

Ricardo Medina Rubio  
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

# LA DISCREPANCIA EN EL SENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## SUMARIO

I INTRODUCCIÓN.

II LA DISCREPANCIA EN EL SENO DEL TRIBUNAL. 1 *La forma acordada de las resoluciones del Tribunal.* 2 *Las formas de la discrepancia*

## I INTRODUCCIÓN

Constitucionalizar el pluralismo es constitucionalizar la discrepancia. Pero el pluralismo no es el único fundamento legitimador de la discrepancia; hay otros, concatenados, como la libertad de conciencia, la igualdad, la libertad de expresión, el respeto a las minorías o la objeción de conciencia. Es más, el ejercicio de casi todos los derechos fundamentales lleva implícita la actitud discrepante del sujeto, por cuanto supone en la mayoría de los casos la confrontación del individuo con los actos de poder del estado, quien tiende siempre a limitar en lo posible la esfera individual.

La discrepancia es también un elemento constitutivo del parlamentarismo evolucionado. A partir del momento en que comienza a implantarse en el continente, cuando la confrontación política ha dejado de ser entre instituciones, corona y parlamento, para darse entre facciones parlamentarias, la discrepancia se convierte en el derecho y el arma de las minorías frente a la mayoría gubernamental. Por eso, las constituciones escritas dotan de instrumentos adecuados a las minorías como nuevos sujetos de la confrontación política. La constitución de Weimar, en el art. 34 y la Ley Fundamental de Bonn, en el 44, ejemplifican el sentido protectorio hacia las minorías del parlamentarismo continental pre y post bélico al poner en manos de las mismas la activación de las comisiones parlamentarias de investigación.

## II LA DISCREPANCIA EN EL SENO DEL TRIBUNAL

¿Sería válido pensar que el magistrado discrepante está representando a la facción minoritaria del soberano del mismo modo que el tribunal entero representa a todo el soberano?

No es éste el lugar para formular una revisión del concepto de soberanía, ni tampoco se pretende ubicar esta nota en los resbaladizos dominios de tal concepto; la pregunta es retórica, no pretende excitar el debate sobre doctrina tan polémica sino, más bien, llamar la atención sobre la trascendencia de las actitudes disidentes que se debe, en gran parte, a que en ellas subyace permanentemente la existencia del soberano como su raíz y fundamento; sobre todo si se habla del representante del soberano como poder constituyente. Soberanía, Justicia Constitucional y discrepancia son conceptos próximos que se relacionan en un ámbito común. El análisis de la formalización de la discrepancia en el seno del Tribunal, novedad en el mundo jurisdiccional español, realizado en profundidad, llevará directa o indirectamente al planteamiento de la cuestión.

El concepto tradicional y rousseauiano predica del soberano que es indivisible. Es y actúa como un cuerpo único, sujeto ejerciente del poder plenario. ¿Puede su representante, el Tribunal Constitucional, quebrantar el sacrosanto principio de la indivisibilidad dando relevancia formal a la discrepancia en sus sentencias y acuerdos? Una primera consideración, correlativamente lógica, parece no permitirlo. La formalización de la discrepancia supondría la formalización de la divisibilidad. Ahora bien, si observamos al soberano en su estructura descubriremos lo que genialmente expresa el grabado de la primera edición del Leviathán de Tomás Hobbes, una agrupación de conciencias y voluntades individuales que, mediante el acuerdo, forman el cuerpo único depositario de la capacidad plenaria de producir la decisión política. La formación del sujeto único que es el soberano no anula la existencia de voluntades individuales y por tanto la de la discrepancia en su seno. Esto legitimaría la ruptura del pacto por el individuo que no tolera el gobierno corrupto o despótico y, yendo más lejos, el derecho de resistencia y, finalmente, el de insurgencia o revolución. Algo que, por otra parte, vuelve a dejarse sentir en los últimos productos constitucionalistas, v.gr. la constitución de la República bolivariana de Venezuela, de 1999. Pero sin

llegar tan lejos, sí parece válido afirmar que el pluralismo y, por ende, la discrepancia no sólo son compatibles con el principio de indisolubilidad del soberano sino que, además, constituyen parte de su naturaleza. En el tribunal, la discrepancia es legítima y queda formalizada como elemento constitutivo de sus sentencias y acuerdos. Esa parece ser la voluntad del constituyente al constitucionalizarla (art. 164 CE 78) que parece querer reconocer tácitamente a las minorías no muy tenidas en cuenta por el constituyente del 78.

