



Trabajo, contrato y libertad



JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET,  
ÁNGEL BLASCO PELLICER,  
COORDS.

# TRABAJO, CONTRATO Y LIBERTAD

ESTUDIOS JURÍDICOS  
EN MEMORIA DE IGNACIO ALBIOL

VNIVERSITAT ID VALÈNCIA



FACULTAT DE DRET

500  
D'ESTUDIS



ANYS  
JURÍDICS

MEMORIAL BANCAL  
BANCAJA

José María Goerlich Peset  
Ángel Blasco Pellicer  
(coordinadores)

## Trabajo, contrato y libertad

Estudios jurídicos en memoria de  
Ignacio Albiol

VNIVERSITAT  
ID VALÈNCIA

Esta publicación no puede ser reproducida, ni total ni parcialmente, ni grabada en,  
o transmitida por, un sistema de recuperación de información, de ninguna forma  
ni por ningún medio, sea electrónico, electrostático, por fotocopia o por  
cualquier otro, sin el permiso de la editorial.

© De los autores: Los autores, 2018.  
© De esta edición: Universidad de Valencia, 2018.

Impresión: JPM Ediciones

ISBN: 978-84-170-3812-6  
Depósito Legal: V-2340-2018

Impresión: Guala Impresores, S. L.

## ÍNDICE GENERAL

TRABAJO, CONTRATO Y LIBERTAD.....	9
<i>José María González Peón y Ángel Blanco Pellicer</i>	
IGNACIO ALBIOL, QUIEN BIEN CONSUMIÓ SU VIDA Y NO LA MALGASTÓ.....	21
<i>Español Carrasco y Fernando Carera</i>	
GLOBALIZACIÓN Y SUBCONTRATACIÓN.....	23
<i>Carlos L. Añaso Melado</i>	
LA RECEPCIÓN EN ESPAÑA DE LA LEY DE ORDENACIÓN UNIVERSITARIA DE 29 DE JULIO DE 1940.....	31
<i>Yolanda Blanco Gil</i>	
LOS REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL.....	51
<i>Ángel Blanco Pellicer</i>	
EL CONTROL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	61
<i>José Ángel Navarro</i>	
CONSENTIMIENTO ESTATAL Y AUSENCIA DE FORMALISMO EN LA CREACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES.....	69
<i>Valentín Ben Franco</i>	
EL CONVENIO SOBRE EL TRABAJO MARÍTIMO DE 2006: ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL.....	87
<i>Mireya Castillo Daudí</i>	
LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LA PROPUESTA PARA LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS (2009) DE LA SECCIÓN DE DERECHO CIVIL DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN.....	97
<i>Mario E. Chacón Mico</i>	
EL DERECHO DE SOCIEDADES EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN ESPAÑA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y TENDENCIAS RECIENTES.....	109
<i>José Miguel Estebal Izajo</i>	

Social participan de la naturaleza de tributos, se rigen por su normativa específica y en defecto de ésta resultan aplicables las disposiciones de la LGIT.

Ocurre que en materia tributaria no se contemplan, por tanto, responsabilidades por deficiente o imposible prestación de los servicios públicos anuladas o la omisión, total o parcial, de la obligación tributaria<sup>29</sup>; y no es sólo que en materia impositiva no se contemplan, lo relevante, a mi juicio, es que una estricta interpretación del artículo 17 LGIT no lo permite por cuanto que las únicas consecuencias que el precepto ha previsto, en caso de incumplimiento de obligaciones materiales y formales, son las sancionatorias.

## EL CONTROL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO<sup>1</sup>

José Bonet Navarro  
Universitat de València

### 1. Introducción

En este breve trabajo podrá verse manifestado las deficiencias que presenta el régimen llamado provisional del recurso extraordinario por infracción procesal mediante el cual la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, al margen de su propia actividad, tutelará los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE y, entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva entendido como un peticionamiento sobre el fondo salvo causa legal de inadmisibilidad.

Resultará que la génesis del problema se encuentra en la intención frustrada de extraer del ámbito competencial del Tribunal Supremo el conocimiento de la infracción procesal, con la creación de un recurso extraordinario *ad hoc* que terminó manteniéndose en el mismo alto tribunal. Para intentar reducir carga de trabajo "provisionalmente" se han equiparado las resoluciones recurribles mediante los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal con veniendo en todo caso a lo previsto en el artículo 477 LEC, con las incongruencias, incompatibilidades y hasta despropósitos que esto genera.

