

FUNDADA EN 1981 POR

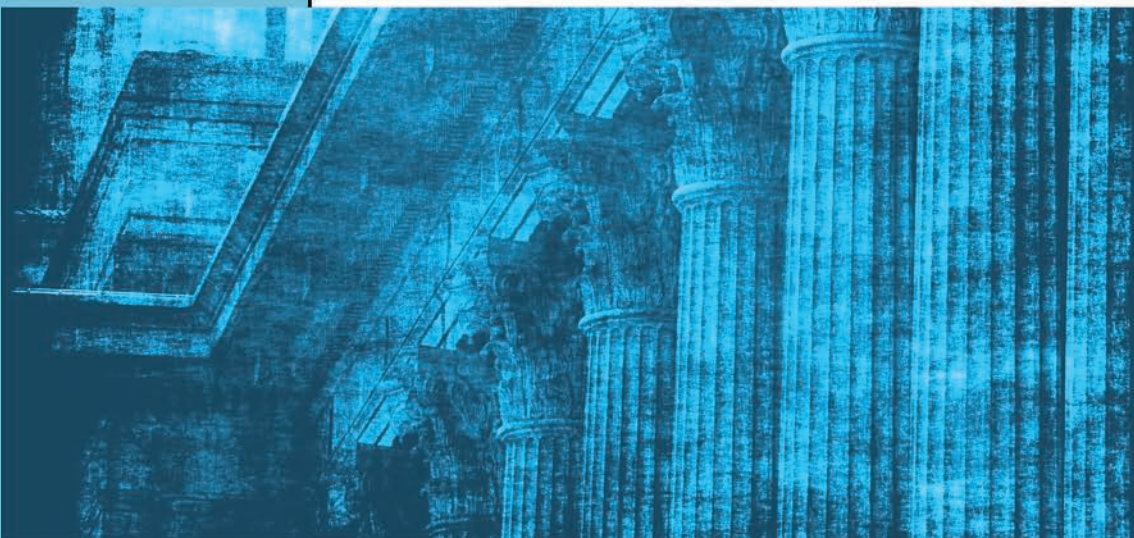
José Almagro Nosete
Valentín Cortés Domínguez
Faustino Gutiérrez-Alviz
Juan Montero Aroca
Francisco Ramos Méndez
Manuel Serra Domínguez

Director Honorífico

Francisco Ramos Méndez

Directores

Manuel Cachón Cadenas
Just Franco Arias
Joan Picó i Junoy



NÚMERO 1

2018 JUSTICIA

REVISTA DE DERECHO PROCESAL

JIB
BOSCH EDITOR

2018

JUSTIZIA





Justicia 2018

NÚMERO 1

Director Honorífico

Francisco Ramos Méndez

Directores

Manuel Cachón Cadenas

Just Franco Arias

Joan Picó i Junoy

Barcelona 2018



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

© JUNIO 2018



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 Payà (cspaya@sbeditorialdesign.com)

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, 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, Vicente Pérez Daudí, Joan Prat Rubí, Nuria Reynal Querol, Cristina Riba Trepal, 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

Reconocimiento a la excelencia de Justicia. Revista de Derecho Procesal

La revista JUSTICIA ha merecido la concesión de la máxima categoría «A» en el nuevo listado CARHUS Plus+ de revistas científicas elaborado por la «Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación» –AGAUR– (con Certificación ISO 9001:2008 en el ámbito de la gestión universitaria).

Convocatoria de ideas de la Revista Justicia

«Propuestas sin coste para mejorar la Justicia»

En España, la inversión en Justicia no ha sido una prioridad de los gobiernos de las últimas legislaturas. Además, en la actualidad, las arcas del Estado están bajo estrés y comprometidas en muchos otros quehaceres.

