

## LA FIGURA DEL VOTO PARTICULAR EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

José Luis CASCAJO CASTRO \*

*Al maestro Héctor Fix-Zamudio con  
invariable afecto.*

SUMARIO: I. *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República.* II. *El debate doctrinal sobre las dissenting opinions.* III. *Comentario al artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (2/1979 de 3 de octubre).* IV. *Breve valoración provisional.*

### 1. EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA SEGUNDA REPÚBLICA

No es aventurado pensar que un mejor conocimiento del ordenamiento jurídico de la Segunda República española puede ayudar no sólo al análisis de la efímera y frágil experiencia constitucional de este periodo, sino también a comprender mejor el presente. Quizás por ello no sea ocioso volver sobre este capítulo de inexcusable referencia en la historia de nuestro derecho constitucional.

Los notables estudios sobre las fuerzas políticas y sociales de esta época han develado la comprensión de una "España conflictiva y desgarrada entre realidad y ficción legal" (Tuñón de Lara). Pero es cierto que también los factores institucionales y jurídicos tuvieron su incidencia en un acontecer que bordeaba con frecuencia el mundo del derecho para acabar situándose fuera de él.<sup>1</sup>

\* Catedrático de derecho político de la Universidad de Salamanca.

<sup>1</sup> Señala la influencia de factores jurídicos en el discurso político de esta época, Eugenio de Bustos, en el "Prólogo" a la estimable obra de García Santos, Juan F., *Léxico y política de la Segunda República*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1980, p. 13.

Sobre el "estado de guerra civil" como algo no "contra-derecho", sino algo que ocurre extramuros del orden jurídico normal, *vid.*, las magistrales páginas de José María Jover Zamora, en el prólogo al tomo XXXIV de la *Historia de España*, Madrid, Espasa-Calpe, 1981, p. CXXX.

Por ello, las instituciones jurídicas del régimen republicano se vieron afectadas por esa discordancia entre la realidad de una institución y su definición formal, que Jover Zamora ha entendido, con acierto, como una categoría sustantiva del derecho constitucional español,<sup>2</sup> lo cual no impidió, sin embargo, la construcción de un ordenamiento constitucional a la altura del mejor Derecho Público de entonces.

Los estudiosos de este intenso periodo han puesto de relieve el alto nivel de politización que caracteriza a todo el edificio institucional republicano. Edificio que se mantuvo en precario y cuya fragilidad hay que entenderla como inevitable correlato de la fragilidad, tantas veces puesta de relieve, del sistema político republicano.<sup>3</sup>

Un clima de fácil crispación política y social, donde con mucha frecuencia se concebía la política como política partidista *tout court*, no era ciertamente el medio más idóneo para "lograr un verdadero compromiso entre las fuerzas políticas, con la aceptación de un ámbito de legalidad, de una norma fundamental, bajo la cual se desarrollara el derecho del nuevo Estado".<sup>4</sup>

Por otro lado, es fácil comprender que los aspectos institucionales de un texto fundamental, en cuanto cristalización normativa de un nuevo régimen político, se vieron rebasados por una acelerada dinámica política que parecía entender la Constitución más como un programa de cambio que como garantía del Estado liberal de derecho, a la sazón en profunda crisis.

Como ya ocurriera con el constitucionalismo profesoral de otros países, también aquí era insuficiente el buen manejo de la política y la técnica legislativa, cuando los problemas se planteaban al nivel más profundo de la propia legitimidad del sistema político y económico-social. Era forzoso escribir de un tirón el derecho nuevo, como decía Azaña,<sup>5</sup> pero la legalidad republicana no lograba ordenar los poderosos envites de lo fáctico. La propia polarización social y política marginaba las cuestiones normativas a un plano de inferior relevancia. Y en el específico campo de la defensa jurídica de la constitución, alentaron con fuerza los prejuicios jacobinos de un entendimiento de la demo-

<sup>2</sup> *Idem*, p. XXXVI.

<sup>3</sup> *Cfr.*, Contreras, Manuel, y José Ramón Montero, "Una Constitución frágil, revisionismo y reforma constitucional en la II República española", en *Rev. de Derecho Político*, núm. 12, UNED, p. 26.

<sup>4</sup> *Cfr.*, García Valdecasas, Alfonso, "La elaboración del texto constitucional", *Rev. de Estudios Políticos*, núms. 31-32, p. 60.

