

LA REGLA DE LA MAYORÍA Y LA FORMULACIÓN DE DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Rationes decidendi en la STC 136/1999

MARIA ANGELES AHUMADA RUIZ

«El voto [particular]... constituye... una ventana abierta al exterior por la que el Tribunal hace públicas sus propias dudas, aunque su fallo no pierda por ello rigor ni disminuya obviamente su eficacia. La autocrítica interna exteriorizada es así un poderoso instrumento de control además de ser, desde la subjetividad de los firmantes de cada voto, una vía de descargo» (1).

SUMARIO: 1. LA DECISIÓN JUDICIAL COLEGIADA.—2. LA REGLA DE LA MAYORÍA Y LA FORMULACIÓN DE DOCTRINA CONSTITUCIONAL.—3. DECISIONES SIN MAYORÍA: LOS CASOS DE «EMPATE».—4. CUANDO LA MAYORÍA QUE APOYA EL RESULTADO NO RESPALDA LA ARGUMENTACIÓN.—5. QUÉ MAYORÍA APOYA LA DOCTRINA DE LA STC 136/1999.—6. LA «RATIO» DE LA SENTENCIA Y DEL VOTO CONCURRENTES: ¿COMPATIBLES?—CONCLUSIÓN.

Por si el título elegido resultara demasiado prometedor, me apresuro a decir que la pretensión de estas páginas es limitada. No va mucho más allá del intento de plantear ciertas cuestiones, hasta ahora poco atendidas entre nosotros, relacionadas con la técnica decisoria del Tribunal Constitucional, la estructura de sus sentencias y la delimitación de su doctrina. De todas estas cuestiones podría discutirse en abstracto, pero la decisión del Pleno en el «asunto de la Mesa de HB» ofrece una ocasión perfecta para hacerlo en concreto. No se tra-

(*) El Profesor Rubio Llorente leyó con mucha imaginación un primer borrador, perfectamente inconcreto, de este trabajo. Sus comentarios, sugerencias y objeciones que he tenido en cuenta en la medida de mis posibilidades —y tozudez—, fueron de gran utilidad para la elaboración posterior.

(1) FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE: «El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado: competencias, riesgos y experiencias», incluido en *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid (1993), págs. 59-60.

ta, por lo demás, de cuestiones nuevas ni extravagantes. En otros ordenamientos, menos distintos del nuestro de lo que a veces se supone, hace tiempo que han despertado el interés de los críticos. Me parece que vale la pena aproximarse a ese debate más amplio y, desde la particular perspectiva que proporciona nuestra jurisprudencia constitucional, no resistirse a participar en él.

1. LA DECISIÓN JUDICIAL COLEGIADA

La adopción de decisiones por órganos jurisdiccionales pluripersonales tiene lugar conforme a tres modelos básicos, que reflejan distintas maneras de entender la especialidad de la decisión judicial colegiada y, en último término, diferentes percepciones de la función del juez y del fenómeno de la generación de jurisprudencia.

Uno de estos modelos, el predominante en la tradición del derecho continental europeo, es el de la decisión *per curiam*, en la que el razonamiento de derecho que precede y sirve de fundamento al fallo se presenta como razonamiento «del tribunal», sin que se hagan públicas ni la autoría de la redacción, ni las posiciones mantenidas por los jueces en el trámite de la votación final. De este modo se provoca la impresión de que el tribunal tiene voz propia, que no se identifica necesariamente con la de los miembros que lo componen. Un razonamiento lineal y un resultado inobjetable refuerzan la imagen de la sentencia como «silogismo» y, por lo mismo, su pretensión de «verdad». Seguramente, la «doctrina» del silogismo judicial, aunque extendida, nunca sirvió para describir adecuadamente ni el proceso de adopción de decisiones judiciales, ni la estructura de las sentencias, pero como convenientemente se ha observado, ha constituido un modelo prescriptivo, «destinado a hacer creer que el juez opera según los cánones de certeza y de necesidad lógica típicos de la deducción silogística». El estilo de la argumentación, neutral, objetivo, impersonal, es perfectamente coherente con una concepción burocrática de la función judicial que implícitamente niega el carácter creativo de la labor del juez y, con ello, reduce su responsabilidad (2).

(2) «Un aspetto non meno importante dello stile delle sentenze...è invero costituito dal fatto che la sentenza è concepita, e scritta, come atto burocratico, come *Staatsakt*. Per così dire, e soprattutto al livello dello stile, la sentenza non è atto del giudice ma dell'organo, e la motivazione non è...l'autoapologia del giudice che ha deciso, ma la giustificazione formale di una decisione impersonale, riferibile astrattamente ad un ufficio che ha svolto una funzione pubblica, non a soggetti che hanno risolto una controversia [...] Il dogma della segretezza della deliberazione, e la

En claro contraste con la fórmula indicada está la de la adopción de decisiones *seriatim*, históricamente característica de los tribunales colegiados en el ámbito del *common law* y todavía hoy practicada por algunos de los más altos tribunales ingleses, destacadamente, la *House of Lords*. En este caso, la decisión del tribunal es la que resulta del agregado de las decisiones individuales de los miembros que lo integran. De hecho, materialmente, no hay una opinión del tribunal, sino que cada uno de los jueces —sucesivamente, de ahí, *seriatim*— expresa su voto precedido de un «*speech*», su argumento. Una mayoría clara en cuanto a la forma de disponer el caso o, incluso, la total coincidencia en cuanto al sentido de la decisión, no implican necesariamente el acuerdo en cuanto al «principio de derecho» que gobierna el caso (3). La determinación de lo que vale por fundamento [*rationale*] de la decisión del tribunal, una tarea que han de llevar a cabo los jueces vinculados por el *holding* de la decisión, es ocasionalmente una pesquisa complicada, para la que, de modo nada sorprendente, sirve como pauta de orientación la regla de identificar como *ratio* de la

conseguinte esclusione del voto e dell'eventuale motivazione dissenziente... implicano che la motivazione della sentenza sia un'argomentazione neutrale, oggettiva e spersonalizzata; sia cioè un discorso tecnico, formalistico e lineare, che non esprime le alternative e non giustifica le scelte di chi ha formulato la decisione [...] È quindi sostanzialmente da un'ideologia burocratica della funzione giudiziaria, incorporata nelle norme vigenti e tuttora largamente diffusa tra i giudici, che si può trarre la spiegazione di alcuni elementi peculiari dello stile dominante. Ciò vale ad es. per la prevalenza della motivazione in diritto sulla motivazione in fatto, che rinvia all'idea per cui compito del giudice è applicare la legge in coerenza oggettiva col sistema piuttosto che muovere della realtà dei fatti razionalmente accertata, ma vale per il frequente ricorso agli strumenti del formalismo giuridico e per l'eliminazione delle giustificazioni valutative». MICHELE TARUFFO: «La fisionomia della Sentenza in Italia», incluido en AA.VV.: *La Sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, CEDAM, Padua (1988), págs. 207-209. La cita que se recoge antes en el texto procede del mismo trabajo del autor (pág. 193), que a pesar de presentarse como un comentario de la práctica italiana, contiene una soberbia síntesis de una discusión de enorme alcance a la que el autor ha dedicado muchas otras obras.

(3) «La *ratio decidendi* de un caso consiste en la regla de derecho [*rule of law*] explícita o implícitamente considerada por el juez como paso necesario para alcanzar su conclusión, tomando en cuenta la línea de razonamiento por él seguida». Nada impide que en una sentencia convivan varias *rationes decidendi* pero, como señalan Cross y Harris, el concepto de *ratio decidendi* —al menos cuando se interpreta como la razón de decidir del juez que efectivamente decide— si bien es perfectamente adecuado cuando no hay más que una opinión judicial, soluciona muy poco cuando la decisión se adopta entre varios jueces: «es probablemente imposible evitar que las reglas sugeridas para el tratamiento de los casos en que coexisten varias opiniones judiciales tengan algo de arbitrarias. El principal problema, al menos en lo que afecta a la práctica inglesa actual, es que resulta imposible formular estas reglas pretendiendo total precisión». CROSS & HARRIS: *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford (1991, 4.ª ed). Las citas son de las págs. 72 y 85, respectivamente.

decisión el mínimo común compartido por los argumentos individuales. Por esta razón, algunos autores distinguen entre la *ratio decidendi* del juez, digamos, el principio de derecho conforme al cual dispuso el caso y que pretendió fijar como precedente, y la efectiva «regla del caso», la que jueces posteriores deducen como precedente vinculante a partir de su interpretación del caso (4). Si aun ese «mínimo común» parece ausente, el precedente que la decisión fija quedará reducido a la conexión entre los hechos relevantes del litigio [*material facts*] y el resultado final (5).

El tercer modelo es el que tempranamente se impone en los Estados Unidos por influencia del modo de hacer del Tribunal Supremo presidido por John Marshall. Si en un primer momento pudo considerarse un abandono de la fórmula inglesa, posteriormente, probaría ser más bien una variante de ésta. La novedad que introduce la opción americana es la de la designación de un juez relator encargado de expresar por todos, o al menos por la mayoría, la «opinión del tribunal». Marshall no fue el responsable de esta práctica, pero es comúnmente reconocido que con él se consolidó. El Presidente Jefferson le consideró el principal instigador de un método deplorable que conducía a una sentencia «adoptada apresuradamente en cónclave tal vez por la sola mayoría de un voto, y expuesta como si fuera unánime, con la aquiescencia silenciosa de compañe-

(4) Llewellyn lo expresa mejor cuando se refiere a la «distinction between the ratio decidendi, the court's own version of the rule of the case, and the true rule of the case, to wit, what *it will be made to stand for by another later court*». KARL LLEWELLYN: *The Bramble Bush*, Oceana, NY (1991, 9.^a reimpr.), pág. 53 (cursiva en el original).

(5) «There are situations in which a case can only be cited as authority for what «it actually decides»... One such situation may occur when the different members of an appellate court give different reasons for coming to the same conclusion... according to one school of thought, the *ratio decidendi* of a case turning on the interpretation of a statute must always be derived from every material fact, regardless of what the judge may have said in the course of his judgment», CROSS & HARRIS: *Op. cit.*, pág. 62. El juez inglés, que no rehuye en su argumento la expresión de sus dudas y tampoco oculta la importancia de factores «extrajurídicos» (consideraciones de «policy»), entiende que su responsabilidad a la hora de decidir, implica también coherencia en el mantenimiento del criterio personal expresado en casos anteriores. En la práctica inglesa juega, en este sentido, una suerte de *stare decisis* «individual», de modo que los abogados, durante el juicio, invocan no sólo la doctrina del Tribunal, sino también las decisiones anteriores de cada juez que lo compone. Eventualmente esto puede colocar al juez en la fastidiosa situación de tener que desdecirse (un «*overruling* personal»), situación que se puede resolver de modo airoso, según el ejemplo de Lord Westbury que frente al abogado que esgrimía una previa opinión suya replicó sencillamente: «I can only say that I am amazed that a man of my intelligence should have been guilty of giving such an opinion» [éste y otros ejemplos de cándida retractación, fueron invocados como modelo por el juez Jackson, del Tribunal Supremo de Estados Unidos, antes de anunciar su cambio de opinión en *McGrath v. Kristensen*, 340 U.S. (1950) pág. 177].

ros perezosos o tímidos, por un presidente astuto que tergiversa el derecho, amoldándolo a su criterio mediante sus razonamientos» (6).

La técnica de la «*opinion of the Court*» (7) no supone, sin embargo, excluir la posibilidad de que cualquiera de los miembros del tribunal, si lo considera conveniente, exprese en voto separado su personal manera de considerar el caso y su solución. Como punto de partida, el tribunal aspira al acuerdo y, en la medida de lo posible, a la unanimidad, pero ninguna regla —salvo la no escrita del *self-restraint* individual— limita el derecho del juez a expresar su opinión aparte (8).

