EL DERECHO DE CREACIÓN JUDICIAL

FORMULADO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TEORÍA ESTRUCTURANTE DEL DERECHO [(*)]

FRIEDRICH MÜLLER

I.

Por la posición jurídica «Derecho de creación judicial», en la práctica y en la teoría, se entiende la «evolución del Derecho a cargo del juez»; brevemente dicho: «la actividad en Derecho de creación judicial no regulada por una ley»[1]. No hace falta documentar una vez más que el Derecho de creación judicial existe, de facto, en el ámbito de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional Federal lo valora como «algo absolutamente imprescindible en el Estado moderno»[2]. La actividad judicial, sin apoyo en una ley, se comprende como la realización «de un Derecho que está antes que el Estado», como «el centro de la justicia que, por su esencia, sólo es accesible para el juez»[3]; el juez, se dice, es dueño de un «poder originario creador de Derecho»[4].

Ante esto, llama la atención «lo poco resuelto que, en el fondo, está este problema desde el punto de vista teórico»[5]. La reflexión sobre los procesos de creación judicial está subdesarrollada. Cien años después de que *Oskar Bülow* iniciara la discusión[6], se pueden encontrar toda clase de variantes interpretativas. El Derecho de creación judicial se rechaza como ilegal, se clasifica como legal aunque con limitaciones; y también se le supraordena tanto al Derecho positivo como Derecho natural[7]. El Derecho de creación judicial se considera como un problema de las fuentes de derecho o separado de la teoría de las fuentes de derecho[8]. Generalmente, se le suele ampliar o bien restringir al caso respectivo[9]. La actuación en el Derecho de creación judicial se convierte en una cuestión de metodología jurídica, o se la declara independiente de las reflexiones de ésta última. Ante tal confusión, la Teoría del Derecho debería empezar por describir, de una manera realista, el proceso de la evolución jurídica del mismo, para que continúe únicamente la parte fructífera del debate. El planteamiento de las cuestiones lógicas es la única vía para obtener una respuesta defendible en orden a la problemática de la legitimidad del Derecho de creación judicial, que sigue sin aclararse pese a la cantidad de argumentos esgrimidos.

(*) **TÍTULO ORIGINAL**: «Richterecht – rechtstheoretisch formuliert», en: Richterliche Rechtsfortbildung, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, C.F. Müller, Heidelberg, 1986, págs. 65 a 84.

TRADUCCIÓN: LUIS-QUINTÍN VILLACORTA MANCEBO. Catedrático acreditado de Derecho Constitucional - Universidad de Cantabria - España.

1 Véase BVerfGE 34, 269 ss., 287 ss. («Soraya»); 65, 182 ss., 182, 190 ss., 194 («Sozialplan im Konkurs»); Arthur MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, Juris, 1951, pág. 38.

2 BVerfGE 65, 182 ss., 190.

3 René MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, Wien, Springer, 1957, págs. 89, 179.

4 Martin KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*. *Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, pág. 311; en la 2ª ed., 1976, falta esa proposición.

5 Así –un poco modificado, sin la precisión de este hallazgo– Franz BYDLINSKI, «Hauptpositionen zum Richterrecht», en: *Juristenzeitung*, 1985, pág. 149.

6 Oskar BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (1885), Aalen, Scientia, 1972.

7 Así Gnaeus FLAVIUS (Hermann KANTOROWIZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, pág. 10.

8 Así, por ejemplo, Jörn IPSEN, «Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts», en: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1984, págs. 1102 ss.

9 La segunda posición, por ejemplo, en Herrmann ISAY, *Rechtsnorm und Enstcheidung*, Berlin, Vahlen, 1929, pág. 244; Josef ESSER, en: Jan Harenburg / Adalbert Podlech / Bernhard Schlink, eds., *Rechtlicher Wandel durch richterliche Entscheidung. Beiträge zu einer Entscheidungstheorie der richterlichen Innovation,* Darmstadt, Toeche-Mittler, 1980, págs. 217 ss., 218, 220.

II.

Las dificultades a las que se enfrentan los defensores del pensamiento propio del Derecho de creación judicial, encuentran respuesta a través de dos estrategias distintas: bien por medio de una obligación de razonamiento filosóficamente fuera de lugar; o, a la inversa, a través de otras obligaciones carentes de contenido e insinuadas sólo formalmente. En el segundo caso, se pretende que los precedentes creen para los ciudadanos, para el ejecutivo, o para la jurisdicción, no un efecto vinculante «normativo en el sentido auténtico», pero sí que aporten una «obligación presunta» como carga adicional de argumentación de cara a la práctica semántica futura[10]. Se dice que les corresponde un «efecto vinculante», en el sentido de que se insinúa con ello el respeto ante la autoridad del tribunal[11]. Queda pendiente, sin embargo, la respuesta a la pregunta de cómo podría ser esto posible toda vez que el Derecho positivo, precisamente, ha fallado en el caso respectivo.

La otra lectura para eludir el problema se basa en que las razones del Derecho de creación judicial adquieran un rango lo más alto posible, esto es, se conviertan en «principios rectores del orden jurídico global» o en «la unidad de un espíritu subjetivo y objetivo»[12], siendo la judicatura la que debe mediar entre el espíritu objetivado en la ley y la conciencia jurídica general por la que se hace valer el espíritu objetivo en su movimiento histórico. El hecho de que este espíritu, al menos, se pronunciará también en normas democráticas y jurídicas, en reglas de competencia, procedimentales y funcionales, parece no inquietar a nadie. Desde el punto de vista del Derecho de creación judicial, se trata más bien de llenar el «espacio vacío» creado fuera de los casos raros para la subsunción mediante «directrices extrajudiciales», mediante «una decisión de justicia» con la ayuda de las normas «de la ley de la moral en el sentido de máximas», de «los puntos de vista del circuito cultural de Europa occidental», o de la interpretación común de los «expertos de todos los tiempos y pueblos»[13].

Esta actitud, aparentemente antipositivista, sin querer, delata hasta qué punto la doctrina del Derecho de creación judicial se encuentra aún atrapada por los errores del positivismo jurídico: todo lo que no quepa en una subsunción lógico-deductiva se ve enfrentado a un espacio vacío; fuera de las órdenes aplicables de la legislación sólo es imaginable un vacío. El *horror vacui* exige así que sea llenado por normativas procedentes del Derecho de creación judicial. Tras un rechazo únicamente programático de cara al positivismo, la teoría se vuelve a enredar inmediatamente en las absurdidades del pensamiento normativo y metodológico del positivismo. Por de pronto, el Derecho de creación judicial se sitúa fuera de la ley (es decir fuera de los textos normativos), para, *a posteriori*, ser sometido a un pensamiento de subsunción «más elevado», pero en realidad vago y no-normativo[14].

Como razonamiento más convincente del Derecho de creación judicial, desde el fundamento de la misma Constitución, se considera el artículo 20 párrafo 3 de la Ley Fundamental de Bonn, el cual, por la vinculación del poder ejecutivo y judicial «al derecho y a la ley», debe formular como un «conjunto de sentido» un «rechazo al positivismo de la ley», esto es, el rechazo de un «positivismo legal restrictivo» y, por tanto, permitir la facultad para realizar una «aplicación jurídica creativa» de acuerdo con el orden jurídico[15]. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal atribuye un peso decisivo al argumento lingüístico directo. Pero omite situar todo ello en su contexto sistemático: sigue diciendo que la «vinculación tradicional del juez a la ley» como «parte integrante fundamental» del «principio de separación de poderes y, por tanto, del Estado de derecho», queda modificada por la Ley Fundamental, «al menos en cuanto a su formulación», por medio del artículo 20 párrafo 3 de la propia Ley Fundamental. Sin embargo, la Sala elimina dogmáticamente la base a su propia argumentación al no mencionar ya la norma vinculante especial para la jurisdicción, el artículo 97, párrafo 1 de la Ley Fundamental, donde se establece que el juez está sometido exclusivamente a la ley. Al artículo 97 párrafo 1 de la Ley Fundamental se le puede atribuir la posición de una especialidad de no-expulsión, desempeñando cierto papel, además de esta norma, el artículo 20 párrafo 3 de la Ley

[10] Martin KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª ed., Berlin, Duncker-Humbolt, 1976, págs. 243 ss.