Por último, ofreceré algunas soluciones interpretativas que, sin obstaculizar el tenor literal de un artículo 477 LEC pensado para la casación, pueda adecuarse a la especial naturaleza y finalidad del recurso extraordinario por infracción procesal. Interpretaciones correctoras que en algunos casos son necesarias y en otros meramente convenientes.

Lo que ya no haré, porque corresponde a otro momento, es resaltar la necesidad de introducir soluciones algo más imaginativas. Puede haber llegado el momento de decidir que el Tribunal Supremo sea únicamente un órgano limitado a unificar jurisprudencia, confiando algo más en otros órganos jurisdiccionales, y sobre todo, en los Tribunales Superiores de Justicia, tan lamentablemente desaprovechados en el orden civil.

### 2. Sistema de recursos y competencia funcional

Al margen del control por el Tribunal Supremo de su propia actividad, sobre todo en los casos en que se le atribuya competencia objetiva (arts. 56 y 61 LOPJ), la tutela que media este órgano sobre los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE se articula en el proceso civil a través de los recursos que interpongan las partes: originariamente el de casación y, en la actualidad, el llamado "recurso extraordinario por infracción procesal".

La inicial voluntad de la vigente Ley 1/2000 de Ejecución Civil fue desagajar y extraer del tradicional recurso de casación los motivos a que se refiere el artículo 469 LEC, fundados todos ellos exclusivamente en causas de nulidad y anulabilidad procesales establecidas tanto en leyes ordinarias como las resultantes de la infracción de los derechos fundamentales reconocidos en el

<sup>29</sup> Como perfectamente expone ALARCÓN, M.R., tras afirmar que no es normal que cuando un ciudadano incurre en una obligación tributaria con el Estado, la consecuencia sea que le obliguen a pagar la prestación a un particular, que es "como si a alguien que no ha pagado sus impuestos le obligasen, por ejemplo, a dar clase en una escuela primaria o a trabajar en la construcción de una carretera" (en el Prólogo al libro de GALA, C. *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de aplicación, sólo por contribución a la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 20).

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en la actividad del Proyecto "Recursos de casación civil, igualdad ante la ley, acceso a la casación y jurisprudencia vicariante del Tribunal Supremo en el orden jurisdiccional civil", cuyo investigador principal es el Prof. Dr. José María Pastor y financiado por el Ministerio de Justicia e Innovación (DHC2008-02249).

artículo 24 CE (arts. 468 a 476 LEC). Pero estas cuestiones se iban a quedar fuera de control por un órgano jurisdiccional superior, puesto que al mismo tiempo la LEC crea a tal efecto un "recurso extraordinario por infracción procesal". Asimismo, con el fin de descargar de trabajo al Tribunal Supremo, se pretendía que el conocimiento de este recurso correspondiera a los Tribunales Superiores de Justicia de las correspondientes Comunidades Autónomas españolas, cuyo volumen de trabajo es notablemente inferior al de aquel órgano supremo.

Sin embargo, esta alteración competencial requería modificar el artículo 73 LOPJ, cosa que no se llevó a efecto inicialmente por motivos parlamentarios y posteriormente por una potente y reiterada falta de voluntad política. Ante ella, se adoptaron en mi opinión precipitadamente decisiones por las que, ante las diversas alternativas posibles, se mantuvo el diseño pretendidamente definitivo en el texto de la LEC pero introduciendo un denominado "régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios" entre las disposiciones finales de la misma (la decimosexta) con algunas virtudes pero no ausencia de problemas.

Si bien inicialmente el control de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución española iba a corresponder, como he indicado, a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, la citada disposición final decimosexta mantiene el control de las infracciones procesales en manos de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, aunque a través de un nuevo recurso integrado por una parte de la tradicional casación, la relativa a la infracción procesal. Como única excepción, en los casos en que las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia fueran competentes para conocer del recurso de casación, esto es, cuando se base en infracción de normas del Derecho Civil, Foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución (art. 73.1 a) LOPJ), este recurso podrá fundarse también en la infracción procesal.