El prestigio del que goza la institución del *dissent* en la práctica judicial americana está probablemente ligado al prestigio y a la influencia de «disidentes» muy admirados: Holmes es conocido como «The Great Dissenter», en reconocimiento a su oposición a la «Vieja Corte» del *laissez-faire*, y es canónico su *dissent* en el famoso caso *Lochner*; como él, Brandeis, Black o Douglas, son más conocidos y citados por sus opiniones en minoría que por sus intervenciones en nombre del Tribunal. Sin embargo, junto a una visión claramente ideali-

(6) Algo debió haber de cierto en la amarga queja de Jefferson, pues Marshall, que consiguió mantener la unanimidad del Tribunal Supremo en una medida que ningún otro Juez Presidente volvería a lograr, fue también el indiscutible protagonista en la redacción de las decisiones del Tribunal: en sus primeros cuatro años redactó todas salvo dos y, en conjunto, a él se debe la autoría de más de la mitad de todas las decisiones que el Tribunal adoptó durante los treinta y cuatro años que sirvió en él. Según le confió a Jefferson uno de los Jueces de aquél Tribunal [William Johnson, nombrado en 1804], la peculiar situación de aquellos primeros años era menos asombrosa si se echaba un vistazo al personal: «Cushing era incompetente, de Chase no podía esperarse que pensara o escribiera; Paterson era un hombre lento que con gusto declinaba la carga, y los otros dos jueces [el propio Marshall y Bushrod Washington] son comúnmente considerados un solo juez». La situación cambió con la entrada de nuevos jueces y los votos particulares, aunque no tan frecuentes como hoy, dejaron de ser excepcionales. La opinión de Jefferson, muy conocida, la refiere HUGHES en *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, FCE (trad. de R. Molina y V. Herrero), Méjico (1971, 2.^a ed.), pág. 82. La noticia de la carta de Johnson a Jefferson, la tomo de una cita de H. J. ABRAHAM: *The Judicial Process*, Oxford University Press, NY (1993, 6.^a ed.), pág. 201 y n. 144.

(7) La asignación de la redacción de la opinión principal [*lead opinion*], según la práctica del Tribunal Supremo, la realiza el Presidente del Tribunal. Habitualmente, aunque no necesariamente, las opiniones unánimes y aquéllas en las que la opinión mayoritaria coincide con el criterio del Presidente, son redactadas por éste. La designación del relator sólo tiene lugar una vez se ha debatido y votado de modo preliminar sobre la opinión y resultado del caso. Al parecer, existe la regla no escrita y tampoco inviolada de permitir al Magistrado recién llegado la elección de su primera opinión principal, que gozará de la cortesía de sus colegas (procurarán no discrepar).

(8) «When to acquiesce and when to go it alone is a question our system allows each judge to resolve for herself», RUTH BADER GINSBURG: «Remarks on Writing Separately», *Washington Law Review*, vol. 65 (1990), pág. 141.

zada de la institución como la sostenida por alguien tan poco propenso a ella como el Juez Presidente Hughes («un voto particular, en un tribunal de última instancia, es una exhortación al espíritu permanente del derecho, a la inteligencia de un día futuro en el que una decisión ulterior pueda corregir el error cometido por la Corte a juicio del disidente») (9), no han faltado quienes estiman más virtuosa y responsable la contención en la expresión de la opinión individual, e incluso, quienes consideran el *dissent*, como decía el Justice Potter Stewart, un género de «literatura subversiva» (10). Técnicamente, en la medida en que no sirven para fundar la decisión del Tribunal, en cuanto que no son necesarios para el resultado, los votos particulares carecen de valor «normativo». Todo lo más, en el caso de algunas opiniones concurrentes, valen por *dicta*. Pero pocos niegan su potencial revulsivo. «Hay quien piensa que no debieran hacerse públicos los votos particulares para no quitar fuerza alguna a la decisión», escribe Hughes, y añade: «Es indudable que la quitan» (11). Que la unanimidad tiene un valor extra cuando el Tribunal encara cuestiones polémicas, es seguro: no fue sólo por razones simbólicas que el Tribunal Warren en la histórica decisión de *Brown*, la que revocó la doctrina que había consentido la segregación racial, debatiera durante meses para poder finalmente presentar ante el público una única opinión suscrita por todos sus jueces (12). Una deci-

(9) *La Suprema Corte de los Estados Unidos, op. cit.*, págs. 85-86.

(10) El fenómeno de los *dissents* que con el tiempo se convierten en «la buena doctrina» es el objeto del interesante ensayo de RICHARD A. PRIMUS: «Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent» [*Duke Law Journal*, vol. 48 (1998), págs. 243-303]. Primus desafía la idea, muy común, del *dissent* como voz profética. A su modo de ver, no es casual que los *dissents* redimidos y elevados a la categoría de doctrina canónica, sean con inusual frecuencia los pronunciados por los grandes jueces del pasado. Este dato le lleva a sostener que el proceso de canonización del *dissent*, normalmente, es un proceso guiado por un Tribunal que, a falta de mejor apoyo, recurre a la opinión de una personalidad indiscutible como remoto fundamento de la nueva doctrina que anuncia. Pero en este proceso tanto o más que la opinión en sí (frecuentemente, muy reconstruida), juega el prestigio de su autor: «By reimagining a dissenting Justice and presenting him as a heroic figure, and by simultaneously reimagining the meaning of that Justice's dissenting opinions, courts reshape the constitutional canon and construct authorities on which they can rely in cases before them... that is the process by which the Supreme Court in earlier decades established the authority of the great dissents of Justices Harlan, Brandeis, and Holmes» (pág. 252).

(11) *Op. cit.*, pág. 85.

(12) Cuatro años después de *Brown*, en *Cooper v. Aaron* (1958), los nueve jueces del Tribunal, a la vista de la resistencia de las autoridades de Little Rock, Arkansas, firmaron uno por uno la declaración del Tribunal afirmando que la doctrina de *Brown* —la obligatoriedad de la desegregación racial en las escuelas— era «*the Law of the Land*». La misma idea de reforzar la autoridad con una decisión apoyada enfáticamente por todos los jueces estuvo presente en la elaboración de *United States v. Nixon* (1974), el caso de las «cintas de Watergate». [El relato de la complicada y frenética negociación *indoors* de este caso, constituye uno de los episodios más in-

sión adoptada por mayoría desde luego no vale menos que una decisión unánime, pero no es un secreto que una cuestión de derecho decidida por la mayoría mínima (cinco frente a cuatro), es una invitación a que la cuestión se replantee en el futuro (13).

La principal diferencia entre estos tres modelos de decisión colegiada está, claro es, en la forma en la que se expresa la «ratio» de la decisión, pero también en el papel reservado a la deliberación conjunta. Colaboración y deliberación son la esencia del proceso de adopción de decisiones *per curiam*, en tanto que en un sistema de decisiones *seriatim*, valga decir, puro, la fase de deliberación conjunta simplemente está ausente: el trabajo de los jueces del tribunal es «redundante», cada juez realiza todo el trabajo sin consultar o tomar en cuenta los puntos de vista de sus colegas, libre de su influencia (14). En el tercer modelo, en el que se combinan rasgos de los dos anteriores, el debate interno abre paso a una enorme variedad de fórmulas de decisión, un espectro que abarca desde la decisión unánime hasta la decisión más plural, en la que cada juez expresa su

terasantes del famoso libro de WOODWARD y ARMSTRONG: *The Brethren*, Avon Books, NY (1981, ed. bolsillo), págs. 338-412. Irremediamente, la Sentencia se lee de otro modo si se conoce este prólogo].

(13) En general, se considera que la doctrina fijada por una opinión suscrita por la mayoría mínima es muy vulnerable, sobre todo, cuando alguno de los jueces que constituyen la mayoría «impone condiciones» firmando una opinión concurrente. Si además esa opinión tiene el efecto de alterar o revocar doctrina anterior, mejor establecida, los tribunales inferiores pueden apostar por la vigencia de la doctrina más consolidada frente a la más reciente. Como el Tribunal Supremo ha reconocido: «*stare decisis* es un principio de prudencia y no una fórmula mecánica de adherencia a la última decisión, independientemente de lo reciente y cuestionable, cuando tal adherencia entra en conflicto con una doctrina de mayor alcance, intrínsecamente más correcta, y verificada por la experiencia». No es lo mismo apartarse de la doctrina que ha generado confianza [«*substantial reliance*»], que de una decisión que aparece como aislada y disruptiva («*reliance on a case that has recently departed from precedent is likely to be minimal*»). Esta es una de las discusiones de fondo en el caso *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* [515 U.S. (1995) págs. 200 y sigs.], un caso decidido, precisamente, por 5-4. De esta sentencia (Parte III-C, opinión de J. O'Connor) proceden las citas transcritas.

(14) Empleo el término «redundante» en el sentido propuesto por Kornhauser y Sager, quienes clasifican las «empresas colectivas» [*collective enterprises*] según la estrategia de acción elegida —*distributed, team, redundant, collegial*— para obtener un resultado óptimo. La forma de operar de los tribunales de apelación «*as collective enterprise*», se organiza de acuerdo con pautas de acción *redundant y/o collegial*, y el acento puesto en uno u otro aspecto es indicativo del criterio de calidad empleado para evaluar la corrección del resultado. Mientras que con el modo de actuación «redundante» se favorece la independencia de los actores, en el modo de actuación «collegial» la interacción y el intercambio de opinión entre ellos es crucial. LEWIS A. KORNHAUSER & LAWRENCE G. SAGER: «The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts», *California Law Review*, vol. 81 (1993) págs. 1-59, *vid.* en particular págs. 1-10.

opinión por separado. Pero incluso en este último supuesto, la deliberación ha jugado su parte, pues, a diferencia de lo que sucede en el modelo de adopción de decisiones *seriatim*, cada juez, además de justificar su decisión individual, deberá explicar qué le lleva a separarse de la opinión de sus colegas. Por otro lado, en este modelo nada impide que un juez, en defensa de un resultado concreto, suscriba varias opiniones (15). Por lo demás, en todos los casos, en todos los modelos, el resultado definitivo, la decisión «del tribunal», es la que se impone por mayoría.

Por supuesto que en la práctica los modelos se matizan. En Inglaterra, aunque el modo de decidir *seriatim* sigue siendo reconocido como tradicional, no está descartado el empleo de decisiones *per curiam* y, en dos jurisdicciones, la del *Privy Council* y la de la *Criminal Division of the Court of Appeal* la técnica de la decisión única ha sido la preferida (16). En el caso del *Privy Council*, esta preferencia se ha explicado por motivos funcionales y políticos (17); en el de la jurisdicción de apelación penal, han pesado más el interés por reforzar en éste ámbito la certeza del derecho (18) y consideraciones «éticas» (19).

(15) Por ejemplo, en la citada decisión de *Adarand*, la Juez Ginsburg se adhirió a dos diferentes opiniones disidentes y formuló la suya por separado.

(16) Incluso en la *House of Lords* sería apreciable cierta tendencia a una real «colegialidad». Las decisiones *seriatim* (normalmente, emitidas por un *panel* de cinco *Law Lords*) ya no serían la regla absoluta. Hacen esta observación tanto GINSBURG [«Speaking in a Judicial Voice», *New York University Law Review*, vol. 67 (1992), pág. 1189 y n. 20], como KORNHAUSER & SAGER [«The One and the Many...», *cit.*, pág. 12 y n. 23]; todos ellos remiten al libro de ALAN PATTERSON: *The Law Lords* (1982).

(17) Por un lado, formalmente, el Consejo Privado actuaba como «asesor del rey» y esto parecía requerir unidad de criterio; por otro, mientras la principal tarea de este órgano fue la de resolver cuestiones que afectaban a la relación entre la metrópoli y sus dominios se hacía más que deseable evitar cualquier signo de titubeo a la hora de expresar la última palabra. Sólo a partir de 1966 el *Privy Council* fue autorizado a hacer públicas las opiniones discrepantes. Sobre la práctica de esta jurisdicción y su influencia sobre el modelo decisorio acogido en los Estados Unidos y en países de la *Commonwealth*, *vid.*, E. McWHINNEY: *Supreme Courts and Judicial Law-Making: Constitutional Tribunals and Constitutional Review*, Martinus Nijhoff, Dordrecht (1986), págs. 23-25.

(18) «Es notablemente beneficioso, pensamos, que aquellos que deben aplicar el derecho penal y que se encuentran vinculados por las decisiones del Tribunal de Apelación Penal tengan ante sí un único pronunciamiento que se limite a exponer el derecho relevante, en lugar de tener que atender a distintos pronunciamientos sobre el mismo caso que posiblemente les forzarán a destilar del conjunto el fundamento de derecho común a todos ellos». Informe del Interdepartamental Committee on the Court of Criminal Appeal, citado en CROSS & HARRIS: *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford (1991, 4.ª ed.), pág. 94 y n. 139.

