

FUNDADA EN 1981 POR

José Almagro Nosete
Valentín Cortés Domínguez
Faustino Gutiérrez-Alviz
Juan Montero Aroca
Francisco Ramos Méndez
Manuel Serra Domínguez

Director Honorífico

Francisco Ramos Méndez

Directores

Manuel Cachón Cadenas
Joan Picó i Junoy
Vicente Pérez Daudí



NÚMERO 2

2021 JUSTICIA
REVISTA DE DERECHO PROCESAL

JIB
BOSCH EDITOR

2021

JUSTIZIA

JUSTIZIA

JUSTIZIA

JUSTIZIA

JUSTIZIA

JUSTIZIA

JUSTIZIA





Justicia 2021

NÚMERO 2

Director Honorífico

Francisco Ramos Méndez

Directores

Manuel Cachón Cadenas

Joan Picó i Junoy

Vicente Pérez Daudí

Barcelona 2021



BOSCH EDITOR

JUSTICIA. REVISTA DE DERECHO PROCESAL

Publicación semestral.

Dirección Ejecutiva y recepción de originales:

J.M. BOSCH EDITOR

justicia@libreriabosch.com

Tel. (34) 93 683 13 44

© DICIEMBRE 2021



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: 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; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISSN: 0211-7754

D.L.: B.19117-1987

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

Printed in Spain – Impreso en España

Director Honorífico

Francisco Ramos Méndez

Directores

Manuel Cachón Cadenas

Joan Picó i Junoy

Vicente Pérez Daudí

Consejo de Redacción

Jaume Alonso-Cuevillas Sayrol, Coral Arangüena Fanego, Teresa Armenta Deu,
M^a. Victoria Berzosa Francos, José Bonet Navarro, Lorenzo Bujosa Vadell,
Juan-Luis Gómez Colomer, Fernando Gómez de Liaño, Faustino Gutiérrez-Alviz
Conradi, Mar Jimeno Bulnes, Manuel Lozano-Higuero Pinto, José S. Martín Ostos,
Jordi Nieva Fenoll, Guillermo Ormazábal Sánchez, Manuel Ortells Ramos,
Agustín Pérez-Cruz Martín, Nicolás Rodríguez García,
David Vallespín Pérez, José Luis Vázquez Sotelo

Secretario del Comité Editorial

Francisco Ramos Romeu

Comité Editorial

Xavier Abel Lluch, Federic Adan Doménech, Lluís Caballol Angelats,
Elisabet Cerrato Guri, Ramón Escaler Bascompte, Arantza Libano Beristain,
Francisco Málaga Diéguez, Nuria Mallandrich Miret, Belen Mora Capitán,
Carmen Navarro Villanueva, Susana Oromí Vall-llorena, Santiago Orriols García,
Francisco Ortego Pérez, Joan Prat Rubí, Nuria Reynal Querol, Cristina Riba Trepast,
Consuelo Ruiz de la Fuente, Pedro Ruiz Soto,
Mercedes Serrano Masip, Jaume Solé Riera

Comité Científico Internacional

Teresa Arruda Alvim Wambier (Pontificia Universidade Católica de São Paulo),
Elena Frascaroli Santi (Università degli Studi di Bologna),
Osvaldo Gozaini (Universidad de Buenos Aires),
Darci Guimarães Ribeiro (Universidade do Vale do Rio dos Sinos),
Eduardo Oteiza (Universidad Nacional de La Plata),
Mario Zoppellari (Università degli Studi di Bologna)

Dirección Ejecutiva

Xavier Bosch



Índice

NECROLÓGICAS

En memoria de Vicente Gimeno Sendra. José María Asencio Mellado	19
Michele Taruffo, <i>in memoriam</i> . Eduardo Oteiza.....	23

ESTUDIOS

El concepto de prueba ilícita en Michele Taruffo (<i>The concept of illegal evidence in Michele Taruffo</i>). Joan Picó i Junoy	33
1. Introducción	35
2. Primera etapa: «Studi sulla rilevanza della prova» (1970), «La motivazione della sentenza civile» (1975) e «Il diritto alla prova nel processo civile» (1984)	36
3. Segunda etapa: «La prova dei fatti giuridici» (1992), «Lezioni sul processo civile» (1995) y «La semplice verità» (2009).....	39
4. Tercera etapa: «La prova nel processo civile» (2012).....	43

5.	Influencia del concepto taruffiano en la posterior doctrina	44
6.	Reflexiones sobre el concepto de prueba ilícita en la obra de Taruffo	46
7.	Bibliografía	48

Ciudades invisibles. Desafíos metodológicos de la comparación procesal. (*Invisible Cities. Methodological Challenges of Procedural Com-parison*). Eduardo Oteiza.....

