

Notas sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho

Por ANGELA APARISI MIRALLES

Valencia

La discusión en torno a la jurisprudencia como fuente del Derecho no es algo reciente. Desde hace ya algunas décadas se ha defendido y justificado, desde diversas posturas e instancias, la necesidad de considerar a la jurisprudencia como verdadera fuente del Derecho. El debate, lejos de apagarse, ha ido cobrando fuerza progresivamente al compás del incremento de la importancia que en los últimos años ha cobrado el Derecho judicial. Ciertamente, mucho se ha escrito sobre este tema, pero muchos problemas y cuestiones quedan aún por tratar. El presente trabajo no pretende aportar planteamientos ni soluciones originales. Mi intención es la de exponer someramente el *status quaestionis* del problema, al tiempo que contribuir al panorama actual con una pequeña reflexión sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del Derecho en la organización jurídica española.

I. PRELIMINARES

Es evidente que el Derecho nace con el objeto de ser aplicado. Carece de sentido un conjunto normativo cuya finalidad no sea su aplicación. Pero la norma se nos muestra con carácter general y abstracto, mientras que la realidad a la cual debe ser aplicada está constituida por hechos concretos y particulares. Es necesario un procedimiento, una actividad, que conecte la norma general con el hecho acaecido y que tenga como resultado su aplicación. Esta operación la efectúa el Juez, constituyéndose en el intermediario entre la norma y la realidad, entre el hecho y el Derecho. Al resultado de esta labor se le suele denominar jurisprudencia.

La palabra «jurisprudencia», en su acepción original derivada de los términos *prudentia* y *iuris*, significó para los romanos «conocimiento del Derecho», saber proyectado a la realización de lo justo. En las fuentes romanas se definía como «noticia de las cosas divinas y humanas, ciencia de

lo justo y de lo injusto» (D. 1.1.10.2). Sin embargo, el término ha llegado hasta nuestros días con un contenido distinto. Tradicionalmente, al menos en España, se han venido distinguiendo dos acepciones de la palabra «jurisprudencia», según ésta fuera entendida en sentido amplio o estricto. Desde un punto de vista amplio sería jurisprudencia la doctrina que emana de cualquier Tribunal, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho. Por el contrario, según una acepción estricta y siguiendo lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código civil español, se trataría de «... la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». En la actualidad y tras la promulgación de la Constitución de 1978 nos hallamos ante un tipo nuevo y especial de jurisprudencia, la que emana del Tribunal Constitucional.

Históricamente, la jurisprudencia ha tenido una gran importancia, siendo reconocida en muchos casos como verdadera fuente del Derecho. Así en la época romana (130 a.C.-230 d.C.) el Derecho consistió fundamentalmente en los escritos de los *iuris prudentes* o conocedores del Derecho. Sus interpretaciones poseían verdadero valor de fuente, aun por encima del órgano legislativo¹. Como señala LOMBARDI², la jurisprudencia llegó a ser, en rigor, la única fuente de conocimiento y producción del Derecho a nivel de norma general. Las respuestas de los jurisprudentes, ya fueran orales o escritas, ocupaban claramente el lugar de la ley.

Este sistema, sin embargo, no pervivió. La época postclásica se caracterizó en este punto por una supremacía de la voluntad del legislador y, con ella, la progresiva eliminación de la libertad de la que anteriormente había disfrutado la jurisprudencia.

Sobre todo tras la Revolución francesa, y con ella, bajo la influencia de MONTESQUIEU, la implantación del principio de primacía de la Ley, la jurisprudencia sufrió, en los países de tradición romanística, un importante retroceso en su papel de fuente jurídica. La doctrina revolucionaria, de acuerdo con el dogma de la separación de poderes, distinguía claramente la creación de la norma encargada al órgano legislativo, de su mera aplicación, encomendada al judicial. De acuerdo con este esquema, es evidente que la jurisprudencia quedaba despojada de todo carácter de fuente del Derecho.

Pero frente a esta evolución de la jurisprudencia en las naciones latinas y germánicas, el Derecho de tradición anglo-americana creó y mantiene una institución de características distintas. En estos países el Derecho se consolida en torno a precedentes judiciales, de modo que se atribuye una fuerza vinculante al criterio con que el mismo u otro Tribunal han resuelto previamente casos semejantes al que es objeto de deliberación. Esta re-

1. Vid. LOSANO, M. G., *Los grandes sistemas jurídicos* (trad. A. RUIZ MIGUEL), Madrid, Debate, 1982, pp. 53 y ss.

2. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, p. 67.

gla, conocida como *stare decisis*, ha determinado que, en buena medida, el Derecho de estos países haya sido creado judicialmente. El principio opera vertical y horizontalmente. Por un lado, exige que los Tribunales inferiores resuelvan siempre según el criterio adoptado por los de rango superior, mientras que horizontalmente vincula a los propios Tribunales en el sentido de sus decisiones anteriores. Este sistema, sin embargo, y al menos en Inglaterra, tiende en los últimos decenios a hacerse más flexible.

Volviendo a los países de tradición romanística, debemos preguntarnos cuál es el valor que en ellos posee la jurisprudencia o, lo que es lo mismo, si en la actualidad tiene el carácter de fuente del Derecho. Precisamente uno de los temas más controvertidos de la teoría del Derecho contemporánea se refiere a la determinación del alcance y del contenido de esta labor judicial. En este sentido, y como señala RUIZ MIGUEL³, la polémica gira en torno «al lugar que ocupa la actividad judicial en ese conjunto específico de normas que viene denominándose ordenamiento jurídico».