Otra de las características de la discrepancia es el carácter polémico, por cuanto implica desacuerdo, crítica y una cierta dosis de disidencia o resistencia. Los tribunales constitucionales al estilo europeo son polémicos per se porque, en primer lugar, son instituciones de naturaleza fundamentalmente política, por su función política de representación del soberano como poder constituyente; por incidir tan enérgicamente en la decisión política o por la forma de nombramiento de sus miembros, entre otras cosas.

Pero lo polémico del tribunal va más allá de lo estrictamente político para entrar de lleno en lo jurídico positivo: es una jurisdicción especial al margen y por encima del poder judicial, «fuera de la ciudad»; capaz, sorprendentemente, de destruir leyes; único en su orden, de decisiones inapelables, cuyas resoluciones, en determinados casos, son fuente del Derecho, por encima de la misma ley. Y, finalmente, es el único intérprete exclusivo y excluyente y vinculante de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico. Esta naturaleza, crítica y permanentemente conflictiva, hace que el estudio de la discrepancia en su seno constituya algo más que el análisis técnico jurídico de una simple cuestión procedimental.

## 1 LA FORMA ACORDADA DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL

La discrepancia no significa disfunción o mal funcionamiento. Al contrario, no sólo responde a la naturaleza misma del tribunal y al modo de realizar su trabajo, sino que, además, está revelando una manera de ser evolutiva.

El hecho mismo de la discrepancia deriva a su vez de uno de los principios de funcionamiento del tribunal, el acuerdo. Las resoluciones son casi siempre acordadas lo que

implica, a su vez, el cumplimiento de otros dos principios indispensables en el régimen democrático y en el proceso de construcción de la ley: el principio de deliberación y el de las mayorías en la toma de decisiones (art. 90 LOTC) a los que habría que añadir otro no mencionado por la Constitución, el de respeto a las minorías consistente en el derecho de las mismas a discrepar y manifestar públicamente su discrepancia (art. 90.2 LOTC) que en otros campos como el del poder legislativo podría estar representado por el derecho a proponer y defender enmiendas a los proyectos y proposiciones de ley, entre otros instrumentos de participación parlamentaria.

Una de las disposiciones comunes de procedimiento ordena que, en el seno del tribunal, las decisiones se adopten por acuerdo de la mayoría (arts. 14 y 90 LOTC). En primer lugar, según el art. 86 LOTC, el acuerdo mayoritario es preciso en tres clases de resolución:

Sentencias.

Autos.

Providencias.

Y además en unas cuantas resoluciones o decisiones singulares, como:

- Resolución del Pleno de la cuestión de apartamiento de una sala de la doctrina precedente sentada (Art. 13).
- Decisión del Pleno de cesar a algún magistrado por incurrir en alguna incapacidad de las previstas para los miembros del Poder Judicial (art. 23).
- Decisión del Pleno de suspender provisionalmente a un magistrado, en los casos citados en el art.24.
- Decisión de una sección de acordar —por unanimidad— la providencia de inadmitir un recurso de amparo por las causas previstas en el art. 50.1. Si no hay unanimidad, la sección podrá acordar la inadmisión (art. 50.3).

- Providencia de inadmisión de un recurso de amparo por una sección si no se subsanan los defectos en el plazo de 10 días (art. 50.5).
- Acuerdo de la Sala, en recurso de amparo, de sustituir el trámite de alegaciones por el de vista oral.
- Acuerdo del Pleno de declarar inconstitucional una ley cuando ha sido causa de agravio a un derecho fundamental (art. 55.2).
- Acuerdo del Pleno de suspender el acto objeto de un conflicto de competencias (art. 64.3).
- Acuerdo para la práctica de la prueba (art. 89).
- Elección del Presidente y del Vicepresidente.
- Elección del Secretario General del Tribunal.

## 2 LAS FORMAS DE LA DISCREPANCIA

La discrepancia, es decir, el disentimiento de la minoría que no está conforme con lo acordado por la mayoría, aunque lo acate, puede darse obviamente en todas las situaciones citadas más arriba. En todo caso, el tribunal no sólo tolera la discrepancia sino que, en ciertos casos, la formaliza dándole una relevancia que va más allá de la simple constatación del desacuerdo personal de los magistrados con la decisión acordada. La constitución, incluso, la constitucionaliza (art. 164 CE 78 y 90.2 LOTC).

De todas las posibles formas de discrepancia, hay tres que la ley del tribunal parece querer dar mayor relevancia:

1. Los votos particulares de las sentencias (arts. 164 CE y 90.2 LOTC).
2. El apartamiento de una sala de la doctrina sentada. (art. 13 LOTC).

