. 363. En realidad, este autor lo único que hace con la referida valoración es seguir las posiciones expresadas muchos años atrás por otros sectores de la doctrina germana, como sería el caso de Wolfgang HEYDE, «Dissenting Opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Band 19, 1970, pp. 201 y ss.; en concreto, p. 214, o el de Hans G. RUPP, «Zur Frage der Dissenting Opinion», *op. cit.*, p. 533.

(62) Wolfgang HEYDE, «Dissenting opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», *op. cit.*, p. 215.

(63) Ernst FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971. Manejamos la versión española, *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 215.

El importante *Plenum* celebrado el 23 de junio de 1967, dando un paso más en la dirección de la institucionalización del *Sondervotum*, se pronunció favorablemente a la introducción del *dissent* por una mayoría de nueve jueces frente a seis (64).

Cuanto acaba de exponerse creemos que contribuye a explicar el por qué la cuestión del *dissent* recabó una atención prioritaria por parte de la *Deutschen Juristentag*. Friesenhahn, antiguo juez del *BVerfG*, que ya en su conocido libro sobre la jurisdicción constitucional en la República Federal se había pronunciado, a nuestro entender, favorablemente respecto de la institucionalización del *Sondervotum* (65), fue uno de los expositores de la mencionada Asamblea, aduciendo que la opinión disidente afectaba más bien a las convicciones que a la razón, lo que hacía difícil a los partidarios de una u otra posición convencer a los que no compartían su punto de vista. También intervendría en la Asamblea Konrad Zweigert, antiguo Juez del *BVerfG* y en ese momento director del *Max-Planck-Institut* de Hamburgo, quien, lisa y llanamente, propondría la introducción del *Sondervotum* en todos los tribunales del país. No faltarían voces opuestas a ello, como la del juez federal Rudolf Pehle (66).

Recuerda Walter (67) que fueron cuatro, básicamente, los argumentos manejados en la Asamblea del *Deutschen Juristentag* en torno al instituto que analizamos: la autoridad de la cosa juzgada y

(64) Jörg LUTHER (en «L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca», *op. cit.*, p. 246) recuerda que entre los jueces favorables estaban Julius Federer, Gerhard Leibholz y Hans Georg Rupp, y entre los opuestos, Theodor Ritterspach.

(65) Ernst FRIESENHAHN, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, Karl Heymans Verlag K. G., Köln-Berlin, 1963. Manejamos la traducción italiana, *La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Giuffrè Editore, Milano, ristampa, 1973. A juicio del autor: «Si chiede spesso proprio per le corti costituzionali, nell'interesse dell'evoluzione della giurisprudenza, che le opinioni divergenti siano pubblicate, con o senza il nome del giudice dissenziente, con o senza l'indicazione del numero dei voti con i quali è stata presa la decisione» (p. 141).

(66) Cfr. al respecto, Julius FEDERER, «Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters», en *Juristen Zeitung*, 23. Jahrgang, 1968, Nr. 15/16, pp. 511 y ss.: en concreto, p. 511.

(67) Christian WALTER, «La pratique des opinions dissidentes en Allemagne», en *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 8, Octobre 1999 à Février 2000, (estudios monográficos en relación al tema «Contribution au débat sur les opinions dissidentes dans les juridictions constitutionnelles», coordinado por Dominique ROUSSEAU), pp. 1 y ss. del texto conseguido

de las instituciones judiciales, así como el principio del secreto de las deliberaciones, entre los argumentos contrarios a la recepción formal del *dissent*, y la posibilidad de desarrollo jurisprudencial y la conveniencia de hacer el proceso judicial más transparente, entre las razones a favor (68).

Finalmente, por una aplastante mayoría de 371 votos a favor frente a tan sólo 34 contrarios, la Asamblea del *Deutschen Juristentag* acordaba proponer la institucionalización del voto particular, tanto para los Tribunales Constitucionales, federal y estatales, como para los Tribunales federales de casación, así como para algunas otras jurisdicciones, aunque rechazaba su adopción indiscriminada respecto de la totalidad de los órganos jurisdiccionales alemanes. Esta propuesta política del *Juristentag* tendría a la postre un efecto determinante (69).

Añadamos que no fue la primera vez en que en un relevante evento científico-jurídico la cuestión era abordada y defendida la conveniencia de institucionalizar con todas sus consecuencias el *Sondervotum*. Buen ejemplo de ello lo hallamos en el importantísimo Coloquio celebrado en Heidelberg en 1961 bajo los auspicios del *Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*. El Profesor de Bonn y en aquel momento Juez del *BVerfG*, Ernst Friesenhahn, iba a llevar a cabo en el mismo un pro-

a través de la dirección electrónica del *Conseil constitutionnel* (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>); en concreto, p. 3.

(68) Cabe recordar también que el Juez del *BVerfG* Hugo BERGER, al hilo de la Asamblea del *Juristentag*, en un trabajo en el que se preguntaba acerca de si era recomendable la publicación de las opiniones discrepantes de los jueces que no habían logrado la mayoría, iba a considerar que tal publicación, para la gran masa de resoluciones judiciales, de las instancias intermedias e inferiores, aparecía como poco realista, pero que, sin embargo, no se podía decir otro tanto respecto de las instancias más elevadas. Más adelante, BERGER iba a señalar que las convicciones jurídicas básicas («Die grundsätzliche Rechtsüberzeugung») de las distintas personalidades de los jueces, en relación a los grandes conceptos de la Constitución, se encontraban mejor en primer plano, lo que significaba la publicidad del *dissent*. Hugo BERGER, «Empfiehl sich die Bekanntgabe abweichender Meinungen überstimmt Richter?», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 21. Jahrgang, Heft 21, 22 Mai 1968, pp. 961 y ss.; en concreto, p. 966.

(69) «Die Politik griff den Vorschlag des Juristentages —escribe ROELLECKE— sofort auf». Gerd ROELLECKE, «Sondervoten», *op. cit.*, p. 367.

nunciamento, a nuestro entender, claramente proclive al instituto en cuestión. A su juicio, en interés del desarrollo de la jurisprudencia («im Interesse der Fortentwicklung der Rechtsprechung»), las opiniones discrepantes (*die abweichenden Meinungen*) debieran llegar a ser publicadas junto a la resolución recaída, bien con o sin indicación del nombre del juez disidente, bien con o sin indicación de la relación numérica de los votos (70).

V. El *BVerfG*, como se acaba de ver, tuvo un muy significativo rol en la evolución legal alemana respecto a este instituto, pero su intervención, lejos de circunscribirse a las tomas de posición desencadenadas a raíz de la sentencia dictada en el caso *Der Spiegel*, podría considerarse que arranca de mucho más atrás. Podemos recordar a este respecto algunos momentos significativos.

El primer antecedente puede remontarse al pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el Tratado Europeo de Defensa (71). El 30 de enero de 1952, cuando los perfiles del Tratado, cuya idea inicial se había generado por el Gobierno francés, se hallaban ya delimitados, 144 parlamentarios del Partido Socialdemócrata (*SPD*), un número suficiente para satisfacer la exigencia del párrafo segundo del art. 93.1 de la *Grundgesetz* (un tercio de los componentes del *Bundestag*), solicitaba al Tribunal Constitucional que se pronunciara preventivamente (*vorbeugende Normenkontrolle*) en el sentido de que la participación de alemanes en fuerzas militares sin una previa reforma de la Ley Fundamental era inconstitucional. Tras la firma de los Tratados por el Canciller (mayo de 1952), la demanda fue modificada en el sentido de que se prohibiera su ratificación por la Asamblea Federal.

El 30 de julio de 1952, el primer *Senat* rechazó la petición con fundamento en que el control de constitucionalidad se llevaba a cabo

(70) Ernst FRIESENHAHN, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, herausgegeben von Herman MOSLER, Carl Heymans Verlag K. G., Köln-Berlin, 1962, pp. 89 y ss.; en concreto, pp. 188-189.

(71) Una detenida exposición del tema puede verse en Karl LOEWENSTEIN, «The Bonn Constitution and the European Defense Community Treaties. A Study in Judicial Frustration», en *Yale Law Journal*, vol. 64, 1954-1955, pp. 805 y ss.

tan sólo respecto a leyes aprobadas formalmente por el Parlamento. Unos días antes del fallo, el 10 de junio, el Presidente Federal, Theodor Heuss, requería al *BVerfG* para que dictara una opinión consultiva (*advisory opinion, Gutachtenverfahren*) en relación a si el Tratado en cuestión era compatible con la *Grundgesetz*, solicitud que se apoyaba en las previsiones de la *BVerfGG*, que, yendo más allá de lo establecido por la Ley Fundamental, autorizaba, entre otros, al Presidente Federal para solicitar un pronunciamiento de este tipo.

El 9 de diciembre de 1952, el Tribunal hizo pública una resolución de su Pleno en la que consideró que el pronunciamiento del *Plenum* dictado en una opinión consultiva era vinculante para los dos *Senaten* (Salas), lo que entrañaba la vinculatoriedad de la resolución para las posteriores decisiones que cada una de las dos Salas pudieran dictar en conflictos de atribuciones sobre la misma cuestión.

El 10 de diciembre, el Presidente Federal, que había sido objeto de duras críticas por parte de miembros del Gobierno Federal, al entender que con su demanda había interferido en la dirección de la política exterior, constitucionalmente reservada al Gobierno, retiraba su solicitud. La razón formalmente dada fue que la declaración del *Plenum* acerca del carácter vinculante de su resolución respecto de los *Senaten*, equivalía a una resolución final del caso, lo que era contrario al carácter meramente «consultivo» de la opinión requerida (72).

