

Las decisiones judiciales como fuente del  
Derecho en los sistemas de *civil law*:  
El caso español

Por VICTORIA ITURRALDE

San Sebastián

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La importancia que en los sistemas jurídicos de *civil law* se reconoce actualmente a la jurisprudencia no es obstáculo para que al mismo tiempo se mantenga que la creación del derecho sigue siendo una tarea ajena al poder judicial.

Como se ha escrito, «... en curioso contraste con todos los argumentos de quienes niegan que la jurisprudencia sea fuente del Derecho, aparecen las afirmaciones de que, a pesar de todo ello, *de hecho*, tiene mucha importancia. Parece como si no se le pudiera negar la importancia y, a pesar de ello, no se le encontrara acomodo dentro del ordenamiento jurídico»<sup>1</sup>. El objeto de las páginas siguientes no es poner de relieve la importancia que *de facto* tienen las decisiones judiciales (hecho hoy en día ampliamente aceptado), sino afirmar que las mismas tienen, *de iure*, la calidad de fuente de derecho. Entre las múltiples acepciones de la expresión «fuentes del derecho» me estoy refiriendo

---

1. PUIG BRUTAU, J. (1989), p. 259, y en sentido semejante PUIG BRUTAU, J. (s.f.). Sobre esta «timidez» en considerar a la jurisprudencia, o a parte de la misma, *de iure* fuente de derecho, vd. APARISI MIRALLES, A. (1992), p. 265.

aquí a aquélla según la cual «con la expresión fuentes del derecho» se indican aquellos hechos o actos jurídicos los cuales, en virtud de las normas sobre la producción jurídica vigentes en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de disposiciones o normas integradoras de aquel ordenamiento» 2.

A pesar de que, como ha señalado Carrió 3, el desacuerdo sobre este tema es, en buena parte, un «desacuerdo de actitud», y consiguientemente las discusiones suelen adoptar una perspectiva normativa, girando entorno a lo que jueces *deberían o no hacer*, creo que la vertiente lingüística tiene la suficiente entidad para clarificar en alguna medida la cuestión. En esta línea voy a distinguir cinco sentidos en que puede ser entendida la expresión «creación judicial del derecho» 4.

1) Creación formal: considerada la sentencia como un mandato (o, en la terminología de Kelsen, una norma particular), cada decisión judicial es un acto jurídico normativo tan nuevo como una ley o una concesión administrativa. En este sentido la decisión judicial es formalmente creativa de derecho por el simple hecho de tratarse de una decisión.

2) Creación material para un caso concreto por especificación de normas jurídicas preexistentes. Según Kelsen, el proceso de producción de derecho es a la vez aplicativo y creativo. Las normas inferiores siguen los criterios establecidos por las superiores, pero a la vez deben especificar algunos de los significados posibles de las normas. En esta segunda operación hay creación de derecho porque el juez elige, dentro de varios significados posibles de las normas, uno de ellos.

La característica común que tienen estos dos sentidos de la expresión en cuestión es que en ambos casos la decisión judicial está *basada en una norma* válida de la que es aplicación y su alcance es *individual* en cuanto que afecta a persona o personas determinadas (aquéllas que han sido parte en el proceso).

*La discusión* sobre la creación judicial del derecho *no versa sobre estos dos sentidos*. En sentido estricto no puede decirse que los jueces crean derecho cada vez que aplican el mismo. Estoy de acuerdo con

---

2. PIZZORUSSO, A. (1989) p. 270.

3. CARRIÓ, G.R. (1976) pp. 110-111. Para la discusión sobre el «deber ser» en este tema vd. PUIG BRUTAU, J. (1989), pp. 249-264 y CALVO VIDAL, F.M. (1992) pp. 117-176.

Precisamente una de las razones de la contusión en este tema (como en muchos otros) es la confusión de los aspectos *normativo* y *descriptivo*. Pero una cosa es lo que los jueces deberían hacer (y en este sentido parece extendida la opinión de que no deberían crear derecho para de esta manera preservar la división de poderes, la seguridad jurídica, etc.), y otra distinta es lo que los jueces hacen.

4. Sigo del primer al cuarto sentido (aunque con algunas matizaciones) la distinción de RUIZ MIGUEL, A. (1985), pp. 52-53. Vd. también CARRIÓ, R.G. (1976), pp. 108-109 y BULYGIN, E. (1991) pp. 360-362.

Bulygin cuando señala que para que una norma formulada por una autoridad normativa sea considerada creada por ella es condición necesaria que el contenido de esta norma no sea idéntico al de alguna otra, perteneciente al mismo orden jurídico, ni consecuencia lógica (deducible) de otras normas <sup>5</sup>.

3) Creación material de una norma particular para un caso concreto por inexistencia de normas jurídicas preexistentes <sup>6</sup>. Esto es lo que ocurre en los casos de lagunas, en los que la decisión no puede ser tomada en base a normas jurídicas que regulan específicamente la cuestión y hay que recurrir a medios como la analogía, los principios (generales) del derecho, etc. <sup>7</sup>.

4) Creación material de normas generales <sup>8</sup>. Esto ocurre cuando una decisión judicial tiene el valor de precedente para casos posteriores. Esta decisión normalmente creará derecho en el sentido 3.º, pero no necesariamente (p.ej. sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, o una interpretación «*contra legem*» del Tribunal Supremo).

5. En sentido semejante se pronuncia WROBLEWSKI, J. (1985), p. 83 cuando señala que «Podemos concluir que la decisión interpretativa es creativa según el criterio en cuestión, si no se la considera ni como establecimiento del significado de una regla sólo para una situación concreta ni como resultado de una operación puramente lógica, y si a una regla con un significado interpretativamente establecido se le atribuye la misma validez que a la regla interpretada».

6. Frente a RUIZ MIGUEL, A. que habla en los sentidos 2.º, 3.º y 4.º de «criterios jurídicos abstractos preexistentes», consideramos más correcto hablar de *normas jurídicas preexistentes*, dada la excesiva indeterminación de la expresión «criterios jurídicos», y porque en el sentido 3.º raramente faltarán en el ordenamiento criterios jurídicos (los llamados principios generales p.ej.) a los que recurrir para tomar o justificar una determinada decisión. De otro lado, el autor engloba en este sentido los problemas de lagunas, antinomias y redundancias. Pues bien en los dos últimos casos no hay inexistencia de criterios jurídicos, sino precisamente un exceso de los mismos; por ello hemos limitado este tercer sentido al problema de las lagunas, vd. ITURRALDE, V. (1989), pp. 100-146.