[11] Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg, 1983, pág. 387.

[12] Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5ª ed., 1983, Springer, Berlin-Heidelberg, págs. 351, 397ss., 401ss., 404ss.

[13] Franz WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst*. *Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung,* Karlsruhe, C. F. Müller, 1958, págs. 5 ss., 8 ss., 12 ss.

[14] Una profunda descripción de la tradición y el debate acerca del Derecho judicial, puede verse en Friedrich MÜLLER, *Richterrecht. Elemente einer Vefassungstheorie IV*, 1986, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, capítulos 2.1, 2.2, 3.31, 4.1.

[15] De una parte Karl LARENZ, «Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem», en: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, págs. 11 ss.; por otra parte BVerfGE 34, 269 ss., 287 («Soraya»); ebenda en el texto de la siguiente cita.

Fundamental. En cambio, en primer lugar y bajo este aspecto dogmático, es defendible considerar, con la «resolución Soraya», solamente la formación semántica «Ley y Derecho» (contrastando con «Ley»), y, en segundo lugar, ignorar al mismo tiempo el artículo 97 párrafo 1 de la Ley Fundamental[16].

III.

El resultado de un siglo de reflexión sobre las características y la legitimidad del Derecho de creación judicial es bien pobre, pues falta aún un soporte de relevancia jurídica. El único razonamiento *sistemáticamente* concluyente, el razonamiento de considerar Derecho natural al Derecho de creación judicial, ya no se plantea a través de la Ley Fundamental. Además, el debate deja en el aire qué es lo que resulta realmente preciso entender por «Derecho de creación judicial». Así, se suele identificar el mismo con el discernimiento de que la actuación del juez es también de naturaleza creadora, no solamente de mera subsunción. De otra parte, el concepto se usa para la resolución sobre un caso dictada en contra o sin una normativa existente; más exactamente, para referirse a un caso límite de la actuación de un juez en contra o sin textos de normas vigentes. Pero la quimera de una subsunción silogística no vale para legitimar la creación jurídica; ni siquiera para describirla. Todo Derecho se basa en actos de decisión. El juez no precisa hacer pasar su acto por un mero proceso cognitivo, por una conclusión simplemente lógica. Entre el texto de la norma y los hechos iniciales, entre la norma en la que se basa la decisión y un caso jurídico regulado definitivamente al final de la actuación del juez, hay un proceso complejo, que es cualquier cosa menos una conclusión lógica de *concretización* –no solamente en casos límite, sino en cualquier caso normal–[17]. En cambio, si la Ciencia jurídica aún no se entiende cómo teoría de *generación* del Derecho, sino todavía se comprende como doctrina de «aplicación» jurídica, la actuación del juez aparece, por esta razón, como creativa, en el sentido de que no se agota en la subsunción; así, la «evolución» jurídica debida al juez[18], de un modo trivial, consiste únicamente en todo aquello que vaya más allá de las normas. Y es que el «Derecho de creación judicial» debe significar la creación de normas de cara a la resolución que no procedan «de la ley»; las cuales, dicho de otro modo, no vienen predefinidas por el texto directo de las normas, sino que requieren, ante todo, de una concretización. Frente a este uso sin límites que se suele hacer, se trata de que el concepto ha de ser restringido, en todo caso, a aquellos supuestos en los que un juez, ya sea *praeter* o *contra legem,* «haga caso omiso de la ley». En cuanto a la distinción *metodológica* de cuándo se da este caso, el debate realizado hasta ahora ha aportado el criterio del posible sentido semántico de la palabra. Desde el punto de vista *dogmático* ha de verificarse en cada caso a qué fuente de Derecho se remite la resolución judicial de manera definida, de modo que contenga puntos de vista del Derecho de creación judicial. Esta verificación, a su vez, es inseparable de la compatibilidad o incompatibilidad de una resolución judicial con el *Derecho constitucional* y, sin remitirse a textos normativos, con el orden de la Ley Fundamental. Estos tres planos de la cuestión deberán razonarse a través de un *plano de teoría jurídica:* ¿En qué se fundamenta la norma de decisión determinada por el juez en un caso individual? ¿Se «deriva»? ¿O el jurista que dicte la resolución ha de establecer otra magnitud, la norma jurídica aplicable al caso, para que sea posible derivar la norma de decisión?

---

[16] Así BVerfGE 34, 269 ss., 286 ss. – A propósito de la vinculación a la «Ley y el Derecho» establecida mediante el artículo 20 párrafo 3 LF, se refiere no solamente al poder judicial sino también al poder ejecutivo; los defensores del Derecho de creación judicial, sin embargo, no reclaman para las instancias gubernamentales y administrativas al mismo tiempo la competencia de establecer soberanamente normas «gubernamentales» y/o «administrativas».

[17] Acerca de este concepto de concretización, Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1976, págs. 104 ss., 146 ss., 198 ss., 264 ss.; del mismo *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, Duncker und Humblot, 1984, por ejemplo, págs. 184 ss., 195 ss., 199 ss. Respecto de la Ciencia jurídica como teoría de generación del Derecho, consúltese Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik und Politisches System,* Berlin, Duncker und Humblot, 1976, pág. 5, y del mismo *Juristische Methodik und Politisches System*, Berlin, Duncker und Humblot, 1976, pág. 5 y proseguidamente. Sobre los argumentos metodológicos de esta posición desde los ejemplos ofrecidos por el Derecho judicial, Ralph CHRISTENSEN, «Das Richterrecht aus der Sicht der Strukturierenden Rechtslehre», en: *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie*, núm. 73, 1987, págs. 75–92.

[18] Véase por ejemplo sencillamente Alf ROOS, Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig-Wien, Franz Deuticke, 1929, págs. 331 ss., 333; Hans KELSEN, Reine Rechtslehre, Wien, Franz Deuticke, 2ª ed., 1960, págs. 350 ss.; Arthur MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich, Juris, 1951, págs. 54 ss., 75 ss.; Franz WIEACKER, Gesetz und Richterkunst, Kalsruhe, C. F. Müller, 1958, págs. 7 ss.; Oskar-Adolf GERMANN, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern, Stämpfli & Cie., 1965, págs. 111 ss., 227 ss., 367 ss.; Reinhold ZIPPELIUS, «Zum Problem der Rechtsfortbildung», en: Neue Juristische Wochenschrift, 1964, págs. 1981 ss., 1983.

La cuestión fundamental respecto al rol de la realidad en el Derecho no ha quedado resuelta por el hecho de eludirla sistemáticamente. Para establecer un concepto realista, la *norma jurídica* se presenta como estructurada: compuesta del resultado de la interpretación de los datos semánticos, el programa normativo y la cantidad de datos reales conformes con el programa de las normas, el ámbito normativo. Lo que ordena y lo que debe ordenarse, objetivamente, forman un conjunto, debiendo conjugarse metódicamente y de una manera racional. El texto de la norma, la literalidad de la misma, no son una parte conceptual autónoma de la norma jurídica. Lo que habitualmente se llama «derecho vigente», constituye más bien la cuantía de los textos normativos. Éstos, junto a los hechos que han de resolverse jurídicamente, conforman el dato inicial más importante de los procesos de concretización. Por lo tanto, debe distinguirse entre la norma jurídica en cuanto a su texto normativo, y la norma reguladora de la decisión, en la que, finalmente, se basa la resolución dictada en el caso. Entre los elementos a concretizar[19], la metodología del tratamiento de la norma debe diferenciar sistemáticamente entre datos semánticos y datos reales. Los datos semánticos deben transformarse según reglas metodológicas para conformar normas jurídicas, añadiendo el ámbito normativo obtenido de los datos reales al programa de normas primario obtenido por los datos semánticos; el ámbito normativo –los verificados según criterios de los programas normativos–. Lo que se denomina «norma jurídica», en el proceso de la realización auténtica del Derecho, resulta ser un modelo de orden de características objetivas que surge, de forma constitutiva, en el caso, para seguidamente ser individualizado, a su vez, con arreglo a la resolución del caso; y quedará así para evolucionar hasta conformar una norma de decisión[20]. El punto de referencia legitimador de la decisión jurídica, la norma jurídica, no es idéntico, por tanto, ni con el texto de su norma ni únicamente con el resultado de la interpretación semántica. Ambos ingredientes deben cooperar para generar normatividad. «Interpretación» sólo es el tratamiento de la norma. La generación de la norma completa, dentro del proceso de una resolución jurídica del caso, queda cubierta, en cambio, a través del concepto de «concretización».

