

Instrucciones

INSTRUCCIÓN NÚMERO 1/2003 DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO SOBRE ASPECTOS ORGANIZATIVOS DE LAS FISCALÍAS Y SUS ADSCRIPCIONES CON MOTIVO DE LA REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

I. INTRODUCCIÓN

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 38/2002 y Ley Orgánica 8/2002, ambas de 24 de octubre, en aras a lograr una mayor agilización de los procedimientos penales y dotarles de mecanismos de aceleración, introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo proceso especial para «enjuiciamiento rápido» de determinados delitos, modifica el régimen jurídico del procedimiento abreviado y del juicio de faltas, y otorga un tratamiento singular a la figura procesal de la conformidad; con un alcance reductor de la penalidad muy cualificado en determinados supuestos.

Con razón dice la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 que la nueva regulación nace con vocación de producir un giro en los hábitos de nuestra Administración de Justicia, y que el Ministerio Fiscal cobra un destacado protagonismo y particular responsabilidad en la eficacia de la reforma.

Efectivamente, el juicio rápido con instrucción concentrada ante el Juzgado de guardia y participación activa del Ministerio Fiscal (art. 797.1), comporta un cambio en la manera de actuar ante los órganos del orden jurisdiccional penal, haciendo pivotar sobre el Ministerio Público una parte esencial de la efectividad de la reforma.

Ese giro en los modos de intervención procesal del fiscal afecta también a la estructura organizativa de las Fiscalías y sus adscripciones permanentes, a la oficina fiscal, a los medios personales auxiliares y materiales con que cuenta.

La actual planta del Ministerio Fiscal, concentrada principalmente en las capitales de provincia y poblaciones sede de adscripciones, precisa adaptarse a la reforma, a las exigencias de una continua y más inmediata intervención ante los numerosos y diseminados órganos judiciales.

Próxima la entrada en vigor de la Ley, estas circunstancias obligan a reconsiderar algunos aspectos del funcionamiento interno del Ministerio Fiscal, de las Fiscalías y adscripciones, de sus integrantes, de la organización, control y registro de los procedimientos en la oficina fiscal. De ahí la conveniencia de elaborar esta Instrucción, sin perjuicio de hacer frente en momento ulterior a cuantas otras cuestiones la experiencia de aplicación diaria de la ley pueda deparar, o a su reconsideración.

II. ORGANIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS: MEDIOS PERSONALES Y SERVICIOS

1. Introducción

De lo expuesto, resulta la repercusión de la reforma procesal en el funcionamiento y organización de las Fiscalías, en el servicio de orden penal que desde ellas se presta, y en la intervención de los fiscales ante los órganos judiciales.

Necesario es reconocer que la efectividad de la reforma solo será posible merced al esfuerzo y dedicación de los miembros del Ministerio Fiscal en superar el reto de adaptación que el cambio legislativo supone.

Falta aún el desarrollo reglamentario exigido por el Estatuto de 1981, siendo difícil la aplicación del Reglamento de 1969 al no contemplar la realidad actual del Ministerio Fiscal, y supliendo sus insuficiencias la Fiscalía General del Estado por medio de Instrucciones y Circulares, la adaptación de los órganos fiscales a la reforma procesal penal exige cambios en el funcionamiento del Ministerio Fiscal y Fiscalías, haciendo necesario reconsiderar el número y dotación de las actuales adscripciones para su incremento en un futuro próximo, reordenando organización y plantillas en correspondencia con la distribución territorial de la organización judicial.

En esta línea, la figura de los «Fiscales Delegados de la Jefatura» que pretende instaurar la próxima reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal, puede contribuir a tal objetivo de adaptación.

Mientras tanto, la próxima entrada en vigor de la reforma procesal hace preciso revisar cometidos, aprovechar los medios personales del Ministerio Fiscal, y variar la planificación de sus servicios.

2. Servicio de Guardia en las Fiscalías

Por Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha modificado el Reglamento 5/1995, de aspectos accesorios de la actuaciones judiciales, en lo relativo a los servicios de guardia.