1.	Sólo apariencia de objetividad.....	56
2.	El <i>droit commun legislatif</i> y las familias jurídicas	59
3.	Enfoques sobre semejanzas y diferencias. Función y cultura. Com-parar	61
4.	Mediciones sobre acceso a la justicia y democracia. No tan lejos, no tan cerca	65

Algunas cuestiones sobre la liquidación del régimen económico matrimonial. (*Some questions on the liquidation of the matrimonial property regime*). María Luisa Escalada López.....

1.	Introducción	73
2.	Caracteres que informan el procedimiento	74
3.	Disolución del régimen económico matrimonial	78
4.	Liquidación del régimen económico matrimonial	83
4.1.	Ámbito de operatividad del procedimiento. Presupuestos.....	83
4.1.1.	Prexistencia de un vínculo matrimonial	85
4.1.2.	Presencia de una masa común	85
4.1.3.	Ausencia de acuerdo	88
4.2.	Competencia	89
4.3.	Legitimación. Requisitos de postulación.....	91

4.4. Fases de formación de inventario y de liquidación .	93
4.4.1. Introducción.....	93
4.4.2. Formación de inventario.....	94
4.4.3. Fase de liquidación.....	100
5. Liquidación del régimen de participación	105
5.1. Introducción	105
5.2. Procedimiento y requisitos de tramitación.....	107

Intervención del criminólogo/a en el proceso penal español
(Criminologist's intervention in the Spanish criminal proceedings).

Carmen Navarro Villanueva	111
1. La inexplicable preterición del criminólogo en el proceso penal español.....	114
2. Los « <i>pre-sentence reports</i> » del derecho comparado y los informes sociales del RD 515/2005 como antecedente del informe criminológico	118
3. El informe del Equipo Técnico en el proceso penal de menores y la posible intervención del criminólogo.....	120
4. El informe criminológico como dictamen pericial.....	123
4.1. Concepto de perito y contenido del informe pericial	123
4.2. El informe criminológico en fase de instrucción	126
4.3. El informe criminológico en el juicio oral.....	128
4.4. A modo de recapitulación: materias comprendidas y excluidas del informe criminológico	130
4.5. Valoración del informe criminológico.....	133
5. Algunas reflexiones finales	135
6. Bibliografía	137

Presente y futuro de las reclamaciones de los pasajeros de transporte aéreo. Análisis de las reformas procesales pendientes. (<i>Present and future of air passengers claims. Analysis of pending procedural reforms</i>). Irene Nadal Gómez.....	141
1. Introducción.....	144
2. El despegue de las reclamaciones de los pasajeros de transporte aéreo: antecedentes de la propuesta.....	148
2.1. Detección del fallo y valoración de factores contribuyentes.....	150
2.2. Las escalas técnicas y la adopción de medidas para la mejora del régimen de reclamación de los pasajeros de transporte aéreo	158
2.2.1. Primera escala: la atribución al pasajero de transporte aéreo de la condición de consumidor	158
2.2.2. Segunda escala: Creación de procedimiento específico de resolución de litigios para el transporte aéreo.....	160
2.2.2.1. La primera vía: el procedimiento ante la AESA.....	161
2.2.2.2. La segunda vía: oferta de sistemas de arbitraje y mediación atractivos para las reclamaciones de transporte.....	165
2.2.3. Tercera escala: Las soluciones internas e interinas de los Juzgados de lo Mercantil	168
3. Últimas acciones de mantenimiento para garantizar la llegada al aeropuerto de destino; la protección efectiva del pasajero y la descongestión del sistema judicial.....	172
3.1. Cuarta escala: Modificación del régimen de la DA2 ^a en la redacción de la Ley COVID.....	172
3.1.1. Adecuación de la previsión al derecho a la tutela judicial.....	187
3.1.2. Creación de un título ejecutivo	198