Los datos semánticos, por tanto, antes que nada, son datos reales semánticos, no primariamente elementos de concretización semánticos. A través de la averiguación de la normativa de datos reales, limitada y orientada por el programa normativo, se obtiene el ámbito normativo. Desde el punto de vista del método de trabajo, esto significa: que el contenido de los hechos no debe entrar, sin ton ni son, en la concretización, sino tan solo de una forma que se orienta normativamente y con capacidad para ser generalizado. El jurista al que se exige una resolución basada en el Derecho, parte de los hechos. Sobre la base de las características de los mismos, elige de entre la cantidad de textos normativos del Derecho vigente aquellas hipótesis de textos normativos que, de acuerdo con sus conocimientos previos, considere relevantes. De ahí llega a los *ámbitos objetivos* de las normas jurídicas estimados relevantes. Debido a motivos de economía de trabajo, por regla general, restringirá estos ámbitos objetivos para conformar *ámbitos de casos* y, seguidamente, sobre la base de interpretar todos los datos semánticos, elaborará el *programa normativo*. Con la ayuda de éste seleccionará de entre el ámbito objetivo y/o del ámbito del caso, la cuantía parcial de los hechos con efectos normativos que sería el *ámbito normativo.* La norma jurídica general elaborada de esta forma, y a su vez combinando el programa normativo con el ámbito normativo, se individualiza en la última fase del proceso de trabajo para constituir la norma de decisión, es decir, para conformar el pronunciamiento vinculante de la reacción del Estado en el caso que le ocupa, obteniendo así la fórmula de la decisión[21]. En consecuencia, la concretización jurídica de la norma jurídica constituye, por tanto, una *construcción* de la norma jurídica; no es el estrechamiento de una norma jurídica ya existente y predefinida sino la creación de una norma jurídica general que aún no existía al comienzo de la resolución del caso. No es la «adopción» de valoraciones legislativas o de «figuras mentales objetivamente predefinidas»[22]. El ejercicio de la *jurisdicción* (al igual que la concretización normativa a cargo del poder ejecutivo) tiene *carácter creador* no como una excepción sino *de manera fundamental.* El Derecho de creación judicial que opera más allá del texto normativo (desde el punto de vista positivista: «de la ley») no es un fenómeno especial. Este denominado Derecho de creación judicial que concretiza la ley, es más bien una prueba normal de que cualquier

[19] A tal efecto Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1976, véase, págs. 146 ss., 198 ss.; del mismo *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, Duncker und Humblot, 1984, por ejemplo, págs. 157 ss., 168 ss., 225 ss., 250 ss., 323 ss. Acerca del dinámico modelo alternativo del precedente de la concretización, en el mismo lugar, por ejemplo, págs. 340 ss., 433 ss. Acerca de los conceptos «programa normativo», «ámbito material», «ámbito normativo», véase en el mismo sitio, por ejemplo, págs. 168 ss., 184 ss., 230 ss., 250 ss., 263 ss.

[20] Véase en el mismo sitio, por ejemplo, págs. 263 ss., 433 ss.

[21] Una exposición gráfica de los elementos y estadios principales de los procesos de una concretización normativa, ibídem, pág. 434.

[22] Significativo para una opinión autorizada es en ese sentido Claus-Wilhelm CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. *Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, Duncker und Humblot, 1969, págs. 145 ss., 148.

aplicación del Derecho constituye también un enriquecimiento de los contenidos: gracias a la elaboración de nuevas normales legales atribuibles al mismo texto normativo. La labor jurídica nunca es un proceso meramente cognitivo. Excepción hecha de decisiones *praeter* y *contra legem*, necesariamente, tiene un rasgo productivo que, sin embargo, no se sitúa fuera sino dentro de una normatividad que se remite correctamente al Derecho vigente.

En cambio, la segunda forma de creación judicial, la que representa la norma –que, en casos individuales consigue un efecto corrector de la ley–, debe ubicarse en una «laguna» y justificarse por la pretendida necesidad de cerrar esta laguna[23]. El planteamiento a favor del Derecho de creación individual resulta para estos defensores, inconscientemente, de la estricta idea de sistema, que constituye una herencia tardía del iusnaturalismo racionalista, de la ciencia pandectística, del positivismo jurídico y de la jurisprudencia de conceptos. Finalizada la ilusión de que el *Derecho* sistematizado, formalizado, burocratizado, propio del Estado institucional continental moderno, forma sustancialmente un conjunto cerrado, al menos debería funcionar la *jurisprudencia* como un sistema conceptual cerrado. Los conceptos jurídicos parecen ofrecer un *numerus clausus* de axiomas. La «unidad» en el sentido de armonía de contenidos y la ausencia de lagunas, se logra de manera ficticia, descartando la realidad del ámbito normativo del trabajo jurídico. De forma oculta, además, la doctrina del Derecho de creación judicial que deriva sus decisiones de «la» idea jurídica, del pretendido «sentido global» del orden jurídico, de los «principios directrices» y de fuentes similares, comparte el objetivo del positivismo jurídico clásico de proceder de manera «puramente jurídica», incluso cuando sean casos en los que el Derecho positivo ha fallado. La escuela del derecho libre, la jurisprudencia de intereses y las teorías antipositivistas más recientes, no obstante hablar de «sistemas» jurídicos abiertos, fragmentarios, no-axiomáticos, en nada han cambiado de opinión respecto al planteamiento positivista sobre normas y métodos. Incluso la tópica, la hermenéutica intelectual, el decisionismo y la teoría de la integración, se han limitado –dentro y fuera del debate del Derecho de creación judicial– a la crítica de detalles del positivismo, en lugar de centrarse en la norma y en el concepto normativo. Al igual que en el positivismo, hasta hoy, se siguen confundiendo la «unidad», la «totalidad» y la «firmeza» del orden jurídico, con la positividad y la igualdad de rango de las normas de una codificación, así como con la trivial identidad de la masa de normas consigo misma. La teoría del Derecho de creación judicial, además, comparte otro error del positivismo, el de no captar normas sino solamente datos semánticos, cuando se habla de «Derecho positivo». De acuerdo con el punto de vista dominante, el Derecho positivo solamente abarca la totalidad de las formulaciones lingüísticas de los datos iniciales que hayan de utilizarse para el caso, es decir, la masa de textos de la normativa, pero no las normas jurídicas propiamente dichas como figuras complejas estructuradas. Sólo así se ha podido producir la ilusión óptica de la evolución «del Derecho», al desarrollar únicamente los textos de la normativa que ha venido a colmar, con ejemplos inadecuados, una parte de la discusión en torno al Derecho de creación judicial. Resulta en sí contradictoria la afirmación de que un orden jurídico nunca puede estar exento de lagunas[24], y *por este motivo* el juez estaría llamado a colmar estas lagunas[25]. La aceptación de esta contradicción, posiblemente se explique por el citado malentendido cripto-positivista; el de la imagen pobre de un juez subsumiendo sin ser independiente y que aplica la ley como un autómata, un juez al que se impone un «positivismo jurídico restrictivo», y cuya «actividad judicial», en el caso normal, es decir, al margen de los casos de derecho de creación judicial, consiste «exclusivamente en fallar y pronunciar decisiones del legislador»[26]. Sin la metáfora desnuda del juez como autómata de la subsunción, sin la idea heladora de una jurisdicción como mero silogismo lógico, tal vez no existiría una discusión en torno al Derecho de creación judicial. Sin embargo, la polémica contra un error no se corresponde, necesariamente, con la verdad, pudiendo hundir sus raíces en un segundo error. El planteamiento equivocado del positivismo jurídico reside en su concepto acerca de las normas, algo de lo que nadie se percata, y no, como se supone generalmente, en el ideal de silogismo y de subsunción. Se trata con esto último únicamente de uno de los síntomas que es consecuencia de la identificación positivista del texto normativo con la

[23] Sobre la crítica del concepto de lagunas de la mano de algunos ejemplos: Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1976, págs. 207 ss.; del mismo, *Die Einheit der Verfassung*, Berlin: Duncker und Humblot, 1979, págs. 44 s., 98 ss., 110 ss., sobre el problema de la ausencia de lagunas en el ordenamiento jurídico desde puntos de vista dogmáticos, metodológicos y de teoría constitucional, del mismo el Artículo «Einheit der Rechtsordnung», en: *Ergänzbares Lexikon des Rechts/Rechtsphilosophie*, ed. de Norbert Achterberg, Neuwied, Luchterhand, 1972.