3. La formalización de la discrepancia en el caso de los acuerdos tomados por las secciones (art. 14 LOTC). Dado el carácter auxiliar y subordinado de las mismas —el tribunal actúa en Pleno o en Sala (art. 6 LOTC)— su relevancia es mínima a los efectos de lo que aquí se está tratando. Sin embargo, hay que hacer notar que éste es el único caso en que la ley del tribunal cita literalmente el término discrepancia cuando dice que los acuerdos tomados por las secciones requerirán la presencia de dos miembros salvo que, habiendo discrepancia, será obligatoria la presencia de sus tres miembros. La función de las secciones, la admisión o no a trámite de los recursos, es importante, aunque sólo consista en constatar que se cumplen las normas exigidas para la presentación de un recurso ante el tribunal; pero no parece que la ley del tribunal quiera darle mayor relevancia.

Veamos a continuación el desarrollo de los dos primeros supuestos que son los que mejor responden al propósito de la presente nota:

## I. LOS VOTOS PARTICULARES

Los votos particulares, las «dissenting opinions» de la tradición anglosajona, particularmente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, constituyen un ejemplo más junto al nuevo valor del precedente, de la recepción de algunas categorías procedentes de aquel mundo jurisprudencial.

En nuestro Derecho, los votos particulares son, en primer lugar, un mandato constitucional consagrado en el art. 164.1. Aquí, la constitución, como en otros muchos lugares no dice nada del valor o de la trascendencia que el legislador constituyente haya querido dar a los votos particulares, salvo que los ha querido constitucionalizar. La ley del tribunal (art. 90.2), sin prodigarse en la explicación, compensa en parte la parquedad del texto constitucional y nos dice que los votos particulares deberán ser defendidos durante la deliberación; no cabe, por tanto, que se den a conocer una vez confeccionada la sentencia, como un secreto celosamente guardado en la conciencia del magistrado que sorpresivamente va a manifestar al final del procedimiento; forman parte constitutivamente de la misma pero también de la deliberación lo

que les da una dimensión funcional de gran importancia en el procedimiento de construcción de las resoluciones. Son algo más que la opinión discrepante de un magistrado, forman parte de la técnica misma del procedimiento en la toma de decisiones.

Se discrepa del fallo y/o de los fundamentos jurídicos y han de ser preceptivamente publicados junto a la sentencia en el Boletín Oficial del Estado. Es la Constitución quien ordena la publicación así como la ley del tribunal. Y es precisamente esto lo que más ha interesado a la doctrina: la conveniencia o no de la publicación. Podría señalarse tres posturas doctrinales al respecto:

1. Sí a la publicación de los votos particulares porque así se fortalece la independencia de los magistrados y se conoce mejor los elementos que dan lugar a la doctrina jurisprudencial del tribunal.
2. No a la publicación porque contribuye a la politización del tribunal y en consecuencia se debilita la independencia de los magistrados que votando en un sentido u otro, a favor o en contra de la mayoría, siempre quedaría a salvo, en el secreto, el posible compromiso del magistrado con aquéllos que propusieron su designación.
3. Sí a la publicación porque, comparativamente, si la ley, para que se cumplan sus efectos, ha de ser publicada, también debería serlo lo que Pérez Royo llama la «ley negativa», es decir la sentencia que anula una ley inconstitucional. Si en el caso de la ley no sólo se hace público su texto sino también todo el proceso de deliberación de la misma, en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, en el caso de la sentencia, que es fuente de Derecho, por encima de la misma ley, debería ser igual porque igual interés tiene para el ciudadano conocer todos los detalles del proceso de producción de la ley que los de su destrucción.

La argumentación de Pérez Royo sería válida si no fuera porque lo que se publica en el *BOE* no es la deliberación en sí misma sino sus resultados plasmados en los fundamentos de hecho y de Derecho, en el fallo y en los votos particulares. Lo que se da a conocer viene a ser como una especie de resumen de lo que ha sido el proceso; el

ciudadano puede así estar perfectamente informado del desarrollo del procedimiento y de la sustancia doctrinal que se desprende de él y, de paso, puede hacerse una idea bastante exacta de cómo hubiera transcurrido el debate durante la deliberación. Además, las deliberaciones de los tribunales son tradicionalmente secretas como asimismo lo establece el art. 233 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, para el soberano sería deseable conocer las deliberaciones, incluso, ¿por qué no? que fuesen públicas en el mismo momento de producirse.

En cuanto a la independencia de los magistrados, sí cabe el riesgo que se apunta en la segunda postura doctrinal. Pero, en todo caso, dado el nulo valor constitutivo del voto particular, minoritario por naturaleza, nunca afectará ni a la sentencia en sí misma ni a la doctrina que emana de ella. Otra cosa es el posible efecto del voto particular en futuras sentencias interpretativas para cuya elaboración los magistrados han de tener en cuenta el precedente y en él van a encontrar opiniones discrepantes que podrían influir en su ánimo a la hora de argumentar y fallar, como así opina Gregorio Cámara.

