

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

Just Franco Arias

Joan Picó i Junoy



NÚMERO 2

2020 JUSTICIA

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

JIB
BOSCH EDITOR

2020

JUSTIZIA





Justicia 2020

NÚMERO 2

Director Honorífico

Francisco Ramos Méndez

Directores

Manuel Cachón Cadenas

Just Franco Arias

Joan Picó i Junoy

Barcelona 2020



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 2020



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

Just Franco Arias

Joan Picó i Junoy

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, Vicente Pérez Daudí, 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 Trepapat, 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

ESTUDIOS

Una mirada comparatista (y algo histórica) sobre la actual perniciosa obsolescencia de un papel activo del juez civil (<i>A comparative (and partly historical) look at the currently pernicious obsolescence of the civil judge's active role</i>). Angelo Dondi.....	21
1. Naturaleza de la presente obsolescencia	24
2. Necesidad de un papel activo del juez civil durante el siglo XX – Especialidad cultural del caso estadounidense	26
3. Modulación de las nociones de <i>managerial judge</i> y de <i>complex litigation</i> en los E.U.....	34
4. Algo acerca de los enfoques europeo-continenciales y de la difundida incertidumbre	39
Los ejes fundamentales del sistema de acciones colectivas. Un intento de clarificación y propuestas de <i>lege ferenda</i> (<i>The Fundamental Axes of the System of collective actions. Attempt at Clarification and Lege Ferenda Proposals</i>). Guillermo Ormazabal Sánchez	47
1. Consideraciones preliminares y objeto del trabajo: la necesidad de clarificar un panorama embrollado	50

2.	Las dos direcciones básicas de la tutela colectiva: tutela de intereses supraindividuales (o tutela colectiva propiamente dicha) y tutela de intereses pluriindividuales homogéneos	53
3.	Las acciones colectivas como instrumento para incentivar la actuación del derecho a través de actores privados (<i>private law enforcement</i>) y para canalizar la función preventiva del derecho privado	55
4.	La tutela colectiva en sentido estricto (tutela de intereses supraindividuales)	59
4.1.	Diferentes modalidades de tutela de los intereses supraindividuales.....	59
4.2.	Ámbito material de aplicación de la tutela colectiva: el enfoque sectorial y el planteamiento horizontal ...	61
4.3.	La legitimación para el ejercicio de las acciones colectivas	64
4.4.	La cosa juzgada de las sentencias recaídas en procedimientos colectivos	68
4.4.1.	La cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso colectivo en relación con el ejercicio posterior de la misma acción colectiva por otras entidades o asociaciones.....	68
4.4.2.	La autoridad de la cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso colectivo en relación con procesos posteriores suscitados individualmente por los miembros del grupo o colectivo afectado	71
4.5.	El poder de disposición sobre el objeto del proceso colectivo. La transacción en el proceso colectivo.....	81
4.6.	Coordinación entre la tutela colectiva y el ejercicio de acciones individuales a favor de los miembros del colectivo	83

4.7. La litispendencia y la posibilidad de ejercicio simultáneo de acciones colectivas y acciones individuales	86
5. Acciones colectivas de reparación de daños y perjuicios individuales plurales y homogéneos.....	89
5.1. La tutela colectiva como alternativa al litisconsorcio activo y a la cesión derechos a un tercero para su exacción judicial.....	89
5.2. La pretensión colectivizada y las pretensiones individuales.....	93
5.3. La pretensión colectivizada. Legitimación y cosa juzgada. Sistemas de adhesión expresa (<i>opt-in</i>) y autoexclusión (<i>opt-out</i>).....	95
5.4. Las acciones individuales derivadas de la estimación de la pretensión colectivizada. Formas de articulación. En particular, la conveniencia de permitir de <i>lege ferenda</i> el otorgamiento de un tanto alzado en los casos de daños plurales heterogéneos.....	99
5.4.1. Acumulación de las reclamaciones individuales con la acción propiamente colectiva o colectivizada, de modo que se sustancien en el mismo proceso y se resuelvan en la misma sentencia.....	99
5.4.2. Ejercicio de las reclamaciones individuales en procesos diferentes y sucesivos, sobre la base de la eficacia de la sentencia estimatoria de la pretensión colectivizada.....	100
5.4.3. El diferimiento de la compensación individual a una suerte de incidente declarativo en el proceso de ejecución.....	103
5.4.4. La condena a un tanto alzado atendiendo a criterios estadísticos, actuariales etc.	105
5.4.5. La adopción de soluciones o sistemas <i>cy près</i> para el caso de los daños difusos.....	109

