

DR 29 758

En cuanto al juicio oral, son también significativas la posibilidad de celebrar el juicio sin asistencia del acusado, un cierto empeño en buscar la conformidad de éste, la formulación de los escritos de acusación y defensa ante el juzgado de instrucción, la posibilidad de formular cuestiones previas al inicio del juicio oral, la proposición de pruebas hasta el inicio del juicio, la posibilidad de declararse el juez incompetente en el acto del juicio oral, la posibilidad de dictar sentencia oralmente, y la apelación ante la audiencia provincial con motivación y vista posible, y casación ante el propio Tribunal Supremo. El denominado procedimiento abreviado se regula en los artículos 779 a 799, y se aplica a la instrucción y enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a la de prisión mayor, es decir, inferior a prisión mayor, o bien con cualquiera de otras penas de distinta naturaleza, únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o su duración. Su estructura consta de tres fases secuenciales, la instrucción, el juicio oral, como hemos dicho, y también la ejecución.

Esta no presenta especiales singularidades con respecto al proceso común, aunque en aquella sí hay que hacer varias matizaciones. La primera de estas fases, la instrucción, se ha generalizado con el rótulo de diligencias previas, sin que esta instrucción sea más breve que la instrucción que podríamos denominar ordinaria, y cohabitando con ésta una especie de instrucción paralela a cargo del Ministerio Fiscal preprocesal, por disposición del artículo 785 bis de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero como la reforma no estaba definitivamente servida, otra ley más reciente y de ajuste, la de 30 de abril de 1992, ha introducido modificaciones para conseguir la brevedad cuando los hechos son de fácil constatación y no precisan de ulteriores investigaciones, para pasar más velozmente a la fase de enjuiciamiento.

Quizás en este panorama normativo sobre el procedimiento abreviado haya que referirse con cierta especificación al derecho de defensa en el mismo. El Tribunal Constitucional, resolviendo cuestiones de inconstitucionalidad, es decir, propias y diversos recursos de amparo, ha perfilado una doctrina ya consolidada en el sentido de que la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia. En primer lugar, nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal.

En segundo lugar, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el juez de instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción sin haber puesto el juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y de modo especial de la designación de abogado defensor y frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la primera comparecencia contemplada en el artículo 789.4 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal. Y en tercer y último lugar, no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando de las diligencias practicadas pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, dado que el nacimiento del derecho de defensa está ligado a la existencia de la imputación. De no respetarse esta triple exigencia, dice el Tribunal Supremo en sentencia del 10 de septiembre de 1993, la correspondiente actuación procesal habría de estimarse contraria al artículo 24 de la Constitución.

Necesidad de reforma de la fase intermedia del proceso penal abreviado. La práctica ha introducido una fase atípica entre instrucción y juicio oral a la que ha dado en llamar fase intermedia, tendente a fijar los términos preparatorios y provisionales del juicio oral. En un reciente trabajo de Marchena Gómez titulado Notas acerca de la necesaria reforma de la fase intermedia del proceso penal abreviado, el autor se hace eco de la lectura constitucional que de esa fase intermedia ha realizado la sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de noviembre de 1990, por cuanto ha representado, dice, un singular enriquecimiento del sistema procesal concebido por el legislador para aquella etapa del proceso.

Y añade, no aceptadas por el acto tribunal las censuras de inconstitucionalidad que esgrimían la ausencia de contradicción y defensa en la fase preparatoria del juicio oral, el proceso penal abreviado ha adquirido un vigor normativo que tras la reforma operada por la ley 10 barra 1992 de 30 de abril, permite un pronóstico de consolidada y futura vigencia como instrumento procesal. La propuesta de reflexión que formula versa sobre aquellos casos en que, mediando petición de sobreseguimiento por el Ministerio Fiscal, una acusación personada formula escrito de acusación. La pretensión acusatoria ha de estar subordinada a la valoración judicial acerca de su procedencia.

La formulación actual del artículo 790.6º, apartado primero, concibe una vinculación del juez de instrucción con la petición de apertura del juicio oral. El juez de instrucción la acordará salvo que estime que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 de la ley de enjuiciamiento criminal o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, es decir, la posibilidad de rechazo de acusaciones improcedentes está formulada en términos negativos. El filtro judicial de la apertura del juicio oral no actúa como juicio positivo de inculpación, sino cuando se hace valer como juicio de no imputación.