Lo bien cierto es que la atribución de ambos recursos al mismo órgano jurisdiccional impedía aliviar la pesada carga de trabajo a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de modo que, para tal fin, la misma disposición final decimosexta reduce las resoluciones recurribles mediante el recurso extraordinario por infracción procesal reduciendo para su determinación a las resoluciones que el artículo 477 LEC establece como recurribles en casación. Y, aparte de las limitaciones escasamente justificadas que impone, aquí se dan originarias — o sencillas — las incongruencias cuando no los despropósitos de una remisión a una norma no concebida para la infracción procesal.

### 3. Limitación en las resoluciones recurribles por infracción de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE

Inicialmente, el artículo 468 LEC prevé que las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conozcan de los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia. A su vez, el artículo 468.4 LEC contempla como motivo de este recurso la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Conjugando ambos preceptos, el derecho a la tutela judicial efectiva quedaba salvaguardado suficientemente a través del recurso extraordinario por infracción procesal con independencia del tipo de resolución en que eventualmente pudiera ser infringido tal derecho.

Sin embargo, como indicaba antes, para lograr reducir la carga de trabajo se opta por limitar las resoluciones recurribles mediante la disposición final decimosexta punto primero LEC por la que "en tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 468, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477". Remisión esta a un precepto concebido para determinar las resoluciones recurribles mediante el recurso de casación que reduce considerablemente el ámbito de resoluciones que podrán ser recurribles y que incluso llega a presentar algunas incompatibilidades.

### 3.1. La exclusión de los autos

La simple comparación de los artículos 468 y 477 LEC permite comprobar con facilidad como en el régimen "provisional" vigente los autos quedan fuera de la posibilidad de ser recurridos cuando se hayan producido vulneraciones en el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que, a diferencia del primero, el segundo precepto citado omite cualquier referencia a estas resoluciones.

La lógica parece que debería haber conducido a todo lo contrario, a entender recurribles por infracción procesal los autos definitivos dictados por las Audiencias Provinciales<sup>1</sup>. Son precisamente estas resoluciones, más incluso que las sentencias, las características para contener prematiciosos errores sobre las cuestiones procesales susceptibles de este recurso<sup>2</sup>. Sin embargo, la remisión de la respectiva disposición final decimosexta al artículo 477 LEC, aunque sea contra toda lógica, no favorece precisamente la recurribilidad de los autos<sup>3</sup>. De hecho, el Tribunal Supremo, en su constante afán de disminuir tanto su carga de trabajo<sup>4</sup>, ha venido vedando reiteradamente su acceso al recurso<sup>5</sup>.

Otra cosa es que normas especiales, hasta ahora de carácter interautonómico, pudieran autorizar puntualmente la recurribilidad en casación de determinados autos, y, por esa vía, la posibilidad de formular recursos extraordinarios por infracción procesal frente a las mismas<sup>6</sup>. Sin embargo, de nuevo el Tribunal Supremo se empeña en cohibir la viabilidad del recurso extraordinario por infracción procesal incluso frente a estos autos<sup>7</sup>.

### 3.2. La limitación en las sentencias

La remisión y equiparación a las resoluciones recurribles en casación implica, como hemos visto, que solamente las sentencias accedan al recurso extraordinario por infracción procesal cuando, además, hayan sido dictadas por las Audiencias Provinciales resolviendo un recurso de apelación frente a una sentencia definitiva dictada en la primera instancia<sup>8</sup>. De ese modo, queda fuera cual-

<sup>1</sup> Así es como lo entendió, sin mayores explicaciones, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J., "Del recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 468-470), en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, IRE DE LA CRUJA, VEGAS y SANACLOCHE, Civitas, Madrid, 2001, pág. 808.

<sup>2</sup> Párrafo por ejemplo en los autos dictados por las Audiencias resolviendo apelaciones frente a las resoluciones que se refiere a la ley en datos para poner fin al juicio por motivos procesales en la primera instancia. MÁLAGA DEHÍQUEZ, F., "Los recursos de casación y extraordinarios por infracción procesal en la jurisdicción del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña", en *Justicia*, 2000, 1-2, págs. 209-210 cita como ejemplos los autos de inadmisión de demanda, de sobreseimiento, de inhibición o de archivo, conforme a los arts. 206.2.º LEC en general así como, entre otros, arts. 20, 65, 67 y 418 a 424 LEC en particular.