Sin embargo, esta situación no puede servir de excusa para que no tratemos de mejorar el derecho a una tutela judicial efectiva. Sin duda existen reformas o cambios de instituciones, de normas, o de prácticas, que, sin costes o prácticamente sin costes, podrían contribuir a reducir los gastos directos de funcionamiento de la Justicia, aumentar el grado de acierto de los tribunales al resolver los asuntos, optimizar los tiempos de respuesta, o incrementar su eficacia. Es decir, en general y entendido en los términos más amplios, mejorar la Justicia.

La nueva legislatura que se inicia, sin mayorías claras que precluyan ninguna alternativa, es un ambiente propicio para aunar esfuerzos, generar, debatir y quizá implementar propuestas que permitan a nuestro país fortalecer el derecho a la tutela judicial efectiva.

Con estas premisas, la Revista Justicia desea invitar a todos sus lectores y a los amantes del derecho procesal a proponer medidas de perfeccionamiento de la Justicia en España en todas sus formas, órganos y puestos, órdenes, grados e instancias, procesos y procedimientos, que, sin coste o casi, podrían contribuir a su mejora. Las propuestas pueden centrarse en una institución y desgranar los cambios deseables, o bien abarcar varias instituciones y las modificaciones puntuales que conformarían el progra-

ma legislativo preferido de su autor, o incluso introducir, retocar o suprimir un artículo de la ley. En todo caso, las propuestas deben ser concretas, breves y con una motivación sucinta (sería recomendable un máximo de dos páginas) de porqué el autor cree que cabría esperar una mejora de la Justicia con unos costes nulos o prácticamente.

La Revista Justicia se compromete a publicar las propuestas que reciba en la forma y los términos que considere más adecuados para su presentación y difusión. La mejora de la Justicia es una labor siempre en curso, por lo que no se pone una fecha límite a esta convocatoria. En los próximos números de la Revista confiamos en ir presentando las propuestas que se reciban.

Agradeciendo de antemano su colaboración.

Diciembre 2016

Manuel Cachón Cadenas

Just Franco Arias

Joan Picó i Junoy

Directores de la Revista

Francisco Ramos Romeu

Secretario del Comité Editorial

Índice

NECROLÓGICAS

María del Carmen Calvo Sánchez, Maestra. Lorenzo M. Bujosa Vadell	21
Ada Pellegrini Grinover (†13/7/2017). Roberto O. Berizonce.....	27
José Carlos Barbosa Moreira (1931-2017). Roberto O. Berizonce ..	31
En memoria del profesor Carlos Martín Brañas. Marien Aguilera Morales.....	33

ESTUDIOS

Una visión partidista de los acontecimientos de la <i>scuola italiana</i> del derecho procesal civil en la segunda mitad del siglo XX (A partisan view concerning the events of the «italian school» of civil procedure in the second half of the twentieth century). Angelo Dondi ...	39
1. Sentido de la expresión <i>scuola italiana</i> del derecho procesal.	42
2. El manifestarse de un panorama –salvo excepciones– muy poco abigarrado	45
3. Frente a los nuevos asuntos	50
4. La cultura del proceso civil en Italia y la nueva realidad compleja.....	52

La debida independencia del perito judicial (<i>The due independence of judicial expert</i>). Joan Picó i Junoy.....	57
1. Planteamiento del tema.....	60
2. La independencia e imparcialidad judicial	60
3. ¿Es posible trasladar el concepto de la independencia del juez a la del perito judicial?.....	67
4. Condiciones necesarias para la verdadera independencia de los peritos judiciales.....	70
4.1. El perito no debe estar subordinado a nadie, sino solo a sus propios conocimientos especializados.....	71
4.2. Deben preverse mecanismos eficaces para que el perito pueda denunciar cualquier posible ataque a su independencia.....	75
5. Reflexión final.....	77
6. Anexos.....	78
6.1. «Guía de buenas prácticas de la pericia judicial civil en la Unión Europea» de l' <i>European Expertise & Expert Institute</i> aprobadas en octubre de 2015	78
6.2. «Líneas directrices sobre el papel de los peritos nombrados por un tribunal en los Estados miembros del Consejo de Europa» de la «Comisión Europea para la eficacia de la Justicia» –CEPEJ–, aprobadas el 12 de diciembre de 2014.....	80
6.3. «Recomendaciones de buenas prácticas jurisdiccionales de la Corte de Casación francesa sobre pericias judiciales civiles» aprobadas el 15 y 16 de noviembre 2007.....	82
 Las nuevas medidas de investigación tecnológica y la enésima invocación al principio de proporcionalidad (<i>The new technological research measures and the nth invocation at the principle of proportionality</i>). Pedro Álvarez Sánchez de Movellán	85
1. Mil razones para una reforma legal	88

