

## Arbitrio judicial y seguridad jurídica

1. Muy recientemente la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, con el propósito —sin duda loable— de reducir el retraso judicial y dar cumplimiento al mandato constitucional que implica el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas reconocido en el artículo 24 de la Ley Fundamental, ha adoptado diversas disposiciones que, entre otros fines, persigue el objetivo expreso de, según proclama su Exposición de Motivos, «limitar el uso abusivo de instancias procesales». Para ello se establecen importantes restricciones a la interposición de recursos contra sentencias, especialmente en los órdenes civil y contencioso-administrativo. En el caso del primero, además de declarar irrecurribles en apelación las sentencias dictadas en juicios verbales de cuantía inferior a 3.000 euros (art. 455.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tras su nueva redacción), se toman medidas contra la interposición de recursos meramente retardatarios, como sucede con procesos arrendaticios en los que el inquilino no esté al día del pago de la renta, y se eleva la cuantía para acceder a la casación de 150.000 a 600.000 euros, si bien es posible soslayar este umbral cuando el pleito tenga «interés casacional», en los términos definidos por la propia ley. En el orden contencioso-administrativo las principales novedades son —además de la extensión del criterio del vencimiento a la imposición de costas procesales en primera instancia— la elevación de las cuantías para la admisibilidad de los recursos a 30.000 euros (de los 18.000 actuales) para la apelación y a 600.000 para la casación sin que en este caso quepa, curiosamente o quizá no tanto, la excepción del interés casacional<sup>1</sup>.

---

\* Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>1</sup> La agilidad con que en ocasiones actúa nuestra doctrina permite que ya contemos con un puñado de buenos comentarios sobre esta reforma. En particular destaca el número monográfico a ella dedicado por la revista *Actualidad Administrativa* en sus números 21-22 de diciembre de 2011 bajo la dirección de Joaquín Huelin Martínez de Velasco. A los efectos que ahora nos interesan merecen mención GIL IBÁÑEZ, J. L., *La relevancia práctica de las medidas de la Ley 37/2011 para la agilización del proceso contencioso-administrativo*, pp. 2606 y ss.; HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, J., *La elevación del umbral para acceder a los recursos en el orden contencioso-administrativo como medida de agilización procesal*, pp. 2642 y ss.; y CÓRDOBA CASTROVERDE, D., *Las medidas de agilización procesal en el orden contencioso-administrativo: lo que la ley no dice y debería decir*, pp. 2669 y ss.

2. Con independencia de que tales disposiciones sean en algún caso inevitables, aunque desde luego no agradables —no deja de resultar un tanto desasosegante que la única forma eficaz de combatir la acumulación de asuntos en las salas sea la de impedir su presentación— e incluso de aspectos discutibles como pueda ser el diferente tratamiento del acceso a la apelación y a la casación en los órdenes civil y contencioso-administrativo, la reforma planteada suscita una cuestión de gran importancia que convendría abordar. Se trata de la quiebra en la seguridad jurídica frente al arbitrio judicial que plantea el recorte de las vías de recurso disponibles para los litigantes.

Vayan por delante dos premisas básicas. En primer término, no pretendo entrar en cuestiones de justicia ni siquiera, al menos en línea de principio, de calidad técnica de la resolución final. Ciertamente, es presumible que la jurisprudencia dictada por órganos jurisdiccionales superiores, integrados por miembros más experimentados y que, incluso por su mismo carácter colegiado que, a priori, si bien esto no siempre es así, exige un debate entre el ponente y sus compañeros de sala, sea «mejor» que la emanada de los órganos inferiores. Sin embargo, incluso esta presunción resulta relativamente irrelevante. De lo que estamos hablando es de pura y simple seguridad jurídica, es decir, de que la resolución judicial obtenida sea razonablemente previsible en todos aquellos pleitos en que no se plantean cuestiones nuevas. Por otra parte, el problema planteado no surge exclusivamente a raíz de esta reforma, ya que es sabido que, al menos por lo que se refiere a la casación, el Tribunal Supremo lleva varios años adoptando una interpretación muy restrictiva de los requisitos legalmente exigidos, examinados con lupa por un numeroso y competente equipo de letrados. Ello, lejos de quitarle hierro a la cuestión, acentúa su importancia, toda vez que llueve sobre mojado y llevamos demasiado tiempo acostumbrándonos al deterioro de la unidad de doctrina, con la consiguiente quiebra del principio de igualdad en la aplicación de la ley previsto en el artículo 14 CE.