El Acuerdo del Consejo impone el diseño de un nuevo sistema de guardias –muy pormenorizado– para afrontar las actuaciones judiciales que se derivan de la tramitación de los juicios rápidos, del enjuiciamiento inmediato de determinados delitos en caso de conformidad y enjuiciamiento de las faltas, a la vez que atender adecuadamente al resto de actuaciones y diligencias propias del servicio de guardia. Diferencia distintos grupos de servicios de guardia en función al número de Juzgados con que cada partido judicial cuenta, aunque en síntesis se puede hablar de:

- a) Servicio de guardia de 24 horas y de enjuiciamiento diario de faltas.
- b) Servicio de guardia ordinaria de 48 horas y de enjuiciamiento diario de faltas.
- c) Servicio de guardia semanal y de enjuiciamiento diario de faltas.
- d) Servicio de guardia durante ocho días.
- e) Servicio de guardia permanente en partidos judiciales con un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

El nuevo diseño provocado por la reforma procesal, que refuerza sensiblemente el actual sistema de guardias de los Juzgados de Instrucción, afecta directa y notablemente a las Fiscalías, que han de adaptarse al sistema de guardia de los correspondientes órganos judiciales de su territorio.

La prestación del servicio de guardia, en correspondencia con lo dispuesto en el reformado artículo 42.1 del Reglamento 5/1995, es obligatoria para los miembros del Ministerio Fiscal y su personal auxiliar, y la presencia en las guardias de 24 y 48 horas de duración, como en aquellas que impongan un régimen de permanencia, se acomodará al régimen establecido en el Reglamento para el titular del órgano judicial y su personal auxiliar, realizándose en iguales condiciones de permanencia y disponibilidad. La guardia la prestarán tanto fiscales como órganos judiciales de guardia se hayan constituido en la provincia con las excepciones que luego se indicarán.

El Fiscal Jefe, en todo caso, por razones de organización de la Fiscalía podrá encomendar específicamente este cometido a determinados fiscales o funcionarios auxiliares.

La reforma procesal y el sistema de asignación de guardias involucra en el proceso a un mayor número de fiscales ante la participación activa y concentración de actuaciones que la reforma pretende se produzca durante el servicio de guardia en los Juzgados de Instrucción, debiendo atender el fiscal especialmente la tramitación de las diligencias urgentes y procedimiento de enjuiciamiento rápido, formulando en su caso escrito de acusación.

La guardia deberá llevarse a cabo con carácter general por el fiscal adscrito al Juzgado, aunque el Fiscal Jefe puede acordar la alteración de este sistema cuando la organización de la Fiscalía así lo requiera.

En las guardias diarias de 24 o 48 horas, a su término, el Fiscal que haya permanecido prestando el servicio desde las 21 horas hasta las 9 de la mañana, a la vista de las circunstancias y condiciones de especial penosidad en que el mismo se haya desarrollado, podrá, previa comunicación al Fiscal Jefe, dejar de asistir al despacho el propio día de la conclusión de la guardia.

El proyecto de Orden ministerial regulador del servicio de guardias ha previsto un número de fiscales de guardia paralelo al de órganos judiciales, aunque se prevé que el Fiscal Jefe, para la mejor organización de los servicios, pueda acordar que un fiscal simultanee el servicio de guardia de dos partidos judiciales, siempre que el régimen establecido para los mismos sea de disponibilidad y nunca de permanencia. Igualmente ha dispuesto para los servicios de guardia semanal un sistema de guardia de permanencia igual que el establecido para los Juzgados, pero faculta también a los Fiscales Jefes –en atención a la menor carga de trabajo de algunos de ellos y sistema organizativo de Fiscalía– para sustituir la permanencia por un régimen de disponibilidad, simultaneando este servicio de guardia con la realización de otras tareas, facilitando su cumplimiento y restantes servicios de Fiscalía.

Personal auxiliar de Fiscalía colaborará con el fiscal de guardia. Uno de ellos colaborará en el servicio de guardia de permanencia para enjuiciamiento inmediato de faltas, y en los partidos judiciales donde no haya sede de Fiscalía asistirá al fiscal alguno de los funcionarios auxiliares del Juzgado de guardia, que designará el Secretario Judicial.