La resolución del *BVerfG* no dejaba de suscitar serias dudas (73), al margen ya de desencadenar una ardua controversia política. Así las cosas, el *Bundesverfassungsgericht* tomaba el acuerdo de hacer público el resultado de la pertinente votación, anulando de esta forma otro acuerdo del *Plenum*, de 29 de septiembre de 1951, que había excluido la publicación de los resultados de las votaciones.

(72) Contemplada inicialmente la solicitud de opiniones consultivas por el art. 97 de la *BVerfGG*, una Ley de 21 de julio de 1956, de reforma de la precedente, derogó el art. 97, quedando, por tanto, suprimido este procedimiento, ciertamente discutible según el tipo de normas objeto de la consulta.

(73) LOEWENSTEIN se mostraría crítico al respecto: «the resolution of the Court that a plenary advisory opinion is binding on both Senates is subject to grave legal doubts». KARL LOEWENSTEIN: «The Bonn Constitution and the European Defense Community Treaties...», *op. cit.*, p. 812.

Poco tiempo después, uno de los jueces disidentes, Willi Geiger, hacía pública su *dissenting opinion* frente a la resolución en cuestión, lo que, innecesario es decirlo, suponía un duro golpe adicional al principio del secreto y al supuesto rechazo legal de la publicidad de los *Sondervoten*.

Un segundo antecedente relevante se iba a producir con ocasión de la llamada Sentencia del Concordato (*Konkordatsurteil*), de 26 de marzo de 1957, que uno de los jueces del *BVerfG*, Hans G. Rupp, en 1960, consideraba como el más famoso caso de los seis primeros años de vida del Tribunal (74). Vale la pena detenerse en el caso.

El 20 de julio de 1933, el *Reich* y la Santa Sede suscribieron el Concordato. Entre otras estipulaciones, el *Reich* garantizaba la creación y mantenimiento de escuelas católicas públicas en todas las comunidades en las que así lo deseara un determinado porcentaje de padres. El Gobierno de Hitler nunca atendió esta obligación, y en 1937, todos los colegios católicos públicos se convirtieron en colegios no confesionales. La *Bonner Grundgesetz* dio a los *Länder* la competencia exclusiva sobre la educación pública. En 1954, el *Land* de Baja Sajonia aprobó una ley sobre las escuelas públicas que, a juicio tanto de la Santa Sede como del Gobierno federal, violaba el Concordato. El Gobierno Federal recurrió al *BVerfG* para que declarara que el *Land* de Baja Sajonia, a través del referido texto legal, había violado el Concordato y, por lo mismo, vulnerado el derecho de la Federación (*Bund*) a que los *Länder* respeten sus obligaciones internacionales asumidas convencionalmente cuando promulguen leyes sobre materias que son de su competencia.

Algunos relevantes iuspublicistas, como Otto Bachof, apreciaron notables contradicciones en la sentencia del segundo *Senat*, que rechazó el recurso, reclamando, consiguientemente, la institucionalización del *Sondervotum*, a fin de que pudieran conocerse las posiciones de los distintos jueces constitucionales en resoluciones especialmente controvertidas, como era el caso de la *Konkordatsurteil*.

(74) Hans G. RUPP, «Judicial Review in the Federal Republic of Germany», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 9, 1960, pp. 29 y ss.; en concreto, p. 45.

Ciertamente, y no obstante el acuerdo del Tribunal de hacer público el resultado de la votación relativa a su decisión sobre el Tratado Europeo de Defensa, la posición del juez constitucional en estos primeros años de vida no sería favorable a la publicidad de los *dissents*, de lo que constituye buena muestra el acuerdo de su *Plenum*, de 5 de julio de 1956, poco anterior a la sentencia del Concordato, en el que se entendía inadmisibles *de lege data* el hacer público, aún de forma anónima, las posibles posiciones discrepantes de los jueces, así como los resultados de las votaciones, lo que, en cualquier caso, parecía presuponer que en el interior del Tribunal se había establecido una praxis de «contrainformes» que algunos pretendían ver publicados a modo de *dissenting opinions* (75).

Como puede apreciarse por todo lo expuesto, los miembros del Tribunal no fueron ni mucho menos insensibles a esta problemática. En los primeros veinte años de vida, el Tribunal desempeñó una actuación que, en buena medida, y no obstante lo controvertido del tema, se tradujo en un estímulo para el legislador a fin de que éste procediera a institucionalizar el *Sondervotum*, lo que finalmente terminaría sucediendo en 1970. En este complejo proceso de gestación del instituto, el caso *Der Spiegel*, según Nadelmann (76), vendría ser «the beginning of the end of the “secrecy” rule for the Constitutional Court».

4. LA REFORMA DE LA *BUNDESVERFASSUNGSGERICHTSGESETZ* (*BVerfGG*) DE 1970 Y LA ULTERIOR REGULACIÓN REGLAMENTARIA DE LAS OPINIONES DISCREPANTES (*ABWEICHENDE MEINUNGEN*)

I. La legalización del instituto procesal del voto particular en Alemania supuso, como se ha podido apreciar, una serie de difusas y dilatadas controversias, entre otras razones, porque el proceso (un verdadero proceso de integración) movilizó, como afirma

(75) El Juez Willi Geiger haría público que había escrito 14 votos disidentes secretos. Y en 1979, Ernst Friesenhahn publicaba su *dissent* secreto, presentado precisamente en la *Konkordatsurteil*.

(76) Kurt H. NADELMANN, en su «Review» de la obra de Wolfgang HEYDE, *op. cit.*, p. 384.

Luther (77), a la totalidad del linaje de los juristas. Pero, al fin, se iba a llegar a la meta por muchos deseada, sin que hubieren llegado a transcurrir dos décadas de la vida del Tribunal.

El Gobierno de la gran coalición (*CDU-CSU/SPD*), poco tiempo después de la Asamblea celebrada por la *Deutschen Juristentag*, preparaba un proyecto de ley de reforma de la *BVerfGG*. El posterior cambio de Gobierno impidió su aprobación, pero el nuevo Gobierno socialdemócrata/liberal lo retomó, presentándolo al *Bundestag*, en cuya Comisión de asuntos legislativos fueron oídos varios jueces del Tribunal, manifestándose unos a favor y otros en contra de la normativización del instituto. El debate parlamentario reprodujo los argumentos favorables y contrarios que ya se habían aducido en la Asamblea celebrada en Nuremberg, si bien, finalmente, el proyecto era aprobado por unanimidad el 2 de diciembre de 1970, entrando en vigor el día 25 del mismo mes.

Tras la reforma, en el art. 30 de la Ley del Tribunal se introducía un nuevo apartado segundo del siguiente tenor: «Podrá un juez consignar un voto particular («in einem Sondervotum») para reflejar su opinión discrepante («abweichende Meinung») en la deliberación («in der Beratung») respecto a la resolución o a su fundamentación («zu der Entscheidung oder zu deren Begründung»), y el voto particular deberá incorporarse como anejo a la resolución. Las Salas («Die Senate») podrán expresar en sus resoluciones la proporción de los votos («das Stimmenverhältnis») registrados. El Pleno del Tribunal Constitucional Federal decidirá una regulación procesal («eine Verfahrensordnung») más detallada («Das Nähere regelt»)» (78). El último inciso sería con posterioridad sustituido, en el sentido de remitir la regulación más detallada del instituto al pertinente Reglamento («Das Nähere regelt die Geschäftsordnung»).

(77) Jörg LUTHER, «L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht», en la obra *L'opinione dissenziente*, a cura di Adele ANZON, Giuffrè Editore, Milano, 1995, pp. 259 y ss.; en concreto, pp. 275-276.

(78) En su dicción original, posteriormente objeto de alguna modificación, el precepto quedaba así redactado: «Ein Richter kann seine in der Beratung vertretene abweichende Meinung zu der Entscheidung oder zu deren Begründung in einem Sondervotum niederlegen; das Sondervotum ist der Entscheidung anzuschliessen. Die Senate können in ihren Entscheidungen das Stimmenverhältnis mitteilen. Das Nähere regelt eine Verfahrensordnung, die das Plenum des Bundesverfassungsgerichts beschliesst».

Digamos, ante todo, que la Ley vino a clarificar la terminología anteriormente utilizada, que no era en exceso nítida (79). El precepto legal deja efectivamente claro que la expresión «*Abweichende Meinung*» alude al contenido, mientras que el término «*Sondervotum*» identifica la forma procesal del instituto.

La institución tendría una utilización fulgurante, pues el 4 de enero de 1971 ya se depositaba el primer *Sondervotum*, suscrito por los Jueces Geller, Schlabrendorff y Rupp, respecto de una sentencia que rechazaba un recurso contra una ley de reforma de la ley de interceptaciones telefónicas, depositada el 15 de diciembre de 1970, esto es, con anterioridad a la entrada en vigor de la ley de reforma de la *BVerfGG*, y, obviamente, de las normas reglamentarias, circunstancia que no dejó de suscitar amplias críticas (80).

II. El régimen jurídico de ejercicio del instituto iba a ser desarrollado por medio de un Reglamento especial de procedimiento (*Verfahrensordnung*) de 27 de enero de 1971, posteriormente modificado e incorporado al Reglamento general (*Geschäftsordnung*) (81). A tenor de la mencionada reglamentación (82):

1) El voto separado, en el que un juez redacta la propia opinión disidente, sostenida durante la discusión, en discrepancia con la decisión o con la motivación, debe ser presentado al presidente de la Sala dentro de las tres semanas posteriores a la redacción de la decisión. La Sala puede ampliar este plazo.

(79) Análogamente, Gerd ROELLECKE, «*Sondervoten*», *op. cit.*, p. 365.