<sup>5</sup> *Cfr.*, *Antología*. 1. *Ensayos*, "Una Constitución en busca de autor", Madrid, Alianza, 1982, p. 30.

cracia radical y asamblearia, según la versión francesa. Es elocuente, a este respecto, la intervención parlamentaria del ministro de Justicia, Álvaro de Albornoz, quien sería más tarde el primer presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales, manifestando —con motivo de la discusión de la Ley Orgánica del citado Tribunal— la convicción íntima y profunda de que la defensa de la Constitución no era una función jurisdiccional, sino una función política.<sup>6</sup>

En medio de este clima, puede sorprender el propósito republicano de establecer un órgano de garantía jurisdiccional de la Constitución. Cabe incluso preguntarse acerca de la oportunidad de su implantación, cuando —como se ha dicho— existían grandes reservas ante un sistema de fiscalización de las leyes que —interfiriendo la soberanía del Parlamento— podía cuestionar la intangibilidad del régimen republicano y sus conquistas.<sup>7</sup>

Se explica así que los primeros pasos del Tribunal no fueran ajenos a los impulsos políticos del país, dada la clara implicación política y el espíritu de partido que afectó a este órgano. Con razón, M. Bassols ha escrito que:

Su contribución como factor de integración política fue prácticamente nula; antes al contrario, sus decisiones fueron utilizadas como instrumento de desestabilización y de agitación política y social, tanto en el seno de los principales órganos constitucionales. . . como en el marco de las distintas fuerzas políticas y sociales, principalmente las de signo regional, que impugnaron crítica y sistemáticamente sus sentencias.<sup>8</sup>

Incluso, la labor de pacificación jurídica, hipotéticamente atribuible al Tribunal, se veía mermada por la crítica interna que representaban los votos particulares. La publicidad de éstos no venía, sin embargo, preceptuada ni por el Anteproyecto ni por el Proyecto de la Ley Or-

<sup>6</sup> Cfr., Bassols Coma, Martín, *Estudio preliminar a "la Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española"*, Madrid, CEC, 1981, pp. 51 y 52.

<sup>7</sup> *Ult. op. cit.*, p. 17. Solvente doctrina ha indicado cómo el Tribunal pretendía satisfacer a los que querían un Senado, o consejos técnicos o consejos políticos o garantías para las autonomías o simplemente por mimetismo seguir lo más moderno, y sin embargo no satisfizo a nadie. Cfr., Ruiz Lapeña, Rosa Ma., *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*, Barcelona, Bosch, 1982, p. XXI. También, Rubio Llorente, Francisco, "Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional", *Rev. de Derecho Político*, núm. 16, UNED, p. 33.

<sup>8</sup> Cfr., *op. cit.*, p. 14.

gánica del Tribunal.<sup>9</sup> El cambio de criterio a este respecto se expresa contundentemente en el artículo 41,3 de la citada ley: "...Los votos particulares se harán públicos al mismo tiempo y en la misma forma que las sentencias." Parece ser que la Comisión aceptó la enmienda —sostenida por Ossorio y Gallardo—, de "suprimir esos votos reservados como cosa arcaica y absurda, porque el público tiene derecho a conocer la opinión de todos los jueces, y el juez discrepante tiene también la necesidad de hacer notar a las gentes que él no ha participado de lo que reputa un error".<sup>10</sup>

Para algunos autores, ésta fue una de las características más notables de las sentencias del Tribunal, que, en materia de recurso de inconstitucionalidad de las leyes, contaron siempre con votos particulares que, en gran parte de los casos, descansaban sobre criterios interpretativos distintos de los sostenidos mayoritariamente.<sup>11</sup>

J. Tomás Villarroya, más crítico con esta peculiaridad procesal, delata esta reiterada discrepancia (tanto en el número de votos como en el de vocales que los suscriben), que restaba autoridad al fallo y que no tenía una raíz técnica sino una motivación política.

Es evidente que el balance que arroja el uso de esta figura del voto particular no puede, lógicamente, sustraerse a la suerte política y partidista que acompañó —como hemos visto— al órgano en su conjunto. Pero ello no implica compartir un manido juicio que no ve ningún tipo de aprovechamiento en tan precaria experiencia constitucional. Baste al respecto recordar, con M. Bassols, que: "un examen analítico de los pronunciamientos del Tribunal de Garantías Constitucionales es lo suficientemente revelador para demostrar que los temas clave tuvieron su adecuado tratamiento conforme a soluciones judiciales, apelando a principios y técnicas jurídicas de valor y rigor dogmático que conservan actualidad y fertilidad."<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Cfr., artículo 44,5 del Anteproyecto y 37,5 del Proyecto, en Ruiz, Lapeña, *op. cit.*, p. 245.

<sup>10</sup> Cfr., Arcaya, Francisco D. de, *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, Madrid, Reus, 1934, p. 163.