En la actualidad, mientras que algunos juristas afirman enfáticamente que los jueces realmente crean derecho, existen otros que, con igual énfasis, sostienen que no es así. Para los primeros, la creación del Derecho por los jueces sería algo esencial en el tipo de actividad judicial, a lo que los segundos contestan que no cabe desconocer una distinción tan elemental como la que separa el plano de la creación del Derecho del de su aplicación⁴.

II. LA CRISIS DE LA CONCEPCIÓN MECANICISTA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Parece conveniente abordar el problema que nos ocupa comenzando por referirnos al contenido básico de su punto de partida, la tradicional teoría de la subsunción. El modelo de interpretación que surge de la Revolución francesa y que, como es sabido, debe atribuirse al esfuerzo teórico de MONTESQUIEU, aún se halla vigente, al menos en sus caracteres más esenciales, en la mente de muchos juristas.

La teoría clásica de la subsunción parte de la estricta separación entre creación y aplicación del Derecho. Dentro de los poderes atribuidos al Estado, al legislativo le corresponde la creación de las normas, mientras que al judicial sólo se le atribuye su estricta aplicación, entendiéndose como tal la extracción para el caso concreto de lo que en la disposición se contiene de modo general y abstracto. La aplicación del Derecho quedaba así concebida como una «subsunción», ya que el Juez tan sólo tenía que subsumir el supuesto de hecho en la norma a aplicar, quedando excluida toda posible actividad creadora. Este esquema, a pesar de lo que pueda parecer a primera vista, poseía una evidente función política e ideológica. El sis-

3. RUIZ MIGUEL, A., «Sobre la creación judicial del Derecho», en *Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 16, p. 47.

4. Vid. CARRIO, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, pp. 79 y ss.

tema, lejos de defender un modelo de Juez neutral y apolítico, lo comprometía radicalmente con el proyecto revolucionario en la lucha contra el absolutismo real y en la defensa de los valores propugnados por el Estado liberal de Derecho⁵.

De acuerdo con esta concepción, el Juez, al aplicar el Derecho, debía seguir un esquema mecánico lógico-deductivo que constaba fundamentalmente de tres operaciones: 1) Comprobar el supuesto de hecho. 2) Determinar la norma jurídica aplicable: *a)* constatar su existencia; *b)* interpretarla; *c)* decidir sobre su aplicabilidad. 3) Dictar sentencia.

Este sistema partía necesariamente del principio de plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico. La Ley se concibe como carente de lagunas, siempre completa, de modo que nunca se planteen problemas cuya solución suponga atribuir facultades creadoras al Juez. Precisamente el proyecto de Código francés pretendía acabar con la práctica denominada del *réfère* legislativo. De acuerdo con ella, en los casos de insuficiencia u oscuridad el Juez suspendía el procedimiento y solicitaba del Parlamento una directriz legislativa⁶. De acuerdo con el artículo 9 del proyecto, en los casos de silencio de la ley se abría el paso a la vía del juicio de equidad. El citado artículo establecía que «a falta de leyes precisas en materias civiles el Juez es un ministro de equidad. La equidad es el retorno a las leyes naturales y a los usos vigentes en caso de silencio de la ley positiva».

La supresión de este artículo del proyecto dio lugar a la consagración del principio de plenitud del ordenamiento jurídico y a la más estricta sumisión del Juez a las palabras de la ley⁷. Este, de acuerdo con el artículo 4, no podía dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la norma, ya que, en ese caso, podría ser perseguido como culpable de denegación de justicia. Como señala J. DE LUCAS⁸, el deseo de acabar con la arbitrariedad judicial dejó solo al citado artículo 4, el cual se convertirá en el punto de referencia obligado en la defensa del dogma de la certeza de la ley. En este sentido, subraya BOBBIO⁹ que la proclamación del principio de plenitud del ordenamiento jurídico está ligada a la concepción del Juez como aplicador y no creador del Derecho y a la ideología que intenta mantenerlo atado en el proceso de toma de decisiones desde una presunción de racionalidad absoluta de la ley y una incondicional legitimidad del legislador.

5. Vid. VIDAL, E., y C. GARCÍA, *Creación judicial del Derecho*. Comunicación en el III Congreso de Sociología, San Sebastián, 29, IX, 1989.

6. Vid. RECASENS SICHES, L., *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, Porrúa, 1973, pp. 191 y ss.

7. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, CLUT, 1960-61, pp. 79 y ss.

8. DE LUCAS, «Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del "Code" Napoleón», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, p. 134.

9. BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, *op. cit.*, p. 79.

Por su parte, la interpretación se concebía como la indagación del exacto sentido de la norma, de su único significado, extraíble directamente o a través de un proceso de interpretación más profundo. En esta dirección, MONTESQUIEU señalaba que el Juez debe ser «la boca muda que pronuncia las palabras de la ley», y que los jueces eran «seres inanimados que no pueden moderar ni si fuerza ni su rigor»¹⁰. Asimismo en otro lugar afirmaba que:

«No hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Si estuviera unido al poder legislativo el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario porque el Juez sería legislador»¹¹.

En realidad MONTESQUIEU estaba diseñando un poder judicial absolutamente nulo e invisible. El mismo llegará a sostener que «de los tres poderes..., el de juzgar es en cierto modo nulo»¹².

A su vez, el acto de dictar sentencia se concebía a modo de un silogismo: la premisa mayor sería la norma general; la premisa menor, el hecho probado y concreto, y la conclusión, el fallo. De este modo el Juez tan solo ejecutaba una labor cognoscitiva, meramente aplicativa al Derecho, sin ejercer ningún acto creador. Quedaba así reducido a un mero autómatas que se limitaba a traducir el fallo previsto en la norma cuando las circunstancias o hechos analizados coincidían con los previstos en la Ley.