(80) La Sentencia de la Sala Segunda (*Urteil des Zweiten Senats*), de 15 de diciembre de 1970, puede verse en *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 30. Band, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1971, pp. 1 y ss.; los «*Sondervoten*», en pp. 33 y ss. Este voto particular, suscrito por tres Jueces, estaba detallada y extensamente fundamentado, hasta el extremo de que ocupaba justamente una extensión igual a la mitad de la que abarcaba la sentencia.

(81) El texto actualizado del *Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts*, de 15 de diciembre de 1986, en la versión publicada el 7 de enero de 2002, puede verse en Hans LECHNER und Rüdiger ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, pp. 713 y ss.

(82) Este texto es nuestra traducción de la versión italiana que del texto alemán recoge Jörg LUTHER, en «*L'esperienza del voto dissenziente...*», *op. cit.*, pp. 247-248.

2) Cualquiera que desee depositar un voto separado debe comunicarlo a la Sala en cuanto el desarrollo de la discusión lo permita.

3) Si es depositado un voto separado relativo a una sentencia, el presidente de la Sala debe dar cuenta del mismo durante la lectura pública de aquélla. Posteriormente, el juez puede comunicar el contenido esencial del propio voto separado.

4) El voto separado viene notificado conjuntamente con la decisión.

5) El voto separado debe publicarse en la colección oficial de decisiones del Tribunal Constitucional federal en un apéndice a la decisión con el nombre del juez.

6) Las disposiciones precedentes se aplican de modo análogo a los votos separados en discrepancia con las decisiones del *Plenum*.

III. Varios aspectos son de destacar del régimen jurídico expuesto. Procedemos a exponerlos sistematizadamente, partiendo de la idea, que puede parecer obvia, no obstante lo cual es subrayada de modo específico en el bien conocido comentario de Maunz (83), de que se trata de un derecho, pero ninguna obligación hay sobre un *Sondervotum* («aber keine Pflicht zu einem Sondervotum»).

A) La primera cuestión relevante de la normación transcrita es la fijación de un plazo concreto a los efectos de la presentación de una opinión disidente (*abweichend Meinung*). El Reglamento fija el plazo de tres semanas, aunque contempla la posibilidad de que tal período pueda ser prorrogado. En todo caso, el futuro disidente debe anunciar la formalización de su futuro disenso desde el mismo momento en que el desarrollo de la discusión colegial lo permita. Un caso anómalo, recordado por la doctrina (84), es el que se produjo con ocasión de un conflicto de atribuciones sobre la facultad de disolución del *Bundestag*, en el que el mencionado plazo, por razón de urgencia, se vio reducido a tan sólo 24 horas.

B) La exigencia de un «preaviso» por parte de quien pretende disentir formalmente es obvio que está encaminada a garantizar la

(83) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, razonado por («begründet von») Theodor MAUNZ, y continuado por Bruno SCHMIDT-BLEIBTREU, Franz KLEIN, Gerhard ULSAMER, Herbert BEIHGE y Klaus WINTER, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Dezember 1993, Art. 30, p. 10.

(84) Jörg LUTHER, «L'esperienza del voto dissenziente...», *op. cit.*, p. 248.

autoridad colegial, pues con tal aviso previo se posibilita a la mayoría replicar el argumento del disidente. Ello se comprende perfectamente si se tiene en cuenta que, como dijera un antiguo Vicepresidente del Tribunal, Mahrenholz, «la opinión disidente traslada la autoridad de una decisión del Tribunal Constitucional de la importancia (autoridad) institucional al peso específico de los fundamentos de la misma decisión» («Eine abweichende Meinung verlagert die Autorität einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von ihrem institutionellen Gewicht weg auf das Gewicht der Gründe der Entscheidung selbst») (85). De ahí que cada juez tenga derecho a requerir la reapertura del debate colegial acerca del caso en el supuesto de que se presente un *dissent*. Los *Sondervoten*, como escriben Schlaich y Koriath (86), posibilitan una clara articulación de la opinión de la mayoría y en ocasiones algo semejante a un compromiso de carácter diplomático («diplomatischen Kompromisscharakter»). En último término, para el colegio de jueces (*Richterkollegium*) el *Sondervotum* es una válvula («ein Ventil») para que las controversias en el colegio puedan distenderse durante la deliberación (87). Por lo demás, el Reglamento impone al ponente la distribución de una relación escrita con su propuesta de decisión; a la par, el texto reglamentario garantiza a los jueces que integran la mayoría la reapertura de la discusión tras la redacción del *Sondervotum*. En la dirección de potenciar la autoridad del órgano colegial, aunque se trate de una cuestión puramente formal, ha de visualizarse la exigencia de que los jueces disidentes suscriban también la sentencia.

C) La reglamentación guarda silencio en torno a si el ponente de la sentencia puede disentir, separándose en ello, por ejemplo, del correspondiente Reglamento del Tribunal Constitucional austriaco (*Verfassungsgerichtshof*), pues si bien en Austria el instituto del *dissent* no se halla contemplado, es lo cierto que el art. 36 del mencionado Reglamento (*Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofes*) responsabiliza de la redacción de la sentencia a un miembro de la mayoría que ha

(85) Ernst-Gottfried MAHRENHOLZ, «Das richterliche Sondervotum», en W. HOPPE, W. KRAWIETZ y M. SCHULTE, *Rechtssprechungslehre*, Köln-Berlin, 1992, pp. 167 y ss.; en concreto, p. 169.

(86) Klaus SCHLAICH y Stefan KORIOATH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung. Verfahren. Entscheidungen*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001, p. 38.

(87) Christian PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, p. 292.

propuesto la formulación del dispositivo (88). Esta divergencia puede justificarse si se tiene en cuenta que en el *BVerfG* el ponente se elige en base a una específica deliberación colegial en torno al reparto anual de los asuntos, no apareciendo reflejado su nombre en la decisión judicial. Por otra parte, el ponente viene obligado a presentar al órgano colegial un esbozo de sentencia, que lógicamente puede ser modificado tras el pertinente debate colegial. Puede decirse, pues, que en el *BVerfG* existe la convención de que el juez ponente ha de redactar la sentencia aun cuando disienta de la posición expresada mayoritariamente. Es obvio, en cualquier caso, que la libertad de conciencia del juez que se encuentra en tal situación parece garantizada, pues siempre puede presentar un *Sondervotum* frente a una sentencia respecto de la que se encuentre en semejante coyuntura, una sentencia que, además, no mencionará su nombre. Ello no obstante, la fórmula no nos parece muy lógica; más aún, creemos que es ciertamente contradictoria y, por todo ello, harto discutible.

D) Innecesario es decir que en esta regulación tienen perfecto encaje los votos de adhesión, esto es, aquellos a cuyo través unos jueces se adhieren a los argumentos sustentados, o posición discrepante defendida, en un *Sondervotum* suscrito por otro juez.

E) También es evidente que los *Sondervoten* son admisibles en todo tipo de resoluciones, habiendo de ser publicados junto a ellas (89).

F) El aspecto posiblemente menos convincente de esta reglamentación es el relativo a la previsión de la posible comunicación por parte del disidente del contenido esencial de su discrepancia (*abweichend Meinung*) en el acto de lectura pública por el presidente de la Sala (*Senat*) de la sentencia. Esta determinación plantea como primer problema el de qué se entiende por «contenido esencial» del voto disidente. Con esta regla, además, se deja al juez disidente la última palabra en la mencionada sesión pública, lo que no parece una fórmula por entero satisfactoria. Como sostiene Ritterspach (90),

(88) El texto de este Reglamento puede verse en Theo ÖHLINGER und Martin HIESEL, *Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts*, Band I (Verfassungsgerichtsbarkeit), Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2001, pp. 629 y ss.

(89) Hans LECHNER und Rüdiger ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar*, 4. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, p. 182.

(90) Theodor RITTERSPACH, «Gedanken zum Sondervotum», en *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, herausgegeben von FURST, HERZOG und UMBACH, Berlin-New York, 1987, pp. 1379 y ss.; en concreto, pp. 1388-1389.

que el disidente tenga la última palabra («das letzte Wort») es poco satisfactorio («ist wenig erfreulich»).

G) El *Sondervotum*, como resulta obvio, pese a sus posibles efectos políticos, incluso de orientación jurisprudencial futura, con vistas a un hipotético *overruling*, no tiene ningún efecto jurídico («keine Rechtswirkung»), ninguna fuerza de cosa juzgada («es erwächst nicht in Rechtskraft») y no puede participar del efecto vinculante de la resolución («und kann an der bindenden Wirkung der Entscheidung nicht teilnehmen») (91). Como se afirma en el comentario dirigido por Maunz (92), la resolución del Tribunal está siempre tan sólo en el tenor de la sentencia que es asumida por la mayoría. Ello no obstante, los rasgos de la reglamentación permiten hablar, a juicio de Anzon (93), de que el *Sondervotum* no se presenta como algo intrínsecamente diverso de la sentencia.

Quizá convenga añadir que el principio de publicidad de los *Sondervoten* no ha quebrado ni mucho menos el principio del secreto de las deliberaciones de los miembros del colegio judicial. Como dice Geiger (94), ello encuentra su razón de ser en que con tal principio de secreto se pretende asegurar el libre y sereno desarrollo de la discusión en el interior del órgano judicial. Formalmente, ello es cierto, pero qué duda cabe que la publicidad de las posiciones disidentes relativiza notablemente la sustancia del mencionado principio.

5. LA PRAXIS DEL *SONDERVOTUM*

I. La praxis del instituto procesal alemán permite entresacar algunas conclusiones significativas. Ante todo, el número de votos

(91) Hans LECHNER und Rüdiger ZUCK, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006, p. 168.

(92) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, begründet von Theodor MAUNZ, *op. cit.*, Art. 30, p. 10.

