

STJ00096282

MARTÍN OROZCO MUÑOZ

LA CREACIÓN JUDICIAL DEL  
DERECHO Y EL PRECEDENTE  
VINCULANTE

ARANZADI



THOMSON REUTERS

Primera edición, octubre 2011

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70/93 272 04 45).

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters.

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited.

© 2011 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Martín Orozco Muñoz]

Editorial Aranzadi, S. A.  
Camino de Galar, 15  
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, S.L.  
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11  
31013 – Pamplona

Depósito Legal: NA 2640/2011

ISBN: 978-84-9903-927-5

Compuesto en Printing'94

*Printed in Spain. Impreso en España*

965070

# Sumario

Página

INTRODUCCIÓN .....	19
--------------------	----

## CAPÍTULO I

### LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMO CONTENIDO DEL ACTO JURISDICCIONAL

I. El acto jurisdiccional.....	23
II. Fuente del derecho <i>v.</i> norma jurídica o <i>ratio decidendi</i> ....	27
1. Fuentes del Derecho .....	27
2. La norma jurídica como <i>ratio decidendi</i> de la sentencia ...	27
3. La <i>ratio decidendi</i> como norma jurídica general .....	30
III. Los diferentes planos o manifestaciones de la creación judicial del Derecho: <b>dispositivo, derivativo y originario</b> .....	35
1. <i>El poder dispositivo sobre las fuentes del Derecho existentes</i> .	35
A) Las imperfecciones del sistema de fuentes.....	35
B) Poder dispositivo depurativo de las fuentes del Derecho a través de la anulación jurisdiccional o de la interpretación «sanatoria.» .....	37
C) El poder dispositivo-selectivo .....	40
a) El poder dispositivo-selectivo a través de la calificación jurídica del supuesto de hecho .....	41
b) El poder dispositivo-selectivo a través de la prelación de fuentes .....	42
c) El poder dispositivo-selectivo a través de la integración .....	50
2. <i>El poder derivativo: la creación de normas jurídicas a partir de la interpretación y la construcción de las fuentes del Derecho preexistentes</i> .....	57

	<u>Página</u>
3. <i>El excepcional poder creativo originario de fuentes y normas.</i>	61
<b>IV. Creación judicial del Derecho v. vinculatoriedad del Derecho creado judicialmente</b> .....	65
1. <i>La ratio decidendi y el precedente vinculante</i> .....	65
2. <i>El precedente vinculante y el precedente fuente del Derecho.</i>	66

## CAPÍTULO II

### LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO COMO ACTO DISCRECIONAL

<b>I. Planteamientos doctrinales sobre la creación judicial del Derecho</b> .....	69
1. « <i>Judges make Law theory</i> » v. « <i>Declaratory theory</i> » .....	69
2. <i>Las teorías cognitiva y decisional sobre la interpretación jurídica</i> .....	76
<b>II. Naturaleza volitiva de la creación judicial del Derecho</b> ....	79
1. <i>Pluralidad de alternativas jurídicamente correctas en la selección de la fuente aplicable y en la determinación de la ratio decidendi. Crisis del concepto unívoco de la norma jurídica</i> .....	80
A) <i>La pluralidad de alternativas normativas. Concurrencia de soluciones interpretativas «sincrónicamente conflictivas y diacrónicamente variables»</i> .....	80
B) <i>Crisis de la concepción unívoca de la norma</i> .....	95
C) <i>La determinación de las alternativas y sus límites. El perímetro de alternativas jurídicamente correctas</i> .....	97
D) <i>La frontera del perímetro normativo en la legislación positiva y en la jurisprudencia: la prevaricación, el error judicial, y la irrazonabilidad constitucionalmente relevante como límites</i> .....	101
2. <i>La selección discrecional de la solución normativa</i> .....	108
A) « <i>The sovereign prerogative of choice</i> ». <i>La facultad discrecional de elección entre alternativas jurídicamente correctas</i> .....	108

	<u>Página</u>
B) La elección de la alternativa como acto libre y voluntario: crítica del silogismo formal.....	112
C) Criterios que sigue el juez en la elección .....	115
a) La predecisión normativa personal del juez: el juez en papel figurado de legislador .....	115
b) Derivación, del ordenamiento jurídico, de las alternativas jurídicamente correctas .....	119
c) Elección de la solución.....	128
D) El momento de la elección .....	129
3. <i>La justificación de la decisión y de la elección</i> .....	131
4. <i>El poder decisorio de los jueces: el poder «infalible» a decir la última palabra</i> .....	135

### CAPÍTULO III

## CARACTERES Y FUNDAMENTO DE LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO

<b>I. Notas características</b> .....	139
1. <i>Creación normativa judicial como función subordinada</i> .....	139
2. <i>La creación normativa judicial como función casuística</i> .....	142
3. <i>Carácter gradual o relativo</i> .....	146
<b>II. Fundamentación dogmática de la teoría creativa</b> .....	148
1. <i>Compatibilidad con el principio de separación de poderes</i> ...	149
2. <i>Compatibilidad con el principio de sometimiento a la Ley inherente al Estado de Derecho</i> .....	151
3. <i>Compatibilidad con el principio democrático</i> .....	153

### CAPÍTULO IV

## INCONVENIENCIAS DE LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y SU SOLUCIÓN

<b>I. La inseguridad jurídica inherente a la creación judicial del derecho</b> .....	157
<b>II. Técnicas de limitación de la creación judicial del Derecho.</b>	161
1. <i>Técnicas utópicas: la prohibición de interpretación y el référé legislatif</i> .....	162