Y de aquí que se infiera que el acto de inculpación no se verifica con el auto de apertura del juicio oral, sino con la citación que realiza el juez de instrucción al imputado a tenor de lo que dispone el artículo 789.4º. Y esa forma de conferir legitimación pasiva no deja de ser una imputación abstracta que ordena el juez sin haber oído al denunciado o querellado antes de haberse formulado escrito de acusación. El juez de instrucción que cita al imputado hace una valoración apriorística positiva de indicios de criminalidad que sólo serán negados cuando la instrucción evidencie la concurrencia de circunstancias que pongan de manifiesto la precipitada decisión de citar como imputado a quien no debió ser objeto de sospecha. Y ello ha servido

para producir una cierta relajación del control judicial ideado para el rechazo de acusaciones improcedentes.

El articulista citado sostiene la conveniencia de diversificar el régimen jurídico de la decisión judicial sobre apertura del juicio oral para evitar sorpresas cuando un ciudadano se encuentra en situación de soportar el reproche penal de otro ciudadano, es decir, de la acusación particular, ante la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal y con el fin de no adulterar el principio acusatorio y alejarse así del principio dispositivo. De aquí que cuando el fiscal pida el sobreseimiento y la acusación particular formule escrito de acusación si el juez no acuerda el sobreseimiento en los términos referidos del número 2 del artículo 637, podrá dictar auto de inculpación con expresa constancia de los indicios racionales de criminalidad que hayan sido puestos de manifiesto en la instrucción y cabiendo recurso de apelación contra la sentencia o resolución que proceda. La valoración del juez se positiviza cuando el proceso corre a impulso de la acusación particular y se protege con el recurso de apelación al justiciable en esa fase intermedia contra injustificadas ansias acusatorias aun cuando ello provoque una dilación en este sintomático proceso abreviado.

El filtro será una garantía del derecho fundamental de un proceso sin dilaciones indebidas en consonancia con la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional sobre la fase intermedia la que se inicia con el auto de incoación del proceso abreviado en virtud de lo que dispone el artículo 789.5 regla cuarta y culmina con el autodeclaratorio de la apertura del juicio oral en virtud de lo que dispone el artículo 790.6. La fase del juicio oral se distribuye entre dos órganos según la gravedad de la pena, según el artículo 14 de la ley de enjuiciamiento criminal. De los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años o con pena de multa entienden los jueces de la penal. El juicio es de doble instancia con apelación ante la audiencia provincial.

Cuando la pena es de seis años resulta competente en instancia única, la audiencia provincial o la audiencia nacional con recurso de casación ante el Tribunal Supremo. La fase denominada de ejecución no presenta prácticamente ninguna novedad. Los únicos matices afectan a la liquidación de la responsabilidad civil y a la posibilidad de ejecución provisional de ésta.

Entre las muchas reformas que ha sufrido la estructura de nuestra veneranda ley de enjuiciamiento criminal se encuentran las producidas por leyes peregrinas de cuño muy joven, como las referidas de 1988 y 1992, nacidas bajo el signo de la urgencia y de la parcialidad. Con el ánimo de conectar el nuevo proceso con el proceso ordinario se ha dado lugar a un proceso distinto, alejado de las bases originarias de la ley y con referencias constantes al proceso ordinario, quizás que para reproducir las autorizadas palabras del legislador en la exposición de motivos de 1882. Los que tienen la honra de dirigir los destinos de un pueblo están obligados a ser prudentes y a no dar carta de naturaleza en los códigos a ideas que están todavía en el periodo de propaganda, que no han madurado en la opinión ni menos encarnado en las costumbres, ni se han probado en la piedra de toque de la experiencia.

Por lo tanto, el problema de la organización de la justicia criminal no se resuelve sino definiendo claramente los derechos de la acusación y de la defensa, sin sacrificar ninguno de los dos, ni subordinar el uno al otro, antes bien armonizándolos en una síntesis superior. Están ustedes en la sintonía de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, escuchando la revista de Derecho que esta noche está dedicada a las materias que se estudian en el último año de la carrera jurídica. El derecho civil es una disciplina muy importante dentro de la carrera jurídica que se estudia a lo largo de cuatro años, y en el último año se centra en el derecho de familia y sucesiones.