[24] Así especialmente clara la Soraya-decisión, BVerfGE 34, 269 ss., 287.

[25] Georg JELLINEK constata ya en el cambio de siglo la antinomia (contradicción) de estos argumentos, véase *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., Springer, Berlin, 1966, págs. 356 ss.; ver ulteriormente Gnaeus FLAVIUS (Hermann KANTOROWIZ), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, pág. 14.

[26] Así la Soraya-decisión, BVerfGE 34, 269 ss., 286 ss.; véase también la –sin embargo– formulación de la pretendida autonomía jurídica de la judicatura, en Max WEBER, *Rechtssoziologie,* 2ª ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1967, pág. 336.

norma jurídica. Tomando como referencia el postulado de la subsunción, que pasa por alto cualquier tipo de experiencia, incluso en casos normales, la jurisdicción es necesariamente creadora, pero no porque debe haber un Derecho de creación judicial legítimo sino por otras razones.

IV.

Ante el trasfondo de la aclaración preliminar teórica lograda de esta manera, la jurisprudencia[27], en cuanto al razonamiento respectivo desde el punto de vista del Derecho de creación judicial, ofrece, en cambio, una imagen caótica, aunque estructuralmente homogénea y abarcable. El material de la jurisprudencia abarca desde la resolución del Gran Sala de lo criminal del Tribunal Supremo de 1981[28], hasta, muy hacia atrás, la tradición de Derecho civil del *Reichsgericht* (Tribunal Supremo desde 1870). La Gran Sala de lo criminal, en el Tomo 30, ha decidido que es obligatorio, incluso en circunstancias excepcionales, en las que la imposición de privación de libertad a perpetuidad parezca desproporcionada, condenar por asesinato desde el punto de vista de los hechos; sin embargo, desde el punto de vista de la consecuencia jurídica, debe «sustituirse» la privación de libertad absoluta a perpetuidad con la que amenaza la ley, por una consecuencia jurídica análoga nueva, a saber, por el marco legal de pena «abierto» del artículo 49 párrafo 2 núm. 1 del Código Penal. Con esta denominada solución de la consecuencia jurídica, el Tribunal Supremo, fallando sobre el fondo, ha establecido nuevos hechos, los de «asesinato en un caso de gravedad menor», sin disponer de un fundamento de Derecho positivo[29]. El procedimiento elegido por la Gran Sala le quedaba vedado desde el punto de vista del Derecho positivo, al margen de que lo declara como «reparación» de una «laguna» tesis que ni siquiera coincidía con la doctrina dominante acerca de las lagunas[30.]

Mucho antes de la entrada en vigor de la Ley Fundamental, el Derecho civil ya tenía una tradición de sustitución de textos normativos por el juez. En una sentencia del año 1902, la Segunda Sala de lo Civil del Tribunal del Reich, había concedido al vendedor, además de la pena, en caso de violación culposa de las obligaciones contractuales, un derecho a indemnización «debido a la relación contractual», estableciendo así, junto a las normas del Código Civil, unos hechos adicionales. De acuerdo con el *Reichsgericht*, esto es «deducible del artículo 276 del Código Civil»[31]. Ya en su segundo fallo de finales del mismo año[32], la Segunda Sala de lo Civil admite que «en el Código Civil y, especialmente en el artículo 276, no se había establecido expresamente un precepto legal general de la naturaleza supuesta por el juez». Sin embargo, se afirma que el precepto legal general que falta «resulta de la norma del artículo 276»; en otras palabras, al texto normativo de Derecho positivo se le superpone un texto normativo de Derecho de creación judicial. El razonamiento dogmático restante se presenta como interpretación del artículo 276 del Código Civil; sin embargo, se trata de la interpretación de un texto normativo inventado de Derecho de creación judicial. Lo que en 1902 aún se denominaba vagamente «principio general», la Quinta Sala de lo Civil lo podía llamar ya en 1922 «precepto legal general» «reconocido en toda la Teoría del Derecho y en la jurisprudencia»[33]. Si el razonamiento frágil de este seudotexto normativo se ha repetido con frecuencia, evidentemente es lícito afirmar, sin ambages, que las normas de derecho y de resolución no son el resultado del texto normativo introducido por el Derecho de creación judicial, sino que emanan «directamente del artículo 276»[34]. Luego, bajo la Ley Fundamental, el Tribunal Supremo ha desechado como insostenible la derivación de la causa de responsabilidad del artículo 276 del Código Civil afirmada por la

---

27 De ello, una detallada descripción y análisis en Friedrich MÜLLER, *Richterrecht*. *Elemente einer Verfassungstheorie IV*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, Capítulo 3.2.

28 BGHSt 30, 105 ss., 118 ss.

29 Al efecto Michael KÖHLER, en *Juristische Schulung*, 1984, págs. 762 ss., por ejemplo pág. 770; con el mismo resultado asimismo Hans-Jürgen BRUNS, *Juristische Rundschau*, 1981, págs. 358 ss, 361 ss.; Günter SPENDEL, « ,,Heimtücke" und gesetzliche Strafe bei Mord», en: *Juristische Rundschau*, 1983, págs. 269 ss., 271. Puede continuar comprobánsode en Michael KÖHLER, en la obra citada, pág. 768.

30 BGHSt 30, 105 ss., pág. 121 m.w.N. En este caso, ciertamente, «no se trata de una laguna originaria no planificada de la ley», pero sí de una «laguna de la regulación», «equiparable a una laguna de estas características debido a un cambio del orden jurídico».

31 RGZ 52, 18 ss., 19.

32 RGZ 53, 200 ss., 201 ss. Véase próximo RGZ 66, 289 ss., 291.

33 RGZ 106, 22 ss., 25 ss. 25, en el texto continuadamente citado.

34 En el mismo sitio 26.

jurisprudencia permanentemente, puesto que «esta norma, interpretada correctamente, sólo contiene una escala de responsabilidades, pero no pronuncia ninguna consecuencia jurídica»; no obstante, continúa sin fisuras la tradición del Derecho de creación judicial[35]. La facilidad con la que aquí se desplazan acentos y se cambian razonamientos, parece apuntar a que el Tribunal se siente seguro de no tener que medir los preceptos que sean de Derecho de creación judicial con la vara aplicable a actos de jurisdicción «normales». Un sentimiento de autonomía comparable, se reveló también en el inicio de la tradición respecto a la institución de la *culpa in contrahendo*[36].