3. Planificación de los servicios en las Fiscalías

La planificación y organización de los servicios a que debe asistir el Fiscal es otro aspecto que juega un papel fundamental para que pueda llevarse a efecto la reforma procesal penal, dado que la plantilla de Fiscales es muy inferior a la de titulares de órganos judiciales. La citación del fiscal para comparecer a dispersos actos judiciales de los plurales y disgregados órganos judiciales podría impedirlo.

Para evitar estas disfunciones, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición adicional primera) acordó que el Consejo General del Poder Judicial

dictara un Reglamento para ordenar coordinadamente con el Ministerio Fiscal los señalamientos de juicios orales de procedimientos rápidos por los Juzgados de guardia ante los Juzgados de lo Penal (800.3). Similar previsión recoge para el juicio de faltas (965.2), para ordenar los servicios de guardia de los Juzgados y practicar citaciones coordinadamente con la Policía Judicial, y para citar a comparecencia en el juicio de faltas (962.4 y 796.2).

En ejecución de aquel mandato, el Consejo por Acuerdo 2/2003, de 26 de febrero, modifica el Reglamento 5/1995 de servicios de guardia, y además de diseñar un nuevo sistema de guardias judiciales, exige la adopción de determinadas medidas de coordinación que incidirán de manera positiva en la concentración de esfuerzo que exige la intervención del Ministerio Fiscal.

El deber de coordinación tiene las siguientes manifestaciones:

– El artículo 47.2: el señalamiento de los juicios ante los Juzgados de lo Penal se realizarán conforme a una agenda programada de señalamientos, en un turno semanal de lunes a viernes.

– El artículo 47.4: el establecimiento de protocolos de colaboración de ámbito provincial en el seno de las Comisiones de Policía Judicial y de ámbito de partido judicial.

– El artículo 47.5: creación de la Comisión mixta de seguimiento de los juicios rápidos.

– El artículo 57.2: participación de la Fiscalía en determinar los días de relevo de los Juzgados en servicio de guardia en partidos judiciales con ocho o más Juzgados de Instrucción.

– El artículo 58.1: los Juzgados que prestan servicio de guardia de ocho días, dedicación del octavo día para enjuiciamiento de faltas y celebración de audiencias de los artículos 798 y 800 LECrim. en causas sin detenido.

– El artículo 59.2: elaboración de un calendario mensual anticipado, con concentración de las actuaciones que requieran presencia del fiscal, en partidos judiciales con el único Juzgado en servicio de guardia permanente.

Las Fiscalías a través de estos mecanismos deben actuar procurando se introduzca la máxima racionalidad en los servicios, señalamiento de vistas y comparecencias, que exijan la intervención del fiscal ante los diversos órganos judiciales de su territorio. A tal efecto se deberá remitir a la Inspección Fiscal las actas de constitución de las referidas Comisiones o los protocolos firmados con indicación de los acuerdos adoptados. Lo que tendrá especial trascendencia en los casos a que nos referiremos a continuación.

Parece incuestionable que la mayor dificultad para hacer frente a las exigencias de la reforma, se puede presentar en Juzgados de localidades con elevada carga de trabajo donde no existe sede de Fiscalía, lo que necesariamente va a suponer unos servicios de guardia con múltiples asuntos a atender a través del procedimiento de enjuiciamiento rápido. Prácticamente todos estos juzgados estarán sometidos al sistema de guardia de 8 días de duración (art. 58 Reglamento 5/95).

En este sistema el CGPJ ha diferenciado dos modalidades, una para partidos judiciales con Juzgados de Instrucción puros (en número inferior a 8) y partidos judiciales con jurisdicción mixta que cuenten con más de tres Juzgados, donde establece un sistema de guardia de permanencia, de 9 a 14 horas y de 17 a 20 horas de lunes a sábado, y de 10 a 14 los domingos y festivos. Y otra, para partidos judiciales con jurisdicción mixta que cuenten con dos o tres Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, estableciendo un sistema de guardia de disponibilidad, fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

La diversidad de partidos judiciales que se corresponden bajo este sistema de prestación del servicio de guardia hace sumamente difícil establecer unas normas comunes.

Hay que tener en cuenta que bajo este modelo de guardias puede haber adscripciones permanentes donde la plantilla de fiscales no sea suficiente para cubrir todos los servicios de guardia de los Juzgados de su ámbito territorial. En estos casos, el Fiscal Jefe deberá encomendar la realización de la guardia a cualquiera de los fiscales que componen la plantilla de la Fiscalía, sean de la capital o de otra adscripción permanente, completando así el número de fiscales suficiente para cubrir el servicio en todo el ámbito territorial de la adscripción permanente.

