

STJ00115427

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
Jordan C. Sosa

DIRECTORES

# **DERECHO JUDICIAL**

El derecho de creación judicial  
a la luz del siglo XXI

PRÓLOGO

Perfecto Andrés Ibáñez  
Magistrado Emérito del Tribunal Supremo  
(España)

Barcelona  
2022

**JYB**  
BOSCH EDITOR

© ABRIL 2022 EDUARDO DE TORRES ORTIZ DE URBINA  
JORDAN C. SOSA  
■ DIRECTORES

● ABRIL 2022  **BOSCH  
EDITOR**  
**Librería Bosch, S.L.**  
<http://www.jmboscheditor.com>  
<http://www.libreriaibosch.com>  
E-mail: [editorial@jmboscheditor.com](mailto:editorial@jmboscheditor.com)

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase 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).

ISBN pape. 978-84-19045-20-1  
ISBN digital 978-84-19045-21-8  
D.L. B 1304-2022

**Diseño portada y maquetación:** CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

*Printed in Spain* – Impreso en España

# ÍNDICE

PRESENTACIÓ I.....	19
<b>Eduardo de Porres Ortiz de Urbina</b>	
PRESENTACIÓ II.....	23
<b>Jordan C. Sosa</b>	
<b>PRÓLOGO</b>	
EL JUEZ, LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA.....	29
<b>Perfecto Andrés Ibáñez</b>	
1. Preliminar .....	29
2. Un modelo que nunca fue tal.....	30
3. Constitucionalismo de derechos y modelo de juez .....	35
4. Interpretar y aplicar la ley .....	39
5. Una mirada sobre la jurisprudencia .....	45
<b>PARTE I</b>	
<b>DEL DERECHO JUDICIAL EN GENERAL</b>	
<b>Fundamentos teóricos – iusfilosóficos del Derecho de creación judicial</b>	
<b>CAPÍTULO 1</b>	
LA NATURALEZA DEL DERECHO: DE LO JURÍDICO Y LO POLÍTICO, DE LO JUDICIAL Y LO PARLAMENTARIO .....	51
<b>Jorge Oliver Mondelo Tamayo</b>	
Resumen.....	51
1. Introducción.....	52
2. El fenómeno jurídico en su complejidad.....	53
3. Reglas ¿y principios?.....	55

## ÍNDICE

4.	Del neoconstitucionalismo al pos-positivismo.....	59
5.	Encuentros y desencuentros: parlamentos/legisladores – tribunales/jueces. Una mirada constitucional.....	61
6.	Conclusiones.....	67
7.	Referencias bibliográficas.....	68

**CAPÍTULO 2**

LA POLÉMICA IUSFILOSÓFICA SOBRE LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO.....	71
---	----

**Majela Ferrari Yauner**

1.	Introducción.....	71
2.	La concepción del Derecho en la historia iusfilosófica como cuestión trascendente.....	72
3.	Nuestro concepto de Derecho como presupuesto de análisis.....	78
4.	El alcance de la labor de los jueces.....	79
5.	¿Creación judicial del Derecho? Argumentos de un debate.....	82
6.	Conclusiones.....	89
7.	Referencias bibliográficas.....	90

**PARTE II****DEL ORIGEN DE LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO****Reflexiones generales a través de la historia****CAPÍTULO 3**

LA CREACIÓN DEL DERECHO POR LOS JUECES EN LA ANTIGÜEDAD: LA REALIDAD DE ROMA FRENTE A LA CREATIVIDAD DEL DERECHO.....	95
---	----

**Joanna González Quevedo**

1.	El Derecho como Ciencia y Arte de lo bueno y de lo justo. Notas introductorias.....	95
2.	Sobre la jurisdicción en Roma y el <i>iusedicere</i> (creación del Derecho). Evolución y tipología.....	99
3.	Conclusiones.....	106
4.	Referencias bibliográficas.....	107

**CAPÍTULO 4**

EN EL PRINCIPIO FUE LO JUSTO: LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EN ORIENTE ANTIGUO.....	111
--	-----

**Yuri Fernández Viciado**

1.	Introducción.....	111
2.	<i>Maat</i> , Jueces y Derecho en Egipto.....	112
3.	Mesopotamia: obediencia y centralización de la justicia.....	118