<sup>3</sup> Como reconoce públicamente toda la doctrina. Como excepción, CASTELLANO MANZANARES, R., "Los recursos extraordinarios: el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal", en *Jurisdicción Civil*, 3, 18 enero a 1 de febrero 2001, pág. 158, parece considerar que también los autos serán recurribles en el régimen "transitorio" del recurso extraordinario por infracción procesal.

<sup>4</sup> Indica CARRERAS DEL BINCÓN, J., "El recurso extraordinario por infracción procesal", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1, 2000, págs. 719-76, que la razón de ser de la interpretación es "algunos de cientos de recursos que se acumulan ante nuestro alto Tribunal".

<sup>5</sup> Se consideró, como fundamentalmente crítico, Acuerdo en Jurisdicción, de 17 de diciembre de 2000, dejó bien claro que "no susceptible de recurso o la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 LEC), lo que excluye el recurso cuando la resolución afectada sea un auto o cuando debió adoptarse esa forma... siendo recurribles, por infracción procesal, exclusivamente las resoluciones susceptibles de recurso o la casación".

<sup>6</sup> En opinión de ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, I, IRE DE LA CRUJA, CÁMARA, JUAN BONET, BELLEJO, URBARRILLA y MARTÍN, Thomson-Aranzadi, Cívica, Madrid, 2001, pág. 541, "son recurribles los procedimientos, se dicten como sentencias o como autos, de la Audiencia Provincial al conocer de recursos sobre matriculación y colocación de resoluciones según Reglamento (CE) núm. 44/2001 (art. 44) o según convenio de Légers (art. 41)".

<sup>7</sup> Véase GIMÉNEZ SENDRA, V., "Los recursos de los recursos extraordinarios", en *Derecho Procesal Civil*, I, El proceso de abstracción, IRE DE LA CRUJA, Madrid, 2001, pág. 606.

<sup>8</sup> MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., "El recurso extraordinario por infracción procesal", en *Los estudios castellanos y los recursos*, Cuadernos de Estudios Jurídicos, 10, 2000, en atención al artículo 468, trata la atención sobre el simple

quier otro tipo de resolución como son las sentencias que por su objeto debieron revestir firma de auto, las recurridas que no pongan fin a la primera instancia como las incidentales, o las dictadas en los trámites de un medio de impugnación autónomo como la nulación de auto o la rescisión de resoluciones dictadas en rebeldía.

Asimismo, la remisión sin salvedades ni excepciones al artículo 477.2 LEC supone que, a diferencia de lo que previene el artículo 468 LDC, dentro de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia, todavía queda limitadas a las que cumpla alguna de las siguientes condiciones:

1.º "Se dictaron para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto las que reconozca el artículo 24 de la Constitución".

2.º "La cuantía del auto o decreto de verificación excediere de sesenta millones de pesetas" (o de ciento cincuenta mil euros conforme al RD 1413/2004, de 17 de diciembre).

3.º "La resolución del recurso presente interés casacional".

Aislado, todavía no será suficiente con lo anterior porque además han de cumplirse los criterios de discutible justificación establecidos en el plano no jurisdiccional del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2005, así como algunas exigencias impuestas por la misma disposición final decimonovena LDC, en tanto en cuanto en determinados supuestos se condiciona la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal a que se formalice y se admita el recurso de casación. Así, por tanto, al anterior esquema ha de añadirse lo siguiente:

En las del punto 2.º citada, además de superarse el límite cuantitativo mínimo señalado, será necesario que se haya dictado en un procedimiento ordinario adecuado por la cuantía.

Las del punto 3.º, a su vez, habrán de ser dictadas en procedimientos adecuados por la cuantía y además, la resolución será recurrible solamente cuando se haya presentado y admitido recurso de casación (disposición final decimonovena LDC *in fine* contrario).

Incluso, en algunas materias, será necesario cumplir con algunas presupuestos previos como condicionantes de recurrir, básicamente consistentes en abonar cantidades debidas, en constituir depósitos o consignaciones (art. 449 LEC).

En el contexto de un recurso extraordinario, y sin perjuicio de los efectos que supone la exclusión de la tutela de los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 24 CE sobre otros mecanismos de amparo ante el Tribunal Constitucional, esta limitación podrá ser criticada atendidas consideraciones de oportunidad o conveniencia, pero no desde luego por razones estrictamente técnicas. Ahora bien, lo que sí merece severa crítica son las incongruencias, incompatibilidades y hasta los despropósitos que se generan con ocasión de la remisión que realiza la repetida disposición final decimonovena al artículo 477 LEC que disciplina las resoluciones recurribles en casación.