Este servicio de guardia requerirá, en cualquier caso, una especial atención por parte del Fiscal en el octavo día –coincidiendo dos Fiscales de guardia–, en el que con horario de 9 a 14 horas y de 17 a 20 horas, se llevarán a cabo las audiencias de los artículos 798 y 800 que durante la semana se hayan programado, y la realización de los juicios de faltas.

Una vez que las Fiscalías determinen conforme a sus necesidades el sistema de guardia procedente en los diversos partidos judiciales de su territorio, cumplimentarán y remitirán a la Inspección Fiscal la ficha de servicio de guardias que se adjunta a esta Instrucción, y elaborarán un cuadro de servicio de guardias para atender los órganos judiciales del territorio, de manera que los Fiscales puedan conocer anticipadamente los días que deberán prestar servicio.

Igualmente, por cada de guardia a su finalización se cumplimentarán los modelos impresos de asistencia que se detallan en los Anexos I y II de esta Instrucción.

Se recuerda el deber de remitir a la Inspección Fiscal las actas de Juntas –ordinarias o extraordinarias– que se celebren en cuanto se proceda a su redacción y firma, lo que debe tener lugar a la mayor brevedad posible.

Especialmente cuidarán enviar los Fiscales Jefes las actas de Juntas convocadas ante la entrada en vigor de la reforma procesal de 2002.

4. Reparto de trabajo en las Fiscalías

El nuevo reparto de trabajo entre los fiscales, consecuencia de la redistribución de servicios, ha de ser lo más equitativo posible, constituyendo objetivo de la organización de Fiscalía el procurar la mejor prestación del servicio público a la Justicia. Para ello, serán factores a tener en cuenta: los diferentes días que se presta la guardia y su número, la carga que supone el distinto servicio de guardia (celebración juicio de faltas o atención a la tramitación e instrucción de procedimientos por delitos), el lugar donde se presta (en la capital, en sedes de adscripciones, en otras localidades) y su diversa retribución.

La distribución equitativa del trabajo es exigida por el Reglamento de 1969 (art. 108). En cada Fiscalía es diferente la situación geográfica y número de órganos judiciales y partidos, la carga de trabajo, número de fiscales y adscripciones permanentes, pero los servicios de guardia a prestar son relativamente equivalentes en todas ellas.

La distribución del trabajo entre los fiscales de plantilla y la organización de los servicios es competencia del Fiscal Jefe de cada órgano fiscal (art. 18.1 del Estatuto y 108 Reglamento), oída la Junta de Fiscalía. No obstante, de existir discrepancias, quienes se consideren perjudicados –por falta de equidad– pueden acudir al Consejo Fiscal para revisión y, en su caso, modificación de los criterios adoptados (art. 14.1.h. y 24 del Estatuto, 110 Reglamento, Instrucción 1/1987).

La ejecución del servicio de guardia debe rentabilizar la dedicación del fiscal que lo presta. En algunos casos debe permitir variar el habitual régimen de reparto de trabajo para atribuirle al Fiscal de guardia otros servicios que señale el Juzgado durante esos días (sea materia civil o penal).

Por ejemplo, cuando el Reglamento 5/1995 trata el servicio de guardia que se prestará en los partidos judiciales con un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (art. 59), previene que se concentrará en unas mismas fechas *todas aquellas actuaciones que requieran la presencia del Ministerio Fiscal*, juicios de faltas y audiencias de los artículos 798 y 800. Parece lógico que el Fiscal de guardia, durante la semana que preste el servicio, intervenga en todas las actuaciones ante ese Juzgado, aunque no sean de estricta naturaleza penal.

En línea con la idea de rentabilizar la dedicación de los Fiscales, debe establecerse en Fiscalías y adscripciones el principio general de vinculación del Fiscal al procedimiento informado anteriormente. Esta vinculación será hasta finalizar la calificación de la causa, aunque el Fiscal se traslade a otro servicio o destino dentro de la misma Fiscalía o adscripción. La medida comportará mayor estabilidad en el mantenimiento del destino dentro de las Fiscalías, y asegura la uniformidad de criterio.