7. Respecto de las lagunas, como señala BULYGIN, E. el más corriente de los procedimientos que los jueces usan para crear normas nuevas es el razonamiento analógico. Dado que el razonamiento por analogía no es lógicamente válido (pues, para ser tal requiere premisas adicionales), la norma obtenida por analogía es creada por el juez. BULYGIN, E. (1991), p. 361. Respecto del otro clásico recurso para llenar las lagunas jurídicas, los principios generales del derecho, hay que decir que más que un método de solución de lagunas constituyen un eficaz recurso para justificar *a posteriori* casi cualquier opción interpretativa. En este sentido Tarello ha llegado a afirmar que «el argumento a partir de los principios generales del derecho es un esquema vacío, que sirve de vez en cuando para cubrir disparatadas operaciones», TARELLO, G. (1980), p. 385. Sobre las distintas funciones que cumplen los principios *cf.* PRIETO SANCHÍS, L. (1992), pp.151-186.

8. RUIZ MIGUEL, A. (1985), p. 52 habla de «Creación material de criterios jurídicos abstractos». Kelsen reconoce la posibilidad de que los jueces creen normas generales cuando señala que «un Tribunal, en especial un Tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales» KELSEN, H. (1979), p. 258.

Que la decisión judicial cree derecho en este sentido 4.º dependerá de que del conjunto del ordenamiento jurídico se pueda inferir que éste atribuye a las decisiones judiciales (o a algunas de ellas) la calidad de decisiones vinculantes *erga omnes*.

5) Expulsión de normas jurídicas del ordenamiento. Aunque normalmente la actividad legislativa se asocia a la promulgación no menos importante es la actividad de expulsión de normas del ordenamiento a través de los mecanismos de la derogación, anulación, etc. En estos casos se puede hablar de «legislación negativa»: tan legislativa es la actividad que tiene por objeto la introducción de nuevas normas en el ordenamiento, como la dirigida a la derogación de otras. Pues bien, hay decisiones judiciales que tienen como efecto la expulsión de normas del ordenamiento, y en este sentido se puede decir que tienen alcance legislativo.

En el sentido 3.º la decisión judicial tiene alcance *individual* (al igual que en los sentidos 1.º y 2.º), pero *no es aplicación de una norma jurídica* preexistente que contemple la cuestión que dio lugar al litigio. Así, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico en que esto ocurra, cada vez que un juez está obligado a tomar una decisión y no encuentra en el ordenamiento normas aplicables, está creando derecho.

Frente a esto suele objetarse que las decisiones judiciales no puede considerarse normas jurídicas, puesto que no reúnen los caracteres de generalidad y abstracción propios de estas<sup>9</sup>. Sobre esto hay que decir, que si bien cuantitativamente muchas normas jurídicas son normas generales, ni la generalidad ni la abstracción son hoy en día requisito imprescindibles de las normas jurídicas. El dogma de la generalidad de la ley —escribe J.A. Santamaría— ha tenido que ceder ante la evidencia que supone la proliferación incontenible de leyes singulares<sup>10</sup>, que no

---

9. Hay una confusión terminológica sobre los términos «general» y «abstracto» aplicados a las normas jurídicas. Una norma es general (como opuesta a individual) cuando se dirige a una categoría o clase de agentes (el propietario, el padre,...); mientras que una norma es abstracta (como opuesta a concreta) cuando contempla no tal o cual acción sino una categoría o clase de acciones (la apropiación indebida, la malversación de bienes,...), *Cfr.* BOBBIO, N. (1980), pp. 293-294.

10. Hay que poner de relieve la ambigüedad y flexibilidad del concepto de «generalidad» de la ley, y la consiguiente vaguedad del concepto de «ley singular». Ambigüedad en cuanto que la generalidad puede ir referida a los siguientes aspectos: ámbito personal (destinatarios de la norma), ámbito territorial, ámbito temporal (y suele incluirse también el ámbito objetivo o supuesto de hecho, aunque considero que este aspecto es relativo a la calificación de la norma como abstracta o concreta); y flexibilidad, porque entre la generalidad y la singularidad extremas existe una escala de grados casi infinita, que impide en la mayor parte de los casos llegar a conclusiones unívocas: ¿cuándo una ley deja de ser general para comenzar a ser singular o viceversa?, *cfr.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988), p. 525.

pueden concebirse ya como manifestaciones patológicas. sino como la expresión natural del Estado de nuestro tiempo <sup>11</sup>, y la generalidad de la ley no es, en nuestra Constitución un requisito imprescindible de la misma: «la generalidad de la ley es un rasgo normal y propio de la ley pero no es un requisito técnico en su estructura formal» <sup>12</sup>. Cuando el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema, ha señalado que las leyes de estructura general constituyen el ejercicio normal de la potestad legislativa pero, en ningún caso, el ejercicio exclusivo puesto que ningún precepto constitucional, expreso o implícito, impone a las leyes una determinada estructura formal, impeditiva sede su carácter singular; la generalidad no es, desde esta perspectiva [de la igualdad] un obstáculo insalvable para el legislador, que puede apartarse de ella, estableciendo tratamientos legislativos diferenciados. Es un rasgo «normal» de la ley cuya protección se realiza a través del principio de igualdad, pero no necesario, en cuanto puede ser soslayada en determinadas circunstancias <sup>13</sup>. Es más, nuestro ordenamiento jurídico admite y preve la existencia de leyes singulares <sup>14</sup>.

---

Para dar una noción aproximada de ley singular podemos tomar un concepto amplio según el cual son leyes singulares «las que establecen un régimen jurídico aplicable a un sujeto, singularidad en el espacio, y se agota en su primera aplicación, singularidad en el tiempo; las que tienen un número determinado de destinatarios o de situaciones jurídicas objetivas, aunque puedan ser aplicadas un número indeterminado de veces y, aun, las que son aplicables un número limitado de veces aunque afecten a un número indeterminado de individuos o de situaciones jurídicas objetivas, esto es, las singulares en el espacio y generales en el tiempo y las singulares en el tiempo y generales en el espacio», MONTILLA MARTOS, J.A. (1994), p. 104.

11. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988), p. 517.

12. MONTILLA MARTOS, J.A. (1994), p. 88. Vd. también SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988), p. 526.

13. SSTC 166/1986, FFJJ 10-11, y 34/1981, FJ 3, *cit.* por MONTILLA MARTOS, J.A. (1994), pp. 88-89.

14. Entre ellas, y a modo de ejemplo pueden citarse las siguientes previstas en la Constitución: la de los arts. 57.5 (regulación por ley orgánica de las abdicaciones y renuncias en el orden de sucesión de la Corona); 93 (autorización mediante ley orgánica de la celebración de tratados); 128.2 (reserva al poder público de servicios esenciales e intervención de empresas); 133.3 (establecimiento por ley de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado); 135.1 (ley de autorización al Gobierno para la emisión de crédito); y 141.1 (aprobación por ley orgánica de cualquier alteración de los límites provinciales). Y entre las leyes ya aprobadas, como ejemplos de leyes singulares pueden mencionarse las siguientes: la Ley 7/1983 de 29 de junio sobre expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los bancos y otras sociedades que componen el grupo RUMASA; la Ley 4/1980 de 1 de octubre en relación a la exacción sobre el precio de las gasolineras de automoción en las Islas Canarias, Ceuta y Melilla, la Ley Orgánica 5/1983 de 1 de marzo sobre la incorporación de la Provincia de Segovia a la Comunidad Autónoma de Castilla y León; la Ley del Parlamento Vasco 2/1982 de 11 de febrero autorizando al Gobierno Vasco a enajenar el inmueble denominado Colegio Menor «Pascual de Andagoya»; la Ley 10/1980 de 14 de marzo de modificación del RDL 6/1978 que regula la situación de los militares que tomaron parte en la guerra civil, y la Ley 33/1981, de 5 de octubre, por la que se aprueba el escudo de España.

En los sentidos 4.º y 5.º las normas creadas son normas *generales* (con eficacia *erga omnes*), y *en muchos casos no serán aplicación de una norma jurídica preexistente, pero sí en otros*. Hay que tener en cuenta que, en el sentido 4.º, la norma general creada por la decisión judicial no es la solución dada al caso concreto (que es individual), sino la regla general que se extrae de dicha sentencia: la *ratio decidendi*.

En los sentidos 3.º, 4.º y 5.º podemos hablar de creación de derecho similar (no idéntica) a la creación de derecho por vía legislativa <sup>15</sup>. No estamos diciendo que en estos casos el juez tome la decisión «de la nada» o que sea «completamente» libre. El juez siempre podrá —y deberá— basar su decisión en algún principio (general), norma implícita, etc. del ordenamiento jurídico, de manera que la decisión podrá *justificarse* en última instancia en dicho ordenamiento. *Pero esto, es decir el hecho de que el juez no sea completamente libre, no implica que no cree derecho*. Nadie discute que cuando el Parlamento aprueba una ley, el hecho de que no pueda legislar con total libertad, que tenga unos límites (p. ej. en nuestro país la Constitución y el Derecho Comunitario) no significa que el Parlamento no cree derecho y que la Ley no sea fuente de derecho; del mismo modo que cuando el Gobierno emite un Decreto nadie pone en duda que esté creando derecho por el hecho de que el mismo tenga que atenerse a lo establecido por la Ley previamente promulgada por el Parlamento <sup>16</sup>.

Si los jueces crean o no derecho en los sentidos 4.º y 5.º es una cuestión que depende del ordenamiento jurídico de cada país, concretamente del alcance que cada ordenamiento atribuya a las (o a determinadas) decisiones judiciales.

---

15. Una de las diferencias entre la creación de derecho por vía legislativa y la llevada a cabo por vía judicial reside en que en este segundo caso la creación del derecho está mediatizada en el sentido de que surge en el curso de un proceso ajeno, en su origen a la voluntad de juez. Pero también el Reglamento (norma creada por el Gobierno) es, en la mayoría de las ocasiones (salvo el caso de los Reglamentos independientes cuya posibilidad en nuestro país es discutida) ejecución de una ley parlamentaria, y no por ello se niega que los Reglamentos creen derecho. Sobre el grado de sujeción o vinculación del poder judicial y legislativo *cfr.* Kelsen, H. (1989), p. 353.

16. Aún más lejos va CAPPELLETTI, M. (1989), p. 8, cuando señala que los límites sustantivos no caracterizan la naturaleza del proceso judicial. Desde un punto de vista *sustantivo*, la única diferencia posible entre decisión judicial y legislación no puede ser de naturaleza, sino de frecuencia o cantidad, es decir de *grado*: la mayor cantidad y normalmente el carácter más detallado y específico del derecho normal (judicial y/o legislado), frente a la menor cantidad y el carácter más vago del derecho constitucional. Los encuentros del legislador con límites sustantivos son por tanto menos frecuentes, y son a menudo menos precisos. Sin embargo la legislación no cesa de ser creación de derecho por el mero hecho de que, a veces, existan normas y límites constitucionales muy precisos que deben ser cumplidos por los legisladores mismos. Desde este punto de vista sustantivo, por tanto, la naturaleza de los dos procesos, el legislativo y el judicial, no es diversa. Los dos son creadores de derecho. La cuestión es diferente desde el punto de vista del procedimiento.

## 2. DERECHO ESPAÑOL

Respecto de la creación de derecho en el sentido 3.º podemos repetir lo que hemos dicho antes. Por tanto, vamos a referirnos únicamente a la *creación de derecho en los sentidos 4.º y 5.º*: esto es, hay creación de derecho cuando la decisión judicial emitida por un juez o tribunal tiene (además de la eficacia que toda sentencia judicial tiene para las partes intervinientes en el proceso) eficacia *erga omnes*; eficacia que puede provenir ya por la inclusión o por la exclusión de normas en el ordenamiento <sup>17</sup>.