(93) Adele ANZON, «Forma delle sentenze e voti particolari. Le esperienze di giudici costituzionali e internazionali a confronto», en *Politica del Diritto*, Anno XXV, n° 2, Giugno 1994, pp. 229 y ss.; en concreto, p. 233.

(94) Willi GEIGER, «Die abweichende Meinung beim Bundesverfassungsgericht und ihre Bedeutung für die Rechtsprechung», en *Die Freiheit des Anderen*, 1981, p. 462. Cit. por Adele ANZON: «Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali», en *Politica del Diritto*, Anno XXIII, n° 2, Giugno 1992, pp. 329 y ss.; en concreto, p. 337.

particulares en el *BVerfG* es muy reducido. Fromont ha llegado a afirmar (95) que, en la práctica, las opiniones disidentes son relativamente excepcionales, aunque, por lo general, conciernan a asuntos importantes tanto política como jurídicamente (96). Se ha visto la causa de este significativo hecho en la sobrecarga de trabajo, que constriñe a limitar de ordinario los *Sondervoten* a los contenciosos de cierta relevancia (97).

Simon ha corroborado empíricamente el limitado recurso a este instrumento procesal, facilitando algunos datos estadísticos. Entre 1971 y 1990 se publicaron un total de 1.379 sentencias, de entre las que sólo 26 de la Primera Sala y 78 de la Segunda, un total, pues de 104, incorporaban votos particulares, lo que, añadiríamos por nuestra cuenta, porcentualmente significa que en esos dos decenios sólo un 7,5 por 100 de las decisiones del *BVerfG* incorporaron *Sondervoten*, porcentaje ciertamente bajo. Se comprende por lo mismo que exista una opinión general en el sentido de que el empleo del instituto procesal del *Sondervotum* no sólo es mucho menor que el de las *separate opinions (dissenting and concurring)* en Norteamérica (98), sino que es bastante más reducido

(95) Michel FROMONT, «Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles. Allemagne», en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, VIII, 1992, pp. 163 y ss.; en concreto, p. 170.

(96) Pueden recordarse las tres sentencias sobre el controvertido tema de la despenalización del aborto, la sentencia sobre los crucifijos en las escuelas bávaras o las referentes a la reforma del derecho de asilo. En todas ellas, de gran relevancia, se presentaron *Sondervoten*.

(97) Helmut SIMON, «La Jurisdicción Constitucional», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional* (versión española de la obra *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1994), Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 823 y ss.; en concreto, p. 845.

(98) Tras la llamada «Revolución constitucional», cuya fecha suele fijarse, un tanto convencionalmente, el 29 de marzo de 1937, día en que la *Supreme Court* aprueba por cinco votos contra cuatro la trascendental sentencia dictada en el caso *West Coast Hotel Company v. Parrish*, que técnicamente suponía el *overruling* de la criticable doctrina sentada en el *Adkins case*, esto es, en el célebre caso *Adkins v. Children's Hospital*, decidido el 9 de abril de 1923, y políticamente entrañaba el triunfo del Presidente Roosevelt sobre la *Supreme Court*, tras años de un encarnizado enfrentamiento, y contra lo que razonablemente se hubiera podido prever, al propiciar Roosevelt en los años sucesivos, a través de la renovación progresiva de la Corte, una muy superior homogeneidad de ésta, lo cierto es que el número de *dissents* no ha hecho sino crecer.

Las estadísticas son inapelables y Pritchett lo corrobora cumplidamente cuando escribe: «The statistics show, in fact, that from a quantitative point of view at least, the reorganized Supreme Court has become by far the most badly divided body in the history of that

asimismo que en otros países europeos, como sería el caso de España, al que nos referiremos, a efectos tan sólo comparativos, más adelante. Se ha subrayado asimismo (99) que en Alemania el recurso al *dissent* ha ido progresivamente decreciendo, lo que contrastaría con lo que ha sucedido en los Estados Unidos. Sin embargo, esa apreciación puede ser válida para una determinada etapa, pero por los datos que más adelante facilitaremos, no lo sería con carácter absolutamente general, pues hay oscilaciones dignas de ser tenidas en cuenta.

Frente al inicio podríamos decir que fulgurante de la institución, con la presentación de 12 *Sondervoten* en 1971, sobre un total de 72 resoluciones judiciales de los dos *Senaten*, lo que equivalía a un 16,6 por 100, el número descendió notablemente en años posteriores: 3 *Sondervoten* en 1972; 8 en 1973; 6 en 1974; 5 en 1975... Zierlein facilita unos datos muy precisos sobre el recurso a este instituto procesal en el período que media entre el 15 de diciembre de 1970 (fecha, como ya se ha visto, de la primera decisión del *BVerfG* que fue objeto de opiniones discrepantes) y el final del año

institution». C. Herman PRITCHETT, «The coming of the new dissent: the Supreme Court, 1942-1943», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 11, 1943-1944, pp. 49 y ss.; en concreto, p. 49.

Nos haremos eco de algunos datos estadísticos ofrecidos por uno de los mejores conocedores del instituto del *dissent*. Según ZOBELL, si en 1937 el porcentaje de *nonunanimous opinions* había alcanzado el 27 por 100, en 1938 ya llegaba al 34 por 100; en 1942, al 44 por 100; en 1943, al 58 por 100; en 1946, al 64 por 100; en 1948, al 75 por 100, y en 1952, al 78 por 100. Karl M. ZOBELL: «Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial desintegration», en *Cornell Law Review*, vol. 44, 1958-1959, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 205.

Por nuestra parte, atendiendo a los datos que ofrece la *Harvard Law Review*, que a partir de su volumen 64 (1950-1951), comenzará a publicar una utilísima sección dedicada a las estadísticas de la *Supreme Court*, hemos elaborado unos cuadros estadísticos anuales que, comenzando en 1949, llegan hasta el año 2004 (Cfr. al efecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho comparado*, op. cit., t. I, pp. 349-353). Asimismo, hemos confeccionado un cuadro en el que periodificamos tales datos estadísticos por decenios y por etapas de la Corte que atienden a la figura del *Chief Justice* (*Ibid.*, p. 354). Reflejaremos ahora, muy sintéticamente, algunos de esos datos. En el período 1981-1989, el porcentaje de *full opinions* unánimes fue tan sólo del 23,4 por 100; en el período 1990-1999, del 32,2 por 100, y en el período 2000-2004, ese porcentaje se elevó al 33,7 por 100. Quiere ello decir que, *grosso modo*, en el cuarto de siglo analizado, no más de un 30 por 100 de las *full opinions* de la Corte Suprema norteamericana se han adoptado por unanimidad, contando el 70 por 100 restante con algún *dissent* o *concurrence*.

(99) WALTER lo ha puesto claramente de relieve. Cfr. al efecto, Christian WALTER, «La pratique des opinions dissidentes en Allemagne», op. cit., p. 3.

1979 (100), atendiendo lógicamente a las resoluciones de las dos Salas (*Senaten*) integrantes del Tribunal. En ese período se presentaron un total de 56 *Sondervoten* sobre un montante total de 659 resoluciones del Tribunal (entendemos que el autor se está refiriendo tanto a las sentencias, *Urteil*, como a las resoluciones que podríamos equiparar a nuestros autos, *Beschluss*), lo que equivale a un 8,5 por 100. No deja de sorprender el hecho de que mientras en la Primera Sala tan sólo fueron formalizados 11 votos particulares, ese número ascendió a 45 en la Segunda, siendo el número de resoluciones de ambas Salas muy semejante (319 en la Primera frente a 340 en la Segunda).

Ese porcentaje se iba a mantener en términos no muy diferentes en los años sucesivos, incluso con una clara tendencia a la baja. Así, por poner un ejemplo, Jutta Limbach, quien fuera Presidenta del *BVerfG*, ponía de relieve en 1998 que el porcentaje de *Sondervoten* ese mismo año no había excedido del 6 por 100 del total de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Por nuestra parte, atendiendo a los datos que periódicamente facilita el volumen de registro (*Registerband*) de las decisiones del *BVerfG*, que compendia a su vez los datos facilitados cada 10 volúmenes de la colección de decisiones dictadas en sede constitucional que se publican en *Tübingen*, hemos realizado unos cálculos que, en relación a las decisiones dictadas entre el 20 de marzo de 1979 (*Beschluss*) y el 14 de septiembre de 1989 (*Beschluss*) (101), nos ofrecen estos datos: en el período delimitado, algo superior a un decenio, el *Bundesverfassungsgericht* dictó un total de 697 decisiones (*Urteil und Beschluss*); en 38 de ellas hubo uno o más votos discrepantes, lo que se traduce en un porcentaje de un 5,45 por 100, cifra ciertamente reducida.

(100) Cfr. al efecto Karl-Georg ZIERLEIN: «Erfahrungen mit dem Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht», en *Die Öffentliche Verwaltung*, 34. Jahrgang, 1981, pp. 83 y ss.; en concreto, en la p. 89 puede verse el cuadro primero (*Übersicht 1*) relativo a los «Veröffentliche Sondervoten zu Entscheidungen des BVerfG», esto es, referente a los *Sondervoten* publicados respecto de las resoluciones del Tribunal.

(101) Hemos atendido al respecto a los siguientes tres volúmenes: *Registerband zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 51-60 (J. C. B. Mohr - Paul Siebeck, Tübingen, 1983); Band 61-70 (J. C. B. Mohr - Paul Siebeck, Tübingen, 1987), y Band 71-80 (J. C. B. Mohr - Paul Siebeck, Tübingen, 1990).