III. ADSCRIPCIONES PERMANENTES DE LAS FISCALÍAS

La Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 describe que el proceso especial de enjuiciamiento rápido por delitos tendrá especial impacto en las grandes ciudades, aunque está pensado para que pueda y deba ser aplicado en todos los partidos judiciales de España, con independencia de su tamaño e índice de delincuencia.

De otra parte, la aceleración de la justicia penal que pretende la reforma procesal ha afectado también al enjuiciamiento de las faltas para permitir que, en no pocos casos, el juicio se celebre de inmediato ante el propio Juzgado de guardia o en un breve plazo.

Todo ello incide sensiblemente en la organización del Ministerio Fiscal, que se encuentra distribuido en el territorio de manera muy diferente a los órganos de la Carrera Judicial, siendo el número de Fiscales muy inferior. No existe un Fiscal por cada órgano judicial.

La plantilla del Ministerio Fiscal, aparte las de órganos fiscales de ámbito nacional, se concentra en las capitales donde tienen su sede los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales (art. 19 Estatuto), y en las ciudades sede de las adscripciones permanentes que se determinen reglamentariamente (art. 18 Estatuto).

Adscripciones permanentes existen en las dos Ciudades Autónomas, en localidades con un importante número de habitantes o que disponen de Juzgado de lo Penal, en poblaciones muy distantes de la capital sede de la Fiscalía, y en la mayoría de las islas. Su creación comenzó en 1989, y el número actual de adscripciones –muy inferior al de partidos judiciales– asciende a 76 (RD 995/2002). Las plazas de Fiscales con destino en ellas es de 381.

Frecuentemente, el extenso ámbito territorial que abarca la adscripción no permite a los Fiscales de sus plantillas prestar servicio adecuado a los órganos judiciales que lo integran. Por otra parte, los destinos fiscales en adscripciones tienen una asignación económica relativamente inferior que los de Fiscalías.

También con más facilidad se producen vacantes en sus plantillas, y la cobertura con fiscales sustitutos resulta más duradera. Todo ello hace necesario que desde Fiscalía muchas veces deba atenderse algunos de los órganos judiciales de las adscripciones.

La situación descrita puede incrementarse con la entrada en vigor de la reforma, lo que supondrá un plus de mayor intervención fiscal ante los órganos judiciales penales, últimamente impuesta también por el legislador en áreas distintas a la estrictamente penal.

Muchas adscripciones no son autosuficientes y habrán de colaborar con ellas Fiscales de la capital. Las vacantes por traslado de Fiscales en los concursos, o la simple ausencia del Fiscal titular por enfermedad o disfrute del permiso de vacaciones, repercute más significativamente en la organización del trabajo en la adscripción.

Aunque las plazas de Fiscales en adscripciones son distintas de las de Fiscalía, los Fiscales destinados en ellas dependen a todos los efectos de ésta y de su Fiscal Jefe, quien les puede encomendar también –cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen– el ejercicio de funciones ante órganos distintos de los radicados en la Adscripción a que estén destinados (art. 3 RD 671/1989; art. 2 RD 1980/82; y art. 2 RD 298/1996).

De igual manera, todos los Fiscales destinados en la sede de una Fiscalía tienen competencia para actuar –por orden del Fiscal Jefe respectivo– ante cualquier órgano judicial de la provincia, incluidos los radicados dentro del ámbito territorial de las adscripciones permanentes (art. 2 párrafo segundo RD 298/1996).

Esta última previsión legal es concreción de la regla que otorga a los miembros del Ministerio Fiscal capacidad para actuar en cualquier punto del territorio de la Fiscalía (art. 20 Estatuto), pudiendo el Fiscal Jefe acordar su adscripción temporal ante órgano judicial con sede distinta al de la respectiva Fiscalía (art. 21 Estatuto).

La necesidad de apoyar desde las Fiscalías la actuación de los Fiscales de adscripciones permanentes –no sólo en las guardias– resulta inexcusable, más en estos momentos, ante los numerosos servicios a prestar y la insuficiente dotación de muchas de ellas para llevarlo a efecto.