#### 4. Algunas incongruencias consecuencia de la remisión al artículo 477 LEC para la determinación de las resoluciones recurribles

##### 4.1. La necesaria adaptación de la incorrecta exclusión de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE

Como he señalado antes, entre el primer tipo de sentencias recurribles mediante recurso extraordinario por infracción procesal se encuentran aquellas que se dictaron "para la tutela judicial civil de derechos fundamentales". Ahora bien, como consecuencia de que disciplina las recurribles median-

tes por de recurrir en cuanto no hay presente alguna de las que terminan por auto, cualquiera que sea el objeto litigioso, que acaba controlado de la esfera a la que se extiende el recurso extraordinario por infracción procesal.

18 ALMAGRO NOSSETI, J., "Los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal", en *Justicia*, 3-4, 2002, págs. 14-3, clasifica las resoluciones recurribles inicialmente en tres grupos de sentencias completando el requisito de cuantía y de interés casacional con la adecuación procedimental.

te un recurso de casación al que se le ha extinguido la infracción procesal, inmediatamente señala que "excepto las que reconoce el artículo 24 de la Constitución".

De este modo se está considerando como recurribles mediante el recurso por infracción procesal las resoluciones dictadas en esos procedimientos en los que no solamente será causal que se produzca una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que, en el caso de producirse ésta, sea encontráramos ante el supuesto que el propio artículo 477 LEC excluye<sup>11</sup>.

En el contexto de este recurso por infracción procesal, la excepción prevista en el retrocitado artículo mencionado artículo 477 LEC tendría que haber sido justamente la contraria, estableciéndose como recurribles las resoluciones dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, con excepción del resto de derechos constitucionalmente de carácter material<sup>12</sup>.

La primera cuestión que se plantea es si, incluso en el ámbito limitado de los juicios para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, quedan excluidos del recurso extraordinario por infracción procesal aquellos supuestos en los que esta infracción sea tan grave que suponga a su vez una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos por el artículo 24 de la CE. A todas luces parece que no sea ésta una solución adecuada, máxime cuando infracciones que no impliquen la vulneración constitucional no quedarían vedadas del ámbito de un recurso extraordinario por infracción procesal, lo que implicaría la absurda consecuencia de que podría conocerse de lo mismo, pero no de lo más. Todo ello al margen de que, dado el objeto del incidente de nulidad de actuaciones que quedaría abierto en ese caso, y la competencia funcional del mismo órgano que dicta la resolución, la deserción de la Sala Primera del Tribunal Supremo no pare de ser un poco espejismo. Pero es más, una posible solución contraria es directa contradictoria con el tenor del artículo 489.4 LEC, en cuanto establece como motivo específico la infracción de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE<sup>13</sup>.

En mi opinión, consecuentemente, no obstante el tenor del inadecuado artículo 477 LEC en el contexto del recurso extraordinario por infracción procesal, como mínimo, han de ser recurribles aquellas resoluciones aparentemente excluidas que contemplo el artículo 249.2 LEC, esto es, las dictadas en juicios ordinarios cuyo objeto principal pretenda la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y en los que se pida la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieren al derecho de rectificación<sup>14</sup>.

En fin, la remisión a este artículo 477 LEC, salvo que queramos incurrir en consecuencias absurdas e inadecuadas, impone realizar una lectura diametralmente opuesta a la que deriva de su tenor literal, de modo que dando exclusión la infracción del artículo 24 CE, se sea todo lo contrario<sup>15</sup>.

11 Aunque la infracción procesal directamente pueda suponer infracción de otros derechos (art. 14, 16, etc. CE), si de infracción procesal se trata, siempre tendrá cobertura en el amplio ámbito del artículo 24 CE. Como recuerda CITELL RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con MASCARELL, CÁMARA, RIAN, BOMET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), cit., pág. 328, los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE no son los únicos cuya vulneración en un proceso civil determina la nulidad de los actos de uno para también tener ese efecto la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) y de derechos fundamentales materiales (art. 18 CE) que determina la ilicitud de la prueba, si bien será necesario relacionar la violación de éstos con los derechos del artículo 24 CE.

12 Sin perjuicio de que, paralela o indistintamente, la misma infracción procesal pudiera suponer la de otros derechos (como, entre otros, el derecho de igualdad reconocido en el artículo 14 CE) que, conjuntamente, implicar también la producción de nulidad.