(19) «En la apelación penal inglesa se ha entendido desde hace tiempo que el sentimiento de frustración del apelante que fracasa no debería ser agravado por una abierta división de opinión

En los Estados Unidos la presencia de opiniones separadas en las sentencias del Tribunal Supremo es hoy la regla. No siempre fue así y sigue sin serlo en la práctica de los Tribunales de Apelación (20). Pero, como se acaba de indicar, en el caso del Tribunal Supremo las opiniones unánimes son la excepción y no es infrecuente que la opinión principal, mayoritaria, venga dividida en partes que son apoyadas por distintas combinaciones de jueces (21). La tendencia a la fragmentación del Tribunal cuando debe decidir sobre cuestiones

entre los jueces. Para el condenado, la pena es ya de por sí suficientemente amarga sin necesidad de que la sal de una opinión disidente, favorable pero impotente, se le frote en la herida», L. BLOOM-COOPER & G. DREWRY: *Final Appeal: A Study of the House of Lords in Its Judicial Capacity*, Clarendon Press, Oxford (1972), pág. 81. La práctica parece ser que en la apelación penal las opiniones discrepantes sólo se hacen públicas si lo autoriza el juez presidente.

(20) Refiriéndose a la situación de 1990, Ginsburg indicaba que la unanimidad en los tribunales federales de apelación sucedía en el noventa por ciento de los casos. Las razones del contraste con lo que ocurre en el Tribunal Supremo no son difíciles de encontrar: por una parte, los tribunales de apelación resuelven habitualmente en *panels* de tres jueces, de modo que el acuerdo es mucho más fácil que en el caso del Tribunal Supremo en donde son nueve los que deciden; por otra, a los tribunales de apelación no llegan con la misma frecuencia grandes cuestiones constitucionales, sino que su tarea más común es resolver cuestiones mucho menos «cósmicas» relativas a interpretación legal, o a la razonabilidad de las decisiones de agencias o tribunales de distrito; finalmente, y sobre todo, los tribunales de niveles inferiores están vinculados por los precedentes del Tribunal Supremo con una rotundidad que no actúa sobre el propio Tribunal.

En relación con la situación del Tribunal Supremo, la unanimidad fue la pauta (más del ochenta por ciento de los casos) hasta los comienzos del siglo xx, y las opiniones disidentes frente a las mayoritarias no constituyeron nunca más del diez por ciento. Para los años ochenta, sin embargo, esta imagen estaba ya totalmente cambiada: las opiniones no unánimes constituían el setenta por ciento de los casos. La tendencia, desde luego no ha cedido. Es general la impresión de que el Tribunal Supremo encuentra cada vez más dificultades para lograr el consenso en cuestiones constitucionales de largo alcance.

Vid., por todos, GINSBURG: «Remarks on Writing Separately», *cit.*, págs. 147 y sigs. y, de la misma, «Speaking in a Judicial Voice», *cit.*, págs. 1.191 y sigs. Las estadísticas del Tribunal Supremo (que informan sobre el número de casos decididos, tipos de decisión, número de votos particulares, alianzas de voto, etc.) se pueden encontrar en la *Harvard Law Review*. En concreto, para el *Term* último (1998-1999) se pueden consultar en el vol. 113 (1999), págs. 400-411.

(21) Sirva como ejemplo el modo en que se presenta la opinión del Tribunal, apoyada por dos diferentes mayorías, en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2000 [*Kimel v. Florida Bd. of Regents* (98-791)], se puede consultar en <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/98-791.ZS.html>, y cómo se describen a continuación los votos separados: O'Connor, J. [Justice], delivered the opinion of the Court, Parts I, II, and IV of which were joined by Rehnquist, C. J. [Chief Justice], and Scalia, Kennedy, and Thomas, JJ., and Part III of which was joined by Rehnquist, C. J., and Stevens, Scalia, Souter, Ginsburg, and Breyer, JJ. Stevens, J., filed an opinion dissenting in part and concurring in part, in which Souter, Ginsburg, and Breyer, JJ., joined. Thomas, J., filed an opinion concurring in part and dissenting in part, in which Kennedy, J., joined.

controvertidas y a la formación de bloques «ideológicos» relativamente estables en su seno es un fenómeno bien conocido y, aunque probablemente inevitable, abundantemente criticado.

Una preocupación de otro género es la que suscita el aumento de decisiones en las que la colisión entre diferentes argumentos impide la constitución de «la» opinión del Tribunal. En estos casos, conocidos como «*plurality decisions*», el juez relator anuncia el fallo del Tribunal precedido de «una» opinión que no tiene más peso que el que habitualmente se atribuye a la opinión concurrente (22). Este tipo de decisiones, inhábiles para crear doctrina, puede sin embargo provocar el efecto contrario, resquebrajando la fortaleza de doctrina previamente establecida. En casos así es en los que las diferencias y presuntas ventajas de la técnica americana frente a la inglesa son imperceptibles (23). De

(22) «La *plurality decision* es un caso sin «opinión del Tribunal»: una mayoría de los miembros del Tribunal coinciden en el resultado... pero no hay acuerdo de la mayoría en cuanto a la razón para ese resultado. Los jueces escriben varias opiniones concurrentes explicando sus diferentes puntos de vista», MARK A. THURMAN: «When the Court Divides: Reconsidering the Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions», *Duke Law Journal*, vol. 42 (1992), pág. 419 y n. 1. Según algunos autores, la opinión que lidera la sentencia, la «*plurality opinion*», es aquella que consigue el acuerdo del mayor número de jueces —una mayoría minoritaria— pero al parecer esto no es siempre así. Es posible que la que se presenta como «*lead opinion*», tenga menos votos que otras opiniones que se presentan simplemente como «*concurring opinions*». Lo que parece claro es que uno de los jueces será encargado de anunciar el fallo del Tribunal y presentará «una» de las opiniones que lo apoyan, a la que seguirá el resto. Compárese en este punto lo que indica Thurman en el lugar citado, con LINDA NOVAK: «The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions», *Columbia Law Review*, vol. 80 (1980), pág. 756 y n. 1.

Un supuesto distinto es el de los llamados «*dual majority cases*» en los que hay dos mayorías: una que apoya el resultado y otra que respalda una fundamentación no determinante de ese resultado.

(23) Como advierten KORNHAUSER & SAGER: «American practice has mirrored early English practice in this strong sense: deliberative persuasion and consensus notwithstanding, at the end of the day each Justice aligns herself with the outcome she would had chosen were she deciding the case alone. Consequently, once the convictions of American judges have been inflected by their collegial environment, the outcome in each case has been the outcome that would have been reached had the traditional English protocol been in place», *op. cit.*, págs. 13-14.

Varios observadores han apuntado, con total seriedad, que una de las razones de la relativa pérdida de colegialidad que el Tribunal Supremo padece en los últimos tiempos tiene que ver con el aumento del número de letrados, que hace que el Tribunal consista en nueve despachos de abogados trabajando sobre el mismo asunto. Según le llegó a confesar uno de los Jueces del Tribunal Supremo a David O'Brian, autor de un libro en el que se analiza en detalle el proceso de circulación y discusión de los proyectos de sentencia en el Tribunal Supremo, a veces no se retira la opinión concurrente porque «it would break the law clerk's heart»... Sobre el argumento, véanse: DAVID M. O'BRIAN: *Storm Center: The Supreme Court in American Politics* (1993, 3.^a ed.), págs. 314 y sigs. (la «confesión» en pág. 344); B. SCHWARZ: *Decision. How the Supreme Court*

acuerdo con la teoría (norteamericana) más clásica del precedente, la ausencia de una fundamentación apoyada por una clara mayoría [*majority rationale*] en respaldo del resultado, priva a la decisión de todo valor de precedente. La decisión es autoridad, exclusivamente, para lo que afecta a ese resultado (24). Sin embargo, hay que advertir que de este modo no se produce una confusión entre *stare decisis* y *res judicata*, sino que lo que se subraya es la existencia de un mero «*result*» *stare decisis*. El alcance de éste se determina, según parece haber sugerido el propio Tribunal Supremo, de acuerdo con un criterio muy similar —también por lo incierto— al inglés: atendiendo al «mínimo común denominador» de las opiniones concurrentes (25). Pero, como apuntan quienes se han ocupado de esta cuestión, ni siquiera ésta es una solución que funcione en todos los casos. Lo definitivo es que en una *plurality decision* no hay una «opinión del Tribunal» (26).

Consciente del gasto de tiempo y, frecuentemente, de autoridad, que ciertas disputas doctrinales conllevan en casos en los que el acuerdo en cuanto al resultado es fácil de alcanzar, el Tribunal Supremo ha recurrido ocasionalmente —como también lo han hecho los tribunales de apelación— a la fórmula de la decisión *per curiam* para sortear la retórica de la argumentación. De esta manera, puede presentar un resultado que sus miembros apoyan, sugiriendo ape-

Decides Cases, Oxford University Press, NY (1996), en particular caps. 2 y 11; y en relación con nuestro asunto: I. KIRMAN: «Standing Apart to Be a Part: The Precedential Value of Supreme Court Concurring Opinions», *Columbia Law Review*, vol. 95 (1995), págs. 2.096 y sigs.; GINSBURG: «Remarks on Writing Separately», *cit.*, págs. 148 y sigs.; NOTE: «Plurality Decisions and Judicial Decisionmaking», *Harvard Law Review*, vol. 94 (1981), págs. 1.134 y sigs.

(24) «The American system of precedent places substantially greater reliance on the reasoning component of judicial decisions than, for example, the British system, where the House of Lords issues individual opinions with the understanding that only the specific result will have precedential force», LINDA NOVAK: «The Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions», *cit.*, pág. 757, n. 7.

(25) Así en *Marks v. United States* [430 U.S. (1977), pág.193]: «Cuando un Tribunal fragmentado decide un caso y ningún particular razonamiento justificando el resultado disfruta del asentimiento de cinco Jueces, el *holding* del Tribunal puede ser entendido como la posición adoptada por aquellos miembros que concurrieron en el fallo en los términos más específicos [*on the narrowest grounds*]». La expresión «*on the narrowest grounds*», se presta a múltiples interpretaciones. Según observa Novak, el propio Tribunal la ha reinterpretado en el sentido de considerar «*on the narrowest grounds*» la fundamentación que, en apoyo del resultado, afecte o controle el mínimo número de casos en el futuro. L. NOVAK: *Op. cit.*, pág. 764.

(26) La insistencia en la autoridad del *result stare decisis*, obedece también a la necesidad de distinguir las *plurality decisions* de aquellas «decisiones» en las que ni siquiera hay mayoría en el resultado: las situaciones de empate [*equally divided Courts*]. En estos casos, aquí no hay duda, el Tribunal no decide nada, las cosas quedan como estaban antes de acudir a él. Sobre esto, *infra*, págs. 175 y sigs.

nas razones muy generales y poco comprometidas para justificarlo (27). Esta estrategia no ha dejado de ser criticada y es dudoso que opiniones que no pueden considerarse «*full opinions*» merezcan el valor de precedente (28). Excepcionalmente, el Tribunal ha acompañado a la *plurality decision* de una breve declaración *per curiam* para ayudar a explicar lo decidido y, de este modo, reducir la confusión que provoca la multiplicidad de argumentos y posiciones, sobre todo, en aquellos casos en los que el Tribunal reenvía el asunto al tribunal del que procede ordenándole decidir «en consecuencia». Lo que sucedió en la decisión de los «Papeles del Pentágono», un caso extremo, sirve de inmejorable ejemplo (29). Sobre esta cuestión hemos de volver más adelante.

En la Europa continental hay signos que anuncian el paulatino acercamiento a un modelo de decisión colegial similar al norteamericano. Las resistencias son todavía importantes pero la tendencia es ya visible en el ámbito de la jurisdicción constitucional, debido, de una parte, al indudable influjo que sobre ella ha ejercido y sigue ejerciendo la práctica americana de la *judicial review*, pero

(27) Es notorio que éste fue el camino seguido por el Tribunal para extender la doctrina de *Brown* (1954) —que había declarado inconstitucional la segregación racial en las escuelas— a otros ámbitos: campos de golf municipales [*Holmes v. Atlanta* (1955)], playas, balnearios o piscinas [*Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson* (1955)]... De *Brown* no se deducía claramente si la práctica de la segregación era en todos los casos y en cualquier ámbito y circunstancia inconstitucional y, probablemente, el Tribunal tampoco estaba preparado para precisarlo sin mostrar al tiempo sus propias dudas. Tras una serie de decisiones *per curiam* que evitaban entrar en las razones, el Tribunal pudo, más adelante, sin inconveniente, afirmar que «ya no está abierto a discusión que un Estado no puede constitucionalmente requerir la segregación en servicios públicos [*public facilities*]» [*Johnson v. Virginia* (1963)]. La discusión quedó zanjada sin que hubiera llegado a abrirse nunca.