<sup>11</sup> Cfr., Ruiz Lapeña, *op. cit.*, p. 347.

<sup>12</sup> *Op. cit.*, p. 14. En un sentido análogo, M. García Canales escribe: "Digamos también que la lectura de las sentencias aporta, al menos, cierta luz acerca de los criterios hermenéuticos y prácticas propias de la época a la hora de articular las libertades públicas, y también puntos de vista esclarecedores del tipo de organización territorial del poder al que se aspiraba", en "El cincuentenario de la Segunda República en la historiografía", *Studia Historica. Historia contemporánea*, Salamanca, vol. I, núm. 4, 1983, p. 165.

Como ejemplo de que el voto particular no siempre obedecía a estrictas razones políticas, baste citar el formulado a la sentencia de 17 de enero de 1936 contra la Ley

Aun compartiendo el lugar común de su disparatada composición y la implicación política y espíritu partidista que le afectó desde sus orígenes, al cabo de cierto tiempo —ha escrito Orbaneja—:

Prevalció la ponderación y un gran sentido de la responsabilidad común. Vistas las cosas desde fuera parecería que no fue así. Existen sentencias del pleno hasta con diez votos particulares. Votos particulares marcados, las más de las veces, por el tinte partidista del fimante. La grieta fue, en realidad, mucho menos profunda de lo que esto da a entender. Porque hay quien vota para que prevalezca su criterio y hay quien vota en contra de la mayoría justamente para hacer el voto particular. No siempre el que formula el voto particular desea que la resolución no fuese la aprobada.<sup>13</sup>

Tampoco puede olvidarse la práctica novedad del esfuerzo que supuso esta fracasada y breve experiencia de garantías constitucionales, ni el alto nivel doctrinal del debate que produjo.<sup>14</sup> En todo caso, representa un punto obligado de referencia —aunque sólo sea como historia de algo que debe ser evitado— en el análisis del voto particular de la actual jurisdicción constitucional española.

de 7 de diciembre de 1934, donde se manifiesta la idea de inconstitucionalidad intrínseca al considerar que la Constitución contiene también declaraciones de principios que son también preceptivas, debiéndose estimar contrario a su naturaleza todo aquello que contrarie, no sólo la letra de los preceptos orgánicos, sino también el espíritu que informa las declaraciones de principios. Cfr., Cruz Villalón, P., "Dos modos de regulación del control de constitucionalidad: Checoslovaquia (1920-1938) y España (1931-1936)", en *Rev. Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 5, p. 132.

<sup>13</sup> Cfr., Gómez Orbaneja, Emilio, "Los avatares del texto constitucional", *Rev. de Estudios Políticos*, núms. 31 y 32, 1983, p. 36.

<sup>14</sup> Cfr., Bassols, M., *op. cit.*, pp. 13 y 14. También García Valdecasas, A., *op. cit.*, p. 57 y ss.; Hernández Gil, A., "Facetas de dos procesos constituyentes", *Rev. de Estudios Políticos*, núms. 31 y 32, donde escribe: "El cambio político de 1931 estuvo asistido y promovido por un elitismo intelectual. . . Dentro de los intelectuales, ocuparon un lugar destacado los juristas, que prestaron una brillante cooperación." Basta pensar en la nómina de la Comisión Jurídica Asesora o en nombres tan cualificados como Sánchez Román, Pérez Serrano, Recasens Siches, Alcalá-Zamora y Torres, etcétera. Puede consultarse también mi crónica de un coloquio hispano-italiano de juristas sobre este tema, "Kelsen y la Constitución española de 1931", *Rev. de Estudios Políticos*, núm. 1 (nueva época), p. 243. Recientemente A. Nieto escribe: "Durante la República se aceleró el proceso de influencia del Derecho profesoral en el Estado, como lo prueban la vida y la obra de Jiménez de Asúa, Sánchez Román o Fernando de los Ríos", en *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*, Madrid, INAP, 1986, p. 57.

## II. EL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LAS “DISSENTING OPINIONS”

1. Algunos de los factores que se suelen ponderar para la recepción o el rechazo de esta figura son, de un lado, las exigencias que derivan de un ordenamiento democrático, así como el sentido de responsabilidad de los propios magistrados, y de otro, los imperativos ligados a los principios de colegialidad e independencia del órgano *iudicante*. Existen además otras razones imputables a las propias tradiciones judiciales; pero, en cualquier caso, parece tratarse de una cuestión que se plantea fundamentalmente desde una perspectiva funcional. En definitiva supone esclarecer si el llamado *dissent* contribuye positivamente al funcionamiento del control jurisdiccional de constitucionalidad.