Para responder a la cuestión de si las decisiones judiciales son fuente de derecho, creemos conveniente señalar algo tan obvio como frecuentemente olvidado: que para analizar cualquier cuestión relativa al sistema de fuentes del derecho no basta acudir —como frecuentemente se hace— a un par de artículos de nuestro derecho <sup>18</sup>, sino a la Constitución de 1978 y a las normas de ella derivadas.

Del análisis de nuestro ordenamiento jurídico no puede inferirse con carácter general que las decisiones judiciales crean derecho, pero sí que algunas de ellas lo hacen. Por tanto, hay que determinar cuáles son los pronunciamientos que tienen dicho alcance, así como los órganos competentes para dictarlas.

En nuestro país, los órganos que crean derecho son los siguientes: A) el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; B) el Tribunal Constitucional, y C) el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia, y la Audiencia Nacional.

### A) EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Este Tribunal crea derecho a través de las siguientes vías:

#### 1) **Recurso de Anulación**

De conformidad con el recurso de anulación previsto en los artículos 173 y 174 del Tratado de la Comunidad Europea <sup>19</sup>, el Tribunal de

---

17. Aunque como hemos visto antes la hablar de las leyes singulares el carácter *erga omnes* no es un requisito imprescindible de las normas de origen legislativo.

18. Así suele despacharse el problema acudiendo al artículo 1 del C. civil según el cual: 1.º «Las fuentes del derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», y 6.º «La Jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

19. El artículo 173 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, tal y como ha sido modificado por el artículo G.E. 53 del Tratado de la Unión Europea dice: «El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.»

Justicia de la Comunidad (TJCE) «controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros».

De este recurso de anulación podemos destacar lo siguiente. Que aunque la literalidad del artículo 173 del Tratado de la CE (puesto en relación con los actos típicos del artículo 189 del mismo texto) pudiera llevar a la conclusión de que el recurso de anulación sólo cabe respecto de los reglamentos, directivas y decisiones, el Tribunal de Justicia ha extendido el ámbito de este recurso a todas las disposiciones adoptadas por las instituciones, cualquiera que sea su forma o naturaleza, destinadas a producir efectos jurídicos<sup>20</sup>. Así, los actos o decisiones susceptibles de este recurso son «las medidas que produzcan efectos jurídicos vinculantes capaces de afectar a los intereses del demandante modificando caracterizadamente su situación jurídica. Por contra, la forma de estos actos o decisiones es, en principio, indiferente por lo que respecta a la posibilidad de atacarlos a través de un recurso de anulación»<sup>21</sup>. De otro lado, este recurso únicamente puede interponerse en virtud de los motivos expresamente mencionados en el art. 173, que son relativos al examen de la legalidad interna y externa del acto.

---

A tal fin, será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Consejo o la Comisión.

El tribunal será competente en las mismas condiciones para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el Parlamento Europeo y por el Banco Central Europeo con el fin de salvaguardar prerrogativas de éstos.

Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente.

Los recursos previstos en el presente artículo deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que este haya tenido conocimiento del mismo.»

El artículo 174 señala: «Si el recurso tuere fundado, el Tribunal de Justicia declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado.

Sin embargo, con respecto a los reglamentos, el Tribunal de Justicia señalará, si lo estima necesario, aquellos efectos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados como definitivos».

Este mismo recurso está recogido en los artículos 146 del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, y 33 y 38 de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

20. ORTUZAR ANDÉCHAGA, L. (1992), p. 141.

21. *Cfr.* VANDERSANDEN, G. (1992), p. 1042.

Lo importante de este recurso en relación con el tema que estamos analizando son los efectos del mismo. Pues bien, según el artículo 174 si el recurso fuere fundado el TJCE declarará *nulo y sin valor ni efecto alguno* el acto impugnado. Por tanto, la sentencia que resuelve este recurso puede anular, con efecto retroactivo, un acto de las instituciones.

## 2) La cuestión prejudicial de validez y la cuestión prejudicial de interpretación

La cuestión prejudicial en el ámbito del Derecho Comunitario está regulada en el art. 177 del Tratado de la CE. Este artículo contempla dos tipos de cuestión prejudicial: la que tiene por objeto la validez de los actos de las instituciones comunitarias (cuestión prejudicial de validez) y la relativa a la interpretación del Tratado y los actos de Derecho derivado (cuestión prejudicial de interpretación) <sup>22</sup>. La regulación de esta materia se completa con el art. 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia y los arts. 103 y 104 del Reglamento de Procedimiento del TJCE; además del art. 41 del Tratado de la CECA.

2) 1) La cuestión prejudicial de validez es la que plantea un juez nacional al TJCE cuando le surge una duda sobre la legalidad o conformidad de un acto o disposición comunitaria con el Tratado de la Comunidad <sup>23</sup>.

Si a través del planteamiento de esta cuestión, el TJCE declara la invalidez de una norma o acto de derecho comunitario, dicha sentencia no sólo vincula al juez que la planteó, sino que tiene efecto *erga omnes*. Este tema fue contemplado en el asunto *International Chemical Corporation*, en el que el Tribunal Civil de Roma preguntó al TJCE si «en los términos del artículo 177 del Tratado, la declaración de invalidez de un Reglamento comunitario produce efecto *erga omnes* o sólo vincula al juez *a quo*». El TJCE declaró que «en la medida en que es llamado en el marco del artículo 177 a declarar la invalidez de un acto de una de las instituciones, unas exigencias particularmente imperiosas de seguridad jurídica se añaden a aquéllas que se refieren a la aplicación uniforme del derecho comunitario (...). Resulta, en efecto, de la naturaleza misma de tal declaración que una jurisdicción nacional no podría aplicar el acto declarado inválido sin crear de nuevo graves incertidumbres en lo relativo al derecho comunitario aplicable (...). De

---

22. La cuestión prejudicial también se regula en el art. 41 del Tratado de la CECA.

23. Sobre las diferencias entre la cuestión prejudicial de validez y el recurso de anulación *cfr.* VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. (1994), pp.39-41; SILVA DE LA PUERTA, R. (1993), pp. 375-376. En la práctica el TJCE ha ido equiparando ambos *Vd.* RUIZ-JARABO COLOMER, D. (1993), pp. 108-110.

ello se deriva que una sentencia del Tribunal constatando la invalidez de un acto, aunque sólo se dirija directamente al juez que planteó la cuestión, constituye una razón suficiente para que cualquier otro juez considere la disposición como inválida respecto a cualquier resolución que deba citar»<sup>24</sup>. «La declaración de invalidez —señala J.-V. Louis— tiene una autoridad general obligatoria para todos los tribunales. Sean de primera o última instancia, deben conformarse a dicha declaración o iniciar otro recurso. La autoridad alcanza a todo tribunal sea cual sea la jurisdicción que sometió la cuestión al Tribunal de Justicia. Justificada por razones imperativas de seguridad jurídica, la autoridad se extiende también a todas las instancias nacionales y particularmente a las autoridades administrativas»<sup>25</sup>. Ahora bien, no se trata de una sentencia de anulación puesto que queda abierta la posibilidad para el tribunal nacional de someter de nuevo la misma cuestión de validez al TJCE.