4.	Conclusiones.....	126
5.	Referencias bibliográficas.....	126

**CAPÍTULO 5**

EL JUEZ Y LA CREACIÓN DEL DERECHO: APUNTES PARA UN ESTUDIO DESDE LA EDAD MEDIA Y LA EDAD MODERNA.....	129
---	-----

**María Soledad Campos Díez**

1.	Introducción.....	129
2.	El juez en la formación del derecho medieval de los reinos cristianos de la Reconquista .....	131
2.1.	Panorama general. Alta Edad Media, laboratorio jurídico...	131
2.2.	El Juez medieval creador de Derecho .....	134
2.3.	Recepción del Derecho Común y fortalecimiento del poder regio .....	139
2.4.	Derecho de creación judicial en textos jurídicos .....	143
3.	La Monarquía Hispánica: aplicación e interpretación de la ley .....	146
3.1.	Jurisprudencia moderna en la formación del Derecho .....	148
4.	Conclusiones.....	150
5.	Referencias bibliográficas.....	151

**CAPÍTULO 6**

LA REAL AUDIENCIA DE PUERTO PRÍNCIPE Y LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO EN LOS INICIOS DEL SIGLO XIX.....	153
---	-----

**Yadermis Tejada Elías**

Resumen.....	153	
1.	Introducción: A propósito de las fuentes del Derecho Indiano. Generalidades .....	154
2.	La Real Audiencia de Puerto Príncipe.....	157
3.	Apuntes sobre la inserción de la Audiencia en el entramado judicial cubano.....	159
4.	Una aproximación al papel de los magistrados de la Real Audiencia en la creación del Derecho criollo .....	162
5.	Conclusiones.....	172
6.	Referencias bibliográficas.....	173

**CAPÍTULO 7**

NEOCONSTITUCIONALISMO Y NUEVAS FUNCIONALIDADES DEL PODER JUDICIAL. LOS JUECES: DE SIMPLES MODERADORES DEL SISTEMA POLÍTICO A ACTORES PRINCIPALES.....	175
---	-----

**Javier Hernández García**

1.	Introducción.....	175
----	-------------------	-----

## ÍNDICE

2.	El juez en las neoconstituciones .....	178
3.	Un nuevo juez, como exigencia del neoconstitucionalismo .....	180
4.	Las necesidades de reforma estructural de los sistemas institucionales de Justicia.....	186
5.	Conclusiones.....	188
6.	Referencias bibliográficas.....	189

**PARTE III****DE LA AXIOLOGÍA JUDICIAL Y LA CREACIÓN DEL DERECHO****Los principios y valores fundamentales en el Derecho de creación judicial****CAPÍTULO 8**

LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS Y LOS VALORES SUPERIORES EN LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO .....	193
---	-----

**Javier Sánchez Sánchez**

1.	Introducción.....	193
2.	La creación judicial del Derecho .....	194
3.	¿Qué significa afirmar que los jueces crean Derecho?.....	199
4.	Los valores superiores.....	206
5.	Los principios jurídicos .....	209
6.	Conclusiones.....	213
7.	Referencias bibliográficas.....	214

**CAPÍTULO 9**

ÉTICA JUDICIAL .....	217
----------------------	-----

**Eduardo Prados Frutos**

1.	Introducción.....	217
2.	El componente mítico de la jurisdicción .....	218
3.	El servicio público de la justicia .....	220
3.1.	El Código ético en España.....	221
3.2.	Instrumentos internacionales.....	223
3.2.1.	Código de Bangalore.....	223
3.2.2.	Código Iberoamericano de Ética Judicial .....	228
3.2.3.	La Carta de los Derechos de las Personas ante la Justicia en el Ámbito Judicial Iberoamericano .....	231
3.2.4.	Ámbito Europeo.....	232
4.	Lo moral y lo jurídico: valores y Derecho.....	234
5.	Conclusiones.....	241
6.	Referencias bibliográficas.....	243