Hay sin embargo autores, como Mortati, que piensan que más allá de contingentes razones a favor o en contra, subyace en ellas —consciente o inconscientemente— un contraste profundo entre dos diversas concepciones de la Constitución y de la función de interpretación constitucional: a) la Constitución como conjunto de preceptos definidos de una vez por todas y b) la Constitución como organismo viviente vinculado a la figura de un juez con función creadora de desarrollo y adaptación de los principios constitucionales.<sup>15</sup>

En todo caso, el debate doctrinal y la propia práctica constitucional suministran una serie de argumentos de signo contrario que, como marco de referencia, tratan de explicar la aceptación o no de dicha figura.

2. Una de las primeras razones que se ofrecen a favor del *dissent* es su contribución a un enriquecimiento y mayor profundidad de la jurisprudencia constitucional. Frente a sentencias con fundamentación demasiado escueta y por ello, a veces, inevitablemente contradictoria, la aceptación de *dissenting opinions* posibilitaría argumentaciones más completas y orgánicas, susceptibles incluso de desarrollos alternativos en el futuro. Se sirve así mejor a la certeza, dice Mortati, si por certeza no se entiende aparente unanimidad de acuerdos, sino meta a la que se llega por sucesivas aproximaciones.<sup>16</sup> Con el voto particular no se im-

<sup>15</sup> Cfr., Mortati, C., “Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali”, en *Raccolta di Scritti*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1972, p. 856.

<sup>16</sup> *Op. cit.*, p. 857. Se contribuye así a la idea de un Tribunal ajeno a la imagen de una justicia salomónica que no elude tampoco los pronunciamientos comprometidos. Cfr., Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, 2a. ed., México, ed. FCE, 1971, donde dice que “la unanimidad meramente formal, que se consigue a expensas de opiniones rigurosas y contrapuestas no puede ser deseable en un tribunal de última instancia, cualquiera que sea el efecto que, al tiempo de

pide la formación de una mayoría sustentadora de la *ratio decidendi* y consecuente fallo, a la vez que se contribuye más concretamente a la actuación de los principios constitucionales.

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

Además, el voto particular puede estimular el sentido de la responsabilidad del juez. Se expone fundamentalmente que la eficacia y mayor aceptación de las sentencias no está tanto en función del número de magistrados que suscriben la fundamentación y el fallo, cuanto en el rigor y solidez de la argumentación y en su capacidad para suscitar convicciones firmes y seguras. Por todo lo cual, las *dissenting opinions* pueden ejercer una función de autocrítica, así como establecer un diálogo más fructífero y variado con la doctrina.<sup>17</sup>

3. Ahora bien, en el debate doctrinal que estamos reseñando, también se han establecido un conjunto de razones en contra de la manifestación de votos particulares.

En primer lugar se dice que posibilitan un control partidista de la actividad de los jueces, con lo que se puede acentuar la importancia política de la actividad de los tribunales constitucionales.

También se alega que la prohibición de expresar opiniones discrepantes impide la formación de fracciones en el seno del órgano y contribuye a no fomentar lecturas exclusivamente partidistas de las sentencias. Particularmente atendible es la observación de los que opinan que el voto particular presenta el riesgo de reproducir, en el pleno del ór-

pronunciarse, pueda producir en la opinión pública", p. 85. Recientemente, Rolla, G., *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, Nápoles, Jovene, 1986, pp. 138 y ss. También Grosser, A., "Cours constitutionnelles et valeurs de référence", en *Pouvoirs*, núm. 13, 1980, p. 130.

<sup>17</sup> Cfr., Mortati, C., *op. cit.*, pp. 868 y ss. Hay autores que vinculan la existencia de esta figura a un nivel de mayor reconocibilidad y por lo tanto de mayor control para los comportamientos de los tribunales constitucionales, en el ámbito de la dialéctica que ellos establecen con los otros poderes del Estado, sancionando una especie de responsabilidad política "difusa", Cfr., Caretti-E. Cheli, P., "L'influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale", en el vol. col. *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cargo de A. Pizzorusso y V. Varano, Giuffrè, Milán, 1985, vol. II, p. 1033. También Rolla, G., *op. cit.*, p. 140 y ss.

gano, la geografía política del sistema sobre todo en periodos de rápidas transformaciones sociales con intervenciones legislativas de ruptura.<sup>18</sup>

Para algún sector de la doctrina, la voz disidente disminuye la fuerza y autoridad de los pronunciamientos judiciales, compromete la certeza jurídica y debilita el grado de convencimiento y la aceptación establecida de las sentencias, que se convierten así en expresión no tanto de un *ius dicere* cuanto de opiniones de mayorías y minorías.