13 ALMAGRO NOSSETI, J., "Los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal", cit., pág. 14.

14 ALMAGRO NOSSETI, J., "Los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal", cit., pág. 14, señala, además, que no todas resoluciones recurribles casando, así ser su objeto principal, necesariamente se investigan, como argumento o fundamento de apoyo, normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

15 Lectura adecuada que, por similar razones, podría pensarse también que dando fin casación se ha igualmente más. Sin embargo, aquí el Tribunal Supremo se muestra absolutamente resuelto para regar esta ampliación de prohibiciones de recursos.

### 4.2. Otras posibles adaptaciones del contenido del artículo 477 LEC en el ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal

Pero todavía se puede ir más allá. Si, como se ha visto, se impone la adaptación del tenor literal del artículo 477 LEC por presentarse patéticamente inadecuado para disciplinar las resoluciones objeto de recurso extraordinario por infracción procesal, cabe reconsiderar si además todavía son necesarias otras adaptaciones que le adecuen a las específicas peculiaridades de este recurso. Concretamente si serían recurribles todas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia cuando se dictasen para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE.

Lo primero que ha de indicarse, además de lo ya apuntado, es que en el contexto del recurso extraordinario por infracción procesal no tiene demasiado sentido establecer la recurribilidad de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales "cuando se dictasen para la tutela judicial civil de derechos fundamentales", si se entiende que esta expresión comprende una categoría distinta a los dos supuestos que cita el mismo artículo 477, y si ténica y exclusivamente se refiere a los procesos del artículo 249.1.2º LEC antes mencionados. En el supuesto de la casación, la propia adecuación a un proceso es el que se presupone la vulneración de unos determinados derechos fundamentales implica que tras el recurso de apelación por sí se obra, si es necesaria, el recurso de casación. En el caso del recurso extraordinario por infracción procesal, no basta con una sola vulneración constitucional sino que a la infracción material implícita en el objeto del proceso se hace necesaria otra, la procesal.

Ciertamente, en comparación con los otros dos supuestos de cuantía ínfima e interés casacional, en estos casos se favorece el acceso al recurso, en la medida que se hace innecesaria la concurrencia de tal cuantía e interés. Sin embargo, desde luego, en comparación con el acceso a la casación de estas mismas resoluciones, resulta más exigente puesto que, a la propia adecuación de un procedimiento adecuado cuyo objeto sea la tutela de derecho constitucional de carácter material, se requiere además el plus de la vulneración procesal. Pero es más, en el caso de que el motivo del recurso extraordinario sea el del artículo 469.1.4º LEC, no se alcanza a comprender por qué la vulneración de un derecho fundamental reconocido en el artículo 24 de la Constitución puede ser más relevante producida en el seno de los procesos para la tutela de los derechos fundamentales que en otros ordinarios. Una cosa es que la importancia de los derechos fundamentales materiales tutelados en un proceso aconsejen que su infracción pueda ser controlada con carácter previo al amparo ante el Tribunal Constitucional y otra bien distinta que infracciones de derechos igualmente fundamentales de carácter procesal adquieran mayor relevancia, y por tanto aptitud para fundar el recurso, cuando se produzca en estos procesos del artículo 249.1.2º LEC y no en otros ordinarios. La vulneración será igualmente grave sobre exactamente el mismo derecho fundamental de carácter procesal en todos los casos, de modo que la tutela debería ser idéntica.

Si lo que se pretendía con el punto 1º del citado artículo 477.1 LEC era tutelar adecuadamente los derechos fundamentales de carácter material en la vía ordinaria, esa misma pretensión de tutela debería haber permitido el acceso al recurso extraordinario por infracción procesal siempre que la sentencia se dictara para la tutela judicial civil de estos mismos derechos fundamentales a los que se refieren el artículo 24 CE, sin exigirse, además, que los procesos se dictasen para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales materiales.

Esta posibilidad vendría favorecida por el tenor literal del artículo 469.1.4º LEC, cuando se refiere a la "vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución". Desde luego la referencia al "proceso civil" de este precepto es considerablemente más amplia que los procedimientos adecuados por la materia para la tutela de los derechos fundamentales, de modo que con tan amplia referencia se estaría permitiendo el recurso en cualquier tipo de procedimiento civil con independencia de su objeto, siempre que la sentencia se dictara para tutelar los derechos fundamentales del artículo 24 CE.