	<i>Página</i>
2. <i>Técnicas de limitación del perímetro de alternativas normativas</i> .....	165
A) Condicionamiento, a nivel legal, de la actividad interpretativa .....	165
a) La interpretación auténtica .....	166
b) La predeterminación legislativa de los criterios de interpretación.....	167
B) Limitación del <i>iura novit curia</i> por aplicación del principio procesal de congruencia.....	168
3. <i>Limitación a través del establecimiento de criterios preferenciales en la elección de la alternativa a aplicar</i> .....	171
A) Criterios objetivos de preferencia en la elección de la alternativa normativa aplicable.....	171
B) Criterios subjetivos de preferencia en la elección de alternativas normativas .....	178
a) Prevalencia de la alternativa normativa fijada <i>ad hoc</i> por órgano distinto del que haya resuelto o deba resolver el caso .....	179
i) La vinculatoriedad en la cuestión prejudicial devolutiva .....	179
ii) La prevalencia decisoria en los recursos devolutivos .....	184
b) Vinculatoriedad de la alternativa normativa fijada, de forma previa, por el mismo u otro órgano jurisdiccional, para un caso distinto. Remisión .....	184
<b>III. El precedente y jurisprudencia vinculante como mecanismo de limitación de la creación judicial del Derecho</b> .....	<b>185</b>
1. <i>Concepto de precedente judicial</i> .....	185
2. <i>Clasificación de los precedentes</i> .....	185
A) Por el origen de <i>la ratio decidendi</i> : precedentes originarios ( <i>original precedent</i> ) y precedentes derivados ( <i>declaratory precedent</i> ).....	187

	<u>Página</u>
B) Por el grado de vinculatoriedad del precedente: precedentes vinculantes, semivinculantes y meramente referenciales.....	191
C) Por su condición como fuente autónoma del Derecho o como elemento complementario de una fuente preexistente: precedentes vinculantes originarios y precedentes vinculantes derivados....	192
3. <i>La fuerza vinculante del precedente</i> .....	194
A) El elemento vinculante: la <i>ratio decidendi</i> .....	194
a) <i>Ámbito de la ratio decidendi</i> .....	194
b) Vinculatoriedad del precedente <i>v. cosa juzgada</i> .....	196
c) <i>Ratio decidendi v. obiter dictum. Rationes decidendi</i> complejas y múltiples .....	197
B) Eficacia jurídica de la vinculatoriedad y su modulación en sede casacional.....	202
a) Vinculatoriedad como mandato previsto en el ordenamiento jurídico .....	202
b) Vinculatoriedad del precedente y régimen de recursos.....	202
C) Requisitos para la vinculatoriedad del precedente .....	207
a) Requisitos afectantes al precedente .....	207
b) Requisitos del caso en el que va a ser aplicado el precedente vinculante .....	214
D) La operatividad técnica del precedente vinculante .....	226
4. <i>Ventajas del precedente vinculante</i> .....	231
A) Principios sustantivos justificativos del sistema del precedente vinculante.....	231
B) Criterios de conveniencia.....	236
5. <i>Legitimación constitucional de la vinculatoriedad de la jurisprudencia o precedente</i> .....	240
A) Compatibilidad con el principio de legalidad ....	240

	<u>Página</u>
B) Compatibilidad con el principio de independencia judicial.....	241
<b>IV. Creación judicial retrospectiva y su solución .....</b>	<b>245</b>
1. <i>Eficacia retroactiva del cambio de criterio jurisprudencial en relación al supuesto enjuiciado.....</i>	245
2. <i>La opción entre la eficacia prospectiva y la retrospectiva del cambio de criterio.....</i>	248
3. <i>Hacia la generalización del prospective overruling .....</i>	264
<b>V. El régimen jurídico del precedente judicial vinculante en el sistema español vigente. Las deficiencias del sistema y propuestas de reforma.....</b>	<b>269</b>
1. <i>Supuestos de precedentes vinculantes en el sistema español .</i>	269
A) Precedentes vinculantes por razones de supremacía.....	269
B) Precedentes vinculantes en sentido vertical.....	273
a) Sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley.....	273
b) La jurisprudencia invocable como motivo autónomo de recursos.....	276
2. <i>Los defectos del sistema .....</i>	277
A) Falta de coherencia legislativa e indefinición en la delimitación de los supuestos de vinculatoriedad.....	277
B) Desfiguración de la eficacia vinculante del precedente jerárquico a través del recurso de casación común .....	279
C) <i>Conflicting decisions</i> en la jurisprudencia del Tribunal Supremo .....	279
3. <i>Líneas de solución.....</i>	280
A) Delimitación de los supuestos de precedentes y jurisprudencia vinculantes .....	281
B) Articulación de la infracción de jurisprudencia o precedente vinculante como motivo casacional .	282



	<u>Página</u>
C) Vinculación, por el órgano de casación, a la jurisprudencia y precedente vinculante esgrimidos como motivo del recurso.....	282
D) Eventual planteamiento de <i>cuestión jurisprudencial ex post</i> , ante el Tribunal del que emane el precedente o jurisprudencia vinculante, y pronunciamiento de este último sin afectar a las situaciones jurídicas controvertidas en la litis.....	283
E) Ampliación objetiva del ámbito del recurso de casación en interés de ley .....	284
F) Requisitos para la operatividad del precedente o jurisprudencia vinculante (remisión).....	284
G) <i>Cuestión jurisprudencial prejudicial</i> en caso de jurisprudencia contradictoria .....	284
H) Costas procesales.....	285
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	287