Contamos en estos momentos con la presencia de la profesora titular de Derecho Civil, doña María Dolores Díaz Zambrona, con quien vamos a hablar de aspectos muy importantes e interesantes de la Ley 11-1990, del 15 de octubre, del artículo 837 del Código Civil y de la sucesión. Buenas noches, profesora Díaz Zambrona. Hola, buenas noches.

Antes de comenzar con el tema de esta noche, ¿podría hacer algún comentario sobre los pasados exámenes del mes de febrero? Sí, con mucho gusto. Lo primero que debo decir es que en este momento creo que ya todos los alumnos tendrán la papeleta en su poder y espero que no les haya defraudado a la mayoría. Con ello quiero significar que el balance que se puede hacer de los exámenes es bastante positivo, puesto que los alumnos han respondido bastante bien a las preguntas que hemos formulado en el examen.

Les quería pedir, en primer lugar, que, como saben, se ha introducido por primera vez, sobre todo en esta asignatura de Derecho Civil 4, la informatización de la corrección o de las notas de los exámenes. Para ello necesitamos la colaboración de todos los alumnos, puesto que, como ya han podido observar cuando hicieron el examen, se les entregó una hoja que ellos debían de rellenar. Pues bien, esta hoja, aunque la mayoría la ha rellenado bien en todas las casillas que le corresponden al alumno completar, sin embargo ha habido algunos que incluso las han dejado en blanco o algunas de esas casillas no las han rellenado.

Esto lo que produce en nosotros es un retraso en la posibilidad de que las papeletas les puedan llegar cuanto antes. Por eso les ruego que en junio procuren rellenar cuidadosamente las casillas para que nosotros no tengamos que realizar una doble labor en este aspecto. Le advierto que uno de los que ha habido más fallos es que cuando el documento nacional de identidad no tiene 18 dígitos, es decir, tiene menos, seis o siete, pues la primera o la segunda hay que rellenar el cero.

Si no se rellena la casilla del cero, la lectura óptica rechaza ese impreso. Y luego lo que sucede es que nosotros lo tenemos que rellenar, que no es que cueste mucho trabajo, pero sí que rechaza el proceso de elaboración de las papeletas. También otra de las casillas que la mayoría de los alumnos han dejado en blanco es la de las pruebas personales y la de la semana.

Estas casillas en junio ustedes tendrán que rellenar la segunda prueba personal y luego la casilla que pone primera o segunda semana rellenar la que corresponda a la fecha de realización del examen. Porque de esta forma, cuando están correctos todos estos impresos,

pues es muchísimo más rápido el proceso de envío de las papeletas. Respecto a las preguntas, sí me gustaría significar que nos ha llamado un poco la atención que en las que hemos puesto en la primera semana, donde ha habido más fallos, ha sido en la que se refería a los efectos de la inscripción del matrimonio.

Cosa que, en fin, llama un poco la atención porque esta pregunta es relativamente sencilla, puesto que se trata de que el matrimonio, una vez celebrado, produce efectos, pero para sus plenos efectos es necesaria la inscripción. Que esto, en realidad, es lo que nosotros pedíamos, aunque plantea problemas y si se quieren desarrollar, pues, por supuesto, obtendrían una nota mayor. Y también en la prórroga de la patria potestad.

La prórroga de la patria potestad, que parece una pregunta bastante sencilla, sin embargo, se han equivocado, puesto que no lo han hecho con la precisión necesaria. En la prórroga de la patria potestad son dos supuestos. Bien, diferenciado es cuando existe incapacitación del menor de edad sometido a patria potestad que, una vez que llega a la mayoría de edad, pues sigue bajo la patria potestad.

Y el segundo supuesto es el hijo soltero que vive con los padres y que se le incapacita después de la mayoría de edad y también se vuelve a suscitar la patria potestad para no tener que ir a la tutela. En cuanto a las preguntas de la segunda semana, en las cuales se han equivocado mayoritariamente, ha sido la del artículo 79 del Código Civil, efectos de la declaración de nulidad respecto a los hijos y a los contrayentes de buena fe, que también es una pregunta que, a nuestro juicio, no plantea demasiados problemas, porque respecto a los hijos la declaración de nulidad no produce en realidad ningún aspecto negativo, puesto que los hijos actualmente, y según la Constitución Española, tienen todos los mismos derechos. Entonces, por supuesto, siguen siendo matrimoniales.