En este sentido se ha dicho que «desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, las sentencias del TJCE son equiparables en este punto a las sentencias del Tribunal Constitucional cuando declaran la inconstitucionalidad de las leyes; o las sentencias estimatorias de demanda en los procesos contencioso-administrativos sobre impugnación de actos o disposiciones administrativas»<sup>26</sup>.

2) 2) A través de la cuestión prejudicial de interpretación un juez o tribunal nacional pregunta al TJCE acerca de la interpretación del derecho comunitario, a fin de comprobar si el derecho nacional es o conforme con el derecho comunitario. El objeto de esta cuestión prejudicial es la interpretación del Derecho comunitario por el TJCE; por tanto no se dirige a que el TJCE aplique el Derecho comunitario en una situación determinada, ni a que examine la validez de las medidas adoptadas por los Estados miembros ni la interpretación de estas. Será el juez nacional el competente para, a la vista de la interpretación del Derecho comunitario efectuada por el TJCE, considerar aplicable o no el derecho interno.

Pues bien, también en esta materia el TJCE ha considerado que una vez que una disposición de Derecho comunitario ha sido objeto de una interpretación, esta se impone igualmente a los demás órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que están obligados a aplicar la disposición de que se trate con la interpretación que dada por el TJCE, y excluye la obligación de reenvío en un caso análogo. La interpretación contenida en la sentencia se incorpora al texto interpretado conformando una misma regla jurídica.

---

24. *Cit.* por VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. (1994), pp. 193-194.

25. LOUIS, J.-V. (1983), p. 15.

26. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. (1994), p. 147.

En su sentencia *Da Costa* el TJCE reconoció que sus planteamientos prejudiciales en materia de interpretación tienen una autoridad general que alcanza, además de al juez nacional que planteó la cuestión, a todos los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta autoridad general se fundamenta en el carácter abstracto de la interpretación dada (que está desvinculada de los supuestos de hecho que la ocasionaron), en la finalidad del procedimiento prejudicial (específicamente creado con el fin de asegurar la unidad de interpretación), y en las garantías de objetividad y ausencia de partes en sentido estricto). No obstante este alcance general, el TJCE admite examinar de nuevo cuestiones de interpretación ya resueltas a fin de permitir que la jurisprudencia comunitaria evolucione. En este sentido se ha dicho que las sentencias de interpretación deben considerarse como precedentes que deben ser respetados por las jurisdicciones nacionales de igual forma que las decisiones de la Cámara de los Lores se imponen a las jurisdicciones del Reino Unido. Como la Cámara de los Lores, el Tribunal de Justicia es el único que tiene el poder de reconsiderar sus decisiones y separarse de ellas <sup>27</sup>.

J.-V. Louis ha caracterizado los efectos de las sentencias pronunciadas en este tipo de cuestiones como sigue: 1) la sentencia de interpretación vincula a la jurisdicción nacional que sometió la cuestión; 2) la sentencia de interpretación vincula también a cuantas otras jurisdicciones se ocupan del litigio que la motivó; 3) tanto los Tribunales que sometieron la cuestión como los que se pronunciaron en el mismo litigio son libres de plantear nuevas cuestiones al Tribunal; 4) la sentencia de interpretación posee también una autoridad que alcanza a otros Tribunales (lo que plantea el problema de la «identidad material»); 5) las sentencias de interpretación goza de una autoridad pero no absoluta: la jurisdicción nacional tiene siempre la posibilidad de someter nuevas cuestiones al Tribunal <sup>28</sup>.

Aunque la cuestión de validez y la de interpretación son diferentes en cuanto a su objeto, el TJCE tiende a identificar los efectos de ambas.

## B) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional (TC) crea derecho a través de las siguientes vías.

### 1) Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de normas jurídicas

La Constitución establece que «Las [sentencias del TC] que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley

---

27. JOILET, R. *cit.* por SILVA DE LA PUERTA, R. (1993), p. 369.

28. LOUIS, J.-V. (1983), pp. 369-370.

y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos *frente a todos*» (art. 164,1.º). Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) señala que: «Las sentencias recaídas en procedimiento de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, *vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales* desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38,1); «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad (de una ley) *declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados*, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que debe extenderse por conexión o consecuencia» (art. 39.1). Además, «*La Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad*» (art. 40.2 LOTC).

Esto significa que cuando en un proceso de constitucionalidad el TC declara nula una norma por considerarla inconstitucional su función es similar (que no idéntica) a la del legislador cuando deroga una norma o una ley <sup>29</sup>.

Pero el TC puede declarar también la nulidad por inconstitucionalidad de normas jurídicas con rango inferior a la ley. Así, el art. 66 de la LOTC señala que «La sentencia [en un conflicto positivo de competencias] declarará la titularidad de la competencia y acordará, en su caso, *la anulación de la disposición, resolución o acto que originaron el conflicto*», a lo que hay que añadir que «La decisión del Tribunal Constitucional [en un conflicto de competencias] *vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos*» (art. 60.3 LOTC). Además, el Gobierno puede «impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas» (art. 76 LOTC), impugnación que se sustancia por el procedimiento de los conflictos positivos de competencias (art. 77 LOTC)

Todas estas sentencias tienen los mismos efectos *erga omnes* que las leyes y por tanto vinculan a todos. Incluso puede decirse que las sentencias declarativas de inconstitucionalidad tienen fuerza mayor que la de una ley derogatoria, ya que esa sentencia no puede ser derogada o modificada por el Parlamento (lo que sí puede hacer este con las leyes) sino por el TC. Solamente el TC ante una norma que regule de

---

29. No son equiparables a todos los efectos la derogación y la declaración de inconstitucionalidad. Mientras que la derogación no produce (como regla general) efectos retroactivos y no implica por tanto, nulidad de los actos que se llevaron a cabo bajo el amparo de la ley derogada, la declaración de inconstitucionalidad conlleva la nulidad de la norma, la nulidad de todos los actos realizados a su amparo (salvo que el TC dicte una sentencia prospectiva) y, la revisión de procesos fenecidos si se trata de procesos de naturaleza sancionadora (art. 40.1 LOTC).

forma idéntica a otra norma anteriormente declarada inconstitucional puede, cambiando su jurisprudencia, dar una nueva interpretación de la Constitución y declarar esa norma constitucional.