(28) En este sentido, NOTE: «Supreme Court Per Curiam Practice: A Critique», *Harvard Law Review*, vol. 69 (1956), págs. 707-725. Los tribunales emplean rutinariamente decisiones «*Per Curiam*» para disponer casos «claros», estrictamente controlados por el precedente. Son por ello decisiones sin doctrina, de pura remisión.

(29) *New York Times Co. v. United States*, 403 US (1971), págs. 713 y sigs. Esta decisión se abrió con una breve opinión *Per Curiam* para indicar que no se atendía la solicitud del Gobierno. El Tribunal decidía mantener las decisiones judiciales apeladas. A esta opinión seguían los votos particulares de todos y cada uno de los jueces que, al tiempo, suscribían y se adherían a los votos firmados por sus colegas: Black firmaba una opinión concurrente a la que se adhería Douglas; éste firmaba otra también concurrente a la que se adhería Black; Brennan y Marshall redactaron opiniones concurrentes individuales; Stewart firmaba otra y la apoyaba White, quien a su vez presentaba la suya suscrita también por Stewart; seguían a los votos concurrentes, tres votos disidentes, los de Burger (Juez Presidente), Harlan y Blackmun, el de Harlan apoyado por los otros dos disidentes. Lo sorprendente del caso, es que la opinión *Per Curiam* terminaba con un «*We agree*», antes de dejar paso a las nueve opiniones separadas. Una situación similar se produjo en *Furman v. Georgia* [408 U.S. (1972), págs. 238 y sigs.], la conocida sentencia sobre la pena de muerte.

también a las peculiaridades de la «*constitutional adjudication*» que difícilmente encaja en el molde de una concepción mecanicista y formal de la función judicial. La textura abierta de las normas constitucionales, el delicado equilibrio entre principios y valores que conviven en tensión, el inevitable componente político de muchas de las controversias que esta jurisdicción debe resolver, son factores que explican el marcado carácter argumentativo y retórico de las sentencias constitucionales (30). La tradición pesa más en otros ámbitos jurisdiccionales, pero también ahí se va abriendo paso la idea de que la exigencia de unanimidad formal no es necesariamente un estímulo para el debate interno, ni una garantía de consenso y acuerdo entre los miembros del colegio, cuando lo que cuenta — y lo único que llega a conocerse — es la posición de la mayoría, transmutada automáticamente en decisión del tribunal. Incluso en Francia, donde la sobriedad y rotundidad de la motivación sigue considerándose parte de la esencia de la decisión judicial, el famoso estilo lapidario de la *Cour de cassation* ha comenzado a estimarse menos digno de admiración (31). En el marco de esa tendencia que parece universal y que revela algo

(30) «El juez constitucional crea normas constitucionales que, por serlo, no pueden ser modificadas ni desconocidas por el legislador. Naturalmente, no las crea *ex nihilo*, sino como derivación de un «derecho más alto», cuyo sentido sólo él puede precisar. La conexión entre ese derecho más alto y la norma creada queda asegurada por la fundamentación de la decisión, es decir, por el razonamiento interpretativo que el juez explicita. De ahí, claro está, la necesidad de que ese razonamiento se produzca en términos comprensibles y que puedan ser referidos a una doctrina a partir de la cual se le pueda criticar. La trascendencia política de las sentencias constitucionales no está tanto en el sentido de la decisión como en el razonamiento en virtud del cual se llega a ella...»; F. RUBIO LORENTE: «Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», incluido en *La Forma del Poder*, CEC, Madrid (1993), págs. 619-620.

«[L]a interpretación que con frecuencia se trasluce en el fallo y siempre en la fundamentación es el resultado de un debate argumentativo en el que una línea interpretativa prevalece frente a otra u otras. Tales argumentos, razonados en términos de Derecho, se trasladan al texto de la sentencia y proporcionan a nuestra jurisprudencia un tono entre didáctico y profesoral ... muy propio de un Derecho de juristas», F. TOMÁS Y VALIENTE: «El Tribunal Constitucional español como órgano constitucional del Estado...», *op. cit.*, pág. 58.

(31) «Le style actuel des décisions, notamment de la *Cour de Cassation*, est un peu la mesure en latin. C'est le prolongement d'une tradition infiniment respectable. Mais c'est aussi la répétition de formules que beaucoup ne comprennent pas et qui permettent à l'esprit de s'orienter où il veut», TUNC Y TOUFFAIT: «Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation», en *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 72 (1974), págs. 487 y sigs. (la cita de la pág. 507). Los autores americanos apenas ocultan la satisfacción que les produce comparar su sistema con el francés (encarnación habitual, a sus ojos, de «lo europeo»). Ginsburg relata la impresión que le produjo a un miembro del Consejo de Estado francés presenciar una vista en un Tribunal de Circuito y conocer después la sentencia, en la que cada juez ex-

más que un cambio en la técnica decisoria de los tribunales de apelación, el ordenamiento español ha incorporado la novedad de permitir a los jueces de tribunales colegiados hacer públicas sus opiniones en minoría (32). Esa misma solución se había acogido ya antes en instancias judiciales supranacionales —el Tribunal Internacional de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— con la notable e interesante excepción del Tribunal de Justicia de la CEE (33).

Sería precipitado, y probablemente erróneo, deducir de lo dicho que asistimos al declive y progresivo abandono del modelo de decisión *per curiam*. No es exactamente así. La fórmula de la decisión *per curiam* es perfectamente adecuada en muchos casos y facilita enormemente el trabajo de tribunales sobre-

presó su voto por separado. Este «*civilian jurist*» le comentaba por carta lo siguiente: «La sentencia de un tribunal debería ser precisa y concisa, no una discusión entre profesores, sino el mandato [*the order*] de quienes tienen encomendado hablar en nombre de la ley, y por tanto escrita con sencillez y claridad, presentando breve explicación. Una sentencia demasiado larga revela incertidumbre. [] Al mismo tiempo, es muy impresionante para mí ver que los miembros del tribunal ofrecen a los litigantes y a los lectores el contenido de sus dudas y cavilaciones sin que esto merme la credibilidad de la justicia, en la que el americano tanto confía.» R. B. GINSBURG: «Speaking in a Judicial Voice», *cit.*, pág. 1190.

(32) Artículo 260 LOPJ. En algún caso, no se trata simplemente de una opción del juez, sino de una obligación, como parece indicar el artículo 206 de la LOPJ, que fuerza al ponente que «no se conformare con el voto de la mayoría» a declinar la redacción de la resolución y formular voto particular.

(33) El influjo francés en el estilo de decisión de este Tribunal es bien claro. El francés ha sido desde el principio la lengua de trabajo y en la que se redactan las resoluciones, y hasta 1979 el Tribunal se sirvió de la fórmula de los «*attendus*» para exponer la fundamentación. El criterio de la unanimidad formal y la prohibición de opiniones disidentes sigue manteniéndose, teóricamente justificado por los consabidos argumentos de que de esta forma se protege la independencia e imparcialidad de los jueces y se refuerza la autoridad de sus decisiones. La llegada de jueces ingleses tras la plena integración del Reino Unido en la Comunidad pudo hacer pensar en algún momento que las cosas podían cambiar, introduciéndose nuevos modos en la técnica de decisión. Sin embargo, hasta ahora, aunque algo atemperado, el estilo dogmático —una motivación en la que sólo se valoran los argumentos que sostienen la tesis acogida, prescindiéndose de argumentos rivales— sigue siendo el característico, a pesar de las serias críticas que provoca. Aparte del peso de la tradición, que explicaría la inicial opción por la técnica de decisión *per curiam*, la razón de fondo del rechazo a un modo de decidir más argumentativo y a la aceptación de las opiniones disidentes, tiene que ver, cabe sospechar, con la indudable función política de este Tribunal, oráculo del derecho comunitario. Su posición, salvada la distancia, bien puede recordar a aquella del *Privy Council* mientras fue guardián del Derecho del Imperio (*supra* n. 17). En general, *vid.*, F. CAPORTI: «Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee», en AA.VV.: *La Sentenza in Europa*, *cit.*, págs. 230-247, y V. GREMENTIERI & C. J. GOLDEN: «The United Kingdom and the European Court of Justice: An Encounter Between Common and Civil Law Traditions», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 21 (1973), págs. 664-690.

cargados de asuntos. Muchos jueces reconocen modestamente que la deferencia hacia las propuestas del juez designado como ponente, en ocasiones, tiene que ver más con la falta de tiempo que con el pleno acuerdo en la fundamentación. Cuando una mayoría del tribunal coincide en el resultado y la doctrina del caso no es polémica, la decisión del tribunal no requiere de grandes esfuerzos argumentativos. La decisión *per curiam* sirve bien al objetivo de resolver con prontitud y autoridad y, al tiempo, afianzar el criterio del tribunal. Pero descubre su debilidad cuando a un tribunal llegan los casos difíciles. En esta situación, el conflicto entre puntos de vista muy distantes, o bien se resuelve antes de decidir la redacción de la decisión, con lo cual es posible que la deliberación se prolongue —a partir de cierto momento, sin grandes perspectivas de acuerdo— hasta conseguir alguna mayoría *ad hoc*, o bien se resuelve durante la redacción de la decisión, dando lugar a sentencias de «creación colectiva», en las que los aspectos conflictivos se envuelven en oscuridad —o, directamente, se evitan— y proliferan las matizaciones y salvedades, una retórica que en nada contribuye a la clarificación de la cuestión para casos futuros y puede provocar el desconcierto de los jueces de instancias inferiores. Sólo una visión ingenua y, si se permite la expresión, despreocupada, del proceso que está detrás de la elaboración de la decisión judicial, permite conformarse con la regla de la absoluta prohibición de la expresión del disenso en órganos judiciales colegiados. Al fin y al cabo, si no es por la sospecha de que ciertas controversias admiten una variedad de soluciones en derecho, ¿por qué habría de imponerse la regla de la mayoría como criterio de decisión? (34).

No es, por tanto, la fórmula de la decisión *per curiam* la que parece en crisis, sino cierta concepción de la función de los tribunales y del Derecho que confió en esa fórmula para fortalecer la ilusión de que toda sentencia no es sino la expresión de una solución que viene dada y que, correctamente aplicado, el Derecho provee la solución «exacta» de cualquier litigio. Seguir el hilo de este razonamiento conduciría muy bien a la vieja discusión acerca de si el derecho que el juez aplica es siempre un derecho que ya existe o si, en ocasiones, el juez debe inevitablemente «crearlo» para poder decidir, pero internarnos por este camino nos apartaría de nuestro asunto sin poder, a cambio, añadir nada de interés al gran debate. Recorro, para concluir, a las palabras de McWhinney cuando dice que «en realidad, los argumentos en pro y en contra de la admisión de opiniones discrepantes en un órgano colegiado como un Tribunal, y sobre la publicidad de las opiniones en respaldo de tales votos, están íntimamente co-

(34) Si la sentencia hubiera de reflejar la única solución admisible, la regla debiera ser la de la unanimidad. De cara al exterior, la decisión *per curiam* es siempre (formalmente) unánime.

nectados a teorías generales del Derecho, del proceso judicial y del papel del juez en lo que la Carta de las Naciones Unidas denomina el «progresivo desarrollo» del Derecho. Una vez que viejas teorías positivistas del Derecho quedan a un lado y se reconoce el potencial del juez como creador de normas, el Derecho mismo pasa a ser concebido, no como una tarta helada de doctrina que cuajó de una vez y para siempre en alguna remota era, sino como un continuo proceso, dinámico y dialéctico, de desarrollo de principios legales y reglas que se acomodan a condiciones sociales y necesidades cambiantes. Estos enfoques más instrumentales del Derecho, que desplazan teorías estáticas y contemplativas más antiguas, requieren en consecuencia de la más amplia perspectiva que ofrecen interpretaciones judiciales alternativas, si ese proceso dialéctico ha de avanzar de modo científico y útil» (35).