3. Recordemos como punto de partida que el sistema jurídico español, encuadrado dentro de lo que se ha dado en llamar ordenamientos de raíz romano-germánica, se fundamenta en la independencia judicial, de manera que cada órgano jurisdiccional es autónomo a la hora de resolver cualquier asunto del que conozca, sin estar sometido a instrucciones de órganos jerárquicamente superiores. Así queda consagrado en el artículo 12 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), que dispone que «en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial», aclarando que éstos no pueden corregir su jurisprudencia sino por vía de recurso, ni dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional. De hecho, el artículo 417.4 tipifica como falta muy grave «La intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado», mientras que el artículo 418.4 califica de falta grave la acción de «Corregir

la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción». En fin, es bien conocida la modestia con la que el artículo 1.6 del Código Civil reconoce el papel de la jurisprudencia como mero complemento del ordenamiento jurídico, y sólo en el caso de la dictada de manera reiterada por el Tribunal Supremo.

Semejante regulación persigue garantizar la sumisión del juez a la ley proclamada en el citado artículo 117.1 CE en claro tributo a la construcción de **Montesquieu** del poder judicial como un poder «*en quelque façon nulle*», mera boca que pronuncia las palabras de la ley como un ser inanimado, único expediente que justificaba a ojos de jurista bordelés la inclusión de jueces y tribunales como poder autónomo y separado del ejecutivo<sup>2</sup>. Sin embargo, el siglo XX ha sido testigo de la propagación por Europa de corrientes favorables a lo que se ha denominado «creación judicial del derecho», en virtud de las cuales el juzgador, lejos de aplicar ciegamente una norma resuelve casos concretos innovando y adaptando el ordenamiento a la realidad. Por supuesto, como en tantas cosas, existen versiones moderadas —el movimiento del derecho libre de **Ehrlich**— y versiones más extremas, singularmente la tan perjudicial teoría italiana del «uso alternativo del derecho», ejemplo de doctrina sesgada políticamente y que tanto daño ha causado a la seguridad jurídica y al correcto funcionamiento de las instituciones públicas. En España la creación judicial del derecho ha contado con un en ocasiones merecido prestigio. Recuérdese simplemente cómo el Maestro **García de Enterría** ha celebrado la labor desempeñada durante décadas por los magistrados especialistas en el contencioso-administrativo, una de las grandes novedades de la Ley jurisdiccional de 1956, a la hora de impulsar una interpretación «audaz» de la legislación administrativa, en fluido diálogo con la bien conocida «generación de la RAP»<sup>3</sup>. No cabe duda de la fecundidad de dicha actuación durante los primeros años '70, época en la que las primeras promociones de especialistas accedieron a la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Ahora bien, tampoco puede soslayarse el diferente contexto en el que hoy nos encontramos, con unas leyes aprobadas no por una Dictadura —por más que en esta materia concreta su respeto a la seguridad jurídica y las garantías de los administrados fuera mayor de lo esperable— sino por un Estado liberal democrático.

La unificación jurídica se consigue exclusivamente por vía de los recursos legalmente previstos contra autos y sentencias, de manera tal que una restricción en el acceso a ellos conllevará una ampliación del arbitrio judicial para apartarse de la doctrina fijada por los Tribunales superiores incluido el Tribunal Supremo. En efecto, los dos recursos clásicos, apelación y casación, permiten en principio corregir una jurisprudencia que se oponga a la establecida

---

<sup>2</sup> Acerca de la configuración que el poder judicial tenía en la mente de Montesquieu —y luego en la Francia revolucionaria— véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 28 y ss.