Hay incluso algunos alumnos que nos han puesto que una vez que se declara nulo el matrimonio, estos hijos pasarían de matrimoniales a no matrimoniales. Eso es un gran error. Y respecto a los contrayentes de buena fe, la posibilidad de obtener una pensión, que en este caso esta pensión tiene carácter indemnizatorio, y también si el otro contrayente actuó de mala fe, el que se liquide la sociedad o el régimen en el cual está económico que tienen en el matrimonio no se pueda liquidar por el régimen de participación en las ganancias, con lo cual el cónyuge de buena fe tendría el derecho a la mitad de las ganancias del otro cónyuge.

Y luego también otra en la cual han cometido fallos es en la presunción de paternidad del marido, el artículo 116 del Código Civil, que también es relativamente sencilla, lo que significa es que en la situación matrimonial se presume que el marido es el padre del hijo de la mujer, pero se presume desde que hay matrimonio. Algunos han puesto que solamente se presume en los 300 días anteriores a la disolución, a la separación o la nulidad. Esto es cierto, que también se presume en esos 300 días, una vez disuelto el vínculo o declarada la separación legal, pero es que se presume durante todo el matrimonio, con la posibilidad en los 180 primeros días de impugnar esa paternidad del marido por unas fórmulas mucho más sencillas

que no les voy ahora a contar.

En fin, yo creo que con esto tienen una idea más o menos de la valoración así un poco abuela pluma que hemos hecho de estos exámenes, que ya les repito, como dije en un principio, que la valoración es positiva, puesto que hay un porcentaje bastante alto de aprobados. Pues imagino que sí que les habrá servido de ayuda, sabrán así dónde han fallado y dónde tienen que reforzar su estudio, con la equivocación que han tenido. Sí, se lo he comentado porque normalmente cuando vamos después de los exámenes a las convivencias, lo que más les interesa a los alumnos es que se les explique cuáles son las preguntas que han fallado más.

Por eso nos ha llamado un poco la atención que aquellas que creíamos que eran en realidad más sencillas, sin embargo, se han contestado un poco peor. Otras que nos parecían un poco más complicadas, pero quizás fuese porque creían ellos que eran más de quinielas que las otras, como puede ser la disolución de asociaciones gananciales o los bienes prejudicativos de los cónyuges en las asociaciones gananciales, que estas son bastante más complicadas. Y, sin embargo, los alumnos la han contestado bastante mejor.

Bueno, pues si le parece bien, profesora Díaz-Zambrona, vamos a pasar a la primera cuestión relativa al tema de esta noche. ¿En qué modificación se ha producido con la Ley 30 de 1991, del 20 de diciembre, publicada en el Boletín Oficial del Estado, el 23 de este mismo mes de diciembre, en materia de testamentos? Sí, pues el hablarles hoy de esta Ley 30-1991 es sobre todo para significarles su existencia más que por su propio contenido. Y ello se debe, fundamentalmente, porque si ustedes están utilizando un manual o un código anterior a 1992, pues los artículos modificados por esta ley, como es obvio, vendrán en su antigua redacción.

Entonces puede suceder que la pregunta del examen se refiera a algún testamento notarial, que es a lo que se refiere esta ley, y ustedes la contesten con esta equivocación. La consecuencia normal y natural será que puedan obtener una nota más baja o, lo que es peor, un suspenso. Me figuro que todos aquellos alumnos que suelen ir con regularidad a las tutorías, pues no tendrán este problema.

Pero yo me dirijo, fundamentalmente, al que por diversos motivos no puede existir a ella y estudia solo en casa. Esta ley afecta a varios aspectos del testamento notarial y lo que se pretende con ella es adaptar los artículos modificados, un total de 16, por un lado, al tratamiento legal de la incapacidad, que actualmente, como ustedes saben, se deja a discrecionalidad del juez, ya que puede, en su existencia, disponer qué actos son los que se le permite realizar a la incapacitada y cuáles no. Esto no sucedía anteriormente.

Ello da lugar a que en la sentencia de incapacidad pueda establecerse que no puede otorgar testamento, en cuyo caso, por supuesto, el incapacitado no está habilitado para poder otorgar dicho testamento. Pero, por el contrario, que no se diga nada al respecto. Entonces, en ese caso, se estaría a lo que dispone el nuevo artículo 665.