2. LA REGLA DE LA MAYORÍA Y LA FORMULACIÓN DE DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Tras esta excursión por los dominios del derecho comparado, que no tiene más sentido que el de situar en el contexto más amplio la cuestión de la que queremos tratar, podemos ceñirnos ya a lo que sucede en nuestro ordenamiento y, en concreto, para lo que nos interesa, en el ámbito de la jurisdicción constitucional. En este punto hay que comenzar con una observación preliminar y es que el examen de la técnica decisoria de nuestro Tribunal Constitucional, al menos en lo que se refiere al proceso interno de adopción de decisiones y al modo en que se organiza la deliberación y votación de los asuntos, presenta alguna dificultad, pues básicamente se trata de un proceso cuyas reglas son internas y carecen de publicidad: no hay prácticamente indicación alguna al respecto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, a pesar de lo prevenido en el artículo 80 LOTC, no parece que la regulación establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial haya sido asumida por defecto, en todos sus extremos, por el Tribunal (36).

(35) E. MCWHINNEY: *Supreme Court and Judicial Law-Making...*, cit., pág. 40. La traducción, como casi siempre, es aproximada.

(36) El artículo 80 LOTC establece que «Se aplicarán, con carácter supletorio de la presente Ley, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de... deliberación y votación...». Puesto que las deliberaciones son secretas y también el resultado de las votaciones, no es posible saber hasta qué punto la práctica interna del Tribunal se rige por lo establecido en los artículos 254 y sigs. de la LOPJ. Es evidente, por ejemplo, que la regla establecida en la LOPJ para los casos en los que el Ponente discrepa de la posición de la mayoría (art. 206), no ha sido siempre seguida por el Tribunal, que en casos así se ha servido de una variedad de soluciones: el Magistrado que actúa como Ponente redacta la sentencia y después for-

Como órgano colegiado, el Tribunal adopta sus decisiones por mayoría previa deliberación y votación secretas. El Magistrado designado como Ponente es el encargado de expresar «el parecer del Tribunal» (37) y la Sentencia (del Tribunal) viene firmada por todos los que hayan tomado parte en la votación, aunque después formulen voto particular.

La posibilidad abierta a los Magistrados de emitir votos particulares, sobre cuya oportunidad hubo alguna discusión en un primer momento, no parece haber sido un elemento perturbador ni, en lo que se conoce, para la dinámica interna de trabajo del Tribunal ni, como algunos pudieron temer, de cara al exterior, para su imagen pública. Los Magistrados han hecho de ellos uso regular, sin que esto haya contribuido, al menos visiblemente, a provocar escisiones o alianzas de voto permanentes en la práctica (38).

Los votos particulares, dice la ley del Tribunal, pueden ser discrepantes respecto del fallo o de la fundamentación, deben reflejar una posición previamente defendida durante la deliberación, y siguen a la Sentencia; se publican con ella, pero no forman parte de ella (39). A diferencia de lo que es habitual

mula voto discrepante (por ejemplo, en la STC 160/1987) o voto concurrente (STC 136/1999); declina la redacción de la Ponencia, que es asignada por el Presidente a otro Magistrado, y formula voto particular (por ejemplo, STC 26/1987); el Presidente asume la Ponencia (p.ej. STC 99/1988, o STC 13/1998, donde hubo dos Ponentes relevados). Otros supuestos son más curiosos: así las dos Ponencias «complementarias» de la STC 5/1981 (en la que un Ponente se ocupó de la redacción de los «motivos» primero y segundo y de los dos primeros pronunciamientos del fallo y otro del resto, formulando ambos votos particulares); o la Ponencia conjunta de dos Magistrados en la STC 53/1985 (fruto, según se indica en los Antecedentes [7], de un «texto alternativo» que en determinado momento desplazó al propuesto por el Ponente inicialmente designado), y de tres en las SSTC 120/1990 y 137/1990. Alguna vez los Magistrados han invocado el artículo 206 de la LOPJ para justificar la renuncia del ponente discrepante a redactar la sentencia y la consiguiente obligación de formular voto particular, pero también se han expresado en el sentido de diferenciar lo que es la función «institucional» del Ponente, encargado de expresar «el parecer del Tribunal», de su posición «individual» como miembro del colegio, que participa en la votación y conserva su derecho a discrepar de la mayoría. Manifiestamente, el estilo de los votos particulares tampoco se atiene a lo preceptuado en la LOPJ artículo 260, que indica que serán formulados «en forma de sentencia».

(37) Las ponencias se asignan de acuerdo con un turno establecido sobre la base de criterios objetivos. En otros Tribunales, p.ej. en el caso del Tribunal Supremo de Estados Unidos, o en el Tribunal Constitucional austríaco, el encargo de redactar la sentencia recae sobre alguno de los miembros de la mayoría que coincide en la forma de disponer el asunto.

(38) Sobre la discusión que precedió a la introducción del voto particular en la Constitución, sobre la historia de esta figura en nuestro ordenamiento, sobre el debate doctrinal y sobre su práctica (hasta el año 1988), me remito, por todos, a la monografía de F.J. EZQUIAGA GANUZAS: *El voto particular*, CEC, Madrid (1990) y bibliografía allí citada.

(39) Artículo 90.2 LOTC. Con la práctica se han desarrollado variantes de voto particular: individuales, conjuntos, colectivos, votos que concurren en parte y disienten en parte del fallo o

en la práctica americana, en las sentencias constitucionales no hay referencia alguna, al menos expresa, a las posiciones mantenidas en los votos particulares. La mayoría que apoya la sentencia, aparentemente, no se siente obligada a refutar la opinión sostenida por el colega o colegas disidentes, quizá, porque la sentencia ya está elaborada cuando se redactan los votos particulares, quizá, porque se entiende que la discusión quedó zanjada tras el debate interno (40). Por otro lado, es la publicidad del voto particular la que informa de la mayoría que apoya la decisión: en principio, toda decisión que no se acompaña de votos particulares se puede presumir unánime, ya que en la sentencia no se da noticia de las vicisitudes de la votación (41).

En general, puede decirse que a los votos particulares se les atribuye interés doctrinal, académico (una sentencia con varios votos particulares es, entre otras cosas, un buen asunto para un comentario de jurisprudencia) y es lógico, pues normalmente el firmante del voto particular dirige sus argumentos no a la mayoría del Tribunal, que ya los conoce y no los compartió, sino a los potenciales lectores avisados de la jurisprudencia constitucional, que bien podrían resultar persuadidos por esas otras razones que la Sentencia no tuvo en cuenta. Su auditorio, habitualmente, es académico. Aunque también cumplan esa función, desde luego no cabe atribuirles como principal razón de ser la de aliviar la irritación que a personas responsables les produce ver cómo se equivoca (a su juicio) la mayoría y con graves consecuencias. Aparte de su indudable capacidad para promover el debate y la discusión sobre cuestiones jurídicas —que, siempre a juicio del disidente, el Tribunal cierra en falso y que quizás en un futuro puedan ser reconsideradas (y rectificadas)—, está extendida la opinión de que los votos particulares son «inofensivos», que ninguna influencia tienen sobre la inmediata autoridad y fuerza vinculante de la sentencia.

Y, en efecto, ninguna pueden tener sobre el resultado que, según manda la

de la fundamentación. No caben votos sin argumento aunque sí, *per relationem*, de adhesión. Nos ocuparemos aquí únicamente de votos particulares que acompañan a sentencias, aunque, de acuerdo con la ley, pueden emitirse con otras resoluciones.

(40) El artículo 260 LOPJ indica que la intención de formular voto particular debe anunciarse en el momento de la votación o en el de la firma de la Sentencia. En Alemania, con vistas a proteger la autoridad del colegio, está previsto que los jueces de la mayoría puedan reabrir la discusión después de redactado el voto particular. Véase, en general, para Alemania, JÖRG LUTHER: «L'esperienza del voto dissenziente nel Bundesverfassungsgericht», incluido en *L'opinione dissenziente* (A. Anzón, coord.), Giuffrè, Milán (1995), págs. 258-277.

(41) LOPJ artículo 233. En este punto, la práctica española contrasta con la del Tribunal Constitucional alemán, al que la ley permite hacer públicos los resultados de las votaciones [BVerfGG § 30 (2) *in fine*: «Die Senate können in ihren Entscheidungen das Stimmenverhältnis mitteilen»].

ley, se adopta por mayoría. Sin embargo, ¿vale esto también para la «doctrina de la Sentencia»? Planteado de otro modo, ¿es siempre la doctrina de la Sentencia doctrina «del Tribunal»? ¿cabe hablar de doctrina del Tribunal en sentencias que muestran una división de opiniones tal que se hace imposible reconocer una doctrina de la mayoría? El puro hecho de que los Magistrados puedan disentir de la argumentación de la sentencia, aún apoyando el resultado, puede dar lugar a que en algún caso la mayoría que apoya el resultado no sea la que respalda la argumentación de la sentencia, a que no se constituya ninguna argumentación mayoritaria o, incluso, a que el argumento apoyado por la mayoría no sea el que sostiene el resultado (42).

La consideración de la Sentencia como una sola pieza, en la que motivación y fallo están indisolublemente ligados, donde el fallo se presenta como resultado inexorable a partir de las premisas que se dan por buenas en la fundamentación, es perfectamente coherente en el contexto de la decisión *per curiam*, pero no cuando se acoge un modelo de decisión en el que se acepta la discrepancia. En esta situación, si el sistema es consecuente, motivación (*ratio decidendi*) y resultado (*decisum*), por decirlo de algún modo, se independizan, y a uno y otro aspecto de la decisión por fuerza se les ha de reconocer distinta virtualidad. Si se admite, como sucede en el caso del Tribunal Constitucional español, que los Magistrados puedan discrepar del fallo o de la fundamentación, implícitamente se acepta que para la formación de la decisión del Tribunal deben concurrir dos mayorías, una para la argumentación y otra para el resultado, y que éstas pueden no coincidir. Los efectos que, por ley, se asocian al fallo —cuyo contenido posible puede estar limitado por la ley y, en todo caso, por exigencia del principio de congruencia— no se confunden con los que, por su parte, despliega la motivación. Por supuesto, esto no significa que el fallo deba leerse desconectado de la motivación y, normalmente, si se trata de una sentencia apoyada por todos, o por la mayoría, fallo y motivación resultarán cómodamente aliados. Es simplemente que la «fuerza» del fallo no depende de la contundencia, de la fuerza de persuasión, incluso de la coherencia de la motivación. La doctrina de la sentencia puede demostrarse errada sin que esto afecte a lo decidido. Otra cosa es la fuerza vinculante de la doctrina, su capacidad para generar «reglas», criterios de interpretación o aplicación de normas a

(42) No son combinaciones tan forzadas: pensemos en casos en los que además de aparecer votos disidentes, varios Magistrados concurren sólo en el resultado; casos en los que se produce un «empate»; casos en los que los votos concurrentes coinciden con la argumentación de los discrepantes (o en un «empate» resuelto por el voto de calidad del Presidente, donde alguno de los que apoyan el resultado no comparte la argumentación y formula voto concurrente). De la situación del «empate» nos ocupamos después.

los que deberán acomodar su actuación otros aplicadores del Derecho —señaladamente, otros tribunales— y que presumiblemente guiarán la actuación futura del propio Tribunal. La eficacia de tal doctrina depende, claro, de que sea inteligible, pero también de su solidez, y es aquí donde interviene el elemento de la predicción. Una doctrina apoyada por una minoría de los miembros del Tribunal, y abiertamente discutida o repudiada por el resto, no parece llamada a consolidarse y de ninguna manera refleja la opinión del colegio. Una motivación *ad hoc*, suficiente para un resultado concreto, no es indicativa de lo que el Tribunal puede resolver en otro caso en el que, aun planteándose la misma cuestión de derecho, las circunstancias fácticas varíen siquiera mínimamente. Estoy hablando en abstracto y a punto de penetrar en el universo del precedente, que no es mi intención. Desearía únicamente apuntar la existencia de estos problemas, que afectan a la definición de la doctrina constitucional y no pueden ser ignorados a la hora de determinar el alcance de la obligación impuesta por el artículo 5.1 LOPJ a los jueces ordinarios (43).