De modo sin embargo un tanto sorprendente, en nuestro análisis del período que inicia la decisión de 27 de enero de 2004 y cierra la de 11 de marzo de 2008 (decisiones comprendidas en los volúmenes 111 a 120 de la antes mencionada colección) (102), los datos han variado significativamente. En los poco más de cuatro años cubiertos, el Tribunal ha dictado un total de 123 decisiones, 19 de las cuales han contado con uno o más *Sondervoten*, lo que entraña un porcentaje del 15,44 por 100, casi tres veces superior al período precedentemente analizado. Este porcentaje, curiosamente, se aproxima mucho al equivalente español del período que media entre los años 2000 y 2006 (103).

No faltan autores que relativizan el recurso a las estadísticas. Tal es el caso de Roellecke, quien finaliza su análisis de la «Sondervoten-Praxis» (104), señalando que uno puede continuar con las estadísticas, pero lo cierto es que hasta el momento en que él escribe (2001), y siempre a su juicio, ninguna pauta o regla operativa o dogmática utilizable («keine operationablen oder dogmatisch verwertbaren Regeln») han producido.

II. Otro aspecto de interés a destacar en relación al instituto analizado es el hecho de que los votos disidentes no han provocado fenómenos de especial protagonismo entre los jueces constituciona-

(102) Hemos atendido al efecto al *Registerband zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 111-120, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009; la relación de *abweichende Meinungen*, en pp. 15-17.

(103) Según los datos que hemos calculado personalmente, atendiendo a las sentencias dictadas en todo tipo de procedimientos por el Tribunal Constitucional español, en el año 2000, el porcentaje de sentencias con votos particulares fue de un 17,0 por 100; en el 2001, de un 15,0 por 100; en el año 2002, de un 11,3 por 100; en el 2003, de un 13 por 100; en el 2004, de un 20,4 por 100; en el 2005, de un 17,8 por 100, y en el año 2006, de un 18,9 por 100. Totalizando los siete años, nos encontramos con que el Tribunal dictó en ese período un total de 1.983 sentencias, de ellas 328 incluyendo algún voto particular, lo que se traduce en 16,5 por 100 del total. Cfr. al efecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho comparado*, op. cit., t. I, pp. 435 y ss. Salvo alguna excepción, como aconteció en 1981, año en que el porcentaje de sentencias constitucionales que incluían algún voto particular llegó a ser de un 23,8 por 100, como regla general, ese porcentaje ha sido bastante más bajo. Y así, por ofrecer un dato significativo, para el período 1981-1994, Luatti señala que se formularon opiniones discrepantes en un total de 245 sentencias sobre un montante global de 2.854, lo que, porcentualmente, significa un 8,5 por 100. Lorenzo LUATTI, *Profili costituzionali del voto particolare* (L'esperienza del Tribunale Costituzionale spagnolo), Giuffrè Editore, Milano, 1995, pp. 311 y ss.

(104) Gerd ROELLECKE, «Sondervoten», op. cit., pp. 380-381.

les (105). No han faltado jueces especialmente discrepantes, como sería el caso, por poner algún ejemplo, de la bien conocida Jueza Wiltraut Rupp-von Brünneck, pero ha habido una generalizada actitud de *self restraint*, no sólo en atención al dato cuantitativo, sino también desde la perspectiva argumentativa de los *Sondervoten*, que han procurado evitar toda polémica.

Bien es verdad que en 1996, en su intervención ante la Asamblea del *Deutschen Juristentag*, celebrada en la ciudad de Karlsruhe, sede del Tribunal, Isensee veía una señal de alarma en el modo de redactar algunos votos particulares, pues, a su juicio, lo que podía ser válido y aún «refrescante» para un artículo científico o académico, podía no serlo para un *Sondervotum*, en cuanto que el juez que disiente tiene una particular obligación de lealtad en relación con la institución a la que pertenece. Desde este punto de vista, la crítica de Isensee no deja de arrojar zonas de sombra sobre la, por lo demás, prestigiosísima institución del *BVerfG*. Sus palabras no dejan lugar a duda. Es alarmante —escribe el Profesor de Bonn (106)— la crítica que experimenta el Tribunal Constitucional Federal («Alarmierend ist dagegen die Kritik») en sus propias filas. El Juez perdedor o que queda en minoría («Unterlegene Richter») aprovecha el voto particular para, en realidad, hacer una crítica de la mayoría de la Sala («Senatsmehrheit») o de la propia Sala («Senat»). Para Isensee, es evidente que el sentido del *Sondervotum* tan sólo puede ser una forma de manifestar una opinión divergente, pero no una crítica tan dura a la resolución («nicht aber einen Verriss der Entscheidung»), ni carente por completo de imparcialidad. No falta, sin embargo, quien, como Ritterspach (107) considera como algo evidente («selbstverständlich») que el estilo y la dicción de los *Sondervotums* tenga que verse impregnado de agresividad y mordacidad polémica contra la opinión de la mayoría («von Aggressivität und polemischer Schärfe gegenüber der Mehrheitsmeinung»).

(105) Así lo constata Adele ANZON: «Forma delle sentenze e voti particolari. Le esperienze di giudici costituzionali e internazionali a confronto», en *Politica del Diritto*, Anno XXIII, n° 2, Giugno 1992, pp. 209 y ss.; en concreto, p. 233. Este artículo también puede verse publicado en la obra *L'opinione dissenziente*, a cura di Adele ANZON, Giuffrè Editore, Milano, 1995, pp. 429 y ss.

(106) Josef ISENSEE, «Bundesverfassungsgericht—quo vadis?», en *Juristen Zeitung*, 51. Jahrgang, 22. November 1996, pp. 1085 y ss.; en concreto, p. 1087.

(107) Theodor RITTERSPACH, «Gedanken zum Sondervotum», *op. cit.*, p. 1388.

Es verdad, sin embargo, que en los últimos tiempos el Tribunal alemán, en temas especialmente controvertidos, se ha pronunciado por unanimidad. Buen ejemplo de ello lo encontramos en las sentencias relativas a la integración europea, al Tratado de Maastricht, a la constitucionalidad de la moneda única, al reparto de ingresos entre los *Länder*, cuestión esta última, innecesario es decirlo, de especialísima importancia en un sistema federal y, por lo demás, particularmente polémica en Alemania. En fin, innecesario es añadir que la autoridad del Tribunal no se ha visto en modo alguno afectada de resultados de los *Sondervoten* presentados.

En cuanto a la influencia de los *dissents* sobre la evolución posterior de la jurisprudencia del propio Tribunal, que en Estados Unidos ha sido más que notable, propiciando buen número de *overruling*, lo cierto es que el *BVerfG* no ofrece casos tan evidentes como en Norteamérica, no obstante lo cual, algunos relevantes autores, como es el caso de Schlaich y Koriöth (108), han llegado a hablar de que, de alguna manera, los *Sondervoten* llevan consigo una fuerza normativa («eine “normative Kraft”»), lo que no puede entenderse, creemos, sino en ese sentido de proyección de futuro, pues, en rigor, es obvio que los votos particulares carecen de eficacia jurídica. En cualquier caso, un sector de la doctrina ha puesto de relieve que en algunos casos, pocos pero significativos, el *dissent* en el interior del Tribunal, combinado con la posición de la doctrina científica, ha determinado posteriores cambios jurisprudenciales (109). Cabe añadir que, en Alemania, el peso de la doctrina científica sobre la propia evolución de la jurisprudencia es elevado, lo que explica que la acción combinada de la doctrina y de algunas posiciones disidentes respecto a la mayoría pueda terminar propiciando *overruling* jurisprudenciales.

Anzon, con ajustadas palabras, ha sintetizado la valoración que suscita la praxis de este instituto en Alemania, significando que «l’esperienza concreta ha dimostrato infondati sia gli entusiasmi sia

(108) Klaus SCHLAICH und Stefan KORIOETH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung. Verfahren. Entscheidungen*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2001, p. 40.

(109) Jörg LUTHER, «L’esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht», *op. cit.*, p. 270.

le pessimistiche previsioni iniziali» (110), opinión, como tendremos oportunidad de constatar, bien semejante a la expresada por algún autor alemán algunos años después.

6. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA ANTE ESTE INSTITUTO PROCESAL

I. El instituto del *dissent* parece estar definitivamente arraigado en el Tribunal Constitucional Federal alemán, aun cuando no han faltado autores, como sería el caso de Geck, que han mostrado sus dudas acerca de tal arraigo. Para Geck, en efecto, el instituto en cuestión no es en la actualidad (escribe en 1987) jurídico-políticamente incuestionable. Aun cuando admite que el *Sondervotum* se ha impuesto en el *BVerfG*, no descarta que en el futuro pudiera producirse su supresión. Para el citado autor, el estilo individual de los *Sondervoten* es ciertamente problemático («Problematisch ist allerdings der Stil Sondervoten») (111). Innecesario es decir que el vaticinio de Geck, transcurrido casi un cuarto de siglo desde su formulación, no parece haber sido muy afortunado.

En cualquier caso, aunque consideremos sólidamente arraigado este instituto, no se puede ignorar que el mismo sigue siendo controvertido por un sector de la doctrina que creemos minoritario. Los argumentos contrarios al *Sondervotum*, al igual que los favorables, están lejos de ser originales, acomodándose a los que son lugar común en otros países, incluso en Estados Unidos, donde pese a la solidez del instituto de las *separate opinions*, que en otro lugar hemos tildado de «the hallmark of the American judiciary» (112), puede hablarse de un debate permanente acerca del mismo. Stern, en referencia a la discusión alemana, compendiaría en pocas y atinadas palabras la controversia al señalar que el *Sondervotum* presenta aspectos po-

(110) Adele ANZON: «Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali», *op. cit.*, p. 340.