<sup>3</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 588.

por el Tribunal Supremo e incluso los superiores jerárquicos del órgano que dictó la resolución impugnada. La apelación, en la medida en que por su efecto devolutivo se configura como un auténtico *iudicium novum*, en el que con algún matiz menor pueden plantearse nuevamente todas las cuestiones suscitadas en la primera instancia, prueba incluida. La casación en la medida en que las leyes procesales fijan como cuarto motivo casacional la «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» (art. 88.1.d) LJCA. En términos equivalentes se pronuncia el artículo 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que configura a la casación como una auténtica unificación jurídica de sentencias contradictorias, no sólo respecto de la jurisprudencia de este orden jurisdiccional, sino también de la dictada por el Tribunal Constitucional, de Justicia de la Unión Europea y de otros de carácter internacional en el ámbito de la protección de derechos fundamentales con relevancia en cuestiones laborales<sup>4</sup>. En el caso de la casación civil, el artículo 477.3 LEC dispone que «Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido», con la importante consecuencia, ya citada, de que en tal caso siempre cabe casación aun cuando la cuantía del litigio no supere los referidos 600.000 euros (art. 477.2).

4. No es, desde luego, la única forma imaginable de organizar la jurisdicción en un Estado liberal-democrático. Fuera de los ordenamientos de cuño continental, en los sistemas de *common law* rige como es sabido el principio de *stare decisis*, en virtud del cual los órganos jurisdiccionales están vinculados a la jurisprudencia contenida en resoluciones precedentes dictadas por el propio órgano y, sobre todo, por órganos jerárquicamente superiores. Obviamente este principio requiere matices: los tribunales se encuentran vinculados a su propia jurisprudencia, pero es admisible el cambio de criterio explícito —el denominado *overruling*—; la vinculación a la jurisprudencia de los órganos superiores es imperativa sólo respecto de aquéllos de los que dependa jerárquicamente el que ha de resolver el litigio, y, aunque resulta indudable el sometimiento del juzgador a la doctrina judicial previa, existen importantes mecanismos por los que en ocasiones es posible obviar el precedente, como por ejemplo negar la analogía entre el caso nuevo y el que ha de servir de modelo. A pesar de ello es un principio que sin duda pretende dar seguridad jurídica y previsibilidad a un sistema jurídico<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> El art. 205.e) de la Ley Procesal Laboral de 1995 contenía una redacción idéntica a la transcrita para el contencioso.

<sup>5</sup> Acerca del valor del precedente en el sistema jurídico norteamericano se puede consultar el estupendo estudio introductorio de la por lo demás más que interesante recopilación BELTRÁN DE FELIPE, M. y GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC-BOE, Madrid, 2006, pp. 27 y ss., así como la bibliografía allí citada.

5. Obviamente la introducción de una vinculación a la jurisprudencia de tribunales superiores no es un retoque menor, y menos como luego se articulará, por lo que es razonable pensar en importantes objeciones. Puede alegarse en este sentido y en primer término que la reforma propuesta requiere de una reforma del artículo 117 CE, cuyo apartado 1 dice textualmente que «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, *independientes*, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley». Pues bien, lo cierto es que dicha independencia no reclama necesariamente la ausencia de vinculación al precedente en el ejercicio de la función jurisdiccional. Baste recordar que la compatibilidad del *common law* con el principio de independencia judicial recogido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas (CEDH) nunca ha sido puesta en cuestión, pudiendo recordarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la necesaria flexibilidad de interpretación de los requisitos de este precepto en relación con los diferentes sistemas jurídicos. En particular, la independencia del Tribunal viene referida entre otros aspectos, al modo de nombramiento de sus miembros, su inamovilidad, la existencia de garantías contra presiones externas y a la cuestión de si el órgano presenta una apariencia de independencia<sup>6</sup>. De manera más amplia, el propio Tribunal ha subrayado que el conjunto del sistema del *common law*, del que el principio del *stare decisis et quia non movere* (denominación completa) es un elemento consustancial y básico, tiene cabida en el Convenio en los mismos términos que el derecho continental<sup>7</sup>. Esta interpretación es tanto más relevante cuanto que, según es conocido, la jurisprudencia del Tribunal se utiliza como canon hermenéutico en materia de derechos fundamentales, a resultas del artículo 10.2 CE, entre los que sin duda se encuentra la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 y que preside todo el entramado del Título VI de la Constitución, conforme a criterio de muy primera hora y no alterado del Tribunal Constitucional (STC 1/1981, de 26 de enero).