También es evidente que el principio de colegialidad del órgano puede verse afectado. Dicho principio favorece el repliegue y la maduración interna de las actuaciones del Tribunal, además de implicar una cierta medida de protección frente al ambiente político externo. La colegialidad, como ha escrito Calamandrei, puede convertirse en ciertos casos en salvaguarda de la independencia, ya que en algunas controversias políticamente difíciles, en las que se trata de ir contra el Poder Ejecutivo o contra los intereses del partido dominante, el órgano que juzga tiene necesidad de un cierto coraje para sustraerse a la abrumadora autoridad del conformismo, y este coraje es más fácil que lo tenga un colegio que no un juez solo.<sup>19</sup>

4. De la exposición de los anteriores argumentos no debe, sin embargo, deducirse que esta cuestión sólo admite la rígida alternativa que supone la admisión o el rechazo de las llamadas *dissenting opinions*.

Cabe, por el contrario, optar por una serie de técnicas que ponderan el alcance del voto particular. Efectivamente, es posible establecer distintos grados de exteriorización de la opinión que disiente, sujetando por ejemplo su publicidad a la suscripción de la misma por dos magistrados al menos, o, como ya se propuso en el debate constituyente, sin mencionar al autor de la discrepancia.<sup>20</sup> Ahora bien, dado que es imposible prever con carácter general el acertado tratamiento de cuestiones vinculadas a criterios de oportunidad y funcionalidad, la solución de *lege ferenda* quizás debiera confiarse a la propia potestad reglamentaria del órgano, o dejarla incluso en el terreno de las convenciones constitucionales.

En este sentido nadie duda de la conveniencia de adoptar por una-

<sup>18</sup> Cfr., Panza, Salvatore C., e Antonio Reposo, "Corte Costituzionale: Le 'dissenting opinions' Ancora alla ribalta", en *Quaderni Costituzionali*, diciembre 1981, p. 599. Cfr., Rolla, G., *op. cit.*, p. 144.

<sup>19</sup> Cfr., *Processo e democrazia*, Opere Giuridiche, vol. I, Morano, Nápoles, 1965, p. 658. (De esta obra existe traducción española del prof. Fix-Zamudio.) Sobre los efectos de la unitariedad formal, *vid.*, *Manuale di Diritto Pubblico*, a cargo de Amato-Barbera, Bologna, il Mulino, 1984, p. 770.

<sup>20</sup> Sobre diversas formas de publicidad del voto particular en el derecho comparado, *vid.*, Rolla, G., *op. cit.*, pp. 147 y ss.



nimidad las decisiones de mayor importancia, consiguiendo así un *idem sentire* en los asuntos de más trascendencia (Elia). Incluso, parece razonable el criterio de los que entienden el uso del voto particular, no para el caso de meras discrepancias profesionales de criterio, sino para los casos de conciencia, donde se manifiestan las distintas creencias o convicciones morales.

De cualquier modo, el debate doctrinal que esta cuestión ha suscitado en Italia,<sup>21</sup> así como la práctica constitucional del *Sondervotum*,<sup>22</sup> revelan hasta qué punto nos encontramos ante un *problema abierto* que aconseja, en todo caso, criterios de flexibilidad por parte de los sistemas continentales europeos de justicia constitucional.

### III. COMENTARIO AL ARTÍCULO 90.2 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2/1979 DE 3 DE OCTUBRE)

Con los elementos de juicio que proporcionan los argumentos hasta ahora expuestos, cabe comentar el supuesto particular que ahora nos ocupa. En el caso del Tribunal Constitucional español, las sentencias se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere (artículo 164.1 de la Constitución española). Y así, en cumplimiento y desarrollo de esta posibilidad constitucional, el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) establece que:

El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en un voto particular su opinión discrepante defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a su fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y, cuando se trate de sentencias o de declaraciones, se publicarán con éstas en el "Boletín Oficial del Estado".