**CAPÍTULO 10**

LA PONDERACIÓN Y LA OPOSICIÓN <i>COGNITIVISMO-NO COGNITIVISMO</i> ÉTICO ....	245
<b>Alejandro González Monzón</b>	
1. Introducción.....	246
2. <i>Cognitivismo y no cognitivismo</i> ético. Precisiones conceptuales mínimas.....	248
3. Esquema general de la ponderación .....	249
4. La ponderación entre el <i>cognitivismo</i> y el <i>no cognitivismo</i> ético...	251
5. Una nota a modo de ejemplificación propuesta por Alexy .....	254
6. Conclusiones.....	259
7. Referencias bibliográficas.....	259

**PARTE IV****DE LA EXPRESIÓN JUDICIAL DEL DERECHO****El valor normativo de las resoluciones judiciales  
y la integración judicial de las fuentes formales****CAPÍTULO 11**

LA FUERZA VINCULANTE DE LAS SENTENCIAS.....	265
<b>Eduardo de Porres Fernández, Gonzalo de Porres Fernández</b>	
1. Introducción .....	265
2. La jurisprudencia como fuente del derecho.....	267
3. El valor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	269
3.1. El recurso de casación.....	269
3.2. La fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo..	272
4. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional .....	279
5. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...	281
6. Vinculación a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	286
7. La doctrina del precedente .....	291
7.1. Precedente horizontal: Los Acuerdos de unificación de criterios.....	292
7.2. El auto-precedente.....	294
8. Conclusiones.....	297
9. Referencias bibliográficas.....	299

**CAPÍTULO 12**

LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO EN LA ARGUMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES.....	301
<b>Jordan C. Sosa, Betsaida Pérez Rodríguez</b>	

## ÍNDICE

Resumen.....	302
1. Introducción.....	302
2. La argumentación jurídica en general.....	303
2.1. La argumentación judicial como forma de argumentación jurídica .....	305
3. La integración del Derecho en la argumentación de las decisiones judiciales.....	306
3.1. Argumentación judicial de los principios constitucionales .	306
3.2. La creación y delimitación del Derecho en la argumentación de las decisiones judiciales .....	308
4. Instrumentos de integración judicial del Derecho en las resoluciones judiciales .....	310
4.1. Instrumentos formales .....	311
4.2. Instrumentos materiales.....	313
5. La argumentación y la creación judicial del Derecho entre la independencia y la seguridad jurídica .....	314
6. Conclusiones.....	315
7. Referencias bibliográficas.....	315

**CAPÍTULO 13**

LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN: REFLEXIONES EN SEDE PENAL .....	317
---	-----

**Aina de Fátima Santana Echerri**

1. La importancia de la Constitución en la argumentación judicial. Especial referencia a la materia penal.....	317
1.1. La supremacía constitucional y su impacto en la argumentación judicial.....	319
2. Las raíces constitucionales del Derecho penal .....	326
3. La argumentación judicial en materia penal. Particularidades y fundamentos de cara a la Constitución .....	332
4. Conclusiones .....	336
5. Referencias bibliográficas.....	337

**CAPÍTULO 14**

EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO Y EL CAMBIO DE PARADIGMAS EN UN CONTEXTO DE REFORMA .....	343
--	-----

**Carlos Justo Bruzón Viltres**

Resumen.....	343
1. Introducción.....	344
2. El sentido y alcance de la validez de las fuentes .....	348

3.	Paradigmas y rupturas .....	356
4.	La jurisprudencia como fuente del Derecho en Cuba .....	360
5.	Conclusiones .....	369
6.	Referencias .....	370

**CAPÍTULO 15**

EL DERECHO DE CREACIÓN JUDICIAL: LOS PRINCIPIOS Y LA JURISPRUDENCIA EN EL LENGUAJE CREATIVO DE LOS JUECES.....	375
--	-----

**Jordan C. Sosa**

Resumen.....	375
1. Introducción.....	376
2. Sobre la creación del Derecho en general .....	377
2.1. Algunas reflexiones al respecto de la creación judicial del Derecho.....	384
3. Las fuentes formales del Derecho y la formación del ordenamiento jurídico .....	389
3.1. La integración judicial de los principios generales del Derecho .....	394
3.2. La complementación jurisprudencial del ordenamiento jurídico.....	398
4. El garantismo de la creación judicial frente a la tesis de la arbitrariedad y el empoderamiento .....	404
5. Conclusiones.....	409
6. Referencias bibliográficas.....	410