Por lo tanto, la independencia judicial estriba en la capacidad, por nombramiento, inamovilidad y estatuto de jueces y magistrados de resolver una controversia sin presiones de las partes y tal calidad no se pierde por estar vinculado a una jurisprudencia dictada por órganos superiores en los que también concurren idénticas condiciones. En esta línea se pronuncia el Tribunal Constitucional cuando refiere las garantías de la independencia judicial de manera esencial a la inamovilidad de jueces y magistrados y también a la reserva de ley orgánica para determinar la constitución, funcionamien-

---

<sup>6</sup> STEDH de 16 de diciembre de 2003, Cooper c. Reino Unido, párrafo 104, que literalmente dice lo siguiente: «inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and to the question whether the body presents an appearance of independence».

<sup>7</sup> Ya tempranamente muestra este respeto al Common Law en la STEDH de 26 de abril de 1979, caso Sunday Times c. Reino Unido.

to y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de sus titulares y su régimen de incompatibilidades (STC 108/1986, de 25 de julio). El mismo sentido tiene la cautela que muestra acerca de la extensión de las funciones de jueces y magistrados más allá de las propiamente jurisdiccionales, tarea que sólo compete al legislador estatal por los riesgos que conlleva para la independencia judicial (STC 150/1998 y STC 127/1999).

6. También podría argumentarse —con mayor fundamento— que la Constitución somete a jueces y magistrados únicamente al imperio de la ley. El Tribunal Constitucional ha deducido de este inciso final del artículo 117.1 CE que no puede exigirse al órgano judicial un mantenimiento indefinido de sus propios precedentes, y que la posibilidad de modificar un criterio previamente adoptado «constituye incluso exigencia ineludible de la propia función judicial cuando aquél se considera posteriormente erróneo, pues el Juez está sujeto a la Ley y no al precedente, y está obligado por mandato constitucional a aplicar aquélla, es decir, el sentido de la misma que reconozca como ajustada en el momento de juzgar» (SSTC 49/1985 y 66/1987, entre otras). Ahora bien, el principio *stare decisis*, tal y como hemos comentado no es absoluto en la vinculación al propio precedente, sino sólo en cuanto al dictado por órgano al que jerárquicamente esté subordinado el que debe dictar sentencia o en aplicación de éste, ya que se admite, bien que con severos límites sobre todo en Inglaterra, el cambio de criterio expreso frente a resoluciones adoptadas materialmente por el propio Tribunal. Pero además, la LOPJ puede sin necesidad de retocar la Constitución consagrar la vinculación al precedente de los órganos jurisdiccionales y dicha previsión exigiría su acatamiento por sus miembros, sometidos también en este punto al imperio de la ley, y con mayor razón a la que regula su estatuto y funciones.

Más aún el cambio legislativo propuesto encontraría apoyo en el principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 9.3 CE, definido como «la confianza o la perspectiva razonablemente fundada de los ciudadanos en cuál será la actuación de los poderes públicos en aplicación del Derecho» (STC 165/1999, de 27 de septiembre) e íntimamente ligado al principio de igualdad de los ciudadanos del artículo 14, en este caso en la aplicación de la ley, y con el derecho a la tutela judicial efectiva. Es evidente en este sentido, y aun las doctrinas más renuentes al reconocimiento del valor del precedente no lo desconocen, que el principio *stare decisis* proporciona una inestimable previsibilidad a las actuaciones judiciales en la inmensa mayoría de los casos, que son aquellos que reiteran razonamientos y situaciones jurídicas ya tomados y resueltos. Con ello aumentaría la seguridad del tráfico y se reduciría notablemente la litigiosidad.