(111) Wilhelm Karl GECK, «Wahl und Status des Bundesverfassungsrichter», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Herausgegeben von Josef ISENSEE und Paul KIRCHHOF, Band II (Demokratische Willensbildung—Die Staatsorgane des Bundes), C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1987, pp. 697 y ss.; en concreto, pp. 733-734.

(112) Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho comparado*, *op. cit.*, t. I, pp. 228 y ss.

sitivos y negativos. Entre los primeros, el desarrollo posterior de la jurisprudencia y la formación de nuevas reflexiones o de precisiones sobre las ya existentes. Entre los segundos, debilitar la fuerza persuasiva (*Überzeugungskraft*) de las sentencias, así como también su efecto pacificador (*Befriedungswirkung*) (113).

También otro relevante autor como Pestalozza establecería matices respecto de la institución, significando que aunque en la discusión sobre el *Sondervotum* se plantea como algo evidente que los jueces disidentes pueden medirse con la mayoría, el gran nivel jurídico de los *Sondervoten* no es por sí solo suficiente condición para su admisibilidad («fur ihre Zulässigkeit») (114). Y uno de los últimos autores en estudiar el instituto, Roellecke, refiriéndose a las consecuencias del desarrollo histórico del instituto, entresaca de ellas que los *Sondervoten*, en un moderno procedimiento judicial, son superfluos («entbehrlich»), cuando no disfuncionales («dysfunktional») (115). Análogamente, Ritterspach (116) ha mostrado su escepticismo ante el instituto, subrayando que a la euforia que el mismo desatara en el Congreso de Nuremberg de 1968, ya citado, ha seguido el desencanto («Ernüchterung») desencadenado por las experiencias de su praxis («Erfahrungen der Praxis»).

Nadie ha defendido el instituto procesal del *Sondervotum* tan apasionadamente como Häberle. Para el Profesor de Bayreuth, los votos particulares, en una Constitución del pluralismo, forman parte del *élan vital* (impulso vital) de la Constitución, son expresión de la publicidad y del carácter abierto de la Constitución, de la apertura de sus intérpretes y del pluralismo constitucional. A la par, posibilitan alternativas interpretativas en el sentido de «pensar en posibilidades». Cumplen además una función de pacificación, de «reencuentro» de la parte derrotada (por así llamarla), abriendo una específica

(113) Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II (Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung), C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1980, p. 1043.

(114) Christian PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht* (Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder), 3. völlig neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, p. 292.

(115) Gerd ROELLECKE, «Sondervoten», *op. cit.*, p. 378.

(116) Theodor RITTERSPACH, «Gedanken zum Sondervotum», *op. cit.*, p. 1389.

«ventana del tiempo», por cuanto la minoría de hoy puede convertirse mañana en la mayoría. Por ello, son también parte de la democracia. Practicados prudente y no vanidosamente, son, según Häberle, la coronación, la culminación de la jurisdicción constitucional en el Estado constitucional en su actual estadio de desarrollo (117).

Al margen ya del inequívoco posicionamiento de Häberle, que por su rotundidad hemos separado de los demás, las posiciones doctrinales en torno al instituto son, como ya se ha dicho, básicamente proclives al mismo. En una rápida y necesariamente limitada aproximación a ellas, las agruparemos diferenciando los argumentos institucionales; aquellos otros atinentes a la situación subjetiva del juez; los referentes a la aplicación judicial del Derecho y, en fin, los argumentos relativos a la cultura jurídica.

A) Entre los argumentos institucionales puede, en primer término, situarse el que vincula el *dissent* con los standards democráticos. A este respecto, Heyde ha considerado (118) que los *Sondervoten* se corresponden con una exigencia de nuestro tiempo hacia un aumento de los puntos de vista democráticos («demokratischer Gesichtspunkte»). Y ello, innecesario es decirlo, por cuanto el *dissent* provee cauces legítimos de expresión del desacuerdo. Por otro lado, un principio fundamental en los sistemas democráticos es el de los *checks and balances*. No debe extrañar por ello mismo que algunos autores hayan visto en el *dissent*, en cuanto instituto llamado a evitar la sensación de infalibilidad que sin él podrían tener las sentencias dictadas en sede constitucional, una cierta manifestación de aquel principio (119), o, como en Alemania escribie-

(117) Peter HÄBERLE: «Los derechos fundamentales en el espejo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Exposición y crítica», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3.^a época, núm. 2, 1999, pp. 9 y ss.; en concreto, pp. 14-15. Asimismo, en «La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado constitucional», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001, pp. 169 y ss.; en concreto, p. 180.

(118) Wolfgang HEYDE, «Dissenting opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», *op. cit.*, p. 217.

(119) Particularmente significativa al efecto es la posición de uno de los mejores conocedores del instituto en Norteamérica, MUSMANNO. «If there were no dissenting opinions, —escribe el citado autor— court opinions would bear *the imprimatur of infallibility* which no one would dare to criticize. This would mean that court decisions would be immune from the principle of government which controls every American institution, namely, that

ra Pestalozza (120), un poder de contrapunto («Das Sondervotum als Kontrapunkt macht»), o lo que es igual, de contrapeso, de equilibrio.

La publicidad y transparencia de las decisiones judiciales a que coadyuva el voto particular es otro argumento institucional que también ha encontrado adherentes entre la doctrina germana. Como se afirma en la obra que fundara Maunz (121), caso de que en una resolución no se emita ningún *Sondervotum*, no será entonces reconocible si ha habido contradicción («Widerspruch») respecto a la sentencia («Urteil») o a su fundamentación («Begründung») dentro de las Salas («innerhalb des Senats»). Desde esta amplia perspectiva, la publicación de los *dissents*, como bien apuntara Heyde (122), sirve en sentido específico al principio de seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*). Como dijera Pestalozza, y creemos que ello complementa a la perfección lo que se acaba de indicar, «Recht soll transparent sein, seine Quelle offen liegen» (el Derecho debe ser transparente, sus fuentes estar abiertas) (123), y a ello, a alcanzar esa transparencia, añadía el Profesor de la Universidad Libre de Berlín, es a lo que conduce el *Sondervotum*.

Ciertamente, no faltan quienes cuestionan, en parte al menos, la supuesta transparencia posibilitada por el instituto. Tal es el caso de Roellecke (124), quien duda de que la publicación de los *Sondervoten* permita inducir el enfoque político («die politische Einstellung») de cada uno de los jueces y sus discusiones y actitudes ante las votaciones («ihr Diskussions- und Abstimmungsverhalten») en los casos políticos relevantes («in politisch relevanten Fallen»), concluyendo que el planteamiento es tan trivial que uno se sorprende.

of checks and balances. Without the checks and balances of dissenting opinions, error could be exalted, mistakes glorified, indifference encouraged and eventually injustice become commonplace». Michael A. MUSMANN, «Dissenting Opinions», en *Kansas Law Review*, vol. 6, 1957-1958, pp. 407 y ss.; en concreto, p. 416.

(120) Christian PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1991, p. 292.

(121) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, begründet von Theodor MAUNZ, *op. cit.*, Art. 30, p. 10.

(122) Wolfgang HEYDE, «Dissenting opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», *op. cit.*, p. 219.

(123) Christian PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht*, *op. cit.*, p. 293.

(124) Gerd ROELLECKE, «Sondervoten», *op. cit.*, p. 382.

Otro argumento institucional proviene de la conexión que se ha establecido entre las *separate opinions* y el fortalecimiento del prestigio del Tribunal y de la autoridad de sus decisiones (aunque, ciertamente, este mismo argumento ha sido identificado por otros sectores doctrinales como uno de los «debes» del voto particular). Ya en Norteamérica, uno de sus más grandes jueces, el *Chief Justice* de la *Supreme Court of California*, Roger Traynor, hizo especial hincapié en este razonamiento. Un *dissent* bien razonado, —escribiría Traynor (125)— aunque resulte paradójico, incrementa la seguridad de la opinión mayoritaria. En similar dirección, Heyde (126) ha entendido que al intensificar la discusión en sede judicial los *Sondervoten* fortalecen («stärken») la autoridad de los Jueces y de sus resoluciones («die Autorität der Gerichte und ihrer Entscheidungen»). Schlaich ha abordado a su vez este argumento en la dirección de negar que el instituto procesal en cuestión, contra lo que otros sostienen, debilite la autoridad del órgano o de sus decisiones, algo de lo que ya se ocupara Mortati, apasionado defensor del *voto dissenziente*. Frente a quienes consideraban que el disenso debilitaba la autoridad de la sentencia, el relevante autor italiano (127) observaba que si tal autoridad era visualizada desde el punto de vista formal, «nessuna *deminutio* viene a subire dall'esteriorizzarsi del dissenso», mientras que si aquella autoridad se consideraba desde la óptica sustancial, era claro que la misma no podía depender del hecho puramente numérico de los votos que la sustentan, «bensì sul rigore dell'argomentazione che sostiene la sentenza». En una dirección muy próxima se iba a manifestar, como antes anticipábamos, Schlaich (128), que, aún admitiendo que el *Sondervotum* sacrifica ciertamente algo de la colegiali-

(125) Roger J. TRAYNOR, «Some open questions on the work of State appellate Courts», en *The University of Chicago Law Review*, vol. 24, 1956-1957, pp. 211 y ss.; en concreto, p. 218.

(126) Wolfgang HEYDE, «Dissenting opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», *op. cit.*, p. 218.

(127) Costantino MORTATI, «Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali», en *Problemi di Diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana* (Raccolta di Scritti - III), Giuffrè Editore, Milano, 1972, pp. 847 y ss.; en concreto, pp. 869-870.