Nuestro Tribunal no muestra, afortunadamente, la fragmentación a la hora de la argumentar sus decisiones que es ahora tan habitual en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Los votos discrepantes siguen siendo excepcionales y aún lo son más los votos concurrentes. Decía afortunadamente porque en términos de jurisprudencia, una argumentación dividida es un fracaso, pues significa que no hay acuerdo en cuanto a la doctrina aplicable para la solución del caso, aunque esto no impida que se constituya una mayoría en torno a la decisión. Siendo excepcionales en la práctica del Tribunal los votos particulares, todavía son más extrañas las situaciones en las que la diferencia de opinión entre los miembros del colegio no se resuelve y no llega a constituirse una mayoría en cuanto a la motivación. Son situaciones extrañas pero no imposibles y, de hecho, nuestro Tribunal las ha conocido.

Pretendo ocuparme brevemente de dos de estas situaciones y de los problemas que plantean que, sin ser una rareza, por alguna razón no han despertado aquí el mismo interés que en otros países. Se trata de las situaciones de «empa-

(43) «[L]a interpretación de las resoluciones del Tribunal Constitucional para deducir el alcance de los preceptos y principios constitucionales (art. 5 LOPJ) exige seleccionar aquellos argumentos que constituyen el fundamento del fallo. No todo lo que las sentencias dicen tiene igual valor. Sin embargo, tampoco puede trazarse una separación absoluta entre los argumentos que parecen constituir la razón de la decisión y aquellos otros que los acompañan. Las sentencias constituyen un todo, incluidos los votos particulares que pueden formular los miembros de los Tribunales. La publicación de los votos particulares... facilita no sólo salvar la posición del magistrado disidente, sino, sobre todo, la interpretación de la sentencia, al poner de manifiesto aquello que la mayoría rechazó», F. SÁINZ MORENO: Voz «Interpretación jurídica», *Enciclopedia Jurídica*, Civitas, Madrid, pág. 3.713.

te» y de las situaciones en las que la mayoría del Tribunal apoya el resultado pero no la argumentación.

3. DECISIONES SIN MAYORÍA: LOS CASOS DE «EMPATE»

Un problema peculiar es el que plantean las decisiones que se adoptan por un Tribunal dividido que apoya con los mismos votos un resultado y el contrario. La doctrina norteamericana se refiere a esta situación como la de «*equally divided court*» (la inglesa habla de «*evenly divided courts*»). La peculiaridad de esta situación estriba en que, en supuestos así, no sólo no se constituye una mayoría en cuanto a la argumentación, sino que tampoco la hay en torno al resultado. La primera cuestión a resolver, por tanto, es la de qué puede decidir un Tribunal bloqueado de este modo.

En España, donde el Tribunal Constitucional está compuesto por un número par de magistrados, la ley, en previsión de esta situación, dispone que «en caso de empate, decidirá el voto del Presidente» (art. 90.1 LOTC). Esta no es una solución universal y no hace falta ser particularmente imaginativo para pensar que coloca al Presidente en una delicada situación, porque en estos casos, en definitiva, a él se le atribuirá la responsabilidad de la decisión. Una solución como ésta no crea grandes problemas si se sigue la técnica de la decisión *per curiam*, puesto que entonces la regla del voto de calidad del Presidente actúa como regla *ad intra* para desbloquear la votación. Sin embargo, cuando las posiciones de los miembros del Tribunal son argumentadas y reciben igual publicidad, la eficacia de una solución de este tipo puede ser cuestionada. Su lógica aparente —la de desbloquear a un Tribunal que en todo caso debe decidir, por aquello del *non liquet*— es penosamente compatible con la función del Tribunal de decir la última palabra en materia de constitucionalidad. En este sentido, varios autores han considerado más satisfactorias las soluciones acogidas en otros sistemas, por ejemplo, el alemán, en donde en ausencia de mayoría no es posible declarar la inconstitucionalidad.

En los sistemas anglosajones, y aquí el criterio es indubitado, el empate impide a un tribunal decidir. La consecuencia es una *summary affirmance*, esto es, la sentencia apelada o el acto recurrido permanece inalterado, aunque no confirmado, por la «decisión» del Tribunal dividido. Estas resoluciones carecen de efecto de cosa juzgada *material*: no resuelven la cuestión jurídica que el caso plantea, que podrá regresar al tribunal —suscitada en el contexto de un litigio diferente— y ser examinada como si fuera nueva. Ni que decir tiene, que las decisiones de una *equally divided court*, incapaces de alterar lo decidido por un tribunal inferior, mucho menos pueden crear doctrina o modificar la

existente. No mueven nada: bien mirado, la fórmula de la *summary affirmance* produce el mismo efecto que una inadmisión (44).

La solución de atribuir voto de calidad al Presidente abre una excepción en la regla de la mayoría para la adopción de decisiones, porque el voto del Presidente no convierte en mayoría lo que no lo es. En todo caso, es una solución que determina *el sentido de la decisión* en casos de empate, pero no parece sensato deducir que también actúa sobre la argumentación en la que se apoya. Entre otras razones porque quienes, con el Presidente, concurren en el sentido de la decisión pueden no coincidir en la argumentación (45). De nuevo, como antes se indicaba, el problema no sería tal si el Tribunal operara bajo la lógica de la decisión *per curiam*, pero se plantea, y con consecuencias importantes, cuando la división del Tribunal se refleja en votos particulares.

Una posición razonable, a la vista de cómo se opera en otros sistemas, sería la de entender que, en casos así, lo que el Tribunal ofrece es una decisión *ad hoc*. Pone fin a la concreta «controversia», pero no fija una regla para la solución de casos futuros en los que la misma cuestión de derecho vuelva a plantearse. Es decir, que la cuestión queda de algún modo en suspenso, sigue siendo *res dubia* para el Tribunal y no es seguro que éste, obligado en otro caso a volver sobre ella, alcance la misma conclusión. El fallo desplegará los efectos a él asociados (cosa juzgada y, eventualmente, otros), pero resulta desproporcionado proclamar la fuerza vinculante de la motivación. Ésta, claro, justifica el resultado, pero de la misma manera que la argumentación contenida en los votos particulares —por la otra mitad del Tribunal— justifica el resultado opuesto. No se puede olvidar que el resultado vino determinado por el voto de calidad del Presidente.

Evidentemente, el Tribunal puede posteriormente acoger como doctrina propia la argumentación de una sentencia adoptada de este modo. Pero esto no significa reconocer que la doctrina de la sentencia del Tribunal dividido sea *per se* doctrina del Tribunal, es simplemente que la mayoría del Tribunal siempre

(44) El primer precedente, en el caso de Estados Unidos, se fija en la época de Marshall, *Etting v. Bank of U.S.*, 11 Wheat. pág.78: «In the very elaborate arguments which have been made at the bar, several cases have been cited which have been attentively considered. No attempt will be made to analyze them, or to decide on their application to the case before us, because the judges are divided respecting it. Consequently, the principles of law which have been argued cannot be settled; but the judgment is affirmed, the court being divided in opinion upon it». La práctica, como se ha dicho, ha sido invariable. Curiosamente, en el caso de empate, quizás porque no hay opinión, el Tribunal Supremo no hace públicas las posiciones de los jueces, no se llega a conocer quiénes estaban en cada lado. Sobre la situación en Inglaterra, véase CROSS & HARRIS: *Op. cit.*, págs. 86-90.

(45) En hipótesis, el mismo Presidente podría formular un voto concurrente.

puede, en una nueva ocasión, hace suya aquella doctrina que no fue inicialmente doctrina mayoritaria. Nada impide que el Tribunal acoja en algún momento tesis que fueron en el pasado sostenidas en un voto particular y rechazadas por la mayoría. El efecto vinculante de esa doctrina sucede a partir de su aceptación por la mayoría del Tribunal (46), de modo que sólo desde ese momento, o si se prefiere, desde su confirmación en una sentencia apoyada por la mayoría, surtirá los efectos prevenidos en el artículo 5.1 LOTC.

Una situación de empate, del tipo que estamos examinando, se produjo en dos casos bien conocidos: la sentencia 111/1983 (caso RUMASA) y la 53/1985 (sobre el aborto). En la STC 13/1998 no llegó a producirse empate pero se provocó una situación similar en cuanto a la ausencia de mayoría en la argumentación: a la Sentencia siguieron seis votos particulares, cinco disidentes y uno concurrente (la doctrina de la sentencia era mayoritaria, pero no de la mayoría del Tribunal).

4. CUANDO LA MAYORÍA QUE APOYA EL RESULTADO NO RESPALDA LA ARGUMENTACIÓN

Técnicamente éstas son las decisiones a las que la doctrina americana denomina «decisiones de pluralidad», *plurality decisions*, en las que la *ratio* de la decisión, como sucedía en el caso de las decisiones *seriatim*, debe ser inferida de los argumentos en juego. Si los argumentos son inconciliables, es dudoso que pueda hablarse de doctrina. Cuando la doctrina sostenida por una «mayoría minoritaria» es particularmente novedosa o supone quebrar una doctrina anterior más consolidada, difícilmente será considerada vinculante por los jueces inferiores que lo que presencian es una discusión en el seno del tribunal en cuanto al principio de derecho aplicable para la solución del caso. De nuevo, la materia es «*res dubia*» (47).

Las *plurality decisions* son un fenómeno provocado por la presencia de opiniones concurrentes, en concreto, por cierto tipo de opinión concurrente: la llamada concurrencia en el resultado. Entre los autores americanos está gene-

(46) Incluso cabría deducir de lo previsto en el artículo 13 LOTC, que la doctrina de las Salas no es automáticamente doctrina del Tribunal.

(47) En notas anteriores ya he citado algunos estudios que se ocupan del análisis de este tipo de decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Me remito de nuevo a ellos (véanse en concreto los citados en notas 22 y 23). Un buen resumen de la doctrina, con propuestas nuevas es lo que ofrece el estudio de KEN KIMURA: «A Legitimacy Model for the Interpretation of Plurality Decisions», *Cornell Law Review*, vol. 77 (1992), págs. 1.593-1.627.

ralizada la distinción entre concurrencia simple y concurrencia en el resultado. La primera consiste en una argumentación que se ofrece como complementaria, a mayor abundamiento o incluso alternativa a la expuesta en la opinión principal. La segunda es una discrepancia en toda regla: lo que el concurrente ofrece es una vía argumentativa diferente, otra ruta para llegar al mismo resultado. Una concurrencia que se presenta como simple sólo demuestra que lo es si su argumento es compatible o, cuando menos, no invalida o contradice el de la opinión principal; el valor de este tipo de votos es dudoso, aunque algunos les atribuyen la condición de *dicta* (no son argumentaciones necesarias para el resultado, pero pueden contribuir a aclarar aspectos de la discusión) (48). Las razones por las que se elaboran los votos concurrentes son mucho más sutiles que las que funcionan para los votos discrepantes. En realidad, toda concurrencia encubre un *dissent* de mayor o menor calado pues, al fin y al cabo, si la diferencia no era mucha, ¿por qué la insistencia en la elaboración de una opinión que nada va a cambiar?

Las *plurality decisions* son cualquier cosa salvo decisiones «sin argumentación». De hecho, el problema está en que hay demasiados argumentos para el resultado y ninguno de ellos concluyente para la mayoría. El acuerdo que no se alcanza en cuanto a la fundamentación se logra sin problemas para el resultado y no se puede decir que éste sea arbitrario simplemente porque no hay acuerdo a la hora de justificarlo.

Sin embargo, aunque en abstracto no sea difícil de aceptar la diversidad de argumentos para el mismo resultado, en la práctica, y en particular en el ámbito de la jurisdicción constitucional, la falta de acuerdo en la fundamentación puede condicionar el resultado. Esto depende de cómo se organice la votación. No siempre es posible evitar la paradoja de que ante la falta de acuerdo en la fundamentación, el Tribunal presente como resultado —como decisión— el que apoya la minoría. Mírese de este modo:

Supongamos que un Tribunal Constitucional —el español, pongamos por caso— debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. Los recurrentes sostienen que la ley vulnera los artículos 81.1, 16 y 20 de la Constitución. Durante la deliberación, en el seno del Tribunal, se perfilan tres posturas apo-

(48) En general se reconocen los problemas que plantea ofrecer una argumentación como alternativa para el resultado. «It is impossible to treat a proposition which the court declares to be a distinct and sufficient ground for its decision as mere *dictum* simply because there is another ground stated upon which, standing alone, the case might have been determined» (es una opinión que recogen CROSS & HARRIS: *cit.*, pág. 82). Sobre el valor de precedente de los votos concurrentes y, en general, su clasificación e identificación, me atengo al criterio de KIRMAN: «Standing Apart to Be A Part: The Precedential Value of Supreme Court Concurring Opinions», *cit.*

yadas por cierto número de magistrados: unos (pongamos, cuatro), consideran que la ley no es inconstitucional; otros (de nuevo, cuatro) que la ley vulnera el artículo 20 CE, y otros (los restantes cuatro) que el artículo intolerablemente afectado es el 14 de la Constitución. Una mayoría de los miembros del Tribunal considera, por tanto, que la ley es inconstitucional pero no hay mayoría en cuanto a cuál es la concreta razón de la inconstitucionalidad. En esta situación, cualquiera de los dos resultados posibles —la declaración de inconstitucionalidad o la declaración de no inconstitucionalidad— puede prosperar. Si los ocho miembros que consideran que la ley es inconstitucional no encuentran alguna solución de compromiso (una posible es unir sus argumentos en la sentencia, votar por el resultado de la declaración de inconstitucionalidad y formular voto particular), lo que resultará es una declaración de no inconstitucionalidad, por tanto, la posición que defiende la minoría. Si los dos bloques de cuatro magistrados deciden concurrir en el resultado pero manteniendo sus distintas argumentaciones en voto particular, estamos en presencia de una *plurality decision*.