En definitiva, toda esta teoría trataba de afirmar el valor supremo de la seguridad jurídica y de la neutralidad, coherentemente con la función garantista-represiva del Derecho propia de la sociedad liberal-burguesa. El sistema, como destaca DE OTTO, revela un «horror a la jurisprudencia» que se pone de manifiesto en las palabras de ROBESPIERRE: «El término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley»¹³.

No debemos omitir que cuando estas líneas parecían ya abandonadas por la filosofía jurídica, han vuelto algunos de sus rasgos fundamentales en teorías que se presentan en ruptura con lo que poco antes parecía nuevo. En esta línea se hallarían, entre otras, las tesis de ALCHOURRON y BULYGIN¹⁴, y asimismo la de DWORKIN¹⁵.

10. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Paris, Du Seuil, L'Integrale, 1964, p. 589.

11. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, op. cit., p. 586.

12. También en otro lugar MONTESQUIEU insistirá en esta idea al afirmar que «de esta manera el poder de juzgar tan temible para los hombres se hace invisible y nulo al no estar ligado a determinado acto o profesión...»

13. DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 293.

14. ALCHOURRON, C. E., y B. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Ed. Astrea de Rodolfo de Palma, 1974.

15. DWORKIN, R., *Los derechos en serio* (trad. M. GUASTAVINO), Barcelona, Ariel, 1977.

ALCHOURRON y BULYGIN se muestran partidarios de una teoría de la interpretación jurídica que, en definitiva, se ajusta a los presupuestos básicos de la teoría de la subsunción. Para ellos la interpretación del Derecho no supone una labor creativa, sino cognoscitiva, lógico-deductiva. También DWORKIN niega tajantemente la capacidad de crear Derecho de los jueces. El positivismo hartiano había sostenido la existencia de los denominados «casos difíciles» que carecen de respuesta correcta previa a la decisión del Juez. En su obra *The Concept of Law*¹⁶, HART había defendido que, por ello, la actividad de estos operadores jurídicos debe necesariamente ser discrecional. DWORKIN atacará directamente esta doctrina que defiende la función creadora de los jueces. Para ello expondrá su tesis de la respuesta correcta.

Para DWORKIN es evidente que pueden existir casos en los que no sea posible aplicar ninguna norma concreta. Pero el ordenamiento jurídico no se compone exclusivamente de normas, sino también de principios y de directrices. Un modelo estrictamente normativo es unilateral porque no tiene en cuenta la existencia de estos elementos. Para este autor las directrices serían los objetivos sociales a alcanzar por un ordenamiento jurídico, mientras que los principios harían referencia a la justicia y la equidad¹⁷. DWORKIN entiende que el material compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial¹⁸.

El autor reconstruye casos resueltos por la jurisprudencia americana y muestra así que su teoría explica mejor la realidad que la que atribuye una función discrecional al Juez. Además, entiende que frente a un caso difícil no es una solución aceptable dejar en libertad al Juez, ya que éste no se halla capacitado para dictar normas, y menos hacerlo de un modo retroactivo. Al Juez se le debe exigir que, lejos de crear un nuevo Derecho, acuda a los principios que se hallan en el seno del ordenamiento jurídico. Esta tesis está fundada en tres tipos de argumentos:

- a) Cualquier norma se fundamenta en un principio.
- b) Los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del Derecho.
- c) Si se admite la discreción judicial, los derechos de los individuos se hallan a merced de los jueces.

16. HART, *El concepto de Derecho* (trad. G. CARRIO), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

17. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit.

18. CALSAMIGLIA, A., «Ensayo sobre Dworkin», en R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (trad. M. GUASTAVINO), Barcelona, Ariel, 1977, p. 13.

Esta teoría, expuesta en sus rasgos más esenciales, ha sido más atacada que aceptada. Así, para PRIETO SANCHIS¹⁹, lo que DWORKIN pretende es dotar de objetividad y racionalidad a los criterios ajenos a la ley que el Juez tiene que aplicar a la hora de dirimir un supuesto. Por ello los eleva a la categoría de Derecho con el fin de preservar la figura del Juez como órgano no discrecional. Se trataría de un Juez omnisciente, un «Hércules», que ante un caso difícil podría distinguir la pauta más justa dentro del conjunto de normas. Ello supondría crear un Juez irreal, con facultades casi divinas²⁰.

Pero a pesar de estas excepciones, lo bien cierto es que a partir de fines del siglo XIX comenzó a abrirse camino la idea de la insuficiencia de la concepción que entendía la actividad de los jueces como un acto mecánico. Parece que en los inicios de lo que conocemos como «reacción antiformalista» debe situarse a IHERING con sus *Cartas sobre la jurisprudencia actual*²¹. Asimismo, y como afirma LOMBARDI²², debe considerarse a F. GENY, con su *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*²³, como uno de los padres del movimiento. También la posición moderada de HECK se impondrá con fuerza en los estudios realizados en las primeras décadas del siglo XX.