2.	Itinerarios dentro de un capítulo de disposiciones comunes para una ley especial.....	91
3.	Los principios rectores del art. 588 bis a) LECrim.....	92
3.1.	Una aproximación a la función de los principios rectores.....	92
3.2.	Sobre qué rigen los principios rectores.....	94
4.	Principio de proporcionalidad y proceso penal.....	97
4.1.	Proporcionalidad e instrucción en el proceso penal.....	98
4.2.	Propuestas legislativas y principio de proporcionalidad.....	100
4.3.	Proporcionalidad y régimen de las medidas cautelares.....	102
5.	La proporcionalidad como principio rector de las medidas de investigación tecnológica.....	104
5.1.	Elaboración jurisprudencial de un concepto jurídico indeterminado.....	106
5.2.	Tránsito del esquema jurisprudencial al nuevo texto legal en el ámbito de los principios rectores.....	109
5.3.	Sobre el proceso de «especialización» del principio de proporcionalidad.....	113
5.3.1.	La proporcionalidad llega hasta donde llega la gravedad de los delitos.....	113
5.3.2.	Proporcionalidad, idoneidad y necesidad.....	115
5.4.	Criterios legales para determinar la proporcionalidad del art. 588 bis.a.....	117
5.4.1.	La gravedad del hecho.....	119
5.4.2.	La trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción.....	121
5.4.3.	La intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho.....	123
6.	La resolución judicial como encarnación formal de la proporcionalidad de la medida.....	125
6.1.	Sobre la muy detallada motivación judicial de la debida proporcionalidad.....	128

6.2. La adopción de medidas sin resolución judicial. Normativa y jurisprudencia.....	130
6.3. Breve apunte sobre algunas cuestiones suscitadas sobre la extensión de la motivación.....	132

Las víctimas menores de delitos de pornografía infantil y de delitos de <i>child grooming</i> y su protección en el proceso penal. Las TICs y las diligencias de investigación tecnológica (<i>Child victims of criminal offences of child pornography and child grooming and their protection in the criminal procedure. TICs and investigatory technological tools for the criminal investigation</i>). Ana M. Rodríguez Tirado.....	137
1. La víctima en los delitos de pornografía infantil y de los delitos de <i>child grooming</i> . Su identificación	140
1.1. La determinación de la identidad de la víctima menor	160
2. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, las víctimas especialmente vulnerables, la investigación penal en los delitos de pornografía infantil y de <i>child grooming</i>	164
3. Medidas de protección procesal del menor víctima de pornografía infantil y de <i>child grooming</i>	171
3.1. Medidas de protección del menor víctima especialmente vulnerable en el Estatuto de la Víctima del Delito	176
3.2. Medidas de protección del menor como víctima especialmente vulnerable en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	178
4. Las diligencias de investigación tecnológica en los procesos por delitos de pornografía infantil y de <i>child grooming</i> . 4.1. Particularidades sobre el inicio del proceso penal. La denuncia previa de la víctima. La interrupción de la prescripción	180
4.2. Diligencias de investigación tecnológica	183
5. Bibliografía	194