Una situación un poco más complicada: imaginemos ahora un amparo, por seguir con el Tribunal español, que ha de resolver el Pleno. Los demandantes sostienen que el acto recurrido —una sentencia de un tribunal— vulneró derechos reconocidos en los artículos 16.1, 20.c) y d), 23, 24.1, 24.2 y 25.1 de la Constitución. Durante la deliberación las posturas de los Magistrados se manifiestan divididas de modo que —más allá de la coincidencia en apreciar la ausencia de vulneración de los derechos de los artículos 16.1, 20.c) y d), 23 y 24.1 CE— unos sostienen que no hay vulneración de ningún derecho (tres Magistrados), otros (cuatro Magistrados) que se produjo una vulneración de uno de los derechos del artículo 24.2 CE y, finalmente, otros (los cinco restantes) entienden que la vulneración se concreta en un derecho del artículo 25.1 CE. De nuevo, la mayoría del Tribunal coincide en apreciar que el acto recurrido vulneró derechos, pero es incapaz de identificar por mayoría el concreto derecho (o derechos) vulnerado (-s). La situación se complica porque, a diferencia de lo que sucede en el caso de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad —donde el pronunciamiento se concreta en la declaración de inconstitucionalidad o no inconstitucionalidad de la ley o precepto legal recurrido—, en el caso del amparo el pronunciamiento estimatorio del Tribunal, además de declarar la nulidad del acto (decisión, acto o resolución) recurrido, ha de «reconocer» el derecho vulnerado para restablecer al recurrente «en la integridad de su derecho». El problema es menor desde que el Tribunal ha interpretado que los pronunciamientos posibles de la sentencia que otorga el amparo, según lo dispuesto en el artículo 55.1 LOTC, son pronunciamientos independientes y acumulativos (así en la, por otras razones extraña, STC 67/1998, FJ 7).

En una situación como la inmediatamente descrita el Tribunal podría concluir con la desestimación del amparo (porque no hay acuerdo en cuanto al derecho vulnerado y hay mayoría en cuanto a la no vulneración de cada uno de los derechos alegados) o la estimación del amparo por las razones que sostienen dos grupos de Magistrados. Si se formulan votos concurrentes, la consecuencia es clara: en la sentencia se suman los argumentos y en los votos se produce la resta, de modo que se comprueba que ningún argumento es mayoritario. De nuevo estamos ante una *plurality decision*, hay un resultado apoyado por la mayoría pero no sucede lo mismo con la fundamentación. La motivación sirve para explicar el resultado del caso concreto, pero es dudoso que pueda hablarse de doctrina «del Tribunal» (49).

5. QUÉ MAYORÍA APOYA LA DOCTRINA DE LA STC 136/1999

Hasta aquí el debate en términos generales. Llega ahora la ocasión de trasladarlo a un caso concreto: el que proporciona la decisión del Pleno del Tribunal en la STC 136/1999. Como es conocido, el origen de este asunto está en el recurso de amparo que los miembros de la Mesa de Herri Batasuna interpusieron contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que los condenó como autores de un delito de colaboración con banda armada. En la demanda de amparo los recurrentes denunciaron la vulneración de una serie de derechos; la Sentencia del Tribunal, estimatoria, reconoció únicamente la vulneración de «su derecho a la legalidad penal» y declaró la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo. La decisión fue apoyado por nueve Magistrados ya que sólo tres formularon voto discrepante. De los nueve Magistrados que constituyeron la mayoría, cuatro firmaron un voto concurrente. Este voto —redactado por el Ponente de la Sentencia y al que se adhirieron tres Magistrados— se presentó como «simple concurrencia» (50). Pero vale la pena detenerse a examinar hasta qué punto esto es así.

(49) Kornhauser y Sager se ocupan en el estudio que venimos citando de examinar lo que denominan la «paradoja doctrinal»: cuando las diferencias de opinión entre los jueces son significativas, un caso puede resolverse en un sentido o en el opuesto según se disponga la votación. Si se vota «por resultado» (*voting the case*) la solución es diferente a la que se alcanzaría votando, separadamente, por cuestiones de hecho o de derecho relevantes para la decisión (*voting by issues*).

El Tribunal Federal Constitucional alemán ya ha experimentado con las *plurality decisions*. En el caso más clamoroso, la *BVerfGE* 32, 199, sobre la constitucionalidad de una ley estatal sobre retribuciones a jueces, se daba la paradoja de que los siete jueces que decidieron, emitieron voto disidente y la motivación colegial que acompañó al fallo no fue compartida por ninguno.

(50) «Estoy plenamente de acuerdo con el fallo y con la argumentación que lleva a él...». Con esta frase se introduce el voto particular concurrente.

El momento central de la argumentación del Tribunal, en la Sentencia, se sitúa en los Fundamentos Jurídicos 20 a 30. Éste es el lugar en el que se desarrolla la tesis finalmente determinante del sentido de la decisión; ahí está, por tanto, el núcleo de la *ratio decidendi* de la Sentencia. La construcción del Tribunal, destinada en ese espacio a precisar el contenido y alcance del derecho constitucional a la legalidad penal en general y a los efectos del caso en presencia, no es en absoluto simple; y aunque en ningún momento se anuncia como doctrina novedosa, no se oculta que, en los términos en que será de aplicación al caso, se trata de una doctrina invocada en otros casos pero nunca antes determinante de un fallo estimatorio. El Tribunal concluye, así lo indica en el FJ 30, que en el caso a examen «se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal *en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas*». No nos interesa aquí entrar en el examen de la doctrina de la Sentencia, nos fijaremos únicamente en el modo en que determina el contenido del fallo.

El Tribunal otorga el amparo y declara la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo no en razón de una vulneración del derecho de los recurrentes por parte del juzgador, sino porque entiende que la condena que el Tribunal impuso de acuerdo con la ley, era desproporcionada. La lesión del derecho es, por tanto, imputable al legislador y no al juez (51). Esa lesión, que se produce en el momento en que se impone la sanción, la provoca la aplicación de un precepto penal —el artículo 174 bis a) C.P. 1973— que, a juicio del Tribunal, «hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso». El precepto, por tanto, es «inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes». El Tribunal, en definitiva, considera que la conducta de los recurrentes, constitutiva de un «acto de colaboración» con banda armada —de acuerdo con la legítima interpretación del Tribunal Supremo (FJ 26)— debió recibir una sanción inferior a la mínima prevista en la ley (52). Por supuesto, el Tribunal no concreta qué condena hubiera sido

(51) El Tribunal ya advierte que «el derecho a la legalidad penal opera, en primer lugar y ante todo, frente al legislador» y que «en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos [en general, derechos fundamentales y libertades públicas] será imputable al legislador y no al Juez» (FJ 21 de la Sentencia).

(52) «[N]o es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previ-

la proporcionada a las circunstancias del caso; se limita a declarar la desproporción (53).

Comprobada y concretada de esta forma la lesión del derecho a la legalidad penal, que es lo que se refleja en el fallo, el Tribunal entendió innecesario analizar la colisión del precepto penal con el principio de legalidad desde la perspectiva sugerida por los demandantes así como entrar en el examen de otros motivos de la demanda de amparo (54). Claramente, de esos otros motivos el que restaba por examinar era el de la pretendida vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Justamente, la alegación que centra el interés del voto particular concurrente.

6. LA «RATIO» DE LA SENTENCIA Y DEL VOTO CONCURRENTE: ¿COMPATIBLES?

La afirmación que en la Sentencia se hace en cuanto a que no era preciso entrar en el examen de otros motivos de la demanda, sólo cabe entenderla en lo que afecta a la presunción de inocencia en un sentido: que no se considera imprescindible exponer las razones por las que la mayoría del Tribunal interpretó que no se producía la vulneración de este derecho. De otro modo no se puede comprender que un argumento como el que se va a desarrollar llegue a ser voto particular; la ley del Tribunal, razonablemente, pretende evitar argumentos «sorpresa» en votos particulares y con este propósito exige que éstos reflejen una postura previamente defendida en la deliberación, no otra cosa, por otra parte, explica la adhesión de otros tres Magistrados a la opinión del redactor

sión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo» (FJ 30).

(53) «En casos como el que ahora nos ocupa, es claro que siempre entrará dentro de la libertad de configuración del legislador penal la elección de la técnica o la vía concretas para restaurar la vigencia del principio de proporcionalidad en la represión de las conductas delictivas aquí contempladas, sin que a este Tribunal, como es lógico, corresponda especificar ninguna de ellas» (FJ 30).

(54) «La apreciación de la vulneración del derecho a la legalidad penal por parte del artículo 174 bis a) C.P. 1973 desde la perspectiva del principio de proporcionalidad nos exime de analizar el mismo precepto legal desde los otros ángulos del mencionado derecho fundamental alegados por los recurrentes. Igualmente resulta innecesario examinar el resto de los «motivos» en torno a los que se articula la demanda de amparo» (FJ 30).

Es verdad que, puesto que el amparo se dirige contra la Sentencia del Tribunal Supremo, fuente de la lesión de los diversos derechos alegados por los recurrentes, una vez declarada su nulidad, los recurrentes ven satisfecha su pretensión. Pero no está claro entonces, si la obligación de responder a «todos» los motivos alegados —analizar todas las lesiones de derechos denunciadas— sólo existe para el Tribunal cuando no estima el amparo.

del voto concurrente (55). Suponemos entonces que el Tribunal «conoció» el argumento y que durante el debate a que diera lugar no prosperó como fundamento respaldado por la mayoría para la decisión.

El autor del voto concurrente, después de afirmar que comparte argumento y fallo de la sentencia, justifica la oportunidad no obstante del voto porque a su juicio la Sentencia «no debía limitarse a enjuiciar la constitucionalidad del precepto aplicado», sino que más allá de esto «debería haber examinado también la alegación relativa a la presunción de inocencia, para estimarla». En resumen entiende, y eso es lo que va a desarrollar, que el amparo debió concederse, *además*, porque el Tribunal Supremo lesionó el derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia. El problema está, me parece, en que la ruta propuesta por el voto concurrente hacia el resultado, es incompatible con el *iter* argumentativo de la Sentencia. Dicho de otro modo: si se acepta que el Juez lesionó el derecho a la presunción de inocencia, se hace innecesario entrar a examinar si el legislador vulneró el principio de legalidad penal «en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas», y al contrario, si la Sentencia pudo desarrollar este argumento, fue a partir de la aceptación de que la condena impuesta a los recurrentes lo fue de acuerdo con la ley, una vez que el tribunal penal apreció que su conducta era subsumible en el tipo penal (56). En la Sentencia no hay reproche al Juez y la lesión del derecho, como se indicó, se imputa al legislador.

Con apoyo en la doctrina del Tribunal sobre el derecho a la presunción de inocencia, el voto se propone demostrar cómo en el caso concreto se produjo efectivamente la lesión de este derecho. Básicamente, porque tampoco se trata aquí de examinar la corrección de la tesis del voto, la conclusión de quienes concurren es que durante el proceso ante el Tribunal Supremo no se produjo auténtica prueba de cargo y, sobre todo, que no se procedió a la individualización de la conducta culpable. Esto conduce a sostener que puesto que no se enervó la presunción de inocencia, el Tribunal nunca debió dictar un veredicto de culpabilidad. Innecesario pues referirse al rigor de la sanción, evidentemente es desproporcionada —cualquiera lo hubiera sido— cuando se impone a quien no se ha demostrado culpable (57).