7. Cabe rebatir una última objeción posible, esta vez de índole no estrictamente constitucional. Se trata del argumento que con más frecuencia aparece en el mundo anglosajón para flexibilizar el principio de *stare decisis*, como es el riesgo que se corre de petrificación del ordenamiento. A este peligro se ha referido también el Tribunal Constitucional a la hora de interpretar los principios de seguridad jurídica y su corolario de irretroactividad

de las disposiciones sancionadoras y restrictivas de derechos individuales y lo ha utilizado para reducir el alcance de uno y otro (SSTC 27/1981 y 126/1987, entre otras muchas). Ahora bien, de un lado, el propio Tribunal ha ido corrigiendo, siquiera parcialmente, su opinión al respecto, señaladamente en el marco tributario, donde ha dicho expresamente que si bien los ciudadanos no tienen un derecho al mantenimiento de un determinado régimen tributario (STC 6/1983), sin embargo han de ver protegida su confianza al ajustar su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles y que, por lo mismo, resulten arbitrarios (STC 273/2000, de 15 de noviembre).

Pero más importante, de otro lado, la petrificación del ordenamiento no es posible en los ordenamientos de base continental en los que la ley no encuentra otro límite que la Constitución. En efecto, y parafraseando la célebre conferencia de **Julius von Kirchmann**, tres palabras modificadoras del legislador podrían convertir en basura bibliotecas enteras de recopilaciones jurisprudenciales. No es ésta —o al menos no en la misma medida— la situación del *common law* en el que la capacidad innovadora del legislador no ha llegado a sacudirse completamente la espada de Damocles que representa la atribución al juez desde los tiempos de la sentencia de **Coke** en el *Dr. Bonham's Case* de la facultad de supervisar las leyes del Parlamento y declararlas en ocasiones «*utterly void*», a pesar de la importante corrección que sufriera esta doctrina, sobre todo en Inglaterra, con la afirmación de la soberanía parlamentaria recogida en todos los buenos libros de derecho público a partir de los *Commentaries* de **Blackstone**. Por el contrario, en España cualquier riesgo de congelación jurisprudencial queda conjurado a través de la capacidad normativa reconocida no sólo a las Cortes Generales sino incluso también al Gobierno sea con normas de rango legal o reglamentario.

8. En fin, cabe incluso aportar un último argumento *a fortiori*. La vinculación de los jueces y tribunales a la jurisprudencia está expresamente recogida en la propia LOPJ, eso sí, sólo respecto de un tipo muy concreto, como es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, el artículo 5.1 proclama incluso enfáticamente que «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Incluso el artículo 417 tipifica como primera falta muy grave susceptible de ser cometida por jueces y magistrados «El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo 5.1 de esta Ley, cuando así se apreciare en sentencia firme». Pues bien, es justamente el ámbito de la interpretación constitucional donde más objeciones se han formulado tradicionalmente para una aplicación estricta del principio del *stare decisis* en los Estados Unidos, precisamente allí donde el sistema de control de constitucionalidad, por su carácter difuso, más requiere de unificación de criterios, frente a los controles concentrados en manos de un solo

órgano, como es el caso de España, al menos para las normas con rango de ley aprobadas tras la Constitución, que sólo pueden ser enjuiciadas por el Tribunal Constitucional. La razón es la convicción, ya enunciada por **Ronald Dworkin** en su obra *Los Derechos en serio*, de que la Constitución está integrada fundamentalmente por reglas de principio y no por normas estrictas, por lo que el margen interpretativo es mayor, lo que redundaría en una mayor facilidad para apartarse de una doctrina previa. Entonces, si ningún reparo grave se formula a la vinculación al precedente precisamente allí donde ha mostrado mayor dificultad para aplicarse en otros derechos, con mayor razón parece previsible que en la aplicación de disposiciones bien concretas resulte útil y factible vincular a los jueces con la jurisprudencia superior.