Las adscripciones no constituyen apéndice diferenciado de las Fiscalías, forman parte integrante de las mismas, y no pueden quedar abandonadas a su suerte, como tampoco los Fiscales con destino en ellas, titulares o sustitutos.

El entendimiento de esa responsabilidad hace que los Fiscales Jefes deban adoptar cuantas medidas permitan el efectivo cumplimiento de los cometidos del Ministerio Fiscal en el íntegro ámbito territorial de cada Fiscalía, planificando los servicios y aprovechando adecuadamente los medios personales disponibles sin exclusión, con equitativo reparto de trabajo entre los Fiscales, sean de capital o adscripción, de manera que el reparto aun ponderando la realidad del destino en adscripciones permanentes, evite sobrecargas derivadas de una estricta concepción de distribución meramente territorial.

El despacho de procedimientos de Juzgados del ámbito de la adscripción desde Fiscalía, el destacamento temporal de Fiscales en apoyo del trabajo desarrollado en aquellas, la designación de fiscales de la capital –normalmente con mayor experiencia– para coordinar o dirigir la actividad en la adscripción, una mayor proximidad de Fiscalías y mandos superiores con los integrantes de las adscripciones y sus problemas... pueden configurar algunas de esas medidas.

Esta actividad de apoyo, a su vez, podría tener una adecuada consideración vía asignación del complemento de productividad cuando reglamentariamente se establezca.

IV. CUMPLIMIENTO DE PLAZOS

La inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia es una de las finalidades primordiales que persigue la reforma procesal, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002. Este objetivo aparece firmemente desarrollado

en la Ley cuando considera los plazos en que los fiscales deben despachar los procedimientos.

Uno de los deberes primordiales del fiscal es actuar con prontitud (art. 48 Estatuto). Los Fiscales Jefes, por corresponderles la dirección y jefatura de la Fiscalía respectiva (art. 22.4 Estatuto), tienen entre sus deberes el comprobar posibles retrasos en el despacho de causas (art. 114 párrafo 4.º Reglamento 1969), circunstancia que puede originar responsabilidad disciplinaria.

La Fiscalía General del Estado ha manifestado en numerosas ocasiones que la falta de celeridad en la tramitación de los procedimientos penales incide en el Derecho constitucional a un proceso público sin dilaciones indebidas, y que siendo el Fiscal garante de los derechos fundamentales, tiene la obligación institucional de hacer desaparecer las razones de tal tardanza.

El elogiado principio de celeridad, informador del nuevo procedimiento «rápido», exige la formulación oral o escrita de la acusación provisional del fiscal de manera inmediata, o bien en el plazo improrrogable de dos días, una vez abierto el juicio oral (art. 800.2 y 4). De no llevarse a efecto, el artículo 800.5 contempla un *requerimiento al superior jerárquico del Fiscal* para que en dos días presente el escrito que proceda, entendiéndose que de no hacerlo considera procedente el sobreseimiento libre.

También el nuevo artículo 781.2, en el procedimiento abreviado, exige del Fiscal –al trasladarle las diligencias previas– la petición de apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa dentro del plazo de diez días, susceptibles de prórroga por otro período igual a instancia del Ministerio Fiscal *previa información a su superior jerárquico*.

El apartado 3 del mismo artículo 781, previene que si el Ministerio Fiscal no presenta el escrito en el plazo anterior, el Juez de Instrucción *requerirá al superior jerárquico del Fiscal actuante*, para que en el plazo de diez días presente el escrito que proceda, dando razón de los motivos de su falta de presentación en plazo.

El particular tratamiento legal del control judicial de estos plazos (efecto preclusivo a modo de sanción, sobreseimiento libre sobreentendido contrario a opuesta manifestación inmediatamente anterior, requerimientos, dación de motivos...), hace que los Fiscales deban observar especial esmero en no superar los tiempos señalados en ambos procedimientos, para evitar que las drásticas consecuencias recogidas en esos preceptos puedan desencadenarse.

La oportuna comunicación de los fiscales con la superioridad dando cuenta de la imposibilidad de cumplir los plazos legales, y la coordinación de los servicios, debe evitar la aparición de sorpresivos requerimientos, y permitir que los Fiscales Jefes adopten cuantas medidas sean procedentes para –desplegando un esfuerzo institucional– hacer frente de la manera más eficaz al despacho de esas causas, como a continuación se señala y sin perjuicio de cuantas otras se estimen, supliendo deficiencias en los servicios que las Fiscalías establecerán para acomodar su operatividad a las exigencias legales.