Reconocida constitucionalmente la figura del voto particular, la Ley Orgánica precisa así su alcance: se admiten dos clases de votos particulares (el voto discrepante y el voto concurrente, según que la opinión que disiente se refiera a todas las partes de la decisión o a su

<sup>21</sup> Cfr., Panza y Reposo, *op. cit.* También la introducción de C. Geraci a *Opinioni dissenzienti* de Oliver Wendell Holmes, Giuffrè, Milán, 1975, pp. X y ss. Una última reconstrucción de este recurrente debate, en Rolla, G., *op. cit.*, pp. 138 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. *Handbuch des Verfassungsrechts*, Herausgegeben von E. Benda, W. Maihofer y Hans-J. Vogel, de Gruyter, Berlin, New York, 1983, pp. 1245, 1274 y 1275. También Stern, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Munich, Becksche, 1980, vol. II, pp. 1042 y 1043.

fundamentación). Se permite también la posibilidad de emitir votos particulares sobre resoluciones del Tribunal que no sean sentencias o declaraciones y finalmente se determina el carácter nominativo del voto.<sup>23</sup>

Tan contundente respaldo constitucional y legal a favor de la figura del voto particular, podría considerarse avalada por una serie de preceptos constitucionales que, sistemáticamente interpretados, sintonizan con la solución adoptada. Desde las propias exigencias democráticas del ordenamiento (artículo 1.1 y 2), aplicadas en este caso al proceso de formación de la voluntad del órgano de garantías constitucionales, hasta el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (artículo 120.1 y 3), pasando por la propia asimilación que el artículo 164.1 hace del procedimiento de emanación de la sentencia con el procedimiento legislativo. Además, en nuestro ordenamiento la publicidad de las actuaciones judiciales no sólo es un principio sino que integra también el contenido de un derecho fundamental (artículo 24.2).

En el orden legal, el propio artículo 80 de la LOTC remite con carácter supletorio a los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en algunas materias sobre procedimiento. Este último texto legal, en su artículo 313, establece el principio general de publicidad del proceso civil, y la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1º de julio de 1985, en su artículo 260.1, 2 y 3, enuncia con la mayor claridad y extensión la figura del voto particular.<sup>24</sup>

La doctrina, hasta el momento, apenas ha tratado esta cuestión. Ya en el periodo constituyente G. Trujillo expresó argumentadas reservas al respecto,<sup>25</sup> advirtiendo los peligros de una posible dependencia po-

<sup>23</sup> Debe hacerse notar que, dado el sistema de distribución de ponencias por turno salvo en los casos excepcionales que por acusadas discrepancias sea necesaria una asignación distinta, cabe el supuesto de que el propio ponente formule un voto particular. Como ha escrito Tomás y Valiente en el voto particular a la S. 60/1983 de 6 de julio: "el Ponente expresa la opinión de la Sala y no necesariamente la suya propia, por lo que cuando, como ocurre en el caso presente, el parecer del Ponente no coincide con el del resto de la Sala puede formular si así lo estima procedente su voto particular discrepante." En igual sentido el voto particular de Rubio Llorente a la S. 3/1984 de 20 de enero.

<sup>24</sup> Del mismo texto legal son también pertinentes para el caso que nos ocupa, los artículos 206.1 y 2; 232.1 y 265. Cfr., Bandres, J.M., "La publicidad de los debates y decisiones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la del Tribunal Constitucional Español", en el vol. col. *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Zaragoza, 1985, p. 644.

<sup>25</sup> Cfr., "Juicio de legitimidad e interpretación constitucional: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español", en *Rev. de Estudios Políticos*, núm. 7, p. 154.

lítico-partidista de los jueces o del Tribunal. Otros autores, como Almagro Nosete, González Pérez y Agundez, se han mostrado, por el contrario, partidarios del reconocimiento de tal figura.<sup>26</sup>

Particular interés tiene la opinión de G. Peces-Barba, pues a una enmienda suya se debe la constitucionalización del voto particular, en cuanto garantía para todos los ciudadanos y garantía de publicidad.<sup>27</sup> Según este autor:

Este reconocimiento y publicación de los votos particulares supone uno de los caracteres más progresivos del Tribunal Constitucional, auténtica garantía para la minoría discrepante en el Tribunal y también para el afinamiento de las ponencias mayoritarias que tendrán la posibilidad de contrastarse públicamente; y sobre todo a nivel científico jurídico, con las opiniones discrepantes representadas por los votos particulares.<sup>28</sup>

Hasta ahora la experiencia habida en el uso del voto particular, ha resultado en términos generales claramente positiva. La valoración reciente hecha por G. Rolla<sup>29</sup> también expresa un juicio favorable. Analizando la jurisprudencia de estos primeros años de actividad del Tribunal Constitucional —escribe este autor—, no parece que los magistrados hayan recurrido de modo sistemático y en medida excesiva al voto particular; no parece tampoco que tal instituto haya tenido un impacto particularmente traumático en el sistema español.<sup>30</sup>

Para G. Rolla, todos los magistrados han hecho uso de este recurso al voto particular de forma sustancialmente homogénea, si bien algunos con mayor insistencia. De lo cual deduce que, internamente, no han habido “disensos organizados” y que, prevalentemente, el voto particular se ha formulado al margen de esquemas o condicionamientos preestablecidos. También valora la ausencia de votos particulares por parte del presidente, como contribución a su función de equilibrio y de expresión de la voluntad general del órgano.<sup>31</sup> Señala como institucional-

<sup>26</sup> Cfr., Almagro Nosete, J., *Justicia Constitucional*, Madrid, 1980, p. 393; González Pérez, J., *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 191. Agundez, A., “Repercusiones de la Constitución de 1978 en el derecho procesal” en *Lecturas sobre la Constitución española*, Madrid, UNED, 1978, vol. II, p. 464.