Esta crítica antiformalista se efectuó desde distintos frentes, distando de ser una escuela o movimiento unitario. En definitiva, se trataba de poner de manifiesto que el acto de aplicación del Derecho contiene en sí una verdadera actividad creativa y que en absoluto puede reducirse a una mera acción mecánica. La teoría jurídica moderna ha destacado la enorme complejidad que encierra la actividad aplicativa del Derecho no sólo en cuanto a la determinación del supuesto de hecho, sino también en cuanto a la fijación de la premisa mayor. La ley, en muchos casos, no posee en absoluto un sentido único y por ello no se trata de encontrar un solo significado, sino de elegir entre varios distintos. Frente a la citada concepción tradicional de la interpretación entendida como un procedimiento auxiliar al que sólo se recurre en aquellos supuestos en los que la comprensión del texto resulta dificultosa, en la actualidad las modernas teorías han puesto de relieve que ésta concurre siempre y necesariamente, de tal modo que la sola comprensión del contenido de la norma ya presupone una actividad interpretativa. Siguiendo a PÉREZ LUÑO²⁴, el significado de la norma es

19. PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 69.

20. Vid. VIDAL, E., y C. GARCIA, *Creación judicial del Derecho*. Comunicación en el III Congreso de Sociología, San Sebastián, 29, IX, 1989.

21. Esta obra fue posteriormente recogida en *La jurisprudencia en broma y en serio*. Existe versión castellana traducida por T. BANZHAF, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1974.

22. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, p. 210. Este autor califica al movimiento antiformalista con el rótulo de «giusliberismo».

23. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, 1.ª edición, 1 vol., Paris, Chevalier Marescq et Cie., 1899; 2.ª edición, 2 vols., Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1919; reeditado en 1954.

24. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 254.

así concebido no como algo previo a su interpretación, sino como el resultado de la actividad interpretativa. Por otro lado, y como ha defendido HART, la ley en la actualidad no puede concebirse como un proceso cerrado, completo. Por el contrario, toda norma es una estructura abierta, susceptible de asumir muy distintos significados. Además, no puede olvidarse que la presencia de lagunas en el Derecho impide dar solución a todos los problemas que se plantean.

Tales concepciones, en muchos casos, han ido tan lejos que han pretendido incluso desvincular totalmente al Juez de su sujeción al Derecho. Serán los defensores del llamado «Derecho libre» los que por primera vez cuestionen, y en algunos casos rechacen, la vinculación del Juez a la norma e incluso al Derecho. En este sentido es famoso el apasionado manifiesto de KANTOROWITZ *La lucha por la ciencia del Derecho*²⁵. Este autor sostenía la existencia de ciertos casos sin solución jurídica, por lo que la decisión judicial, en determinadas circunstancias, sería necesariamente arbitraria²⁶. También en este sentido, REICHEL llegó a manifestar que un Juez que en determinadas circunstancias falla contra ley.

«ha obrado no sólo subjetivamente con arreglo a la buena conciencia, sino también objetivamente según el Derecho»²⁷.

Por otro lado y como señala CARRIO²⁸, el grito de batalla del realismo jurídico norteamericano no es «los jueces crean derecho», sino la expresión, mucho más fuerte, «sólo los jueces crean derecho» o «todo el derecho es creado por los jueces»²⁹. ROSS, representante del realismo escandinavo, llegará a decir que el Derecho sólo está vigente porque es aplicado³⁰.

25. KANTOROWICZ, *La lucha por la ciencia del Derecho* (trad. W. GOLDSCHMITH), en *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949. El original es de 1906.

26. KANTOROWICZ, *La lucha por la ciencia del Derecho*, op. cit.

27. REICHEL, H., *La ley y la sentencia* (trad. E. MIÑANA VILLAGRASA), Madrid, Reus, 1921 (el original es de 1914), p. 141.

28. CARRIO, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, p. 86.

29. HOLMES, precursor de esta corriente, se expresaba en estos términos:

«Consideremos, por ejemplo, el problema fundamental del concepto de Derecho. Algunos autores os dirán que es cosa distinta de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema racional, una deducción de los principios de la época, de axiomas aceptados u otras fórmulas que pueden coincidir o no con las sentencias. Pero si nos situamos desde el punto de vista de nuestro delincuente, encontraremos que le importan poco los axiomas y las deducciones y quiere saber cómo se comportarán de hecho los tribunales de Massachusetts y de Inglaterra. Yo soy bastante de esa opinión. Las profecías de lo que efectivamente harán los tribunales, y no nada más pretencioso, son lo que yo entiendo por Derecho».

HOLMES, O. W., *The Path of the Law* (discurso pronunciado el 8 de enero de 1897 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston), publicado en *Harvar Law Review*, 1897, pp. 457-478. La cita pertenece a la edición italiana de HOLMES, *Opinioni dissensienti*, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 259-260.

30. ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. G. CARRIO), Buenos Aires, Eudeba, 1963, 2.ª edición, 1970.

Desde otro frente, el enfoque marxista del llamado «uso alternativo del Derecho»³¹ ha llamado la atención sobre la falacia de la racionalidad y la justicia de los sistemas jurídicos criticando el dogma del apoliticismo de los jueces. Los partidarios de esta tesis han llevado a cabo una crítica de las supuestas virtudes tradicionales atribuidas a los jueces, de su pretendida objetividad, neutralidad y apoliticismo. Todo el Derecho es político y se halla lejos de ser neutral. De lo que se trata es de no enmascarar la verdad y de ponerla al servicio del débil. Ello les conduce a valorar el Derecho como instrumento de progreso que puede ser usado alternativamente en beneficio de los intereses de la clase trabajadora³².

Resumiendo, tradicionalmente el resultado de esta polémica ha sido una confrontación entre dos posturas. Por un lado (I), los defensores del Derecho positivo como sistema cerrado, compuesto de normas abstractas y generales, y partidarios del predominio de la ley como fuente del Derecho que el Juez aplica al caso concreto. En esta doctrina, como señala PECES BARBA³³, el Juez no es un órgano creador de Derecho, sólo de ejecución del mismo, al que, como mucho, se le reconoce en su aplicación una capacidad interpretativa. Por otro lado (II), los partidarios de la libre creación del Derecho por los jueces. Este segundo planteamiento, surgido como reacción al anterior, defiende el papel del Juez como creador del Derecho y rechaza, en sus posturas más extremas, la vinculación de éste al Derecho del poder soberano del Estado.