**PARTE V****DEL DERECHO DE CREACIÓN JUDICIAL****Reflexiones en torno al Tribunal Supremo del Reino de España y el Tribunal Supremo de la República de Cuba****CAPÍTULO 16**

LA CREACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO Y EL TRIBUNAL SUPREMO DEL REINO DE ESPAÑA.....	415
---	-----

**Ainhoa Gutiérrez Barrenengoa**

Resumen.....	415
1. Introducción.....	415
2. La fuerza vinculante de la Jurisprudencia y su relación con el poder normativo de los Jueces .....	418
2.1. Tesis contraria al valor vinculante de la Jurisprudencia .....	418
2.2. Tesis favorable al valor vinculante de la Jurisprudencia.....	420

2.2.1. La prohibición de <i>non liquet</i> .....	420
2.2.2. El principio de seguridad jurídica.....	422
3. Valor de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en el ordenamiento jurídico español.....	423
4. Supuestos en los que se reconoce legalmente fuerza vinculante a una única sentencia del Tribunal Supremo.....	426
5. Conclusiones.....	429
6. Referencias bibliográficas.....	430

**CAPÍTULO 17**

EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA REPÚBLICA DE CUBA Y SU CONSEJO DE GOBIERNO COMO FUENTES DE AUTORIDAD CREADORA DE DERECHO.....	433
---	-----

**Juan Mendoza Díaz, Luis Alberto Hierro Sánchez**

Resumen.....	433
1. Introducción: El problema de las fuentes formales del Derecho en el ámbito normativo cubano actual. A guisa de introducción .....	434
2. Las fuentes formales del proceso civil cubano.....	437
3. Papel del Tribunal Supremo como autoridad creadora de Derecho	440
3.1. Iniciativa legislativa y potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Asidero constitucional y legal.....	440
3.2. Las Instrucciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo y su capacidad para adaptar las normas vigentes al pulso de la sociedad cubana .....	442
3.3. Los dictámenes del Consejo de Gobierno y su valor como fuentes formales.....	446
4. Las Instrucciones y los Acuerdos del CGTSP y su equiparación a la jurisprudencia como fuente formal del Derecho.....	447
5. El artículo 40 de la LPCALE como fuente generadora de actuaciones procesales.....	451
6. Conclusiones.....	452
7. Referencias bibliográficas.....	453

**PARTE VI****DEL DERECHO JUDICIAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL****Fundamentos constitucionales del Poder Judicial  
y el Derecho de creación judicial****CAPÍTULO 18**

EL PODER JUDICIAL Y LA CONSTITUCIÓN REINO DE ESPAÑA. FUNDAMENTOS  
CONSTITUCIONALES Y LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA..... 457

**Eduardo de Porres Ortiz de Urbina**

1.	Introducción: Constitución y Poder Judicial en España. Reflexiones desde la historia.....	457
2.	El principio de división de poderes.....	461
3.	Poder Judicial y Administración de Justicia.....	464
4.	La independencia judicial.....	466
4.1.	Concepto.....	466
4.2.	La inamovilidad.....	468
4.3.	Incompatibilidades y prohibiciones.....	470
4.4.	Inmunidad judicial.....	471
4.5.	Independencia económica.....	471
4.6.	Régimen de asociación profesional.....	472
4.7.	Protección de la independencia judicial.....	473
5.	Principios de monopolio, exclusividad y reserva de la jurisdicción.....	475
5.1.	El monopolio estatal de la jurisdicción.....	475
5.2.	Principio de reserva de jurisdicción.....	476
5.3.	El principio de exclusividad de la función jurisdiccional.....	477
6.	Principio de unidad jurisdiccional.....	478
6.1.	La jurisdicción como competencia exclusiva del Estado.....	478
6.2.	Prohibición de las jurisdicciones especiales.....	480
7.	El juez y la tutela judicial efectiva.....	481
7.1.	Derecho a la tutela judicial efectiva.....	483
7.2.	Derecho a la acción.....	483
7.3.	Prohibición de la indefensión.....	484
7.4.	Derecho al juez predeterminado por ley.....	484
7.5.	Derecho al juez imparcial.....	484
7.6.	Derecho a la publicidad del proceso.....	485
7.7.	Derecho a la defensa.....	485
7.8.	Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	486
7.9.	Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.....	487
7.10.	Derecho a la motivación de las sentencias.....	487
8.	Conclusiones.....	488