<sup>27</sup> Cfr., *La Constitución española de 1978*, Valencia, F. Torres, 1981, p. 353.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 252.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, 149 y ss. Cfr., también Cruz Villalón, P., “Los años de jurisprudencia constitucional española”, *Rev. de Derecho Político*, núm. 17, UNED, p. 28.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 150.

<sup>31</sup> A propósito de esta actitud, se ha dicho que “esta conducta supone posiblemente un reforzamiento de la “auctoritas” del Presidente para el supuesto en que

mente peligrosa la tendencia a formular votos particulares en el curso de procesos relativos a recursos previos de inconstitucionalidad, en cuanto favorece la conversión del proceso constitucional en apéndice del debate parlamentario. Finalmente, establece una interesante clasificación según los motivos y argumentaciones jurídicas que inducen a la formulación de votos particulares, entre los que destaca por su mayor importancia e interés, los relativos a cuestiones de naturaleza procesal y los que perfilan la relación del Tribunal con los otros órganos y poderes del Estado.<sup>32</sup>

Al filo de esta última valoración doctrinal que se puede compartir en términos generales, cabe sin embargo albergar algunas concretas reservas. Respecto al carácter de homogeneidad, antes apuntado, no es fácil sustraerse a la impresión de que algunos magistrados tienen lo que podríamos denominar un mayor empeño doctrinal que otros. Por otro lado, en algunas decisiones de especial trascendencia (S. 111/1983 de 2 de diciembre sobre la expropiación del grupo Rumasa y S. 53/1985 de 11 de abril sobre despenalización del aborto en algunos supuestos), la lectura de los votos particulares puede producir un efecto disgregador que dificulta el entendimiento de la voluntad general del órgano, cuando no delata —lo que ya sería más grave— posibles fracturas del Tribunal en su funcionamiento colegial.

Sobre el riesgo de parlamentarización del proceso constitucional por la formulación de votos particulares en los recursos previos de inconstitucionalidad, conviene señalar que el peligro radica en la propia existencia, afortunadamente eliminada, del propio recurso previo, como procedimiento atípico y traumatizante para el proceso legislativo<sup>33</sup> Como la estadística de Rolla hace notar, no se trata de que esta función preventiva del Tribunal estimulase por sí misma la manifestación de opiniones discrepantes, lo cual carecería de sentido, sino que se configuraba como una vía estructuralmente más propensa a poner de relieve la valencia paralegislativa y por lo tanto política de las decisiones

hubiera de hacer uso de su 'voto de calidad' para dirimir un empate de votos", *vid.*, Cruz Villalón, *ult. op. cit.*, p. 29. Yo pienso, sin embargo, que quizás haya una cierta desarmonía en la construcción de la figura del presidente, que de un lado no posee poderes autónomos en la determinación del orden de los trabajos y en la elección del magistrado ponente. (*Cfr.*, Rolla, *op. cit.*, p. 119), y de otro, tiene la capacidad resolutoria de los empates, lo cual podría ser motivo de exacerbamiento de la responsabilidad política "difusa" del presidente.

<sup>32</sup> *Cfr.*, Rolla, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

<sup>33</sup> *Cfr.*, mi ponencia, "Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional" en las *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, p. 16.

que resolvían dichas cuestiones y también de los posibles votos anejos que pudieran acompañarlas.

#### IV. BREVE VALORACIÓN PROVISIONAL

El título de este epígrafe viene obviamente justificado por cuanto la experiencia que sirve de reflexión a este análisis apenas alcanza a un sexenio de jurisprudencia constitucional, periodo fundacional que coincide aproximadamente con la presidencia del profesor García Pelayo.

La cuantificación estadística de los votos particulares atendiendo diversos criterios (por años, por los magistrados firmantes, por los distintos tipos de procesos constitucionales donde se producen, etcétera) puede ser un ejercicio interesante; pero carece de singular relevancia, si se prescinde del tipo o clase de contenido argumental que se manifiesta en las opiniones discrepantes.