III. LA NATURALEZA DE LA DECISIÓN JUDICIAL

Para acotar la discusión, y siguiendo a RUIZ MIGUEL³⁴, se trata de saber lo que los jueces hacen realmente al plasmar su decisión, con independencia de lo que crean hacer o de lo que se piense que deben hacer. El plano de los hechos debe, en este punto, distinguirse de las posturas personales ante la cuestión. No podemos pretender aportar soluciones al, en palabras de CARRIO, «desacuerdo de actitud»³⁵ subyacente al problema de la creación judicial del Derecho y a las diversas posturas sobre lo que los jueces deben hacer. Por el contrario, y en un plano meramente descripti-

31. Vid. BARCELONA, P. (ed.), *L'uso alternativo del diritto*, Bari, Laterza, 1973; asimismo LOPEZ CALERA, N., y otros, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1978.

32. Ello, como señala PECES-BARBA, ha supuesto que determinados sectores escolásticos leninistas acusen a esa doctrina de pequeño burguesa (PECES-BARBA, G., «La creación judicial del derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1983, núm. 6, p. 20).

33. PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, op. cit., p. 17.

34. RUIZ MIGUEL, A., «Creación y aplicación de la decisión judicial», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, pp. 9-10.

35. CARRIO, siguiendo a STEVENSON, utiliza estos términos para mostrar cuál es el verdadero problema de fondo de la controversia sobre la creación judicial del Derecho (CARRIO, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, op. cit., p. 85).

vo, tan sólo pretendemos plantear la cuestión de hecho: ¿Podemos admitir que en determinadas ocasiones los jueces aportan a los sistemas jurídicos elementos que antes de su actuación no existían? ¿Estos elementos pueden llegar a poseer el carácter de norma de aplicación general?³⁶.

Respondiendo a la cuestión, podemos partir de un punto al menos mayoritariamente aceptado: la aplicación del Derecho es mucho más que un simple silogismo, el Juez no es tan sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley. Como destaca LOMBARDI, «... la giurisprudenza non si limita ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuisce alla stessa formazione del diritto é sempre creativa...»³⁷. Partimos de considerar que los jueces producen Derecho, al menos en los supuestos de antinomias y lagunas. De cualquier modo, la actividad judicial se expresa mediante una serie de operaciones complejas que en muchos casos suponen la utilización de criterios y decisiones no extraíbles lógicamente de las normas. De igual modo que el artista crea cuando a la materia prima añade su propia actividad, el Juez ejerce también una función creadora. En suma, las sentencias judiciales, en muchos casos, no son puras deducciones mecánicas a partir de un texto legal. Ello nos conduce a admitir una premisa previa: no existe una única forma de producción de Derecho. Aunque la ley posee un predominio jerárquico, el ordenamiento jurídico se halla formado por una pluralidad de elementos de diverso tipo. Si lo consideramos como una estructura gradual, la norma básica sería la Constitución, mientras que las sentencias judiciales hallarían también su lugar en la estructura escalonada. En este sentido, PECES BARBA³⁸ ha destacado que la creación judicial del Derecho debe integrarse en el sistema de producción normativa del ordenamiento, no planteándose en oposición antagónica con la ley, sino en armonía con ésta y con los restantes tipos de normas que se integran en la unidad del ordenamiento.

En esta línea, HART defenderá la «textura abierta del ordenamiento» y la existencia de «zonas de penumbra». Ello supone reconocer que la ley no es un proceso cerrado, completo, que prevé y tiene soluciones para todos los casos concretos, sino que la creación judicial es una realidad. Sostiene HART: «La textura abierta del Derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los Tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso... en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los Tribunales desempeñan una función productora

36. No estamos con ello limitando el concepto de fuente del Derecho tan sólo a los actos normativos de carácter general. Seguimos a Kelsen cuando señala que «... el prejuicio de que el Derecho sólo está constituido por normas generales, el ignorar las normas jurídicas individuales ha oscurecido el hecho de que la sentencia judicial es la continuación del proceso de producción de Derecho (KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. R. V. VERNENGO, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 248).

37. LOMBARDI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., p. 372.

38. PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, op. cit., pp. 20 y ss.

de reglas»³⁹. En suma, y como defiende BOBBIO, «la creazione di diritto da parte del giudice... è una realtà...»⁴⁰.

Cuestión diferente es el estudio de los cauces mediante los cuales el Juez crea realmente Derecho. La mayoría de los últimos análisis realizados en Francia, Alemania o España coinciden en insistir en el creciente papel que progresivamente va desempeñando el Juez en la creación de Derecho. En la actualidad se avierte un progresivo acercamiento entre el *common law* angloamericano y el *civil law* continental. Como destaca LOSANO⁴¹, el *common law* está conociendo una expansión del Derecho legislado en detrimento del creado íntegramente por los jueces. A su vez, la jurisprudencia va asumiendo una importancia creciente en los sistemas jurídicos continentales.