Por otra parte, la politización del tribunal es un elemento constitutivo de su naturaleza por cuanto su principal función es política: preservar la voluntad del soberano como poder constituyente. El riesgo de dependencia de los poderes es permanente y no parece que los votos particulares sean la manifestación más relevante de esa dependencia. Por el contrario, el voto particular, dado en el contexto de la naturaleza política del tribunal, es una manifestación de independencia que formula el magistrado oponiéndose a la opinión mayoritaria. Las minorías discrepantes siempre conllevan un carácter de oposición y por tanto de independencia, siempre contendrán el benéfico efecto de la crítica y contribuirán a la realización del principio democrático en cualquiera que sea el ámbito en donde se den.

Lo que no parece cuestionable es que al soberano, cuyo vocero directo es el Tribunal Constitucional, le interesa saber en todo momento y con el mayor conocimiento los criterios, discrepancias y cambios de actitud ideológica de quién más directamente representa sus intereses. En este sentido, el beneficio de los votos particulares consiste en la posibilidad de percibir el panorama ideológico completo del tribunal. El mismo beneficio se obtiene en el campo de la doctrina jurisprudencial.

No en todos los países europeos sus cortes constitucionales publican los votos parti-



culares. Lo hacen en Alemania, Portugal y Austria; no lo hacen en Bélgica, Francia e Italia en donde la cuestión ha producido un gran debate doctrinal. Sin embargo, en nuestro país la aceptación ha sido tan generalizada que ha trascendido del campo de la justicia constitucional. Antes, en la jurisdicción ordinaria los votos particulares eran reservados, ni siquiera se comunicaban a las partes interesadas; ahora los adopta y en ese sentido se manifiesta el art. 260, apt. 2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, con el añadido de que también se ordena en dicha ley la publicación de los votos particulares en el caso de los Autos decisorios de incidentes; algo que hace pensar que el Tribunal Constitucional debería seguir el ejemplo dada la multitud de resoluciones —reseñadas más arriba— que exigen el acuerdo mayoritario y permiten, por tanto, la posibilidad de la discrepancia.

Según Álvarez Conde, citando a Ezquiaga, los votos particulares se producen por:

1. Discrepancias interpretativas
2. La distinta forma de entender la función del tribunal en relación con los otros poderes del Estado
3. Separarse el tribunal de su doctrina dominante
4. Incoherencia o ausencia de motivación en las argumentaciones que conducen al fallo
5. Continuación y concordancia con otros votos particulares.

Una clasificación de los votos particulares en base a las motivaciones de los magistrados no parece muy adecuada porque, por una parte, resulta improbable que todas las motivaciones personales queden comprendidas en esas cinco categorías. Sería como querer abarcar el infinito mundo de la conciencia individual; por otra, paradójicamente, las cinco categorías resultan tan obvias, tan omnicomprendivas que difícilmente podrían estar ausentes, todas o casi todas, de todos los votos particulares emitidos.

Si hay que clasificar resulta preferible hacerlo en base a elementos más objetivos que, simplemente, ofrezcan algunos datos de análisis complementario. Según ello, la clasi-

ficación que aquí se propone atiende más a la estructura del voto que a su contenido. Así, resulta más convincente la tipología que propone Cámara:

1. Perfectos o puros. El magistrado discrepa del fallo en sentido opuesto. V. Gr. Donde se otorgó amparo no se debería haber otorgado; se discrepa de todos los fundamentos jurídicos.
2. Imperfecto o parcial. No se discrepa de todos los pronunciamientos contenidos en el fallo. Se está de acuerdo con el fallo en parte y en consecuencia, también en parte, con los fundamentos jurídicos.
3. Hermenéutico o doctrinal. Llamado también por la doctrina anglosajona «concurring opinions». Se discrepa de los fundamentos jurídicos pero no del fallo. Se estaría conforme con el fallo pero disconforme con la argumentación que lo sustenta.
4. Acumulado. El voto lo formula uno pero a él se adhiere otro o más magistrados.
5. Confluentes. En una misma sentencia figuran varios votos particulares, cada uno de los cuales con características y naturaleza propias.