5.5. Recapitulación: la coordinación en Derecho español entre la acción genuinamente colectiva y las pretensiones individuales derivadas.....	110
5.6. La disposición sobre el objeto del proceso y la transacción colectiva en los procesos colectivos para la indemnización de daños pluriindividuales homogéneos	112
6. Bibliografía	113

La flexibilidad del juicio civil en España: el reparto y el modelo de juicio a la luz de las estadísticas (<i>The flexibility of civil proceedings in Spain: The distribution of cases and models of proceedings in the light of statistics</i>). Francisco Ramos Romeu	119
--	------------

1. Introducción	121
2. La distribución de asuntos en juicios verbales y ordinarios	125
3. La estructura de los juicios verbales y ordinarios.....	130
3.1. Estadísticas del CGPJ que manejamos	131
3.2. La capacidad resolutoria de los juicios declarativos ...	132
3.3. La pendencia de los juicios declarativos.....	136
4. La sentencia de los juicios verbales y ordinario	141
5. Conclusiones y propuestas de flexibilización.....	147

El puzzle de la casación civil en España u ordenando las dos Españas: la convivencia de la casación civil común y la autonómica. Análisis <i>lege data</i> y propuestas de mejora <i>lege ferenda</i> (<i>The puzzle of civil cassation in Spain or ordering the two Spains: common civil cassation and autonomic civil cassation living together. Lege data analysis and lege ferenda improvement proposals</i>). Ixusko Ordeñana Gezuraga	153
--	------------

1. Introducción: pautas metodológicas e intención	156
2. La casación autonómica	159

2.1. Concepto y características	159
2.2. Contextualización: el Estado autonómico español ...	161
2.3. Reconocimiento.....	163
2.4. Breve nota histórica	166
2.5. Los TSJ en cuanto órganos constitucionales con competencia funcional para conocer de la casación autonómica	169
2.5.1. Órganos de configuración política para cul- minar la organización territorial del Estado en materia de justicia	169
2.5.2. Competencia funcional de los TSJ para cono- cer de casación o sobre la distinción entre las dos Españas	172
2.6. Líneas generales de la ordenación de la casación au- tonómica	173
2.7. Cuestiones controvertidas en torno a la casación au- tonómica	175
2.7.1. Presentación	175
2.7.2. ¿Qué es el derecho civil autonómico?	176
2.7.3. ¿Cuáles son las funciones de la casación civil autonómica?	184
2.7.4. ¿Atenta su existencia a la igualdad de los jus- ticiales?	186
2.7.5. ¿Cómo afecta a la unidad jurisprudencial?	187
2.7.6. ¿Cuántas casaciones autonómicas existen?	188
3. La convivencia de las dos Españas o sobre la relación de la casación común y la casación autonómica en materia civil.....	189
3.1. Una relación problemática <i>per se</i>	189
3.2. Lindes iuspositivistas o análisis <i>lege data</i>	190
3.2.1. Sistematización	190

3.2.2. Competencia funcional general del TS y los TSJ para conocer de la casación civil común y autonómica, respectivamente	191
3.2.3. Reglas particulares a favor del Tribunal Supremo	192
3.2.4. Reglas particulares a favor de los TSJ	193
4. Decálogo de críticas principales a la configuración de la casación autonómica y a su convivencia con la casación común	195
5. Propuestas de mejora a la configuración de la casación autonómica y a su convivencia con la casación común....	205

Sentido y finalidad pendular del proceso civil: tutela de los derechos como teleología primaria (*Sense and pendular purpose of the civil procedure: protection of rights as an overriding objective*).