## 2) Sentencias interpretativas y sentencias manipulativas

Se denominan sentencias interpretativas aquéllas que declaran que una norma jurídica no es contraria a la Constitución porque cabe una interpretación conforme a la misma. Esto significa que la norma cuya adecuación a la Constitución se cuestiona ante el TC, admite dos interpretaciones, una acorde y otra no acorde a la Constitución. En este caso, la labor del TC es doble: de un lado, actúa como legislador positivo en cuanto que contribuye a concretar el significado de la norma examinada. De otro lado, como legislador negativo en la medida que señala que una de las interpretaciones no es constitucional y, por tanto, queda excluida del ordenamiento jurídico.

Por su parte, las sentencias manipulativas llegan más lejos dado que incorporan una adición al propio enunciado normativo. Tales sentencias suponen la extensión del contenido normativo de un precepto a un supuesto de hecho no previsto en el mismo, con lo que el TC introduce una norma en el ordenamiento que antes no existía<sup>30</sup>. En este caso el TC asume la función de legislador positivo<sup>31</sup>.

## 3) El principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución

Según el TC el art. 14 de la Constitución tiene dos sentidos diferentes: de un lado, significa igualdad *en la ley*, y de otro, igualdad *en la aplicación* de la ley. Atendiendo al primero, el principio de igualdad del art. 14 se constituye en un parámetro para el control de la constitucionalidad de las leyes, además de ser un principio de interpretación y aplicación del derecho fundamental consagrado en el art. 14. En el segundo sentido (igualdad en la aplicación de la ley) un tribunal viola el principio de igualdad cuando se aparta sin motivo justificado de una decisión anterior de otro tribunal, esto es, de un precedente. Así las decisiones judiciales crean derecho puesto que los tribunales, tienen que atenerse no sólo a las leyes, sino a la interpretación dada a las mismas por otros tribunales en casos semejantes.

---

30. GASCÓN ABELLÁN, M. (1994) pp. 71-72.

31. Cfr. RUBIO LLORENTE, F. (1988), p. 38, y PIBERNAT DOMENECH, X. (1987), p. 82.

Ahora bien, para evitar desembocar en una rígida adhesión al precedente (y consiguiente acercamiento a la fuerza que el precedente judicial tiene en el sistema anglosajón), el TC ha ido fijando progresivamente una serie de límites a dicho principio<sup>32</sup>. Resumiendo podemos decir que para que el TC estime vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos judiciales es necesario: 1) que exista igualdad sustancial de los casos prefigurados por la semejanza de los hechos básicos y de la normativa aplicable; 2) que la disparidad de criterios en la resolución de los casos no esté justificada o razonada. Es más, el TC ha estimado (a mi parecer equivocadamente) que la omisión de toda motivación no determina sin más la infracción del principio constitucional de igualdad, pues puede entenderse que existe motivación implícita. (Cfr. SSTC 63/1984, de 21 de mayo, 49/1985 de 28 de marzo, y 49/1985 de 25 de marzo), y 3) que las resoluciones provengan del mismo órgano judicial o administrativo. Si las resoluciones contradictorias proceden de órganos diversos, el TC limita su aplicación a las que provienen de órganos de la Administración, puesto que tales órganos carecen de una verdadera personalidad jurídica; pero no así si se trata de órganos judiciales: en este caso no habría violación del principio de igualdad (aunque en un primer momento el TC se pronunció en sentido contrario)<sup>33</sup>.

Por tanto, si bien el principio de igualdad en la aplicación del derecho parece dar entrada al precedente judicial, la interpretación que del mismo ha realizado hasta el presente el TC está muy lejos de otorgarle dicho alcance.

#### 4) **En general, a través de todas las resoluciones de Tribunal Constitucional**

Además del efecto directo de las sentencias del TC cuando declaran la inconstitucionalidad de normas jurídicas y cuando se trata de sentencias interpretativas y manipulativas (a las que nos hemos referido antes), en general las resoluciones que dicho tribunal emite en todo tipo de procesos constituyen fuente de derecho en la medida en que los jueces y tribunales están vinculados por la interpretación dada por el TC a todo tipo de normas. Así lo señala el artículo 5.1 de la Ley Orgá-

---

32. Estos criterios estaban dirigidos a salvaguardar la distinción entre creación y aplicación del derecho; a respetar el principio de competencia que exige que no resulte alterada o difuminada la inserción en el Estado de Derecho, según sus propios fines y características institucionales, de los diversos órganos, entes o poderes, estatales a quienes se confía la aplicación de la ley; y finalmente, a evitar que una aplicación desproporcionada del principio pueda desvirtuar el principio de legalidad, entendido como método que gira en torno a la interpretación y aplicación del texto legal como base al sistema de fuentes establecido, Cfr. XIOL RÍOS, J.A. (1991), pp. 252-253.

33. Vd. SUAY RINCÓN, J. (1986), pp. 95-107.

nica del Poder Judicial (LOPJ): «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes *interpretarán y aplicarán las leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismo que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos* ». Como señala de Otto, con este precepto la LOPJ viene a equiparar la doctrina del Tribunal Constitucional con la Constitución misma en lo que se refiere a su valor normativo para la jurisdicción ordinaria, pues en cuanto exista jurisprudencia constitucional sobre un precepto de la Constitución los Tribunales habrán de interpretar éste según aquélla <sup>34</sup>. Así, la ley a la que está vinculado el juez es la ley tal y como ha sido entendida en cada momento por el el Tribunal Constitucional <sup>35</sup>.