(128) Klaus SCHLAICH, «Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania», en *Quaderni Costituzionali*, Anno II, n° 3, Dicembre 1982, pp. 557 y ss.; en concreto, p. 564.

dad, entendía que, ello no obstante, no debilita la autoridad de la sentencia constitucional, tesis reiterada («Das Sondervotum... es schwächt aber nicht die Autorität der Gerichtsentscheidung») en la ya clásica obra del propio autor y de su discípulo, el Prof. Koriouth, sobre el *BVerfG* (129), que complementan con la reflexión de que el *Sondervotum* se limita a exteriorizar que la discusión jurídica de los problemas constitucionales sigue abierta.

B) Un segundo bloque de argumentaciones atiende a la situación subjetiva del juez, y de modo muy particular, a la garantía de su independencia y libertad. Ya en Estados Unidos Stephens, tiempo atrás, consideró que la función de las *concurring and dissenting opinions* no quedaba confinada a su influencia en el desarrollo del Derecho; bien al contrario, «they help to preserve the necessary independence of judges» (130).

En cuanto que la independencia personal («Persönliche Unabhängigkeit»), como bien ha escrito Geck (131), en un sentido amplio, es, finalmente («letzlich»), la libertad interior («die innere Freiheit») para decidir en una resolución sólo lo que se cree justo («richtig») según la ley y el Derecho («nach Gesetz und Recht»), es evidente, añadiríamos ya por nuestra cuenta, que el *dissent* no sólo es una garantía de la independencia, y por ello mismo de la libertad del juez, sino que, más allá de ello, resulta positivo para su propia personalidad y contribuye a revalorizar su dignidad. En este sentido, Heyde ha entendido (132) los *Sondervoten* como algo positivo para la propia personalidad del juez («positiv auf die Richter persönlichkeit»), reflexión que se ha de conectar con aquella otra que mantiene el mismo autor, de que este instituto garantiza más la libertad de las convicciones judiciales («Freiheit der richterlichen Überzeugung»).

(129) Klaus SCHLAICH und Stefan KORIOOTH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung. Verfahren. Entscheidungen*, *op. cit.*, p. 37.

(130) Richard B. STEPHENS, «The function of concurring and dissenting opinions in courts of last resort», en *University of Florida Law Review*, vol. V, 1952, pp. 394 y ss.; en concreto, p. 410.

(131) Wilhelm Karl GECK, «Wahl und Status der Bundesverfassungsgericht», *op. cit.*, p. 731.

(132) Wolfgang HEYDE, «Dissenting opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», *op. cit.*, p. 225.

C) El tercer bloque argumental tiene que ver con la aplicación judicial del Derecho. Un primer argumento es el de que el *dissent* contribuye al dinamismo de la jurisprudencia y del Derecho. Heyde se manifestó en esta dirección, al sostener (133) que los *Sondervoten* hacen unas considerables aportaciones a la evolución del Derecho constitucional («Beitrag, zur Fortentwicklung der Verfassungsrecht»). En la misma dirección, Heusinger entiende (134) que la apertura, esto es, la publicidad de los *dissents* («Offene dissenting votes») dobla la petrificación («der Versteinierung»). En fin, también se ha visto en el instituto que venimos analizando una válvula con la función propia de este aparato (135), que puede regular la circulación del flujo jurídico, por así denominarla.

La viabilización de una lectura plural de la Constitución a través del instituto del *dissent* es otra reflexión reconducible a este bloque argumental. La pérdida de la mística certeza de la ley ha sido puesta de relieve comúnmente por los defensores del instituto, al margen ya de recordarse que el Derecho no es una ciencia exacta. En este sentido, Carter razonaba hace más de medio siglo (136) que al no ser el Derecho una ciencia exacta, en un grupo compuesto por tres, cinco, siete o nueve personas, con diferentes orígenes, experiencias, creencias, filosofías políticas, económicas y sociales, no se puede esperar que piensen de la misma forma. Más aún, que piensen de la misma forma no es un objetivo válido para ser alcanzado. «The law can not, and must not, stand still while the rest of the world moves on».

En una sociedad moderna, donde la vocación y la madurez democráticas son sentimientos radicados en la conciencia popular, el argumento de la certeza del Derecho pierde gran parte de su fuerza, pues,

(133) Wolfgang HEYDE, «Dissenting opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», *op. cit.*, p. 217.

(134) Bruno HEUSINGER, «Überlastung der Zivilsenate des Bundesgerichtshofes und Mittel zur Abhilfe», en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 76. Band, Heft 5/6, Dezember 1963, pp. 321 y ss.; en concreto, p. 338.

(135) ZEIDLER habló en Alemania, antes de que se institucionalizara el *Sondervotum*, de «la válvula de los votos discrepantes» («das Ventil des abweichenden Votums»). Karl ZEIDLER: «Gedanken zum Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgerichts», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 86. Band, 1961, pp. 361 y ss.; en concreto, p. 368.

(136) Jesse W. CARTER, «Dissenting Opinions», en *Hastings Law Journal*, vol. 4, 1952-1953, pp. 118 y ss.; en concreto, p. 119.

como significa Amato (137), en tal sociedad, la opinión pública es un complejo de ideas y de orientaciones en conflicto que se vinculan a la heterogeneidad del propio agregado social. No es inadecuado recordar aquí al considerado como «the great dissenter» (138), el gran *Justice* Oliver Wendell Holmes, quien pusiera de manifiesto cuán ilusoria era la búsqueda de la certeza del Derecho por parte de los juristas. Holmes mostró un inequívoco escepticismo frente a los dogmas y las opiniones dogmáticas. «No hay una sola proposición general que valga lo más mínimo», escribía en una carta dirigida a su amigo el Profesor inglés Frederick Pollock en 1919 (139). Nadie, dirá otro gran *Associate Justice*, Cardozo (140), combatió más eficazmente que él la represión de una fórmula y la tiranía de los tópicos y de las etiquetas («the tyranny of tags and tickets»).

A partir de las premisas que preceden, se comprende que amplios sectores de la doctrina reivindiquen la bondad del *dissent* como instrumento que coadyuva muy positivamente a esa lectura plural del ordenamiento desde la luz que le proporcionan los principios y valores constitucionales. En tal dirección se sitúan en Alemania Schlaich y Koriöth, para quienes la introducción del *Sondervotum* es la expresión, a nivel de organización procesal, del pluralismo inequívocamente presente en muchos sectores del Derecho constitucional, bien bajo el perfil metodológico, bien como resultado de la interpretación constitucional («Pluralismus in Methode und Ergeb-

(137) Giuliano AMATO, «Osservazioni sulla “dissenting opinion”», en la obra *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, a cura di Costantino MORTATI, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 21 y ss.; en concreto, pp. 22-23.

(138) Así lo reconocen, entre otros muchos, Karl M. ZOBELL, en su clásico y documentadísimo trabajo «Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial desintegration», en *Cornell Law Review*, vol. 44, Ithaca, New York, 1958-1959, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 202.

(139) Carta de Holmes a Sir Frederick Pollock, fechada el 26 de mayo de 1919. Puede verse en *Holmes-Pollock Letters*, vol. 2, 2.^a ed., 1961, p. 13. Cit. por Bernard SCHWARTZ, «The Judicial Ten: America's Greatest Judges», en *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 4, 1979, pp. 405 y ss.; en concreto, p. 423, nota 136. Hay una versión española de este trabajo con el título, *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980.

(140) Benjamin Nathan CARDOZO, «Mr. Justice Holmes», en *Harvard Law Review*, vol. XLIV, 1930-1931, pp. 682 y ss.; en concreto, p. 688.

nis der Verfassungsinterpretation»)(141). En similar dirección, Luther entiende (142) que el *dissent* responde a una exigencia objetiva de dar expresión procesal a la idea de desarrollo de la Constitución, garantizando no sólo la estática de sus decisiones, sino también su dinámica y, con ella, su carácter abierto.

La mejora de la calidad de la argumentación y de la propia jurisprudencia es otro argumento muy reiterado por quienes apoyan el instituto que nos ocupa, y también reconducible a este bloque. Esta consideración está muy extendida. El actual *Justice* de la *Supreme Court* Antonin Scalia escribió hace no muchos años (143): «The most important effect of a system permitting dissents and concurrences is to improve the majority opinion». Este punto de vista ha encontrado numerosos adeptos entre la doctrina alemana.

En la importante obra que dirigiera Maunz, se aduce que quien esgrime un voto particular no es ningún mal perdedor, sino que documenta en primer lugar la calidad e intensidad de la argumentación interna del Tribunal («die Qualität und Intensität der gerichtlichen Argumentation»), y además, más detalladamente y con más meticulosidad de como figura en la propia decisión mayoritaria (144). Más adelante, se añade (145) que las opiniones divergentes («die abweichenden Auffassungen») suponen aportaciones a la discusión pública («veröffentliche Diskussionsbeiträge») que, eventualmente, pueden ser de cierta utilidad extraprocesal para las partes del proceso que han sido derrotadas en él. En la misma línea, para Heyde (146), «Sondervoten steigern (aumentan) die Intensität der Beratung (de la discusión)».

(141) Klaus SCHLAICH und Stefan KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung. Verfahren. Entscheidungen*, op. cit., p. 37.

(142) Jörg LUTHER, «L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht», en la obra *L'opinione dissenziente*, a cura di Adele ANZON, Giuffrè Editore, Milano, 1995, pp. 259 y ss.; en concreto, p. 277.

(143) Antonin SCALIA, «Remarks on Dissenting Opinions», en la obra *L'opinione dissenziente*, a cura di Adele ANZON, Giuffrè Editore, Milano, 1995, pp. 411 y ss.; en concreto, p. 422.

(144) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, begründet von Theodor MAUNZ, op. cit., Art. 30, p. 7.

(145) *Ibid.*, Art. 30, p. 10.

(146) Wolfgang HEYDE, «Dissenting opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», op. cit., p. 218.