3.1.3. El cumplimiento de la resolución y la sanción administrativa	200
3.2. Actuaciones previstas previas al aterrizaje: la futura reforma de la LEC y de la LOPJ en materia de transporte de pasajeros.....	200
3.2.1. La reforma prevista en la APLMESP	201
3.2.2. El APLO de Insolvencia	206
4. Consideraciones finales antes del aterrizaje	209
5. Bibliografía	210
¿Jueces sometidos únicamente al imperio de la ley? (<i>Judges submitted solely to the rule of law?</i>). Pedro Álvarez Sánchez de Movellán	215
1. Marco constitucional.....	218
1.1. El sometimiento a la ley como garantía del Juez	219
1.2. El sometimiento del juez a la ley como garantía para el ciudadano.....	220
2. La aplicación interpretativa del derecho por los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional	222
2.1. El juez y la aplicación del derecho interpretado para el caso concreto.....	222
2.2. Ortodoxia, peligros e inquietudes en la interpretación judicial del derecho	226
3. Fórmulas por las que la interpretación judicial del derecho hace derecho	228
3.1. La jurisprudencia como traductor práctico de las fuentes del ordenamiento jurídico	228
3.2. Sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	229
3.3. Un apunte sobre la Incidencia en el juez español de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	231

3.3.1. De qué forma vinculan las sentencias del TEDH.....	231
3.3.2. La evitación del pleito a través de la «sentencia piloto».....	233
3.4. La tentación de una jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo	234
3.4.1. El papel de la jurisprudencia en el recurso de casación.....	236
3.4.1.1. La jurisprudencia y el acceso a la casación.....	236
3.4.1.2. La jurisprudencia que prejuzga. En la casación o en la instancia	238
3.4.2. Modelos normativos en torno a una jurisprudencia vinculante	240
3.4.3. Otras formas de evitar que el juez juzgue al dictar sentencia.....	244
3.4.3.1. Exenciones de juicio al amparo de la cosa juzgada penal	244
3.4.3.2. Exenciones de juicio por razón de competencia en la valoración de la prueba	246
3.4.4. El recurso en interés de Ley. Un modelo en retirada.....	248
3.5. El juez español ante las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	249
4. La discrecionalidad del juez ante la ley. Posibilidades, límites y controles.....	256
4.1. Sobre la discrecionalidad judicial	256
4.1.1. Una discrecionalidad de mínimos, como exigencia de la mera aplicación de la ley	256
4.1.2. El uso de una discrecionalidad judicial más allá de la ley.....	260

4.1.3. ¿Cabe la discrecionalidad «contra legem»?...	262
4.2. Autocontrol y control de la discrecionalidad judicial	265

La protección de las personas menores víctimas de violencia de género: Reflexión sobre la adopción de medidas civiles en una orden de protección. (<i>The protection of minors victims of gender-based violence: reflection on the adoption of civil measures in a protection order</i>). Elisabet Cerrato Guri	269
1. Introducción	272
2. El rol del Ministerio Fiscal	279
2.1. El interés superior del menor	279
2.2. El Ministerio Fiscal y las medidas civiles de una orden de protección.....	282
2.2.1. Aproximación a la orden de protección.....	283
2.2.2. Regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento para la adopción de las medidas civiles de una orden de protección.	287
2.2.3. Participación real del Ministerio Fiscal.....	288
2.2.3.1. Poca presencia en los procesos de violencia de género	288
2.2.3.2. Escasa solicitud de medidas civiles derivadas de una orden de protección en defensa de los derechos de las personas menores de edad	290
3. Particularidades en la adopción, prórroga y modificación de las medidas civiles de una orden de protección	291
3.1. Adopción de las medidas civiles	291
3.2. Prórroga: ratificación o modificación de las medidas civiles.....	299
4. Conclusiones	304
5. Bibliografía	305

Smart contracts y tutela judicial. La incidencia de los contratos autoejecutables en la tutela judicial de los derechos y los intereses materiales de los justiciables (<i>Smart contracts and judicial protection. The impact of smart contracts on the judicial protection of the material rights of the individuals</i>). Guillermo Schumann Barragán	309
1. Introducción	312
2. La realización extrajudicial de la pretensión material.....	313
2.1. La exigibilidad de la prestación debida: la pretensión material (<i>Anspruch</i>)	313
2.2. La realización judicial y extrajudicial de la pretensión material.....	315
3. Las medidas de aseguramiento de la ejecución contractual	317
3.1. La prohibición de autotutela y las medidas de aseguramiento de la ejecución contractual	319
3.2. Los contratos autoejecutables son medidas automatizadas de aseguramiento de la ejecución contractual.....	320
4. Los contratos autoejecutables y su incidencia en la tutela judicial de los derechos y los intereses materiales de los justiciables.....	326
4.1. Las cargas materiales, procesales y económicas asociadas a la demanda	326
4.2. El cambio de la carga de la demanda y de la posición jurídica tutelable asociados a la ejecución extrajudicial de la pretensión material.....	328
5. Los contratos autoejecutables y su incidencia en la posesión de hecho	331
5.1. El bloqueo de las cosas como una función de los contratos autoejecutables y su relación con la protección de la posesión de hecho	332