En relación con este artículo voy a reproducir las palabras de Xiol Ríos cuando, refiriéndose al artículo 5 de la LOPJ señala: «A mi entender la Ley Orgánica del Poder Judicial quiere proclamar el valor vinculante del precedente constitucional, la necesidad del respeto judicial al precedente constitucional, y ello sólo podía hacerlo con un precepto muy genérico. Viene a decir: los tribunales respetarán las interpretaciones del Tribunal Constitucional por encima de todo formalismo derivado del carácter de la resolución o del tipo de proceso, porque no se trata de establecer una vinculación de orden jerárquico ni de crear una nueva fuente del Derecho que complete la Constitución, como el propio Tribunal hace para sí mismo, basándose en el artículo 13 de su propia Ley Orgánica. Y, hay que insistir, ello no supone vincular a las Salas del Tribunal Constitucional ni a los jueces ordinarios a algo distinto de la ley constitucional; supone, de muy distinta manera, admitir que el centro de gravedad de la producción jurídica está tanto en la norma como en la decisión que la aplica; supone alejarse de una visión excesivamente normativista del derecho, que tanto place a aquellos teóricos y políticos que se sienten más próximos a la norma que a su aplicación.... El artículo 5.1 de la LOPJ no trata de regular la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandatos (lo que entra en el concepto de cosa juzgada), sino su valor como precedente, al margen del caso concreto resuelto y de aquéllos a los que el caso afecte por su extensión. El artículo 5.1 de la LOPJ consagra el precedente constitucional» <sup>36</sup>.

---

34. DE OTTO, I. (1989), p. 48.

35. Como ha señalado RUBIO LLORENTE, F. (1982), p. 57. La ley a la que el juez está sujeto (art. 117,1 CE) es, en su caso, la ley definida por el Tribunal Constitucional que es órgano nomotético, no porque sea «legislador negativo», sino porque es juez creador de Derecho y cuya jurisprudencia, por tanto, no ha de considerarse incluida, junto a la del Tribunal Supremo, en el apartado 6.º del artículo primero del Código Civil, ..., sino en el apartado inicial de este mismo artículo».

36. XIOL RÍOS, J.A. (1986), p. 36.

## C) TRIBUNAL SUPREMO (TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA)

C 1) **El Tribunal Supremo (y los Tribunales Superiores de Justicia) cuando resuelven los Recursos de Casación que a continuación se señalan**a) *Recurso de casación, en el ámbito civil*

Según el art. 1.692 de la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC) (en redacción dada por la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal): «El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos: 4.º *Infracción* de las normas del ordenamiento jurídico o *la jurisprudencia* que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate».

b) *Recurso de casación ordinario y recurso de casación para la unificación de doctrina, en el ámbito administrativo*

El nuevo art. 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) (introducido por la Ley 10/1992 citada), señala que «El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos: 4.º *Infracción* de las normas del ordenamiento jurídico o *la jurisprudencia* que fueren aplicables para resolver cuestiones objeto de debate».

El art. 102 a) por su parte, regula el recurso de casación para la unificación de doctrina, que tiene por finalidad la eliminación de eventuales contradicciones entre sentencias. Según este artículo son recurribles por esta vía: a) Las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia cuando respecto de los mismos litigantes y otros diferentes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiese llegado a *pronunciamientos distintos* sin existir doctrina legal sobre la cuestión, y b) Las dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo, así como las de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia cuando la *contradicción* se produzca con otras Sentencias del Tribunal Supremo, siempre, en ambos casos, que no sean susceptibles del recurso de casación ordinario y que su cuantía exceda de un millón de pesetas.

c) *Recurso de casación ordinario y el recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito laboral*

Según el art. 204 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL): «El recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: e) *Infracción* de las normas del ordenamiento jurídico o *de la ju-*

*jurisprudencia* que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate». Y los arts. 215 y 216 establecen que: «Son recurribles en casación para la unificación de doctrina las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 215) «El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de *sentencias* dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, *que fueran contradictorias* entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes es idéntica situación, donde, en mérito a los hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos» (art. 216). Los requisitos del recurso de casación para unificación de doctrina son: 1.º contradicción entre sentencias: la contradicción tiene que darse entre la doctrina sentada por sentencias: de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia; de otras Salas del mismo o diversos Tribunales Superiores de Justicia o del propio Tribunal Supremo, 2.º identidad en la situación de los litigantes e igualdad sustancial en cuanto a los hechos, fundamentos y pretensiones, y 3.º infracción legal (exigida en el art. 221 LPL al fijar los requisitos del escrito de interposición). La doctrina entiende que la infracción lo es de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia (siguiendo el tenor del art. 204 e).

En todos estos casos el ordenamiento jurídico otorga el derecho a acudir a los tribunales, estableciendo como base legal de la pretensión no una «clásica» fuente de derecho (la ley en sentido amplio), sino otros hechos: la infracción de la jurisprudencia o la contradicción entre determinadas sentencias.

A través de estos recursos de casación, se está otorgando a la jurisprudencia y a determinadas sentencias el valor de fuente de derecho. Porque parece claro que en los Estados de derecho sólo son admisibles ante los tribunales aquellas pretensiones fundadas en derecho y no en ninguna otra razón (p. ej. en ideas religiosas, éticas, políticas, etc. no positivizadas). Desde este punto de partida sólo se pueden deducir dos cosas: o (a) la jurisprudencia (a la que refieren los arts. 1692 de la LEC, 95.1.4.º de la LJCA, y 204 de la LPL) y determinadas sentencias (arts. 102 a) de la LJCA, y 215 y 216 de la LPL) forman parte del ordenamiento jurídico (es decir son fuentes de derecho), lo que explica que pueda revocarse la sentencia que la infrinja, o (b) no forman parte del ordenamiento, lo que implicaría que todos los artículos que regulan el recurso de casación por infracción de la jurisprudencia o/y el de unificación de doctrina serían inconstitucionales porque permiten que se revoquen sentencias que son conformes al ordenamiento pero contrarias a algo (la jurisprudencia) que no forma parte del mismo. O bien la jurisprudencia es parte del derecho y la casación es lícita o no forma parte del derecho y la casación es ilícita<sup>37</sup>.