Propuestas de reforma del procedimiento de incapacidad a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York 2006). (<i>Proposal for reform of the incapacitation procedure in the light of article 12 the United Nations Convention about rights for persons with handicapped abilities [Nueva York 2006]</i>). María Jesús Pesqueira Zamora	201
1. Introducción	204
2. La capacidad en la regulación actual	206
3. La capacidad en la Convención de Nueva York	208
4. Situación actual	210
5. Problemas detectados en el procedimiento de incapacitación	213
5.1. Terminología conceptual y configuración del proceso	213
5.2. Naturaleza normativa	215
5.3. Competencia	217
5.3.1. Competencia objetiva y necesidad de especialización de órganos judiciales y otros intervinientes en el proceso.....	218
5.3.2. Competencia territorial.....	219
5.4. Legitimación.....	221
5.5. Prueba.....	222
5.5.1. Audiencia de parientes	223
5.5.2. Reconocimiento judicial	224
5.5.3. Exploración judicial	225
5.6. Sentencia.....	225
5.7. Control de la medida.....	227
6. Algunas propuestas de mejora.....	228
6.1. Aplicación de figuras de derecho comparado.....	228
6.2. Intensificación y divulgación de instituciones ya existentes.....	230
6.2.1. Poder de previsión de pérdida sobrevenida de la capacidad	231

6.2.2. Guarda de hecho	231
6.2.3. <i>L'assistant</i>	231
6.3. Reforma legislativa: la teoría de la doble vía.....	232
7. Bibliografía	236
8. Anexo estadístico	239

La Ley de Responsabilidad Penal del Menor en la violencia de género entre menores (*The Criminal Responsibility of Minors Act in gender violence among minors*). Melania Palop Belloch..... 243

1. La victimización en el procedimiento judicial juvenil en el delito de violencia de género	245
2. Las medidas en el delito de violencia de género offline y online	259
2.1. Libertad vigilada.....	263
2.2. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la menor víctima	266
2.3. Tareas socioeducativas.....	281
2.4. Las medidas restaurativas	285
3. Conclusiones	291
4. Bibliografía.	297

El estatuto de la víctima del delito en los casos de víctimas de violencia de género (*The standing of crime victims in cases of victims of domestic violence*). Rodrigo Miguel Barrio 301

1. Introducción	304
2. La violencia de género: concepto y víctima	307
2.1. La violencia de género. Concepto y regulación	307
2.2. La víctima de violencia de género	313
3. El estatuto de la víctima: un camino con inicio en Ámsterdam y con llegada en la Ley 4/2015 del estatuto de la víctima	315
3.1. Del interés por la víctima a la elaboración de los diferentes cuerpos normativos	316

3.2. El Estatuto de la víctima y su trasposición al ordenamiento nacional español.....	318
4. Especialidades del estatuto de la víctima en casos de violencia de género: Víctima, conocimiento de la causa, servicios de asistencia y Justicia Restaurativa	324
4.1. Concepto de víctima. La aparición de la víctima indirecta	325
4.2. Derecho al conocimiento de la causa.....	327
4.3. Servicios de Asistencia y apoyo.....	329
4.4. Justicia restaurativa.....	330
5. La protección a las víctimas y a sus hijos.....	334
5.1. Protección a las víctimas.....	335
5.2. Evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección.....	338
5.3. Refuerzo de la protección de los hijos.....	340
5.4. Disposición adicional segunda. ¿Una medida de desprotección?.....	341
6. A modo de conclusión	342
7. Bibliografía	347

El delito de falso testimonio como instrumento de protección del proceso (<i>The crime of false testimony as a means to protect the due process</i>). Pilar Rey Peña, Guillermo Benlloch Petit y José R. Agustina.	357
1. Introducción	360
2. El delito de falso testimonio en el marco de nuestro sistema procesal moderno	366
2.1. La incidencia de la escasa persecución del falso testimonio en los principios y garantías del proceso.....	371
2.1.1. El derecho al proceso con todas las garantías y la igualdad de armas procesales (art. 24.2. CE).....	373
2.1.2. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2. CE)	376
2.1.3. La presunción de inocencia (art. 24.2. CE)....	380