Y en un trabajo sobre la praxis del instituto alemán (147), se indica que la posibilidad de un *dissent* demanda a los jueces que pertenezcan a la mayoría reconsiderar sus argumentos y precisar su razonamiento.

D) Un último bloque argumental puede reconducirse a la cultura jurídica, si bien en este ámbito la doctrina ha incidido bastante menos que en los anteriores, no obstante lo cual Schlaich y Koriath también recurren a esta reflexión al sostener que los *Sondervoten* coadyuvan positivamente a las conferencias científicas («Wissenschaftlichen Gespräch») (148), lo que es tanto como decir, al debate científico, con lo que ello puede contribuir al enriquecimiento de la cultura jurídica.

II. Entre los jueces constitucionales alemanes, no parece que el *Sondervotum* haya sido objeto de un especial debate. Millgramm, en un conocido estudio (149), para cuya elaboración utilizó un cuestionario en orden a recoger las opiniones personales de bastantes jueces, varios de ellos constitucionales, en torno a los *Sondervoten*, ha subrayado de modo especial que todos ellos habían puesto de relieve el positivo efecto que la opinión disidente tenía sobre el razonamiento de la mayoría. No ha de extrañar esta cierta convergencia. Puede recordarse al efecto que ya antes de que el instituto se positivase en la *BVerfGG*, el Juez del Tribunal Constitucional Julius Federer finalizaba su estudio sobre las opiniones discrepantes (*abweichende Meinungen*) de los jueces de la minoría, subrayando sus benéficos efectos, y entre ellos el de estímulo de la discusión científica («die wissenschaftliche Diskussion beleben»), al margen ya del fortalecimiento del sentido de responsabilidad de los jueces y de su positiva incidencia sobre la evolución de la legislación y de la jurisprudencia (150). Tales reflexiones son reveladoras de que ya incluso antes de su institucionalización, el instituto era considerado por buen número de jueces constitucionales muy positivo para la vida interna del propio órgano y para el fruto de

(147) Christian WALTER, «La pratique des opinions dissidentes en Allemagne», *op. cit.*, p. 4.

(148) Klaus SCHLAICH y Stefan KORIOATH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung. Verfahren. Entscheidungen*, *op. cit.*, p. 39.

(149) Karl-Heinz MILLGRAMM, *Separate Opinions und Sondervotum in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Bundesverfassungsgerichts*, 1985, pp. 65 y ss. Cit. por Christian WALTER, «La pratique des opinions dissidentes en Allemagne», *op. cit.*, p. 5.

(150) Julius FEDERER, «Die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des übers-timmten Richters», *op. cit.*, p. 521.

su trabajo. Ello aparecería corroborado si se tiene presente el rol protagonista, al que ya se ha hecho detenida referencia, del propio Tribunal Constitucional alemán en la recepción del instituto en el ordenamiento jurídico germano-federal.

Ya con la experiencia de más de cuatro lustros de vigencia del *Sondervotum*, Simon (151) pudo hacer una equilibrada ponderación del mismo, de la que entresacaba dos argumentos de especial relevancia en su defensa: de un lado, el principio del pluralismo, pues el voto particular se presenta como una forma especial de la pluralista protección de minorías, operando además en este marco plural como un importante elemento de autocrítica, tanto más necesario cuanto que la institución no se halla bajo el control de ningún otro poder. De otro lado, ni la solidaridad entre los magistrados constitucionales, ni la autoridad de las sentencias del *BVerfG* parecen haber sufrido demasiado. Todo lo contrario, por lo menos en lo que atañe a la autoridad de las decisiones dictadas en sede constitucional, que, a juicio del propio autor, en los casos controvertidos, se ha visto reforzada, acentuándose su grado de aceptabilidad y el respeto hacia el Tribunal, al ponerse de relieve que se trata de un órgano que no se inhibe de entrar a debate y que muestra a los perdedores que sus posiciones no dejan por ello de mantenerse incorporadas al espectro de lo defendible.

Todavía mucho más recientemente, Weber (152) ha puesto de relieve que, aún faltando en los *Sondervoten* una cierta homogeneidad en su causa, estilo y propósito («eine gewisse Einheitlichkeit aus Anlass, Stil und Absicht»), sin embargo, apenas se puede negar que con el objetivo de una interpretación constitucional plural («im Sinne einer pluralistischen Verfassungsinterpretation»), exteriorizan de forma transparente los argumentos esenciales («die wesentliche Argumente»). La conclusión del mencionado autor es bien positiva: «Es gibt zahlreiche eindrucksvolle Beispiele für richtungsweisende Sondervoten» (Se dan numerosos ejemplos impresionantes de *Sondervoten* que sirven de modelo).

(151) Helmut SIMON, «La Jurisdicción Constitucional», *op. cit.*, p. 845.

(152) Albrecht WEBER, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland», en *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Christian STARCK y Albrecht WEBER (Hrsg.), Teilband I (Berichte), 2. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2007, pp. 37 y ss.; en concreto, p. 59. En versión española, «La Jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003, pp. 495 y ss.; en concreto, p. 524.

No faltan, sin embargo, algunos elementos que incitan a la preocupación. Se conectan con la posible desconexión de este instituto procesal con el principio de lealtad institucional, que en ocasiones puede reclamar de los jueces constitucionales el *self-restraint*. En su intervención, ya en un momento anterior aludida, ante la Asamblea del *Deutschen Juristentag* celebrada en Karlsruhe, Isensee (153) expresaba su preocupación ante el modo en que algunos votos particulares eran redactados, por cuanto que éstos deberían tener por objeto un razonamiento jurídico diferenciado del sustentado en el voto mayoritario, excluyendo cualquier polémica frente a la decisión de la mayoría. No en vano el empleo del *dissent* como arma arrojada de la minoría contra la mayoría desvirtuaría, más aún, pervertiría la institución. Por lo demás, el esfuerzo en pro del *self-restraint* se hace especialmente exigible en determinados supuestos de particular trascendencia, que pueden requerir un esfuerzo suplementario por parte de los integrantes del órgano colegiado jurisdiccional para aproximar posiciones en pro de una sentencia aprobada por unanimidad. La historia judicial norteamericana lo ha puesto de relieve con manifiesta claridad. Más aún, un juez, a nuestro entender, no debería disentir simplemente porque tiene una opinión diferente, sino porque esa divergencia de criterio se traduce en un desacuerdo fundamental sobre las propias bases de la resolución de un caso. De ahí que creamos que a Bergman, un decidido defensor del instituto, le asiste toda la razón cuando afirma: «judicial dissent should be exercised sparingly and only in the case of a fundamental disagreement over principles underlying the outcome of a particular case» (154). Y además, sería bueno que el autor de una *separate opinion* considerara no sólo los efectos positivos que espera conseguir de su publicación, sino también, como indica ZoBell (155), «the potentially undesirable effects of an addition to the sum of all dissents».

(153) Josef ISENSEE, «Bundesverfassungsgericht—quo vadis?», en *Juristen Zeitung*, 51. Jahrgang, 22. November 1996, pp. 1085 y ss.; en concreto, p. 1087.

(154) Matthew P. BERGMAN, «Dissent in the Judicial Process: Discord in Service of Harmony», en *Denver University Law Review*, vol. 68, 1991, pp. 79 y ss.; en concreto, p. 89.

(155) Karl M. ZOBELL, «Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial desintegration», en *Cornell Law Review*, vol. 44, 1958-1959, pp. 186 y ss.; en concreto, p. 213.

Conviene añadir que la experiencia a nivel federal ha tenido su reflejo en los ordenamientos de algunos *Länder*. Así, en la nueva Ley reguladora del Tribunal Constitucional de Hamburgo (*Gesetz über des Hamburgische Verfassungsgericht*), de 23 de marzo de 1982, se introdujo el instituto del *Sondervotum*, debiendo expresarse la voluntad de interponerlo en las deliberaciones previas a la sentencia, cabiendo bien frente a la resolución (*Entscheidung*), bien respecto de la motivación (*Begründung*) (156).

En definitiva, no se aprecia que un instituto procesal tradicionalmente característico de los sistemas de *common law* haya generado disfunciones en un país como Alemania, con un sistema jurídico de corte europeo-continental. Su encaje jurídico no ha planteado especiales problemas técnicos y su virtualidad creemos que, en lo básico, puede valorarse de modo positivo. Es cierto, desde luego, que existen puntos de vista más asépticos, si así se les puede llamar. Tal sería el caso de Roellecke, quien tras admitir que las consecuencias reales («Die reale Auswirkungen») de la introducción de los *Sondervoten* han llegado a ser reiteradamente discutidas («mehrfach erörtert werden»), entiende que el resultado de esa discusión es casi unánime («Das Ergebnis ist fast einhellig»): «Die Folgen sind weder so negativ wie befürchtet noch so positiv wie erhofft» (157) (Las consecuencias no son ni tan negativas como se temía ni tan positivas como se esperaba).

Con todo, por nuestra parte, y a modo de conclusión, optamos por hacernos eco de una perspectiva menos neutra: tal es la valoración final que del instituto hace Helmut Simon, para quien los *Sondervoten* han tenido un efecto desactivador de conflictos políticos y estabilizador para el sistema (158), lo que, innecesario es decirlo, casa mucho mejor con la visión por entero positiva que, con carácter general, nosotros mismos tenemos del instituto de las *dissenting opinions*, por utilizar su expresión más universal.

(156) Cfr. al efecto, Christian PESTALOZZA, *Verfassungsprozessrecht...*, *op. cit.*, p. 519.

(157) Gerd ROELLECKE, «Sondervoten», *op. cit.*, p. 368.

(158) Helmut SIMON, «La Jurisdicción Constitucional», *op. cit.*, p. 846.