10. Así justificada, la reforma debiera articularse por medio de una modificación de la LOPJ, en la que, además de eliminarse el tenor actual se adoptaran instrumentos que garantizaran la preminencia de los criterios de los tribunales superiores. El modelo puede suministrarlo la legislación electoral y su sistema de Juntas electorales como órganos de control de la igualdad de oportunidades y en definitiva de la legalidad del procedimiento electoral. En otro lugar he sostenido que las Juntas electorales son órganos administrativos, pero absolutamente independientes de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en la medida en que son la Administración puesta al servicio de un órgano constitucional específico como es el Cuerpo Electoral<sup>8</sup>. Pues bien, la absoluta independencia de las Juntas —no menor que la de los órganos jurisdiccionales— integradas por lo demás en su mayoría por miembros de la carrera judicial, es perfectamente compatible con la articulación de diversos instrumentos mediante los cuales se asegura la uniformidad de la doctrina que éstas aplican, especialmente la de la Junta Electoral Central. En especial, además del sistema de recursos, deben destacarse la posibilidad de las Juntas superiores de resolver consultas con carácter vinculante, bien a petición de las Juntas inferiores o de otros actores electorales, y la facultad de dirigirles instrucciones de obligado cumplimiento, de alcance general o particular. Por supuesto no es preciso, al menos en un primer momento, que todos estos instrumentos queden a disposición de los órganos jurisdiccionales superiores —singularmente la potestad que ostentan las Juntas superiores para revisar de oficio los acuerdos que se opongan a su doctrina— pero sí una buena parte, en cualquier caso la que se estime necesaria para lograr la necesaria unificación jurisprudencial. En fin, como cierre del sistema, se requerirá que se reformen los artículos 417 a 419 LOPJ para tipificar como infracción disciplinaria el apartamiento respecto de la jurisprudencia dictada por órganos jurisdiccionales superiores por parte de un juez o magistrado. Por supuesto, ello habrá de hacerse probablemente mediante diversos tipos, conforme a la gravedad concreta de cada conducta. En la misma línea, será necesario reformar los arts. 417.4 y 418.4 LOPJ para eliminar la infracción causada por la impartición de

---

<sup>8</sup> Véase PASCUA MATEO, F., *La Administración electoral*, INAP, Madrid, 2007.

instrucciones u órdenes si finalmente se opta por admitir esta figura en el ámbito jurisdiccional.

Por supuesto, es preciso introducir una última aclaración. La vinculación jurisprudencial ha de producirse no respecto de cualquier tribunal, sino exclusivamente respecto de aquellos que ostenten una prelación jerárquica. Por entendernos y centrándonos en el orden contencioso-administrativo, los Juzgados de lo Contencioso estarán vinculados a lo que establezcan los Tribunales Superiores de Justicia, que son los competentes para conocer de las apelaciones contra sus autos y sentencias, los Juzgados Centrales a la Audiencia Nacional y todos al Tribunal Supremo, sin que, en cambio, haya vinculación de los Tribunales Superiores de Justicia a la Audiencia Nacional, por más que este órgano pueda situarse protocolariamente por encima de aquéllos.

11. Asegurada de esta manera una mayor previsibilidad de las resoluciones judiciales, es posible avanzar un paso más, esta vez en relación con la responsabilidad de los abogados hacia sus clientes. Es evidente que la figura del abogado es una pieza esencial en el derecho a la tutela judicial efectiva, y bien se encarga la legislación de recordarlo al imponer su presencia como requisito de procedibilidad a la hora de comenzar un litigio en la mayoría de los casos<sup>9</sup>. De hecho, con buen criterio la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, impone a los licenciados o graduados en derecho la obligación de superar un examen para acreditar su capacitación profesional. En fin, la jurisprudencia del TEDH ha subrayado reiteradamente el importante papel de los abogados al disponer, por ejemplo, la necesidad de que las leyes se redacten de forma tal que resulten comprensibles para los ciudadanos, eso sí, «con el asesoramiento adecuado si ello fuera preciso»<sup>10</sup> e incluso ha declarado que no existe violación del derecho a un proceso justo aun cuando un condenado que pretenda apelar su sentencia no vea reconocido el beneficio de justicia gratuita en el caso de que su abogado de oficio en la instancia señale que no es previsible que se obtenga un resultado favorable<sup>11</sup>.