2.1.4. El debilitamiento del «valor justicia» como fundamento de nuestro sistema constitucional	383
3. Una reflexión obligada: ¿Cuáles son las razones de la escasa persecución y castigo del delito de falso testimonio?	386
3.1. Una distinción necesaria: el falso testimonio ineficaz y el falso testimonio eficaz	390
3.1.1. Razones de la escasa persecución del falso testimonio ineficaz	390
3.1.2. Razones de la escasa persecución del falso testimonio eficaz	391
3.1.3. Razones de las bajas cifras condenatorias por falso testimonio	393
4. Valoración crítica de la falta de persecución del delito de falso testimonio.....	395
5. Una propuesta conciliadora	400
6. Bibliografía	406

El derecho procesal como método para contribuir a la eficiencia en el arbitraje (<i>Procedural Law as a Method for contributing Efficiency within Arbitration Proceedings</i>). Aylle Gil Seaton	413
1. Introducción.....	416
2. La anhelada eficiencia en el arbitraje.....	417
3. Sobre la conveniencia de un método en el arbitraje.....	424
4. ¿De qué método se está hablando?	426
4.1. Breve mención del carácter instrumental del Derecho procesal	426
4.2. El Derecho procesal como método en el arbitraje	428
5. Justificación de la propuesta	430
5.1. La relación entre la ineficiencia del arbitraje y la ritualidad del proceso: Un planteamiento equivocado	430
5.2. La falsa asunción sobre el comportamiento de las partes en el arbitraje	432
6. Sobre la titularidad de la gestión eficiente del arbitraje....	434

6.1. La autonomía de la voluntad de las partes en la configuración del procedimiento arbitral.....	435
6.1.1. En las leyes nacionales	435
6.1.2. Autonomía para la selección de reglas institucionales	437
6.2. Las facultades de discrecionalidad del árbitro para determinar el procedimiento arbitral	439
6.2.1. Las facultades discrecionales del árbitro en las leyes nacionales	439
6.2.2. Las facultades discrecionales del árbitro en los reglamentos institucionales.....	440
6.3. La gestión del método por el árbitro no afecta la primacía de la voluntad procedimental de las partes	443
7. Sobre la oportunidad en que debe implementarse el método propuesto	445
8. Consideraciones finales.....	446

La transacción como medio alternativo de resolución de conflictos. ¿Más vale un mal acuerdo que un buen pleito? (*The settlement agreement as an alternative system for conflict resolution. Is a bad settlement better than a good trial?*). Eli Dimitry Zetrenne.....

1. Consideraciones previas y concepto de transacción.....	452
1.1. Consideraciones previas	452
1.2. Concepto.....	454
2. Regulación de la transacción en el Código Civil	455
3. Su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	456
4. Tratamiento jurisprudencial del concepto de transacción	457
5. Tipología de transacción	458
5.1. Transacción procesal.....	459
5.2. Transacción extraprocesal.....	460
6. Interpretación del Acuerdo de transacción	460
7. Cosa juzgada y seguridad jurídica del Acuerdo transaccional.....	462

8.	Incompatibilidad de la institución del enriquecimiento injusto con la de la transacción	464
8.1.	La figura del enriquecimiento sin causa	464
8.2.	Su incompatibilidad con la institución de la transacción	464
9.	Impugnación e incumplimiento del acuerdo transaccional	466
10.	Negociación del acuerdo transaccional.....	467
10.1.	La información como elemento clave de la negociación.....	467
10.2.	El poder negocial como elemento determinante en la negociación de la transacción	469
10.3.	Técnicas de negociación y neutralización de trucos en la negociación del acuerdo.....	470
11.	Consideraciones finales.....	472
12.	Bibliografía	472

DE LOS ARCHIVOS

Derecho Procesal (primer curso). Explicaciones de clase (curso académico 1931-1932). Francisco Beceña González	477
---	-----

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 cursiva, 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.