Siguiendo a PECES-BARBA⁴², podemos distinguir tres cauces principales a través de los cuales se va realizando este progresivo proceso de acercamiento entre el sistema jurídico continental y el anglosajón:

1. A través de la interpretación de las normas generales y ambiguas. Con respecto a las primeras, su imposibilidad de contemplar las inmensas variantes que ofrece la realidad obligan a desempeñar al Juez una labor que va más allá de la mera aplicación. La existencia en los sistemas jurídicos de cláusulas generales abre, sin duda, un gran margen para el arbitrio judicial. En concreto, el carácter de norma directamente aplicable por los Tribunales que en la actualidad poseen las modernas Constituciones y el principio de interpretación de las leyes «desde» la Constitución admitido por nuestra jurisprudencia constitucional⁴³ determina que la creación judicial del Derecho sea una realidad indiscutible. También en el caso de las normas de difícil interpretación el órgano judicial debe optar por uno de los posibles significados, lo que, en definitiva, supone algo más que un acto mecánico. Como señala CARRIO:

«Esas normas no determinan toda la conducta, pues tienen una textura abierta o presentan una zona de penumbra dentro de la cual el intérprete tiene que decidir bajo su responsabilidad. Tal decisión no puede ser razonablemente descrita como una simple deducción a partir de reglas que ya tenían un significado que aquél se limitó a descubrir»⁴⁴.

39. HART, *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 168-169.

40. BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, p. 120.

41. LOSANO, M. G., *Los grandes sistemas jurídicos*, op. cit., p. 185.

42. PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, op. cit., pp. 21-22.

43. Este principio ha sido reiteradamente manifestado por nuestro máximo Tribunal y se halla asimismo consagrado en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «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 mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». En este sentido, por ejemplo, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, se advierte que la legalidad ordinaria, en su aplicación, deberá acomodarse al texto constitucional.

44. CARRIO, G. R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, op. cit., p. 62.

2. Por otro lado, el dogma de la plenitud y autosuficiencia del ordenamiento jurídico, la concepción de la ley como carente de lagunas, siempre completa, de modo que nunca se planteen problemas cuya solución suponga atribuir facultades creadoras al Juez, es en la actualidad insostenible. Las lagunas existen inevitablemente y el Juez crea Derecho a través de esta vía. La plenitud sólo se produce mediante una colaboración entre el Derecho legal y el Derecho judicial en el seno de un ordenamiento.

En esta línea, sabemos que HART había defendido la existencia, en un ordenamiento jurídico, de zonas de penumbra, de lagunas que obligan a replantearse seriamente el dogma de la plenitud de la ley. Su postura obedece a un planteamiento según el cual sólo pertenecen a un sistema jurídico concreto aquellas normas admitidas por la regla de reconocimiento, aquellas reglas identificadas como tales por derivar de una fuente de autoridad reconocida. Recientemente, NINO⁴⁵ ha criticado este punto de vista de HART en el sentido de admitir que un sistema jurídico podría estar integrado por normas y principios que los jueces no tienen obligación de aplicar según la regla de reconocimiento del sistema, pero que de hecho aplican. Ello supone, en definitiva, que el criterio de pertenencia de una norma o de un principio a un sistema jurídico no puede estar basado sólo en reglas de reconocimiento. Los jueces aplicarían principios morales que no tienen por qué considerarse excluidos del ordenamiento jurídico. Esta postura de NINO limita las facultades propiamente creadoras del Juez porque, siguiendo a DWORKIN, en el caso de lagunas de reglas el Juez puede acudir a los principios, que también forman parte del ordenamiento jurídico.

3. En tercer lugar, debe admitirse la creación de Derecho a través del control de la legalidad de los actos administrativos por medio de los Tribunales contencioso-administrativos y el control de constitucionalidad del legislativo. Ambos son cauces mediante los cuales, históricamente, los jueces han creado Derecho. En este sentido, KELSEN calificará el control constitucional de las leyes como creación normativa negativa y como «repartición del poder legislativo entre dos órganos». Los Tribunales constitucionales crean, evidentemente, Derecho y no sólo en sentido negativo al actuar, en palabras de I. DE OTTO⁴⁶, como «destructores de leyes».

Con respecto a nuestro país, las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de las leyes, según el artículo 164 de la Constitución, tendrán un efecto *erga omnes* o, lo que es lo mismo, plenos efectos frente a todos. De este modo nuestro máximo Tribunal, al imponer una única interpretación posible de la ley, fuera de la cual ésta debe considerarse inconstitucional, penetra en vías antes reservadas exclusivamente al legislador. Incluso, como destaca PÉREZ ROYO⁴⁷, cabría entender que las disposiciones conte-

45. NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 125-126.

46. DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., p. 286.

47. PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 48-49.

nidas en estas sentencias poseen un rango jerárquico superior al resto del sistema de fuentes.

Este nuevo punto de vista con respecto a la verdadera actividad de los jueces no sólo ha tenido repercusiones en el campo teórico. Por el contrario, sus consecuencias pueden ser apreciadas en muchos de los ordenamientos jurídicos continentales. Como señala PECES-BARBA⁴⁸, la creación judicial del Derecho irá conquistando poco a poco parcelas, desde un reconocimiento implícito de su realidad hasta reconocimientos parciales en normas legislativas.

IV. EL VALOR DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO EN LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA ESPAÑOLA

Debemos partir de que el sistema español ha sido un claro heredero del sistema francés y de la imposibilidad de negar que en nuestro Derecho aún perviven algunos de los rasgos más esenciales de esta teoría. Un claro ejemplo de ello se halla en las disposiciones que contienen nuestras leyes procesales en relación a las formalidades que deben cumplirse para redactar correctamente una sentencia. En la actualidad éstas deben respetar una fórmula silogística que, en definitiva, vendría a coincidir con el modelo anteriormente diseñado: a) Hechos probados o resultandos; b) Fundamentos de Derecho o considerandos; c) Sentencia o fallo. La estructura, al menos formalmente, parece que pretende alejar al Juez de toda actividad creadora al ceñirle exclusivamente al esquema establecido.