Álvaro J. Pérez Ragone	213
1. Introducción: Las finalidades del proceso civil	216
2. Sentido (¿por qué?) y finalidad/tarea/objetivo (¿para qué?) del proceso civil	219
3. Distintas posiciones y propuestas	222
3.1. La realización y tutela del (de los) derecho(s)	223
3.1.1. Realización de derechos e intereses subjetivos privados como finalidad/tarea primaria.....	223
3.1.2. Realización de los estándares del derecho objetivo	226
3.1.3. Cumplimiento privado del Derecho mediante medidas regulatorias	230
4. Finalidades concurrentes y secundarias.....	231
4.1. La solución de la controversia como fin del proceso	231
4.2. La paz jurídica.....	235
4.3. La seguridad jurídica	236
4.4. La creación y desarrollo del Derecho	237

4.5. La sola solución de controversia o conflictos inter-subjetivos	238
5. Tutela colectiva y mediada de derechos	239
6. Resumen y concreción de la finalidad primaria del proceso civil: tutela y realización de los derechos e intereses ...	240
7. Conclusiones	244
8. Bibliografía	245

Apuntes y reflexiones críticas sobre ciertas cuestiones probatorias en materia de filiación (*Critical notes and reflections on certain evidential issues of filiation*). Eva Isabel Sanjurjo Ríos..... 253

1. Introducción	256
2. La admisión de la demanda supeditada a la presentación de un principio de prueba: ¿su exigencia legal está siempre justificada en la práctica?	257
3. La práctica de prueba de oficio: sobre la oportunidad de su previsión legal	268
4. El impacto de los nuevos medios tecnológicos para la acreditación de las acciones judiciales sobre filiación	272
5. Algunas apreciaciones personales sobre el fundamental rol de la prueba biológica y la reacción legal ante la negativa injustificada de su práctica	281
5.1. La prueba de ADN: una prueba altamente fiable, pero no infalible	281
5.2. Breves reflexiones y propuestas de <i>lege ferenda</i> ante la regulación procesal de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica	288
5.2.1. Introducción.....	288
5.2.2. La existencia de «otros indicios»: un tema de «calidad», y no de «cantidad», dejado al arbitrio judicial	290

5.2.3. ¿No habrá llegado el momento de que la ley reconozca una <ficta confessio> ante negativas injustificadas para la práctica de la prueba de ADN?.....	294
6. El «incomprensible» silencio de la LEC sobre la audiencia del menor.....	300
7. Bibliografía.....	302
Indemnización por prisión preventiva injusta: evolución del artículo 294.1 de la LOPJ a la luz de la jurisprudencia nacional y europea (<i>Compensation for unfair pre-trial detention: evolution of article 294.1 LOPJ in light of national and european case law</i>). Lidia Domínguez Ruiz.....	309
1. Planteamiento.....	312
2. La inexistencia objetiva y subjetiva del hecho imputado como criterios jurisprudenciales.....	315
3. El cambio jurisprudencial a raíz de las SSTS de 23 de noviembre de 2010: la supuesta influencia del TEDH.....	319
4. La interpretación del TC tras sus sentencias de enero de 2017.....	326
5. La posible nueva redacción del artículo 294 de la LOPJ tras la STC de Pleno 85/2019, de 19 de junio: nuevo cambio jurisprudencial.....	330
6. La línea jurisprudencial seguida tras la STC de Pleno 85/2019, de 19 de junio.....	336
7. Bibliografía.....	339
La recepción de inteligencia militar procedente de zonas de conflicto en el proceso penal por delitos de terrorismo (<i>Admissibility as evidence before the spanish criminal courts of information on terrorist offences obtained by the military in conflict zones</i>). Antonio Martínez Santos.....	343

1.	Introducción y planteamiento del problema.....	346
2.	El contexto inmediato: esfuerzos para compartir inteligencia militar dentro de la coalición contra el Estado Islámico (EI)	349
3.	Las directrices de «prueba militar» del Comité contra el Terrorismo del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas	351
4.	Algunos desafíos que plantean las directrices de «prueba militar» desde la óptica del Derecho procesal español.....	363
4.1.	Problemas orgánicos que plantea la investigación del terrorismo por parte de las Fuerzas Armadas españolas en sus misiones en el exterior	365
4.2.	Problemas de jurisdicción.....	368
4.2.1.	El ejercicio directo de facultades investigadoras de ilícitos penales en territorio extranjero: presupuestos para su legitimidad y problemas de ley aplicable.....	368
4.2.2.	Jurisdicción para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo cometidos en zonas de conflicto	371
4.3.	Problemas de recepción y utilización en el proceso: naturaleza, admisibilidad y valor procesal de la inteligencia militar procedente de zonas de conflicto.....	375
4.3.1.	Naturaleza de los expedientes preparados conforme a las directrices de «prueba militar» del Consejo de Seguridad de la ONU desde el punto de vista del Derecho español: una primera aproximación.....	375
4.3.2.	Condiciones para la admisibilidad de los «expedientes de inteligencia militar» en el proceso penal español	379
5.	Conclusión	390
6.	Referencias bibliográficas	391

Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la subasta judicial (<i>Reflections on the legal nature of the judicial auction</i>). Rubén López Picó	395
1. Aproximación conceptual	398
2. Naturaleza jurídica de la subasta judicial	408
2.1. Teorías privatistas o contractualistas	409
2.1.1. Teorías que sitúan la figura del vendedor en el propio órgano judicial ejecutivo	415
A. Teoría de la representación genérica	415
B. Teoría de la sustitución material del Juez o de la representación legal del órgano ejecutivo.....	418
C. Teoría de la expropiación del poder de disposición.....	419
2.1.2. Teorías que circunscriben la figura del vendedor en la persona del ejecutante.....	423
A. Teoría del mandato voluntario.....	424
B. Teoría de la prenda del ejecutante sobre el patrimonio del ejecutado.....	426
2.1.3. Otras teorías privatistas o contractualistas.....	427
A. Teoría del contrato procesal.....	428
B. Teoría del contrato de adhesión.....	429
2.2. Teorías publicista o procesalistas	430
2.2.1. Teorías estrictamente publicistas o procesalistas.....	432
2.2.2. Teorías publicistas o procesalistas que admiten la aplicación análoga del régimen jurídico de ciertas figuras sustantivas	434
2.2.3. Teorías publicistas o procesalistas que partiendo del proceso otorgan cierta relevancia a los aspectos y efectos sustantivos que el desarrollo de la subasta judicial trae consigo.....	436
2.3. Teorías intermedias.....	441

3.	Ideas finales	443
4.	Referencias bibliográficas	450

Aspectos procesales de la recuperación de la posesión de las viviendas ocupadas ilegalmente (*Procedural aspects of recovery of the possession of illegally occupied houses*). Adolfo Sola Recena

1.	Introducción	459
2.	Derecho a la vivienda vs. derecho a la propiedad	461
3.	Vías procesales aptas para recuperar la posesión	465
3.1.	La vía penal: el delito leve de usurpación	466
3.2.	La vía civil	472
3.2.1.	Procedimiento del art. 250.1.2º LEC (Precario)	473
3.2.2.	Procedimiento del art. 250.1.4º LEC (Tutela sumaria de la posesión)	480
3.2.2.1.	Tipo general. Párrafo primero del art. 250.1.4º LEC.	482
3.2.2.2.	Tipo exprés (Ley 5/2018). Párrafo segundo del art. 250.1.4º LEC	487
3.2.3.	Procedimiento del art. 250.1.7º LEC (Tutela de los derechos reales inscritos)	493
4.	Incidencia del COVID-19 en la recuperación de la posesión.....	499
5.	Conclusiones	501
6.	Bibliografía y webgrafía.....	504

Aspectos procesales de la acción de división de la cosa común (*Procedural issues of the action of division of the common thing*).

Samuel Urbano Botella.....	509	
1.	Introducción	511
2.	La acción de división de la cosa común.....	514

2.1. Aproximación al derecho civil común	516
2.2. Aproximación al derecho civil catalán	521
3. Opciones procedimentales para determinar la acción de división de la cosa común.....	523
3.1. División voluntaria	523
3.2. División contenciosa	530
4. Radiografía de la práctica judicial actual en relación con el trámite procedimental de la acción de división de cosa común	538
4.1. Aplicación del procedimiento de apremio judicial ...	539
4.2. Aplicación del expediente de subasta voluntaria	544
5. Conclusiones	547
6. Bibliografía	549
7. Doctrina judicial	552

DE LOS ARCHIVOS

El acceso de las mujeres a las profesiones jurídicas según una tesis doctoral de Derecho Procesal leída en 1919. Manuel Cachón Cadenas	555
Apéndice de la tesis doctoral «El Derecho Judicial de las Partidas», defendida en 1919. Francisco Marcos Pelayo.....	559
Normas editoriales	563

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.