Los votos particulares, como tales, carecen de virtualidad procesal. Son meras manifestaciones doctrinales de carácter procedimental o sustantivo; parecen querer resaltar la personalidad del discrepante, como si éste aprovechara una pequeña parcela de la sentencia, exclusiva y personal, donde poder expresarse —públicamente— con más libertad que en los rígidos márgenes de la sentencia; obsérvese que están redactados en primera persona a diferencia del tono impersonal empleado en los Fundamentos Jurídicos. En ocasiones, resulta notorio cómo algunos magistrados parecen recrearse en el dominio de los votos particulares, como es el caso de Rubio Llorente que ha merecido el calificativo de «great dissenter» por haber producido un tercio del total de los votos particulares emitidos en su época de magistrado del tribunal, según Cámara. En cualquier caso, completan el panorama ideológico del tribunal tanto desde el punto de vista político como desde el técnico jurídico. Contribuyen al conocimiento de las fluctuaciones ideológicas del conjunto pero también de los individuos, especialmente

después de cada renovación de los miembros del tribunal. Finalmente, producen un efecto quizá no del todo deseable: al singularizarse, parecen destacar más enérgicamente que la opinión mayoritaria y decisiva quitándole a ésta parte de su brillo y trascendencia.

## II. EL APARTAMIENTO DE UNA SALA DE LA DOCTRINA SENTADA

Lo primero que llama la atención de esta otra forma de manifestarse la discrepancia en el seno del tribunal es que la Constitución no dice nada de ella habiendo constitucionalizado la discrepancia en el art. 164. Quizá, la razón esté en que nos encontramos ante una cuestión de carácter incidental y el legislador la haya considerado como un asunto de funcionamiento interno del tribunal sin llegar a valorar lo que tiene de trascendente e innovador en materia procedimental y jurisprudencial. La ley del tribunal la establece en el art. 13 que viene a decir que cuando una Sala quiera apartarse de la doctrina constitucional sentada, deberá elevar la cuestión al Pleno quien a su vez deberá decidir la validez o no del apartamiento. Para aclarar el significado del precepto hay que comenzar por averiguar que se entiende por la redundante y no muy eufónica expresión «doctrina constitucional precedente sentada». Por doctrina constitucional hay que entender la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El término doctrina se ha reservado tradicionalmente a la obra de los jurisconsultos. La confusión viene dada quizá por el empleo del término «doctrina legal» que tradicionalmente se ha equiparado a la llamada «doctrina jurisprudencial» que no es otra cosa que la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La ley del tribunal no dice cuáles de los pronunciamientos del tribunal crean doctrina constitucional. Además del art. 13, sólo el punto 2 del art. 40 emplea el término doctrina dando a entender, desde un criterio de interpretación extensiva, que la doctrina sólo se contiene en las sentencias y autos que resuelven los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad.

El fundamento de la norma del art. 13 LOTC hay que buscarlo en el art. 14CE que consagra el principio de igualdad cuya aplicación se da en campos diversos. En el terreno judicial, es doctrina sentada que cuando un juez toma una decisión que se aparta de otra anterior o coetánea en un caso igual debe justificar o motivar la diferencia

porque se entiende que lo contrario quebrantaría el principio de igualdad. La resolución, en este caso, podría ser recurrida en amparo. Esta doctrina, nueva en nuestro Derecho por m.or del Tribunal Constitucional, fortalece la teoría del precedente que en la forma más mitigada aparecía en preceptos como el art. 1.6 del Código Civil, en el que la Jurisprudencia tiene un carácter complementario del resto de las fuentes. Más cercano al sentido fortalecedor del precedente que inaugura la ley del Tribunal Constitucional es el expresado en el art. 1692,4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada en 1984, que permite fundamentar el recurso de casación por infracción de la Jurisprudencia. En el mismo sentido, el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que reconoce fuerza vinculante a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en toda clase de procesos; finalmente, el mandato de la ley del tribunal que en su art. 40 ordena la corrección de la Jurisprudencia de los tribunales recaída sobre leyes enjuiciadas por el Tribunal Constitucional en el sentido que indiquen sus sentencias.

Todo ello demuestra que el valor del precedente en nuestro Ordenamiento Jurídico se ha visto considerablemente potenciado a partir de la existencia de un tribunal constitucional, de un modo que nos acerca cada vez más a la doctrina del «stare decisis», sí bien, el juez español sólo queda vinculado horizontalmente, es decir, a su propio precedente y no al de los demás tribunales sean iguales en rango o superiores. El principio de igualdad jurídica sólo se daría respecto de un único tribunal.

En todo caso, la vinculación seguiría siendo débil porque lo que condena el Tribunal Constitucional no es la desvinculación sino el apartamiento del precedente sin que se justifique; ni siquiera entra a enjuiciar que la motivación sea suficiente o no, simplemente exige que exista.