En el Derecho Constitucional, la jurisprudencia debió ocuparse del problema, ante todo por razones jurídicas provenientes de la creación judicial en el Derecho civil. Esto afecta de una manera especial a la tradición del Tribunal Supremo de conceder dinero como indemnización de daños inmateriales en casos de graves violaciones de los derechos de la personalidad. Desde 1954[37], y por la vía de resoluciones como la del «caso del jinete» y del «caso de las raíces de *ginseng*»[38], se consolidó una jurisprudencia que, lejos de esforzarse en aplicar los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental tal y como se norman en la Constitución, reinterpretaba estos principios para obtener un resultado que, ciertamente, no se ofrece por medio de normas sobre pretensiones de Derecho civil referidas a reclamaciones cuantificables de dinero. Contrariamente a esta tendencia, la «jurisprudencia del *Reichsgericht*, en materia de derechos de la personalidad, ha respetado hasta el último momento los límites trazados por el derecho escrito del Código Civil»[39]. En el caso de que el Tribunal Supremo considerara inconstitucional el artículo 253 del Código Civil por vulnerar los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental, en la medida en que la norma prohíbe una indemnización de daños inmateriales por violación del derecho de la personalidad, carecía de competencia de reprobación. Según el artículo 100 párrafo 1 de la Ley Fundamental, hubiera debido presentar la cuestión ante el Tribunal Constitucional. Pero, de este modo, su creación jurídica según el Derecho de creación judicial, al menos en la medida en que se razonaba apelando a una analogía con el artículo 847 del Código Civil, sólo podía servir para «provocar la mofa de los expertos»[40].

Después de que, mediante un recurso de amparo, una editorial hubiera promovido la cuestión de la legitimidad de esta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional debió ocuparse, en 1973, de esta tradición de creación judicial. Respecto del denominado colmado de una laguna «en virtud de una acción jurídica creativa», «en todo momento reconocida» por el Tribunal Constitucional, se habla con palabras altisonantes en la «decisión Soraya»[41],

---

35 Sentencia de la Primera Sala de la Civil de 1953, BGHZ 11, 80 ss., 83.

36 Desde la sentencia de la sexta sala de lo civil de 1911, RGZ 78, 239 ss.

37 BGHZ 13, 334 ss., 337 ss.

38 BGHZ 26, 349 ss.; 35, 363 ss.

39 Así, la formulación de la Primera Sala del Tribunal Constitucional Federal en la Soraya-resolución de 1973, BVerfGE 34, 269 ss., 271. Acerca de la creación normativa por la judicatura, véase por ejemplo RGN 113, 413,

40 Jörn IPSEN, «Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts», en: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1984, págs. 1102 ss., 1104. Minuciosamente analizado en Detlef-Christoph GÖLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969.

41 BVerfGE 34, 269 ss., 286 ss. Acerca de la crítica a la Soraya-decisión, véase por ejemplo Christian-Friedrich MENGER, «Zu den Grezen richterlicher Rechtsfortbildung», en: *Verwaltungsarchiv*, 65 (1974), pág. 195; Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 15ª ed., Heidelberg, C.F. Mülller, 1985, pág. 76; Rolf KNIEPER, «Soraya und die Schmerzensgeldrechtsprechung des BVerfG», en: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1974, pág. 137; Jörg IPSEN, *Richterrecht und Verfassung*, 1975, Berlin, Duncker & Humblot, págs. 100 ss., 235 ss.; Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1976, pág. 76; del mismo. *Die Einheit der Verfassung*, Berlin, Duncker und Humblot, 1979, págs. 43 ss.; Volker KRAY, «Rechtsfindung contra legem als Verfassungsproblem», en: *Juristenzeitung*, 1978, pág. 465; Karl LARENZ, «Richterliche Konkretisierung verfassungsmäßig gesicherter Rechtsprinzipien und einfaches Gesetz. Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 14.2.73 (´´Soraya´´-Entscheidung)», en: *Archiv für Presserecht*, 1973, pág. 451; Detlef MERTEN, «Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung», en: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1975, pág. 678; Hans-Paul PRÜMM, *Verfassung Und Methodik*, Mohr, Tübingen, 1976, pág. 208; Helmut RIDDER, «Alles fließt. Bemerkungen zum ´´Soraya´´-Beschluß des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts», en: AfP *Zeitschrift für Medien und Kommunikationsrecht*, 1973, 456; Hans-Peter SCHNEIDER, «Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung. Zur Bindung der Richter an Gesetz und Verfassung», en: *Die Öffentliche Verwaltung*, 1975, 445, 449; 451; Jürgen SCHWABE, «Schadensersatz bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts», en: *Deutsches Verwaltungsblatt*», 1973, 790; Christian STARCK, *Staatsbürger und Gericht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1975, pags. 52 ss., 54; Ulrich STEINWEDEL, «*Spezifisches Verfassungsrecht*» *und* «*einfaches Recht*»*: der Prüfungsumfang des*

profusamente criticada, de «un plus de derecho» frente a los «reglamentos positivos del poder estatal», y del «orden jurídico» constitucional «como de un «conjunto intelectual» «capaz de actuar como correctivo respecto a la legislación escrita».

La Primera Sala falsea la vinculación a la ley del poder judicial en virtud de la Ley Fundamental justo en el punto más importante, que es la configuración normativa de la misma: por centrarse en la interpretación gramatical del artículo 20 párrafo 2 de la Ley Fundamental, y por ignorar olímpicamente el artículo 97 párrafo 1 de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional guarda un silencio decisionista respecto al hecho de que, en un Estado de Derecho como el previsto por la Ley Fundamental, la ley escrita únicamente puede formarse como complemento de la misma y no contra sus reglas claras –en este caso contra el artículo 253 del Código Civil–, y que el Derecho consuetudinario admitido por el artículo 3 de la Ley Fundamental no puede estar en contradicción al Derecho escrito de idéntico rango, so pena de convertirse en ilegítimo[42].

Quien considere el contenido de la «resolución Soraya» defendible y acorde con los tiempos que corren desde el punto de vista de política jurídica, podía haber intentado razonarlo correctamente: bien declarando parcialmente inconstitucional el artículo 273 del Código Civil a causa de una vulneración –ciertamente necesitada de una argumentación convincente– del artículo 1 párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental; o bien demostrando un posible cambio de las normas, cuyos detalles también debían comprobarse cuidadosamente. La justificación del Derecho de creación judicial, en cambio, tal y como se ofrece en la «resolución Soraya», ya no es sostenible aplicando el Derecho positivo.

Un decenio después, el Tribunal Constitucional debía ocuparse una vez más del tema de «Derecho de creación judicial», debido a la clasificación, desde el punto de vista del derecho concursal, de reclamaciones de indemnización en virtud de un plan social, por trabajadores despedidos[43]. La Quinta Sala del Tribunal Federal de Trabajo había consultado al Pleno del Tribunal Constitucional si las reclamaciones de indemnización en virtud de un plan social podían tener cabida en los artículos 59 y siguientes de la reglamentación de concursos, y si serían reclamaciones concursales preferenciales según el artículo 141 párrafo 1 núm. 1 de la reglamento de concursos. La Quinta Sala preguntaba «si la reglamentación de concursos no mencionaba los derechos sociales y contenía una laguna que se debería cerrar por la vía de la evolución jurídica según el Derecho de creación judicial». El Pleno había contestado afirmativamente a ambas cuestiones concediendo un rango mayor al que establece el artículo 61 núm. 1 de la reglamentación concursal a las reclamaciones de indemnización en virtud de un plan social por la pérdida del puesto de trabajo, «dada su importancia existencial para el trabajador individual»[44]. El Tribunal Federal de Trabajo, siguiendo la línea aplicada por la justicia civil y aprobada por la «decisión Soraya», incluso se pronunciaba por una posición más fuerte que la establecida por el Tribunal Supremo. En aquello en lo que el Tribunal Supremo sólo podía evocar puntos de vista y condiciones cambiadas y en lo que el Tribunal Constitucional, después, se remitía a «la evolución jurídica en otros países del mundo occidental» así como a «la influencia de una conciencia del derecho y los valores de una Constitución nueva»[45], es decir, a magnitudes vagas sin una expresión normativa directa en el derecho vigente, el Tribunal Federal de Trabajo se remite a una ley en la que el legislativo no había realizado la necesaria coordinación con la reglamentación de concursos. En este caso –si es que se quiere dar por válida la doctrina de las lagunas–, la situación podía hacerse pasar mucho mejor por una «laguna de regulación» que el fenómeno descrito por la jurisdicción de Derecho civil en relación con el derecho de la personalidad[46]. La Segunda Sala del Tribunal Constitucional, sin embargo, en su resolución sobre el plan social, ha declarado como «incompatible con la Constitución» esta forma de establecer normas jurídicas decisionistas sin disponer de textos normativos y la denominada clasificación como reclamaciones concursales de las indemnizaciones en virtud de planes sociales,

Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden, Nomos, 1976, págs. 108 y ss, 121 y ss: Rolf WANK, *Grezen richterlicher Rechtsfortbildung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, págs. 83 y ss

42 Al efecto, por ejemplo solamente Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 15ª ed., Heidelberg, C.F. Müllller, 1985, págs. 14, 124, 145, 196 m.w.N.