5.2. La función de bloqueo de las cosas y su relación con las normas sobre inembargabilidad.....	335
6. Conclusión	337

La ley del silencio en el proceso penal (*The law of silence in criminal proceedings*). Juan José Duart Albiol

1. El derecho a guardar silencio como medio de defensa.....	341
2. El derecho a guardar silencio como derecho fundamental.	350
3. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos a guardar silencio y a no inculparse	363
4. La valoración del silencio por parte del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo	374
5. La utilización del silencio del acusado como medio de introducción en el juicio oral de sus anteriores declaraciones	387
6. Conclusiones	393
7. Bibliografía citada	395

La utilización de canes como medida de protección en las mujeres víctimas de violencia de género (*The use of dogs as a measure of protection for women victims of gender violence*). Melania Palop Belloch

1. Introducción	401
2. La utilización de perros como posible medida de protección a las víctimas de violencia de género	404
3. El adiestramiento de perros como medida de seguridad en las víctimas de violencia de género	407
4. Conclusión	424
5. Bibliografía	429

5.1. Doctrina	429
5.2. Legislación	429
5.3. Noticias	430
5.4. Entrevistas realizadas.....	431

RESEÑAS

Reseña bibliográfica de la obra «Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de <i>lege lata</i> y propuestas de <i>lege ferenda</i> » de Arantza Libano Beristain, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2020, págs. 304, ISBN 9788412270044. Carlos de Miranda Vázquez.....	435
--	-----

DE LOS ARCHIVOS

Un primer testimonio de primera mano sobre la aplicación de la Ordenanza Procesal Civil de Franz Klein. Manuel Cachón Cadenas....	445
Normas editoriales	449

Normas editoriales

Los autores enviarán su colaboración por correo electrónico a la siguiente dirección: justicia@libreriabosch.com. Junto al trabajo debe aparecer un resumen en castellano y en inglés de una extensión máxima de cien palabras, acompañado de las palabras clave correspondientes (en castellano y en inglés), el nombre del autor y el cargo académico o profesional. De igual modo, deberá traducir al inglés el título del estudio enviado.

Los trabajos presentados deberán ser inéditos. Los autores ceden gratuitamente los derechos de publicación a esta revista o a cualquier otra publicación o medio de reproducción o comunicación, en cualquier formato o soporte, incluida su traducción, que la dirección ejecutiva de la revista considere oportuno ceder.

Los trabajos tendrán una extensión máxima de 60 páginas, a doble espacio, en letras Times New Roman 12 (texto) y 10 (notas), y se enviarán en formato word.

La estructura del trabajo deberá realizarse mediante números: 1, 2, 3, etc. Y dentro del 1: 1.1, 1.2, 1.3, etc. Y dentro del 1.1: 1.1.1., 1.1.2, 1.1.3, etc. Y así sucesivamente.

En la redacción procurará no usarse negrita ni subrayado.

Las citas deberán ir a pie de página. La bibliografía se citará con el siguiente orden: autor (al menos apellidos), título de la obra en cursi-

va, ciudad, año y páginas citadas. Para separar estos datos se utilizará la coma. Los títulos de revista no irán abreviados y deberá constar el año y número de la revista. Cuando se cite la misma referencia varias veces, se hará completa la primera vez y abreviada en las restantes. Si se citan recursos electrónicos deberá indicarse la dirección electrónica donde se ha obtenido la información y la fecha de impresión o lectura (ejemplo: www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia; fecha de consulta: 16/02/2012). Y si se citan resoluciones judiciales deberán destacarse todos los datos necesarios para su localización (ejemplo: STC 112/2011, de 4 de octubre; STS –Sala 1ª– de 17 de septiembre de 2011, RJ\2011\7132; o SAP de Madrid –Sección 7ª– de 23 de octubre de 2011, JUR\2011\31149).

Se acusará recibo de los originales, que serán sometidos a la valoración de dos evaluadores externos. Su publicación podrá ir condicionada a la introducción de modificaciones.

Asimismo, se informará de las publicaciones enviadas a los Directores que podrán ser reseñadas en esta revista.

La revista y sus directores no se hacen responsables del contenido de los trabajos ni de las opiniones y comentarios de los autores.