9.	Referencias bibliográficas.....	490
<b>CAPÍTULO 19</b>		
EL ESTADO CONSTITUCIONAL: TIPOLOGÍAS NORMATIVAS DE LAS CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN.....		493
<b>Alfonso de Julios-Campuzano</b>		
1.	Al servicio de la asepsia: el paradigma cientificista del derecho en la teoría jurídica positivista .....	493
2.	El Estado (precario) de Derecho: formalismo jurídico, legicentrismo y Constitución.....	497
3.	La Constitución como norma directiva garantizada .....	502
4.	Rematerialización constitucional y constitucionalización del ordenamiento jurídico .....	507
5.	Conclusiones.....	514
6.	Referencias bibliográficas.....	517
<b>CAPÍTULO 20</b>		
LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LA CONDICIÓN DE «LEGISLADOR NEGATIVO» DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....		519
<b>Gerardo Ruiz-Rico Ruiz</b>		
1.	Introducción.....	519
2.	<i>Fórmulas</i> básicas de aplicación judicial de la Constitución .....	520
3.	La <i>bipolaridad</i> de la justicia constitucional como origen de potenciales conflictos entre las jurisdicciones ordinaria y constitucional .....	524
4.	Una tendencia (imparable) hacia el eclecticismo .....	527
5.	Una relación y función «poliédricas».....	529
6.	La dialéctica justicia constitucional y justicia convencional .....	530
7.	Relaciones entre la Justicia ordinaria y la justicia constitucional: planos de potencial conflicto .....	532
8.	El amparo jurisdiccional: punto de confluencia y zona de conflicto en el modelo español de justicia constitucional.....	536
9.	El <i>blindaje competencial</i> del Tribunal Constitucional como fórmula para evitar el conflicto con la justicia ordinaria .....	542
10.	Hacia una mejor articulación entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional (¿es posible?) .....	544
11.	Conclusiones.....	546
12.	Referencias bibliográficas.....	546

**CAPÍTULO 21****LA CREACIÓN DEL DERECHO SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL REINO DE ESPAÑA: APUNTES JURISPRUDENCIALES A LA LUZ DE NUEVAS PERSPECTIVAS.....**

549

**Andrés Ollero Tassara**

Resumen.....	549
1. Introducción.....	550
2. Se diversifica la igualdad ante la ley.....	550
3. Desigualdades nada razonables.....	552
4. ¿De la ley a la ley?.....	552
5. Las señoritas del 09.....	554
6. Armonizar competencias.....	554
7. Seres humanos que no son personas.....	556
8. Una situación embarazosa.....	557
9. Discriminación indirecta.....	558
10. Nace un nuevo derecho fundamental.....	559
11. La reforma del recurso de amparo.....	560
12. Sentencias interpretativas sobre el estatuto de Cataluña.....	562
13. Estado laico con patrona.....	563
14. Dos exigencias de conciencia.....	564
15. Libertad ideológica disfrazada de vida personal y familiar.....	566
16. Conclusiones.....	567
17. Referencias bibliográficas.....	567

**CAPÍTULO 22****LA SELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL PAPEL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.....**

569

**Luis Javier Mieres Mieres**

1. Introducción.....	569
2. La relevancia de la composición del vértice judicial.....	570
3. El estándar europeo sobre los procedimientos de selección de los magistrados integrantes de los altos tribunales.....	571
4. La regulación del nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo.....	574
4.1. Atribución de la función de nombramiento a un órgano independiente: el Consejo General del Poder Judicial.....	575
4.2. La configuración del nombramiento como acto discrecional: la evolución jurisprudencial sobre los límites de la discrecionalidad en el nombramiento y su cristalización normativa.....	577

## ÍNDICE

4.3.	Los requisitos objetivos para el nombramiento de magistrados del Tribunal Supremo: turno judicial y turno de juristas .....	581
4.4.	La decisión del Pleno del Consejo General del Poder Judicial: la mayoría exigida .....	582
5.	Conclusión .....	584
6.	Referencias bibliográficas .....	584