Por otro lado, históricamente, parte de la doctrina española ha venido negando el carácter normativo de la jurisprudencia. Tal negativa se expresó excluyendo a la jurisprudencia de las fuentes del Derecho enumeradas en el título preliminar del Código civil. Asimismo, y como recuerdan E. VIDAL y C. GARCIA⁴⁹, cuando el artículo 117 de nuestra Constitución habla de jueces y magistrados independientes, inamovibles y únicamente sometidos al imperio de la ley, aunque con distinto significado⁵⁰, está enumerando las características que debía tener el Juez en la teoría de la subsunción.

No debemos tampoco desconocer que un gran número de jueces españoles preguntados sobre el contenido de su actividad, no dudan en responder que posee un carácter meramente aplicativo, que no crean nuevas normas. Su actitud incluso revela rechazo hacia un modelo de magistrado creador de Derecho⁵¹.

48. PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*, *op. cit.*, p. 22.

49. Vid. VIDAL, E., y C. GARCIA, *Creación judicial del Derecho*. Comunicación en el III Congreso de Sociología, San Sebastián, 29, IX, 1989.

50. Vid. DIAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1981; PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984.

51. Esta opinión reflejada por algunos magistrados no viene sino a confirmar la tesis de CARRIO en el sentido de que la expresión «los jueces crean Derecho» posee una gran carga emotiva.

Pero en la actualidad también en nuestro ámbito jurídico se advierten importantes signos de evolución. Así, alejándose de sus precedentes históricos, el Código civil español, en su reforma de 1974 concedió un cierto valor a la jurisprudencia al asignarle un papel «complementador» del ordenamiento jurídico. En la misma línea se admite el recurso a la analogía (art. 4.1) y a la equidad (art. 3.2), y se postula una interpretación de las normas según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1)⁵².

Esta transformación también parece quedar corroborada tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil efectuada en el año 1984. El artículo 1.692.5 de la citada ley establece en la actualidad que el recurso de casación podrá fundarse en la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia». Es evidente que sólo si a la jurisprudencia se le reconoce valor normativo cabe admitir la existencia de un recurso de casación por su infracción. Una sentencia tan sólo puede anularse en el supuesto de que infrinja el propio ordenamiento jurídico. Esto nos conduce a la lógica conclusión de que la jurisprudencia, al menos la del Tribunal Supremo, es parte del ordenamiento jurídico⁵³ y vincula, incluso, con carácter general.

Todos estos razonamientos nos demuestran que en España existe un relativo acercamiento al sistema del precedente judicial vinculatorio anglosajón. Incluso no podemos sino admitir que la realidad jurídica ha acabado por erigir a la doctrina del Tribunal Supremo en pieza clave del Derecho español⁵⁴.

También el propio Tribunal Constitucional, y a partir del reconocimiento del principio de igualdad en la Constitución, ha elaborado una doctrina que supone la introducción en nuestro sistema del modelo del precedente, aunque si bien de una forma mucho más débil⁵⁵. En sus sentencias el Tribunal Constitucional ha establecido que cuando una decisión se aleja de lo dispuesto en otra dictada en un caso igual, el Juez deberá justificar tal fallo, ya que de otro modo se lesionaría el principio de igualdad ante la Ley contenido en el artículo 14 de la Constitución. Se suele sostener que fue la STC 8/1881 de 30 de marzo de 1981, de la que fue ponente TOMAS y VALIENTE, la precursora de esta doctrina. En su fundamento jurídico 6.º se afirmaba que «en la aplicación jurisdiccional de la ley puede existir violación del principio de igualdad cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las

52. Vid. DE LUCAS, J., y E. VIDAL, «Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales», en *Diez años de régimen constitucional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 18 y ss.

53. Vid. LALAGUNA DOMINGUEZ, *Introducción al Derecho civil español*, Valencia, Nomos, 1990, pp. 245 y ss.

54. OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, p. 139.

55. OLLERO, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución»⁵⁶. Conviene, sin embargo, matizar que en esta doctrina no han faltado vacilaciones y matizaciones. Así, por ejemplo, nuestro máximo Tribunal en Sentencia 58/1986, de 13 de junio, ha manifestado que el principio de igualdad es «predominantemente formal», ya que lo que él mismo exige no es que la Ley se interprete siempre en el mismo sentido, sino que la diferencia entre las resoluciones esté justificada «en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal», sin que el propio Tribunal pueda entrar a valorar estas razones.

En definitiva, todo ello viene a demostrar que nuestro ordenamiento ha sido sensible a la crisis del formalismo jurídico y que los principios que sostienen la plenitud de la ley a ultranza ya no pueden ser sostenidos. Podemos advertir que la función que desempeñan los jueces no es meramente mecánica y lógico-deductiva; por el contrario, la jurisprudencia actúa realmente como fuente del Derecho a pesar de ciertas reticencias en admitirlo. Como ha afirmado PECES-BARBA:

«... todos los jueces crean Derecho al resolver una pretensión sometida a su conocimiento con arreglo a las normas de organización de un ordenamiento jurídico. Esta afirmación supone que antes de la sentencia no existe en el ordenamiento un mandato establecido por la misma, es decir, que una sentencia es una norma singular que desarrolla y prolonga el ordenamiento jurídico que no está sólo formado por normas generales»⁵⁷.