Frente a la lógica de la "inmediatez" descongestión de la Sala de la Civil del Tribunal Supremo, en mi opinión se impone una interpretación conforme a las reglas del artículo 3 del Código Civil. De ese modo, la referencia a la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" más que a la eventual congestión del Tribunal Supremo, habrá de atender más bien al espíritu y finalidad del recurso extraordinario por infracción procesal. Y en el contexto de este recurso, atendido el tenor del artículo 469.1.4º LEC en relación con el artículo 24 LOPJ, no se presentan adecuadas interpretaciones que, fruto solamente de una revisión claramente deficiente, toleren la vulneración —o no permitan su corrección— de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE. Y si para el control de estos derechos fundamentales procesales, el control de otros de carácter material, no se ha previsto procedimiento autónomo que permita su adecuación por la materia para su tutela mediante procedimiento ordinario, ningún sentido tiene que sea necesaria una adecuación a otros derechos fundamentales de carácter material.

Cuestión distinta es que mediante el llamado por la ley "incidente" de nulidad de actuaciones, conforme a lo previsto en los artículos 241 LOPJ —actualmente reformado por la LO 6/2007, de 24 de mayo— y 228 LEC<sup>16</sup>, se permita el control de cualquier derecho fundamental, material y procesal, a los que se refiere el artículo 33.2 CE. Ahora bien, se trata de un medio de impugnación que no funciona como devolutivo<sup>17</sup>, sino que convocará del mismo exclusivamente al propio órgano que dictó la resolución impugnada (art. 241.1.1 LOPJ); la sentencia frente a la que se presenta el incidente no ha de poder ser impugnada, especialmente al ser insubstanciales medios legales para ello y, además, contra la resolución que resuelve el incidente no procede recurso alguno (art. 241.4 LOPJ). Atendidos tales condicionantes, parece claro que este medio de impugnación, una vez cumplidos todos sus presupuestos, a lo largo estará permitiendo a la Sala Primera del Tribunal Supremo el control de su propia actividad procesal.

La articulación de este incidente se presenta, con todo, fundamental. Atendido el tenor del vigente artículo 44.1.a LOPJ, redactado por la LO 6/2007, por el que, a efectos de admisión del amparo ante el Tribunal Constitucional, se ha sustituido la expresión "agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial" por otra mucho más general "todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales", de modo que la interposición del incidente se considera necesaria para considerar agotada la vía judicial ordinaria. En caso contrario, el recurso de amparo no debería admitirse<sup>18</sup>.

De otro lado, incluso en el ámbito de la casación, resulta altamente discutible que resoluciones recurribles sean única y exclusivamente las dictadas en procedimientos adecuados por la materia conforme al artículo 249.1.2º LEC. Como sostiene y justifica Otero Lo<sup>19</sup>, han de considerarse recurribles todas las sentencias en las que sea relevante el contenido de un derecho fundamental de modo que la norma que lo reconoce haya podido ser violada porque la finalidad es garantizar la correcta interpretación y aplicación de las normas que reconocen derechos fundamentales y mantener los controles de los tribunales ordinarios previos a un posible recurso en amparo ante el Tribunal Constitucional; y porque la sustancia de la infracción normativa es la misma. Con idéntica justificación, resoluciones recurribles serán todas aquellas en las que haya sido relevante para su resolución el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que haya podido ser infringido.

<sup>16</sup> Sobre el origen histórico y régimen actual de este incidente de nulidad, véase ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), cit., págs. 381-3.

<sup>17</sup> Sobre la naturaleza de este "incidente", conviene la norma de DEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J., "Medios de revisión y nulidad de sentencias firmes", en *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (con DE LA OLIVA), Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, págs. 586-588. Por su parte, GIMENO SENDRA, V., "Los recursos III. Los recursos extraordinarios", en *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte procesal*, cit., pág. 596, afirma que siempre puede entenderse correctamente como un medio de revisión de la cosa juzgada, tal y como funciona en la práctica debería ser configurado como un "recurso extraordinario".

<sup>18</sup> GIMENO SENDRA, V., "Los recursos III. Los recursos extraordinarios", cit., pág. 596.

<sup>19</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, (con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), cit., pág. 342.