(55) También hay alusiones en cuanto a la no vulneración de la presunción de inocencia en los votos discrepantes.

(56) «[L]a apreciación por parte de la Sala sentenciadora, dentro de las funciones que le son propias, de que nos encontramos ante una de dichas formas de colaboración ha arrastrado, por imperativo de la ley, la imposición de una pena que, tal como se ha razonado, no guarda proporción con las singulares circunstancias del caso» (FJ 30).

(57) «[S]in pruebas suficientes y concluyentes no se puede atribuir a nadie un comportamiento que revista un significado antijurídico, susceptible por ello de acarrear una sanción [...] El

Si se confía en este argumento —y cabe suponer que para los firmantes del voto concurrente debía ser el favorito, ya que a pesar de coincidir con la mayoría en el resultado lo hicieron público— no es posible apoyar en todos sus extremos el razonamiento de la Sentencia. No es sólo que en el voto se afirma que el Juez lesionó derechos, cosa que no admite la Sentencia, sino que el momento de la lesión de los derechos es también distinto: en el voto se sostiene que se produjo en el momento de señalarse la culpabilidad, en la Sentencia, al imponerse la sanción.

El que, en abstracto, los firmantes del voto concurrente estén de acuerdo con la conclusión de que la sanción prevista era desproporcionada, no resuelve, creo, los problemas de compatibilidad apuntados entre ambos argumentos. Si la mayoría hubiera acogido la solución del voto particular, no habría necesitado andar el camino para demostrar lo desproporcionado de la condena «en las singulares circunstancias del caso».

¿Hubieran apoyado los firmantes del voto concurrente la Sentencia si no hubieran tenido ocasión de expresar también su otro punto de vista? ¿Hubieran apoyado ese resultado de no estar persuadidos de que se había producido una conculcación del derecho a la presunción de inocencia? ¿Hubieran coincidido con la mayoría en el argumento —como expresamente admiten— si en la Sentencia se hubiera rechazado explícitamente la lesión del derecho a la presunción de inocencia? Esto no es posible saberlo, pero es difícil evitar la sospecha de que en su decisión de apoyar el fallo que conducía a anular la Sentencia del Tribunal Supremo, hubo de influir su convicción de que se había producido una clara —así la presentan— vulneración del derecho a la presunción de inocencia (58).

acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si aquella condición de inocente resulta plenamente desvirtuada por el Juez a partir de las pruebas aportadas por la acusación. Como señalábamos en la STC 81/1998... «la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio [...] opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable» (Fundamento Jurídico 3.º)» (Voto concurrente, en [3]).

(58) «De todo lo dicho se desprende que, aun con los límites propios de nuestra valoración, no existe prueba de cargo, ni directa ni indirecta, respecto a la participación de los recurrentes en los hechos objeto de sanción o, dicho de otro modo, que la inferencia descrita en la Sentencia recurrida es, sin duda, abierta en exceso, y por ello nada puede probar ya que admite con facilidad y con naturalidad conclusiones alternativas, y no permite por ello considerar como razonablemente probado a efectos penales el relato de hechos probados adoptado. [...] [D]eberíamos haber declarado... que la sola pertenencia al órgano que adoptó la decisión delictiva, la asunción posterior de las consecuencias penales de la misma, las ambiguas declaraciones y los silencios de los recurrentes, no constituyen ni individualmente ni en su conjunto indicios suficientes para afirmar

Como indicábamos en otro momento, un voto que se anuncia como «simple concurrencia» —cuando el autor no discrepa ni del fallo ni de la argumentación apoyados por la mayoría— sólo demuestra que lo es si su argumento es a mayor abundamiento, complementario o, de cualquier forma, no condiciona o contradice el de la mayoría. Si no es el caso, el voto es concurrente en el resultado, pero discrepante en cuanto a la *ratio decidendi* de la mayoría.

Desde mi punto de vista, que es el que he intentado ofrecer, en la decisión que comentamos el voto concurrente propone otra forma de resolver en amparo, una ruta que se separa y es excluyente de la seguida por la Sentencia, con la que converge en el fallo, en el sentido de estimar que se ha producido la lesión de un derecho fundamental y que procede la declaración de nulidad de la sentencia recurrida. Sostener esto permite concluir que estamos en presencia de una *plurality decision*, en la que una clara mayoría apoya la conclusión (nueve frente a tres), pero a partir de una argumentación dividida —cinco Magistrados apoyan la de la Sentencia, cuatro la del voto concurrente y tres expresan su discrepancia (también de la argumentación de la Sentencia) por separado. Si se ve así, el resultado del caso concreto está respaldado por dos tipos de argumentos (hay dos *rationes decidendi*), pero la mayoría del Tribunal no coincide en cuanto a la doctrina que gobierna el caso (la argumentación de la sentencia es apoyada por una mayoría minoritaria). No es por tanto que la decisión del Tribunal adolezca de carencia en la argumentación —de hecho hay «demasiada» argumentación: dos *rationes* que compiten entre sí para el resultado—, sino que la insistencia en las «singulares circunstancias del caso», en concretos elementos fácticos, hacen difícil deducir de ella algo más que lo que en la teoría del precedente se denomina «*result stare decisis*». En un caso idéntico, el Tribunal —supuesto que se mantiene la composición personal— probablemente resolvería igual; si variaran mínimamente las circunstancias de hecho, quién sabe. Dicho de otro modo: hasta qué punto la doctrina de la Sentencia servirá de guía de decisión de casos futuros, sólo se comprobará en el futuro, si es que el Tribunal vuelve a recurrir a ella para decidir y perfila entonces sus contornos, más allá de las concretas circunstancias de este caso. Hasta entonces, forzar a los jueces penales a complicados ejercicios de *balancing* en los casos en que sospechen la desproporción de la pena respecto de la gravedad del delito o de la conducta culpable, parece arriesgado (59). Por otra parte, puesto que los jueces, penales o de otro tipo, no

la colaboración individual de cada uno de los acusados con la organización terrorista. Lo dicho debía conducir, a mi juicio, al otorgamiento del amparo solicitado bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia» (Voto concurrente, en [12]).

(59) El test que la Sentencia sugiere para realizar lo que denomina «el juicio estricto de proporcionalidad» no resulta muy preciso y desde luego no es sencillo de aplicar: este juicio, dice el

pueden dejar de aplicar la ley, tampoco está claro si la Sentencia llega a sugerir que en casos así planteen cuestión de inconstitucionalidad, o que, en los términos del artículo 4.3 C.P. vigente, acudan al Gobierno para instar la modificación del precepto o la concesión de indulto (60).

CONCLUSIÓN

La aceptación de la regla de la mayoría como criterio para la adopción de decisiones por órganos judiciales colegiados, evidentemente no responde a razones «democráticas». Tampoco hay argumento que demuestre que en el seno de un tribunal la minoría, por serlo, se equivoca (61). Es menos comprometido conformarse con la intuición de que si el ideal está en la unanimidad, el criterio de la mayoría se impone porque es lo más aproximado a ella (y, en consecuencia, que la autoridad del colegio pierde fuerza a medida que se aleja de esa aspiración).

Por otra parte, tratándose de tribunales de última instancia, parece claro que las razones en las que reposa la irresistible fuerza del fallo no son las que justifican el carácter vinculante de la motivación, la fuerza de la doctrina de la sentencia. El Estado de Derecho requiere, para su correcto funcionamiento, depositar en algún lugar la responsabilidad de decidir definitivamente un litigio. «*Interest rei publica ut sit finis litium*». La decisión del tribunal que tiene la última palabra es definitiva, incluso cuando es errada. La observación del juez Jackson, un ejercicio de humildad no exento de escepticismo, se ha hecho justamente famosa:

«La revocación por un tribunal superior no es prueba de que con ello se haya hecho mejor justicia. No hay duda de que si hubiera un Tribunal super-Su-

Tribunal, «es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir —y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales— y la gravedad de la pena que se impone —y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales». Tampoco resulta más iluminadora la muestra de la aplicación del test en el caso concreto (véase el FJ 29).

(60) Como se ha visto, en la Sentencia no hay «reproche» alguno al Juez —que no planteó cuestión— y nunca sabremos cómo hubiera actuado el Tribunal de haber mediado una recomendación de indulto por su parte.

(61) Planteado de un modo brutal, en el terreno político, la razón está de parte de quienes pueden convertir su opinión en Derecho. De algo así se jactaba el diputado francés, de la mayoría, que replicó a un miembro de la oposición: «vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaire».

premo, una parte considerable de nuestras revocaciones a los tribunales estatales serían a su vez revocadas. No somos la última instancia porque seamos infalibles, sino que somos infalibles sólo porque somos la última instancia.» (62).

Con la doctrina de las sentencias sucede algo distinto. Una cosa es la obligación de motivar para justificar el resultado —toda decisión judicial debe basarse en argumentos jurídicos— y otra, a partir del caso, ofrecer una regla, un criterio de decisión que guíe y anticipe la solución de casos futuros. Por supuesto, no todas las sentencias son ocasión para la enunciación de doctrina; no todas, por decirlo así, fijan un precedente. Muchos casos se resuelven aplicando sencillamente doctrina anterior y la motivación se limita a justificar su aplicación al caso. Cuando el derecho aplicable es claro, las eventuales diferencias de opinión en cuanto al resultado derivan normalmente de la diferente valoración de los hechos relevantes en el litigio concreto; en casos así, el resultado puede ser disputado pero la doctrina permanece inalterada. En otros casos, la dificultad procede de las dudas en cuanto al derecho aplicable: porque no es claro, porque se sospecha que es inadecuado, porque «en apariencia» no existe, porque no hay coincidencia entre los miembros del tribunal en cuanto a cuál es. Es en estos casos en los que el tribunal, para decidir, debe disipar en la fundamentación esas dudas. La enunciación de una nueva regla o la alteración de la existente requerirán un esfuerzo argumentativo adicional y el acuerdo mayoritario del Tribunal.

A veces el acuerdo no se logra, o sólo de manera imperfecta; el caso se decide —si concuerda una mayoría en el resultado— pero las dudas en cuanto al derecho que gobierna el caso persisten. Acostumbrados a considerar a los jueces «*problem solvers*», los juristas anglosajones aceptan con naturalidad las diferencias de opinión y, también que, en ocasiones, en ausencia de reglas claras los jueces «producen» derecho para decidir. No se trata de una creación libre sino limitada y ordenada por las complejas reglas del *stare decisis*.

El nuestro no es un sistema de *case law*, y nuestra tradición jurídica no concede la misma relevancia a la doctrina judicial. Pero en el nivel de la aplicación judicial de la Constitución, el mecanismo a través del cual la doctrina del Tribunal Constitucional vincula a los jueces ordinarios, es lo más parecido al sistema del precedente. Los jueces ordinarios han de interpretar el derecho que aplican «según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tri-

(62) Opinión concurrente del Juez Jackson en *Brown v. Allen*, 344 U.S. (1953), pág. 540.

bunal Constitucional en todo tipo de procesos» (63). Cuando este Tribunal al que los demás miran para aplicar el Derecho conforme a la Constitución «hace públicas sus propias dudas» —como se dice en la cita con la que se abrían estas páginas—, infunde esas mismas dudas a los jueces. Ésta, me parece, es también una consecuencia del vínculo que el artículo 5.1 LOPJ establece entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios. Y el Tribunal ha de ser consciente de ello.

(63) Artículo 5.1 LOPJ. «Como es obvio, en virtud de esta norma, la doctrina del Tribunal Constitucional, es decir, sus *rationes decidendi*, adquiere un valor de precedente que vincula a todos los jueces y Tribunales y cuyo respeto ha de ser garantizado eventualmente en último término a través del recurso de casación por infracción de Constitución, al que el mismo precepto (apdo. 4.º) se refiere. [] Las *rationes decidendi* que los demás jueces han de respetar son las que el Tribunal utiliza *en todo tipo de procesos*. Por esta vía se atribuye a las sentencias dictadas al resolver recursos de amparo unos efectos que, sin tener la generalidad de los que generan las decisiones en los procesos de inconstitucionalidad o los conflictos, se acercan mucho a ellos», F. RUBIO LLORENTE: «La jurisdicción constitucional en España», incluido en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid (1998), pág. 8 y n.25.

JURISPRUDENCIA