43 Decisión de la segunda sala de 19.10.1983, BVerfGE 65, 182 ss. El tratamiento de la decisión del pleno del Bundesarbeitsgerichts se encuentra en BAGE 31, 176 ss., el modelo de resolución BAGE 29, 188 ss., véase 195.

44 BAGE 31, 176 ss., 208.

45 BVerfGE 34, 269 ss., 289, 290.

46 BAGE 31, 176 ss., 206 ss., 209.

porque vulneran el artículo 20 párrafo 3 de la Ley Fundamental. En este caso, sigue diciendo, «no existe una laguna jurídica necesitada de ser colmada»[47].

El resultado de esta resolución es acertado; la forma de medir con distinto rasero iniciada por el Tribunal Constitucional en cuestionas de Derecho de creación judicial es ofensiva. Una laguna de regulación jurídica valorada según los criterios de la resolución sobre el plan social tampoco ha subsistido en la jurisprudencia del caso jinete aprobada por la «decisión Soraya», porque la justicia civil se remitía, con éxito, a una evolución jurídica general precisamente no concretada en la forma de leyes: en este caso, el Tribunal Federal de Trabajo fracasa con su advertencia precisa de la Ley de Comités de Empresa de 1972 y del descuido del legislativo de hacer compatible, en virtud de un plan social, con la reglamentación de concursos, las reglas relativas a las reclamaciones de indemnización. En contra de los principios del «fallo Soraya», el Tribunal Constitucional se remite al hecho de que la Ley de Comités de Empresa ni regula «expresamente» la cuestión del establecimiento de un plan social en un concurso, ni, por supuesto, la cuestión del rango de las indemnizaciones en el marco de un plan social. Además, en la tradición del «fallo del jinete» de la justicia civil no solamente falta una base «expresa» dentro del Derecho vigente, sino que –ni cortos ni perezosos– simplemente se introduce en el mismo mediante el «Derecho de creación judicial», todo lo cual es aceptado con aplausos por el Tribunal Constitucional, juzgando incluso en contra de la regulación expresa del artículo 253 del Código Civil. El caso del plan social hubiera podido servir así de motivo para corregir la «resolución Soraya». El resultado acertado del fallo del plan social es incompatible con el del «fallo Soraya» y con las razones en él esgrimidas.

V.

Expresado en conceptos concluyentes, desde el punto de vista de la Teoría del Derecho, la práctica de fallar según el Derecho de creación judicial ofrece el siguiente tipo constante: el tribunal resuelve el caso jurídico, y, dicho de otro modo, crea una norma de decisión, derivando la misma de una norma jurídica general que sólo nace en el curso del proceso de trabajo. Pero, a diferencia de los casos que no se fallan según el Derecho de creación judicial, no se ha dispuesto de un texto normativo legislativo. Con el fin de sustituirlo, aún antes de esta fase de trabajo, el propio tribunal, implícitamente a la hora de formular la norma jurídica o explícitamente con carácter previo a esta fase de trabajo, ha introducido un texto normativo al que se remite, en lo sucesivo, como si fuera una instancia legitimadora. De modo que, junto a los textos normativos positivos, en parte en contradicción con los textos existentes y que en opinión del tribunal no se ajustan al caso o no le hacen justicia, se establece otro texto normativo. La expresión «Derecho de creación judicial» y sus variantes utilizados sinónimamente, sólo tienen sentido para el respectivo tipo de casos. Dado que por «texto normativo» únicamente debe entenderse la literalidad de normas jurídicas vigentes y formadas por las instancias centrales competentes, hace falta precisar más. En un acto de decisión, por el Derecho de creación judicial, el tribunal no solamente –como siempre– crea una *norma jurídica y de decisión* sino, además, un *cuasitexto normativo*. Por lo tanto, desde el punto de vista de la *estructura de las normas*, los casos auténticos de Derecho de creación judicial se caracterizan no solamente por la falta de un texto normativo, sino además, como consecuencia de ello, por la falta de un programa normativo correcto y, por ende, por el predominio de argumentos objetivos meramente fácticos, en fin, por insistir en un poder no-normativo del ámbito de hechos y casos, sin que éste pueda convertirse en un ámbito de normas de relevancia normativa.

Desde el punto de vista de la *Teoría constitucional* y del *Derecho constitucional,* el Derecho de creación judicial plantea el problema de la división de poderes, sobre todo, la cuestión de la manera práctica en la que ésta se lleva a cabo. Las instancias del *legislativo*, por regla general, ni crean normas jurídicas ni de decisión sino tan solo textos normativos. Estas instancias «legisladoras» disponen, en virtud del Derecho constitucional, de la competencia para la creación y la entrada en vigor de textos normativos[48]. El hecho de que, a este respecto, haya excepciones razonadas sobre la base de normas constitucionales especiales –así, en las decisiones del *Bundestag* en cuestiones de inmunidad y verificación de elecciones– en nada cambia el tipo estructural. En virtud del Derecho constitucional y su desarrollo legislativo, la *judicatura*, a su vez, tiene la facultad de crear normas jurídicas y de decisión, las cuales se pueden remitir a textos normativos (por regla general, creados por el legislativo)[49]. Mas, en este supuesto, también existen

[47] BVerfGE 65, 182 ss.

[48] Al efecto Friedrich MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, págs. 234 ss., 263 ss., 268 ss, 270 ss.

[49] Véase parágrafo 31 BverfGG iVm. Parágrafos 13, Núm. 6, 11, 14, parágrafo 13 Núm. 8a BverfGG.

excepciones de Derecho positivo, sobre todo en los casos en los que los tribunales ejercen funciones de administración de justicia en virtud de habilitaciones especiales, o en los que las decisiones judiciales adquieren fuerza legal más allá de su efecto vinculante. Excepción hecha de los casos excepcionales basados en leyes especiales, la judicatura, en cambio, no tiene competencia para crear textos normativos. Se ha podido demostrar que el caso de una cláusula general[50], en este sentido, constituye una excepción. Desde el punto de vista de una teoría jurídica y metodología postpositivistas, el poder judicial –al igual que, en parte, el ejecutivo– está investido de competencias de creación judicial, concretamente de la facultad de crear en textos normativos, por orientación metódica, no sólo normas de decisión referidas al caso sino también normas jurídicas generales. En cambio, no tiene competencia para crear textos normativos. A la inversa, todo aquello que, en la actuación judicial vinculada al derecho vigente, vaya más allá del silogismo y la subsunción, no es un problema de Derecho de creación judicial. En el supuesto de que el artículo 20 párrafo 3 de la Ley Fundamental pudiera entenderse también metodológicamente su fundamento, como lo afirma el Tribunal Constitucional en la «resolución Soraya»[51], la conclusión, pese a ello, no conduce al Derecho de creación judicial, sino a la concepción de una concretización normativa postpositivista; no existe una alternativa o «positivismo jurídico restringido»[52], o «creación de textos normativos también a cargo de los jueces». Los poderes legislativo y ejecutivo ni deben pasar por alto los textos normativos pertinentes ni deformar los mismos de una manera metódica inadmisible, ni les es permitido crear, de forma autónoma, textos normativos –prescindiendo de excepciones expresas de Derecho constitucional–. En una palabra, no se les permite asumir el papel de pretor amparándose en la Ley Fundamental.