---

37. Cfr. en este sentido DE OTTO, I. (1988), pp. 297-298.

Como señala Rubio Llorente (y esta reflexión se puede hacer extensible a los demás ámbitos señalados —administrativo y laboral—): «Aunque esta fórmula (el art. 1.6 del Código civil) no atribuye la calidad de fuente de Derecho a la jurisprudencia, parece indudable que esta calidad no puede serle negada, puesto que entre los motivos de casación figura la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la *jurisprudencia* que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» (art. 1692.5.º LEC)... No cabe a nuestro juicio duda razonable de que la fuente que la origina (la jurisprudencia) ha de ser contada entre las fuentes del derecho. No es sin embargo, claro está, una fuente autónoma. Los tribunales (en rigor, el Tribunal Supremo, el único cuya doctrina puede apoyar el recurso de casación) no pueden crear normas si no es mediante la construcción hecha a partir de la interpretación de normas legales, reglamentarias o consuetudinarias concretas (apoyo que es, en ocasiones, muy tenue), pero no hay duda de que de tales construcciones *surgen a veces auténticos preceptos jurídicos y desde luego siempre normas* si se entiende que éstas son el contenido concreto que al simple precepto da la interpretación»<sup>38</sup>.

**C 2) El Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional cuando resuelven el Recurso directo contra Reglamentos (y el resto de tribunales de lo contencioso-administrativo a través del recurso indirecto contra Reglamentos)**

El art. 39 de la LJCA señala que «Las disposiciones de carácter general que dictare la Administración del Estado, así como las Entidades Locales y las Corporaciones e Instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, una vez aprobadas en la vía administrativa», y añade en el art. 86.2 que «la Sentencia que anulare la disposición producirá efectos entre las partes y respecto de las personas afectadas por el mismo». Así, si la sentencia estima el recurso, se declara la nulidad del Reglamento con efectos *erga omnes*. En este caso los tribunales contencioso-administrativo ejercen la función de legisladores negativos.<sup>39</sup>

---

38. Última cursiva mía, RUBIO LLORENTE, F. (1986), p. 110.

39. *Vid.* arts. 8, 58, 66 y 74 de la LOPJ.

Por último, creo que no está de más repetir aquí que «afirmar que los jueces son órganos de producción jurídica no equivale a abrazar ningún género de «creacionismo» radical ni, mucho menos, supone zanjar el problema mediante una, en el fondo cómoda, concepción irracionalista de la interpretación», y que «El nudo del problema no se halla pues, en comprobar quién sostiene con mayor énfasis la insuficiencia de la ley y el carácter creativo de la interpretación, sino en definir la naturaleza y legitimidad de las “fuentes” extrasistemáticas que proporcionan al juez las pautas para decidir» 40.

## BIBLIOGRAFIA

- APARISI MIRALLES, A. (1992), «Notas sobre la jurisprudencia como fuente de derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. IX, pp. 249-265.
- BOBBIO, N. (1980): *Contribución a la teoría del derecho*, Fernando Torres Ed., Valencia.
- BULYGIN, E. (1991): «Sentencia judicial y creación de derecho», en C.E. Alchourron-E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 355-369.
- CALVO VIDAL, F.M. (1992): *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, Lex Nova, Valladolid.
- CAPPELLETTI, M. (1989): *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford.
- CARRIO, R.G. (1976): *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976 (2.<sup>a</sup> ed.)
- GASCÓN ABELLÁN, M. (1994): «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, pp. 63-87.
- ITURRALDE, V. (1989): *Lenguaje legal y sistema jurídico*. Tecnos, Madrid.
- KELSEN, H. (1979): *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, México.
- LOUIS, J.-V. (1983): «Los efectos de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 10, n.º 1, pp. 9-19.

---

40. PRIETO SANCHÍS, L. (1987), p. 109.

- MONTILLA MARTOS, J.A. (1994): *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid.
- ORTUZAR ANDÉCHAGA, L. (1992): *Aplicación Judicial del Derecho Comunitario*, Ed. Trivium, Madrid, 1992.
- OTTO, I. de (1988): *Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona. (1989): *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- PIBERNAT DOMENECH, X. (1987): «La sentencia constitucional como fuente del derecho», en *Revista de Derecho Político*, n.º 24, pp. 57-85.
- PIZZORUSSO, A. (1989): «Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 3, 1989, pp. 269-321.
- PRIETO SANCHÍS, L. (1987): *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid.
- (1992): *Sobre principios y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- PUIG BRUTAU, J. (s.f.): *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Bosch, Barcelona.
- (1989): *Fundamentos de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, (2.ª ed.).
- RUIZ MIGUEL, A. (1985): «Sobre la creación judicial del derecho», en *Poder Judicial*, n.º 16, pp. 47-55.
- RUBIO LORENTE, F. (1982): «Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 4, pp. 35-67.
- (1986): «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 16, 1986, pp. 83-113.
- (1988): «La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, pp. 9-51.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D. (1993): *El juez nacional como juez Comunitario*, Fundación Universidad Empresa-Civitas, Madrid.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (1988): *Fundamentos de Derecho Administrativo, I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- SILVA DE LA PUERTA, R. (1993): *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, La Ley, Madrid.
- SUAY RINCÓN, J. (1986) «La igualdad en la aplicación de la ley. La doctrina del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, n.º 47 pp. 95-107.
- TARELLO, G. (1980): *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- VANDERSANDEN, G. (1992): «Article 173», «Article 174», en V. Constantinesco, J-P. Jacqué, R. Kovar, D. Simon, *Traité instituant la CEE*, Economica, París, pp. 1041-1057.
- VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M.: (1994): *La cuestión prejudicial en el Derecho Comunitario*, Tecnos, Madrid.
- WROBLEWSKI, J. (1985): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid.

- XIOL RÍOS, J.A. (1986): «El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional», en *Poder Judicial*, n.º 3, pp. 25-40.
- (1991): «El principio de igualdad en la aplicación de la ley», en *El principio de igualdad en la Constitución Española*, Vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 241-291.



### **3. HISTORIA DEL PENSAMIENTO JURIDICO**