En definitiva, limitar las resoluciones recurribles a áreas determinados procedimentales adecuadas para la tutela unos determinados derechos fundamentales de carácter material no obedece a ninguna lógica más que a la de limitar el ámbito de la casación por costumbres consuetudinarias por muy debatidas en el tiempo que se produzcan. En cambio, permitir la impugnación cuando se produzca una vulneración de los derechos fundamentales en el proceso civil se corresponde con el espíritu y finalidad del recurso extraordinario por infracción procesal destinado a garantizar la correcta interpretación y aplicación del artículo 24 CE previamente al amparo ante el Tribunal Constitucional.

## CONSENTIMIENTO ESTATAL Y AUSENCIA DE FORMALISMO EN LA CREACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

Valentín Ben Franch  
Universidad de Valencia

### 1. Introducción

Al abordar la cuestión de la creación de derechos y obligaciones internacionales conviene comenzar recordando dos características básicas del ordenamiento jurídico internacional. En primer lugar, que al no existir en el Derecho Internacional ningún poder superior al de los Estados, son los Estados los que crean el Derecho Internacional, ya sea directamente, ya sea en el marco de las Organizaciones Internacionales.<sup>1</sup> Esto significa que compete a los Estados decidir acerca de los procedimientos de creación o modificación del Derecho y de la manifestación formal de las normas, sin tener que acoplarse a fórmulas preestablecidas.<sup>2</sup> En segundo lugar, que el consentimiento estatal tiene a la vez una función causal y constitutiva en la creación y modificación del Derecho Internacional.<sup>3</sup> Planteamiento que determina que el elemento fundamental al consentir el proceso de creación, modificación o extinción de los derechos y de las obligaciones internacionales sea la existencia o no de dicho consentimiento.<sup>4</sup> Lo necesario o accesorio será la forma (escrita o no escrita, unilateral o concertada, expresa o tácita) de su manifestación.

Reconociendo que los distintos caracteres del medio social condicionan y configuran a su vez todos los caracteres del Derecho Internacional, el profesor *J. A. Barberis* afirmó que: "el orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden añadir nuevas fórmulas para crear el Derecho de gentes".<sup>5</sup> La evolución histórica del Derecho Internacional evidencia que, si en su origen y durante varios siglos, el Derecho Internacional fue un ordenamiento formado por unas pocas costumbres, tratados y principios generales, en la actualidad la creación y la modificación de los derechos y de las obligaciones internacionales responde a procedimientos más diversos y complejos.

En este sentido, el profesor *Luis J. Sánchez Rodríguez* ha sostenido que:

"Tras la tradicional dicotomía entre normas y obligaciones, de indudable validez y mérito, conviene advertir que si bien la fuente o el origen de las obligaciones se sitúa de ordinario

<sup>1</sup> Esto también significa, como ha destacado *Roger Cooter*, que "Los Estados siguen siendo (y esto que lo será por mucho tiempo) los principales actores de la escena internacional, entre otros razones porque constituyen las bases para legislar en el orden internacional". *RIQUELME CORREDO, R., Derecho Internacional. Entre un orden global y fragmentado*, Madrid, Ed. Editorial Nueva, 2005, p. 110. Véase igualmente *LEWIS, V., "The Politics of Law Making"*, in: M. Byer (ed.), *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, Oxford, 2000, p. 309.

<sup>2</sup> *TOMUSCHAT, CH., "International Law: Ensuring the Survival of Meaning on the eve of a new century"*, *Annuaire des Cours de la Académie de Droit International*, 281, 1999, pp. 43 y ss.

<sup>3</sup> *CABELLO SALCEDO, J. A., "Derecho Internacional et consentimiento des Etats. Cours général de droit international public"*, *Revue des Cours de la Académie de Droit International*, 257, 1996, pp. 45 y ss.

<sup>4</sup> Incluso el profesor *Gabriel Díaz Barrado* considera que el consentimiento del Estado puede ser causa de exclusión de la titularidad del uso de la fuerza en Derecho Internacional. Véase *DÍAZ BARRADO, G. M., El consentimiento, causa de exclusión de la titularidad del uso de la fuerza en Derecho Internacional*, vol. I, Zaragoza, Pressas Universitarias de Zaragoza, 1999, 416 págs.

<sup>5</sup> *BARBERIS, J. A., Formación del Derecho Internacional*, Buenos Aires, 1994, p. 253.