El Derecho procesal vigente en nada cambia estos hechos. Las competencias para conservar la unidad de la jurisdicción, por ejemplo las del artículo 95 párrafo 3 de la Ley Fundamental, el artículo 11 párrafo 4 del orden jurídico administrativo, en el fondo, no son casos de Derecho de creación judicial. En cambio se supone que sí lo son en todos aquellos casos en los que, en textos normativos, se habla de «evolución del derecho», de «desarrollo legal»[53]. Las leyes procesales, sin embargo, no pueden romper el reparto de competencias según la Ley Fundamental y las normas vinculantes del artículo 20 párrafo 3 y 97 párrafo 1 de la Ley Fundamental, para poner en su lugar la diferencia de rango de la jerarquía normativa. Las normas como los artículos 137 o 11 deberán interpretarse conforme a la Constitución, en el sentido de que no pueda justificarse el Derecho de creación judicial, es decir, actos de decisión *praeter* o *contra legem* en contra del orden competencial establecido por la Ley Fundamental. La evolución del Derecho prevista en la ley procesal también debe consistir únicamente en la creación de normas jurídicas y de decisión atribuibles, según las reglas metódicas del Estado de derecho, a los textos normativos legislativos existentes, y no en la creación libre de tales normas a la manera del Derecho de creación judicial.

VI.

En todos aquellos casos, en los el concepto tenga una aplicación lógica, el Derecho de creación judicial no es admisible, es decir, no es una fuente de derecho vinculante. El resto del debate se desplaza hacia el derecho consuetudinario. El punto de vista de que la validez del Derecho de creación judicial tiene como base el derecho consuetudinario, se denomina la teoría dominante desde principios de los años 70[54]. Se pretende que, con ello, una legislación permanente adquiera una «vinculación similar a una ley», por el hecho de que se la «convierta en fundamento de un derecho consuetudinario»[55].

---

50 Friedrich MÜLLER, *Richterrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, Capítulo 3. .34.

51 BVerfGE 34, 269 ss., 287.

52 En el mismo sentido, 286.

53 Véase parágrafo 137 GVG, 11 apartado 4 VwGO, 11, apartado 4 FGO, 43 SGG, 45 apartado 2 ArbGG.

54 Bernd RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1973, págs. 464 ss., 472 m.w.N. Del mismo modo, por citar un ejemplo, Ludwig ENNECCERUS / Hans-Carl NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Halbbd., 15ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1959, $ 39 II 3, 42 I 1; Hans-Joachim HIRSCH, «Richterrecht und Gezetzesrecht», en: *Juristische Rundschau*, 1966, 334 ss.; Christian STARCK, «Die Bindun des Richters an Gesetz und Verfassung», en: *VVDStR*L, 34 (1975) 43 ss., 71; Bruno HEUSINGER, *Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1975, por ejemplo págs. 84 ss., 89, 94 ss.

55 Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 4ª ed., 1979, pág. 425.

Una de las razones esgrimidas desde la teoría jurídica en este intento pudiera ser que el derecho consuetudinario, de manera similar al Derecho de creación judicial, no se puede apoyar en textos normativos. A diferencia del derecho escrito, tampoco dispone de una única figura semántica establecida (decidida, otorgada, proclamada) por la autoridad; su versión textual, que va cambiando, en mayor o menor medida, se puede encontrar en obras didácticas, comentarios y fallos judiciales. El derecho consuetudinario constituye el único caso de creación de normas jurídicas y de decisión a través de las instancias jurisdiccionales y ejecutivas, que no tiene por qué ser remitido a un texto normativo legislado. Esta similitud estructural del derecho consuetudinario y del Derecho de creación judicial hace que, en un primer momento, teóricamente, parezca lógico el intento de la opinión dominante.

Ahora bien, desde el punto de vista dogmático surgen problemas graves. El Derecho consuetudinario solamente puede formarse en lagunas del Derecho positivo, desde luego no *contra legem* ni contra la Constitución. Las insinuaciones al derecho consuetudinario abrogatorio que, en ocasiones, aparecen en la judicatura[56], tampoco cuestionan la primacía de la Constitución. Además, en un ámbito amparado por los Derechos fundamentales, el derecho consuetudinario no puede sustituir las reservas formales de leyes, o procurar legitimaciones de intervención al ejecutivo[57]. Si la creación judicial como uno de sus objetivos ha de poder crear derecho vinculante, que lo sea también para los tribunales y autoridades «únicamente por obra de la formación de derecho consuetudinario con todos los requisitos necesarios para surtir efectos razonados en derecho»[58], habría que encontrar razones suficientes ante el foro del Derecho constitucional vigente. Sin embargo, tales razones, no se encuentran por ninguna parte. Al contrario, las objeciones que surgen son de naturaleza fundamental: en lugar del tráfico jurídico, de los círculos y personas interesadas, se situarían los tribunales. A diferencia del caso del derecho consuetudinario *populista*, a cuyo inicio y evolución no se opone ninguna norma competencial y vinculante jurídico-interna, la *lex*, en contra de la cual no es lícita la formación de derecho consuetudinario *oficial* (Derecho de creación judicial), se refiere también a cualquier norma constitucional metodológicamente relevante, incluidos el artículo 97 párrafo 1 y artículo 20 párrafo 3 de la Ley Fundamental. Otro tanto es aplicable al derecho procesal que concurre, desde el punto de vista funcional, con el derecho material (que, en el caso individual, presenta lagunas), el cual, para casos de este tipo, por ejemplo, prevé el sobreseimiento del proceso penal o la desestimación de una demanda civil o administrativa. Dada la prioridad y la igualdad de rango de las normas (de la Ley Fundamental) competenciales y procedimentales, y dada la equivalencia del derecho procesal con el derecho material, en estos casos nos encontramos con cualquier cosa menos con un «espacio vacío de Derecho». El derecho de organización y el procedimental se opone –no solamente en su ámbito propio– a las formaciones de derecho consuetudinario, porque la práctica de las autoridades afectadas no puede sustituir las convicciones jurídicas de los que participan de la vida constitucional[59], sino porque las normas constitucionales referidas a la organización y a los procedimientos suelen ser de formas estrictas, convirtiendo los actos de creación de normas que les contradigan en ilegales[60]. Las instancias que actúen aplicando el Derecho de creación judicial se contraponen a estas normas; y los textos cuasi-normativos obtenidos por el Derecho de creación judicial son irrelevantes dada la inconstitucionalidad de su creación. El intento de salvarlas por la vía del derecho consuetudinario falla, porque en el inicio (*starting point*) del Derecho de creación judicial no cabe hablar de que éste sea reconocido como norma vinculante por los interesados jurídicos»[61], tal y como sí lo ha formulado el Tribunal Constitucional a modo de condición previa del derecho consuetudinario. A este respecto, el juez de primera instancia de *Rümelin*, no ofrece ningún argumento basado en la Ley Fundamental, tan sólo una bonita anécdota[62].

Este resultado coincide también con el punto de vista más importante relativo al artículo 20 párrafo 3 de la Ley Fundamental. Respecto a las funciones del Estado allí aludidas, esta norma establece –y lo hace más particularmente

---

56 BVerwGE 8, 317 ss., 321; BVerwG, DVBL 1979, 116 ss., 118; BVerfGE 9, 213 ss., 221; VGH Baden-Württemberg, ***D**ie Öffentliche Verwaltung***,** 1978, 696.

57 Así, al efecto Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Mülller, 15ª ed., 1985, págs. 124, 145, 196; Dietrich JESCH, *Gesetz und Verwaltung*. *Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1961, págs. 115 ss.

58 BGHZ 11, apéndice 53.

59 Christian TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht?*, Heidelberg, Carl Winter, 1972, págs. 138 ss.; Paul KIRCHHOF, «Rechtsquellen und Grundgesetz», en: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Vol. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976, págs. 50 ss., 92.

60 BVerfGE 9, 109 ss., 117.

61 BVerfGE 22, 114 ss., 121 bajo apelación E 9, 109 ss., 117; 15, 226 ss., 232 ss. Véase también BVerfGE 28, 21 ss., 28 s.