Del conjunto de votos particulares expresados, merecen una valoración netamente positiva, a nuestro juicio, todos aquellos que pueden contribuir a una mejor delimitación de los diversos procesos constitucionales, y en definitiva al esclarecimiento de la propia función del Tribunal Constitucional.

En una etapa de iniciación, obviamente novedosa, en la que el órgano ensaya la correcta abertura de diafragma de su objetivo, para captar correctamente el ejercicio de las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas, deben ser bien acogidos todos los criterios interpretativos que pueden colaborar a tal fin.

Además, ilustran a las partes que intervienen en el contencioso constitucional y doctrinalmente colaboran en el desarrollo del derecho procesal constitucional. Ejemplos de esta clase de opiniones discrepantes son el voto particular de Rubio Llorente a la S. 12/1982 de 31 de marzo, cuando argumenta que el recurso de amparo no es una vía para obtener proclamaciones generales sobre la consagración constitucional de un derecho abstracto; u otro del mismo magistrado a la S. 67/1983 de 22 de julio, cuando insiste en las consecuencias de aceptar el acertado razonamiento según el cual "no es misión de este Tribunal al resolver conflictos de competencia llevar a cabo declaraciones interpretativas sobre la existencia y significado de supuestos implícitos de las normas y sobre sus presuntas consecuencias".

De este tenor es el voto de Arozamena a la S. 103/1983 de 22 de noviembre cuando piensa que la técnica de inconstitucionalidad, aun en la variante de las sentencias interpretativas, no es el instrumento

para tratar de acomodar el sistema de la seguridad social a los principios constitucionales.

Dentro de este grupo de opiniones discrepantes estarían también aquellas que discurren sobre aspectos de legitimación, delimitación de los actos jurídicos impugnados, o los que previenen sobre la extralimitación de los límites competenciales del Tribunal.

Bienvenidos deben ser también los votos que enriquecen la interpretación de preceptos constitucionales de difícil comprensión y recurrente apelación. Es elocuente en este sentido la opinión discrepante de los magistrados Beque Canton, Díez-Picazo, Tomás y Valiente, Gómez-Ferrer y Truyol Serra a la S. 75/1983 de 3 de agosto, en la medida que colaboran a precisar el alcance del artículo 14 de la Constitución (principio de igualdad) y las distintas figuras contenidas en el mismo. Por otro lado, nada tiene de extraño que conceptos de tan difícil precisión como el de representación política o el de indefensión correlativo al derecho de una tutela judicial efectiva, produzcan opiniones que disienten de la común fundamentación y consecuente sentencia.

Afortunadamente, la figura del voto particular no se ha convertido en instrumento de un exhibicionismo profesoral fuera de lugar, ni tampoco en expresión de posiciones políticas de partido o rigidamente alineadas. La patente disconformidad en algunas decisiones de especial relieve ha afectado, sin embargo, al deseable funcionamiento del principio de colegialidad del órgano; factor éste que debe ser ponderado en la medida que puede incidir en la *auctoritas* del Tribunal Constitucional. No es igual el efecto que produce el ejercicio de la independencia valorativa en sociedades ideológicamente homogéneas y con determinada cultura política, que en sociedades con acusadas fracturas ideológicas y políticas, inmersas además en notables procesos de transformación legislativa.<sup>34</sup>

Cabe decir —para concluir esta valoración provisional del voto particular—, que un entendimiento cabal de los mismos precisa de una lectura ajena a las ópticas de partido. La conversión de la opinión discrepante en arma arrojada de la lucha política, significa la desnaturalización de la misma, además de un obstáculo importante para comprender el proceso de formación de la voluntad de un órgano como el Tribunal Constitucional. Este fenómeno, por lo demás, no es sino

<sup>34</sup> Cfr., Lombardi, G., "Pubblicità e segretezza nelle deliberazioni della Corte Costituzionale", *Riv. Tr. Dir. e Pr. Civ.*, 1963, fasc. 3<sup>o</sup>, p. 1149. Cfr., también la aportación de L. Elia al vol. col. citado sobre la influencia de los valores constitucionales sobre los sistemas jurídicos contemporáneos.

exponente revelador de que la relación entre el Tribunal y la opinión pública, o dicho de forma más amplia, la correcta ubicación de este órgano en el seno del sistema político, está aún lejos de haber alcanzado una óptima solución.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> El esfuerzo que a este respecto cabe esperar del propio Tribunal Constitucional, de los medios de comunicación social y de los propios partidos políticos, debe ser, a nuestro juicio, permanente y notorio.