Y, por otro, también se refiere esta ley a los medios modernos, tanto de identificación como

mecánicos, para la confección del testamento. Siendo esto importante, quizás lo sea más la supresión, en ciertos casos, de los testigos en el otorgamiento del testamento notarial. Como ustedes saben, o debían de saber, antes el testamento abierto requería la presencia de tres testigos idóneos y cinco el testamento cerrado.

Pues bien, ahora, salvo lo dispuesto en los artículos 697, 685 y el artículo 707, apartado 5, no es necesaria la presencia de los testigos. La exposición de motivos de la ley dice a este respecto. Especial atención ha merecido la concurrencia de testigos al otorgamiento del testamento notarial.

Se recoge el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad y se suprime como requisito general el concurso de testigos con el testador y el notario en la formalización del testamento. Sin embargo, se agrega que sigue siendo necesario el concurso de los testigos cuando el testador no sabe o no puede leer o no sabe o no puede firmar cualquiera que sea la causa y además se ha prestado especial atención al caso tradicional del sordo que no sabe o no puede leer. Cabe también destacar en esta ley la disposición transitoria que dice textualmente.

Serán válidos los testamentos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley que no cumpliendo requisitos establecidos en la legislación anterior se ajusten a lo previsto en la presente ley siempre que no hubieran sido anulados por resolución judicial firme. Lo que significa esta disposición transitoria es que tiene efectos retroactivos respecto a aquellos testamentos que hubieran sido otorgados sin cumplir la legislación anterior y por tanto hubieran sido declarados nulos cuando se hubiera producido el fallecimiento del otorgante y por supuesto cumplan los requisitos del actual. Es decir, esta disposición transitoria convalida los defectos formales de esos testamentos y los considera válidos a todos los efectos.

Yo quiero que recapaciten bien y reflexionen sobre esta disposición transitoria que hace que aquellos testamentos otorgados antes de la promulgación de esta ley y con defectos formales que ahora no tendrían esos defectos formales con la nueva ley pues resulta que se considera válido a todos los efectos. ¿Todos los testamentos? ¿También los notariales? Los notariales. Es decir, si un testamento otorgado anterior a esta ley y no hubiese habido la presencia de los testigos que entonces era requisito esencial para la validez del testamento un requisito abierto que necesitaban los tres testigos idóneos y no hubiesen estado los tres testigos pues en ese caso de no haberse promulgado esta ley ese testamento una vez abierto no tendría validez vamos, abierto una vez que se hubiese, mejor dicho fallecido el causante no tendría validez sin embargo, ahora a ese testamento abierto se le da validez a pesar de que no tuvo en su tiempo los requisitos establecidos por la ley.

O sea, se convalida los defectos formales si esos defectos formales coinciden con los que ahora no se requieren. Otra pregunta que puede ser interesante profesora Díaz-Zambrona después de promulgada la ley 11 de 1990 del 15 de octubre sobre la reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de ex exo ¿existe todavía en el propio

Código Civil discriminaciones bien por razón de ex exo o por cualquier otra razón? Pues sí me parece muy oportuna la pregunta porque efectivamente aunque ha habido desde la promulgación de la Constitución numerosas reformas en el Código Civil para adaptar su contenido a lo establecido en la Constitución sin embargo todavía a mi juicio y también la doctrina ya lo ha puesto de relieve en este sentido existe todavía un artículo y me estoy refiriendo concretamente al artículo 837 que a mi juicio contiene una discriminación respecto a los hijos por razón de nacimiento el artículo 837 dice textualmente no existiendo descendientes pero sí ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurran con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebido constante matrimonio de ambos la cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora grabando el resto el tercio de libre disposición pues bien, este segundo párrafo es el que a mi modesto entender contiene una discriminación y ello por lo siguiente es discriminatorio porque los hijos habidos constante matrimonio con un tercero o dicho con otras palabras los hijos adulterinos para que nos entendamos mejor pueden ver disminuida su herencia al estar grabado el tercio de libre disposición a favor del cónyuge inocente al cual parece que se le quiere compensar por los devaneos extramatrimoniales de su consorte pues si bien es cierto que el cónyuge supérstite no tiene hijos y por tanto su cuota habitual usufructuaria debería ser mayor que cuando concurre con hijos propios también es cierto que los hijos adulterinos según el código civil y perdonen que utilice esta palabra adulterino porque ahora no se utiliza, o sea que se denominan matrimoniales o no matrimoniales pero yo creo que lo entiende mejor todo el mundo tiene los mismos derechos que los hijos matrimoniales