Pero reconocer que el Juez goza de un amplio margen de libertad y que realmente crea Derecho no implica atribuirle un poder desvinculado de todo límite. Es cierto que en el caso de la jurisprudencia constitucional los márgenes resultan realmente amplios, pero no parece correcto mantener que en el resto de las decisiones jurisdiccionales los órganos judiciales no deban atenerse a ciertos presupuestos. Siguiendo a OLLERO, «el Juez no puede ser un ciudadano con el privilegio de convertir en ley sus opiniones personales»⁵⁸. En este sentido debemos distinguir dos conceptos distintos: discrecionalidad y arbitrariedad⁵⁹. La actividad del Juez, y aun reconociéndole un cierto margen de discrecionalidad, no es absolutamente arbitraria porque se halla sometida a ciertos límites, entre los que podemos destacar el propio Derecho y las reglas de su interpretación. Como señala

56. En el mismo sentido, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 64/1984, de 21 de mayo, sostiene que: «... la igualdad consagrada en el artículo 14 obliga a que un mismo órgano judicial no pueda modificar el sentido de sus resoluciones sin ofrecer una fundamentación suficiente y razonable...».

57. PECES-BARBA, G., «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», en *Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1983, núm. 6, p. 20.

58. OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, p. 140.

59. Vid. en este sentido GARCIA PASCUAL, C., «La función del Juez en la creación y protección de los derechos humanos», en BALLESTEROS (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 213, 222.

L. PRIETO, «la jurisprudencia se ajusta, por regla general, a las orientaciones legales (...); junto al Derecho objetivo toda una cultura jurídica hace previsible la mayor parte de las decisiones judiciales»⁶⁰. También BOBBIO se referirá a «l'obbligo di decidere in conformità di regole poste precedentemente»⁶¹.

Así, al comparar la actividad legislativa con la jurisdiccional se observa que en la primera se argumenta a partir de los fines que se persiguen, se pretende un determinado fin y para ello se crea la norma⁶². Sin embargo, en el caso de la actividad jurisdiccional el argumento no es el mismo. Se parte de unas determinadas premisas, de modo que el Juez no se nos presenta absolutamente libre. Como he señalado, la primera de ellas sería la sumisión a la norma. Aunque ya se ha criticado la concepción que sitúa al Juez como intérprete mudo de la Ley, lo bien cierto es que no puede desvincularse totalmente de ella. En segundo lugar, el Juez deberá apoyarse en lo que podríamos denominar reglas de aplicación, dentro de las cuales podríamos incluir:

a) Las reglas de interpretación que establece el artículo 3.1 del Código civil. Este precepto dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas». Pues bien, un Juez no puede desvincularse absolutamente de este mandato. De cualquier modo, también es cierto, como recuerdan J. DE LUCAS y E. VIDAL⁶³, que la alusión a la «realidad social» puede asimismo interpretarse como un argumento en favor de la atribución de facultades creadoras al órgano jurisdiccional.

También en esta línea ha sostenido OLLERO⁶⁴ que cuando una norma concreta atribuya al Juez un amplio margen de libertad éste deberá entenderse sometido al control de la equidad a la que hace referencia el artículo 3.2 del Código civil. La equidad que deberá ponderar el Juez deberá entenderse como «sensibilidad a las particularidades del caso», como justicia del caso concreto. Ello implicaría, en opinión de este autor, un manejo lo más racional posible de todos los instrumentos extra-legales a los que el Juez ha de recurrir para obtener una solución jurídica adecuada.

60. PRIETO SANCHIS, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 109.

61. BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p. 120.

62. Seguimos en este punto a DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, op. cit., pp. 289-290.

63. DE LUCAS, J., y E. VIDAL, «Una nota sobre interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales», en *Diez años de régimen constitucional*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 18 y ss.

64. OLLERO, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 141-142.

b) En segundo lugar, el Juez deberá entenderse vinculado por aquellos precedentes o jurisprudencia que el ordenamiento jurídico entienda vinculante. En este sentido, y de acuerdo con DE OTTO⁶⁵, podríamos señalar:

1. Principio de seguridad jurídica. El Juez no debe disponer de tanta libertad que haga totalmente imprevisible el contenido de la resolución judicial.
2. Principio de igualdad. Este principio, consagrado en el artículo 14 de la Constitución, determina la imposibilidad de que, sin ningún tipo de justificación, un Juez resuelva casos iguales en distinto sentido. El no respeto de este principio en la práctica supondría la no igualdad de todos ante la Ley.
3. Principio de unidad del Derecho. La libertad del Juez no debe permitir que el Derecho sea aplicado de un modo diferente en las distintas demarcaciones judiciales.

De este modo y con respecto a nuestro país, podemos concluir que el juez *de facto* crea Derecho. Estos actos normativos, incluso en determinadas circunstancias pueden llegar a estar revestidos de las notas tradicionalmente han caracterizado a las fuentes formales del Derecho, la generalidad y la permanencia. Hoy la aplicación del Derecho no puede concebirse tan sólo como la intervención del Juez o funcionario para trasladar la ley al supuesto concreto o al conflicto. El Juez actúa en campos en los que antes sólo intervenían los legisladores.

Pero lo que «de hecho» es incontestable no halla en estos momentos respuesta legal adecuada en nuestros textos vigentes. Anacrónicamente el Código civil alude a una jurisprudencia que «complementa» el ordenamiento jurídico concebido como algo ajeno y distinto a ésta. La reforma del 74 demostró hasta qué punto el peso de una tradición teórica puede imponerse a una realidad innegable. Por ello, quizá no sea aventurado plantear la necesidad de adecuar la regulación legal, y especialmente las normas contenidas en el título preliminar del Código civil, a la reciente evolución jurídica de nuestro sistema, eliminando así uno de los obstáculos que podrían frenarla.

65. DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987.