62 Max RÜMELIN, *Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1929, pág. 14.

en el artículo 97 párrafo 1 de la Ley Fundamental– la *vinculación a las normas*. La cuestión es ¿a qué normas? La respuesta de la teoría dominante es ésta: no solamente a la norma escrita sino también al Derecho consuetudinario. En cambio, el artículo 20 párrafo 2 de la Ley Fundamental no constituye otra *habilitación para crear normas* vinculantes, es decir, que obliguen también a los poderes ejecutivo y judicial. El artículo 20 párrafo 3 de la Ley Fundamental toma nota de la vinculación al derecho consuetudinario creado hasta la entrada en vigor de la Ley Fundamental, y la aprueba, por ejemplo respecto a los ejemplos citados del derecho civil referidos a principios considerados como normativos de Derecho administrativo general y en el Derecho laboral o, particularmente, en el Derecho constitucional del Estado de derecho (por ejemplo la prohibición del exceso, la prioridad y la reserva de ley). Sin embargo, el artículo 20 párrafo 3 de la Ley Fundamental no es reinterpretable para fundamentar una habilitación al objeto de justificar la nueva creación de Derecho consuetudinario *en contra de* normas funcionales establecidas en la Ley Fundamental[63].

VII.

El tema del «Derecho de creación judicial» se formula tradicionalmente de manera inaceptable. No se trata de que los tribunales se dediquen a crear normas generales, en este caso y sólo en este caso, al margen de sus funciones habituales. Es que lo hacen siempre; es algo característico del trabajo normal del poder judicial. Muchos de los atributos creadores que la teoría del Derecho de creación judicial atribuye a la jurisdicción, desde hace cien años, no sólo es algo real sino también legítimo, pero no tiene nada que ver con el Derecho de creación judicial.

La discusión en torno al Derecho de creación judicial es un vástago del positivismo jurídico; examinando el asunto más de cerca, tal vez se podría probar esta tesis que puede parecer una paradoja. Ambas posiciones se orientan por principios de fe positivistas, y lo demuestran las dos formas básicas de actuaciones en el marco del Derecho de creación judicial. La primera es la *resolución del caso obediente a los resultados del legislativo (textos normativos), aunque más allá de la mera subsunción.* Para este tipo de actuación, no debiera emplearse por más tiempo el concepto de Derecho de creación judicial. La segunda forma principal es la «*resolución del caso pero sin apoyarse en los resultados del legislativo*», en los textos normativos. En tal caso, el juez introduce un texto seudonormativo que debe servir para justificar la forma de proceder posterior. Ya que el derecho positivo no está exento de lagunas, el soporte debería ser «el orden jurídico», «el derecho», la «justicia material» –*extra legem, intra ius*–. Nos encontramos aquí con otro malentendido. Un orden jurídico, ciertamente, no está exento de lagunas, ni desde el punto de los contenidos ni en cuanto a los temas. Sin embargo, dado su carácter complementario recíproco de derecho material y derecho procesal, y a causa de las posibilidades normadas de modificar Derecho y crearlo nuevamente, es completo desde el punto de vista *funcional*. Las normas de competencia, procedimentales y procesales, reclaman validez, al igual que las normas del derecho material, inevitablemente con lagunas. Una decisión de denegación procesal del caso individual por falta de base material *no es necesariamente* «"*injusta",* al igual que una resolución sobre la base de preceptos de derecho material no es *necesariamente "injusta"».* Detrás de la defensa del Derecho de creación judicial se esconde, por tanto, un acortamiento positivista que en el «caso individual», precipitadamente, equipara por completo la «*justicia de un caso individual»* con «*la resolución sobre la base de un precepto de derecho material».* Si no existe tal precepto, se pretende que el Derecho de creación judicial lo sustituya, que al juez se le permita crearlo. En un Estado constitucional democrático sometido a la Ley Fundamental, en cambio, el afán de llegar a resoluciones justas se *reparte* entre varias funciones del poder público, entre varias fases de creación jurídica y, además, entre el derecho material y el derecho procesal.

Si en el caso individual existe un grave descuido de la legislación, la situación no es satisfactoria. Pero no lo es por una construcción fallida del Estado constitucional o por una insuficiencia de la Teoría del derecho, sino por el fallo de las instancias legislativas. La transgresión de los límites por el Derecho de creación judicial no es un medio admisible

[63] En efecto contra la tesis, y a decir verdad con distintos fundamentos Klaus ADOMEIT, *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, München, C.H. Beck, 1969, págs. 56 ss.; Ulrich MEYER-CORDING, *Die Rechtsnormen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1971, ss. 70 s. m.w.N.; Christian TOMUSCHAT, *Verfassungsgewohnheitsrecht?* , Heidelberg, Carl Winter, 1972, ss. 53 s.; ulteriormente por ejemplo, 132 ss., 144 ss., m.w. N.; Helmut COING, en: Julius Von Staudinger / Helmut Coing, *Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, Sellier de Gruyter, 12ª ed., 1980, Introducción, Núm. marginal 229; Bernd RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, 2ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1973, pág. 472.

para eximir a las instancias legislativas de su responsabilidad. El tribunal que se abstenga de crear derecho por la vía de una creación judicial, podría denunciar la situación con posibilidades de éxito desde el punto de vista de la política jurídica. La responsabilidad se descarga así en la instancia en la que debe estar constitucionalmente. Es impresionante hasta qué punto se percibe en resoluciones de apelación lo que la judicatura puede poner en marcha, sin vulnerar el derecho actualmente vigente –incluso, desde el punto de vista de la *política del derecho*, más allá de éste–. En cambio, las creaciones judiciales autónomas tienen el efecto de desmotivar el legislativo. La inactividad de la legislación civil en los casos problemáticos que, desde los tiempos del *Reichsgericht*, vienen a ser resueltos por creaciones judiciales, lo dice todo. El Derecho de creación judicial, por tanto, no solamente aparece como un instrumento inadmisible desde el punto de vista normativo, sino que tampoco es necesariamente deseable desde el punto de vista pragmático. Además de resoluciones de apelación, para las que la judicatura ya ha desarrollado un instrumentario escalonado, en otros casos se deshace del dilema cumpliendo su obligación de remisión según el artículo 100 párrafo 1 de la Ley Fundamental y poniendo en marcha un control concreto de las normas. En din, la práctica de la creación judicial ha evidenciado cierta arbitrariedad, y una intercambiabilidad sorprendente de los argumentos, con resultados constantes. En estos casos y sin deformar el derecho, en casos individuales, puede ser muchas veces de ayuda una argumentación más cuidadosa que implique la sistemática, en cuanto el convencimiento de ser llamado a realizar una acción libre de creación judicial no ofrezca por más tiempo una salida aparente.

Esta salida no existe al amparo de la Ley Fundamental. Lo que se denomina «Derecho de creación judicial» es parte integrante de la labor jurídica normal y no autónoma en todos aquellos casos en los que se le pueda justificar[64]. En cambio, cuando se le pueda remitir de una forma indefendible al Derecho vigente actuando autónomamente, ya no es justificable.

Recebido para publicação em 07/11/2012.
Aceito para publicação em 20/11/2012.



Este trabalho foi licenciado sob uma Licença Creative Commons Atribuição 3.0 Não Adaptada.

Publicação original disponível em:
http://www.esdc.com.br/seer

[64] Es igualmente aplicable a la analogía. En la medida en que no convierta en inadmisible por una conclusión inversa, mientras que la norma jurídica y de decisión generada análogamente sea remisible metódicamente a (uno o varios) textos normativos ('analogía de la ley o del derecho'), no se trata de una creación judicial sino de una concretización permitida. Sus típicos argumentos son elementos de concretización sistemáticos, dogmáticos referidos a normas y de política jurídica; Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1976, págs. 162 ss., 184 ss., 194 ss. Recordando formulaciones de Friedrich-Carl VON SAVIGNY (*Juristische Methodenlehre*, ed. de Gerhard Wesenberg, Stuttgart, Koehler, 1951, págs. 39 ss., 42), en el caso de una creación judicial auténtica «se añade algo nuevo desde el exterior». En la analogía (remisible a textos normativos), en cambio, «la legislación se complementa por sí misma».