En este contexto debería considerarse extender al ámbito de las relaciones entre el abogado y su cliente la técnica del consentimiento informado presente en otros profesionales, singularmente los médicos. Se trata de que, ante la disyuntiva de entablar o no un procedimiento, el abogado redacte un breve escrito en el que se informe de la probabilidad de éxito en la reclamación. De esta manera, si un ciudadano ha sido adecuadamente

---

<sup>9</sup> Una de las escasas excepciones en las que es posible la comparecencia sin abogado es la recogida en el art. 23 de la LJCA para los funcionarios públicos en recursos que versen sobre cuestiones de personal, muy recientemente criticada por CORDOBA CASTROVERDE, D., ... *Las medidas de agilización procesal en el orden contencioso-administrativo; lo que la ley no dice y debería decir*, op. cit., p. 2677. Tampoco es imprescindible el concurso del abogado en la jurisdicción laboral, tal y como dispone el art. 18.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<sup>10</sup> Esta expresión aparece ya en el caso Sunday Times de 1979, antes citado. Más recientemente, STEDH de 17 de febrero de 2004, asunto Maestri c. Italia, párrafo 30 y STEDH de 16 de diciembre de 2010, asunto A, B y C c. Irlanda, párrafo 220.

<sup>11</sup> STEDH de 2 de marzo de 1987, asunto Monnell y Morris c. Reino Unido.

informado de que su pleito probablemente será desestimado y aun así decide ejercer las acciones correspondientes, sobre él recaerían los eventuales perjuicios en forma de costas procesales o de intereses por las cantidades litigiosas. En cambio, si es el abogado quien erróneamente ha animado al recurrente, deberá responder al menos de una parte de los perjuicios ocasionados. Esta medida puede anclarse en el derecho del ciudadano a la prestación de un servicio de calidad por parte de su abogado y a consultarle las consecuencias de cualquier actuación ante un órgano jurisdiccional previsto en la Carta de derechos de los ciudadanos ante la Justicia<sup>12</sup> y, desde luego, eliminaría un número no desdeñable —si bien no necesariamente mayoritario— de pleitos infundados o con ánimo meramente retardatario y redundaría en consecuencia en una agilización de la justicia.

12. La reforma planteada supone, desde luego, un cambio brusco de dirección en lo que hoy es práctica y doctrina dominante. Pero si, como bien señalara hace más de cien años quien fuera durante treinta magistrado del Tribunal Supremo estadounidense **O. W. Holmes** hijo, en su obra *El Camino de la Ley* (*The Path of the Law*), «las previsiones de lo que de hecho harán los Tribunales, y nada más pretencioso, es lo que yo entiendo como Derecho»<sup>13</sup>, sólo la previsibilidad y la seguridad jurídica que traería una vinculación al precedente y al criterio de los Tribunales superiores harán realidad la vieja utopía que ya reclamara **Cervantes** en boca de D. Quijote cuando, al evocar ante los cabreros las excelencias de la Edad dorada, reclamaba como dichosos los tiempos en que «La justicia se estaba en sus propios términos, sin que la osasen turbar ni ofender los del favor y los del interés, que tanto ahora la menoscaban, turban y persiguen» y en que «La ley del encaje aún no se había sentado en el entendimiento del juez»<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Proposición no de ley aprobada por unanimidad en el Congreso de los Diputados el 16 de abril de 2002.

<sup>13</sup> «[T]he prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.» HOMES, O.W., *The Path of the Law*, Harvard Law Review, vol. 10, 1897, p. 457.

<sup>14</sup> Según la nota 40 al Capítulo XI de la Primera parte del Quijote en la Edición del Instituto Cervantes dirigida por Francisco Rico, la expresión «ley del encaje» significó en un principio «sentencia que se aplica por analogía, para degradarse pronto a «resolución arbitraria y caprichosa». Véase CERVANTES, M. DE, *Don Quijote de la Mancha*, Edición del Instituto Cervantes, 1605-2005 (Francisco Rico dir.), Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores-Centro para la edición de los Clásicos Españoles, Navarra, 2004, p. 135. Nuevamente aparece este motivo en el Capítulo XLII de la Segunda Parte, en los consejos de D. Quijote a Sancho al ser nombrado Gobernador de la ínsula Barataria, en los términos siguientes: «nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos» (ibíd., p. 1061).