En los procedimientos abreviados, cuando el Fiscal considere insuficiente el plazo de diez días previsto en el artículo 780 para calificar la causa (por su complejidad, por la acumulada remisión de otros procedimientos del Juzgado en la misma o inmediatas fechas...), expondrá por escrito los motivos que lo impiden al Fiscal Jefe o a quien éste haya delegado, proponiendo solicitar prórroga del plazo.

En estos casos, por regla general y para cada procedimiento penal, se cursará al Juzgado la petición de prórroga por diez días prevista en el artículo 781.2, pero el Fiscal Jefe o el Fiscal coordinador en quien se delegue controlará que el fiscal encargado despacha la causa prorrogada en tiempo.

Si las circunstancias lo exigieren, o de cumplirse la previsión del apartado 3 del artículo 781, como medida excepcional de apoyo, el Fiscal Jefe podrá designar a

cualquier Fiscal titular –valorando su idoneidad– para colaborar en el despacho de causas de otros miembros de la plantilla, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 26 del Estatuto, oída la Junta de Fiscalía. Se recuerda que la Instrucción 1/1995 contempló la posibilidad de designar Fiscales –como órganos de apoyo– asistiendo en la ejecución de su cometido a los Fiscales Especiales Antidroga (coordinadores a nivel autonómico y a nivel provincial).

En los procesos especiales para enjuiciamiento rápido, de no constituirse acusación particular, la Ley exige la formulación inmediata de la acusación provisional, oralmente o por escrito, en la comparecencia sucesiva y única prevista en los artículos 798 y 800. De existir acusación particular, se otorga un plazo de dos días para tal fin.

La respuesta, por tanto, debe ser inmediata o en plazo legal exiguo.

En el primer caso (acusación particular inexistente) que será el más frecuente, en cuanto se reciba en el servicio de guardia de Fiscalía la copia del «específico atestado policial» que pueda originar la apertura de diligencias urgentes, se procederá a su estudio por el Fiscal de guardia, siendo prioridad los que tengan detenidos que se pongan a disposición judicial, de manera que pronto pueda aventurarse por la entidad de los hechos investigados la posibilidad de tramitar diligencias urgentes y formular acusación provisional en procedimiento para enjuiciamiento rápido.

En estos casos, cuando sea preciso, se contará con el apoyo que puedan prestar los restantes Fiscales de guardia del territorio, o con el Fiscal específico de apoyo que el Fiscal Jefe pueda designar al efecto.

La Circular 1/2003, de la Fiscalía General del Estado, destaca la importancia de la presencia física del Fiscal en la práctica de las diligencias urgentes, y que la «participación activa» (797.1) habilita otros cauces distintos – especialmente en partidos judiciales en los que no existe deber de residencia del Fiscal– a través de la utilización de medios tecnológicos, que permitirán convertir su ausencia física en presencia jurídica, como contempla el artículo 3 del Proyecto de Ley de modificación del Estatuto del Ministerio Fiscal.

La Circular recuerda la vigencia del artículo 202 LECrim. en nuestro ordenamiento jurídico, y la posibilidad de aportación, aún tardía, del correspondiente acta de acusación cuando la falta de presentación obedezca a disfunción organizativa.

Los Fiscales Jefes deberán poner en conocimiento de la Inspección Fiscal los requerimientos que puedan dirigir los Jueces de Instrucción por traspasar en los procedimientos los plazos previstos (arts. 781.3. y 800.5), con breve resumen del incidente y su resolución, así como del uso que se haga del artículo 26 del Estatuto. La asignación del complemento de productividad –cuando reglamentariamente se establezca– podrá considerar el trabajo de los fiscales que colaboren en actualizar causas.

El apartado 3 del artículo 781 alude *al superior jerárquico del Fiscal actuante* como destinatario del requerimiento judicial. Por tanto, el receptor del requerimiento será el Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Provincial según que el fiscal que demore el despacho del procedimiento sea de una u otra plantilla.

De ser el Fiscal Jefe de una Audiencia Provincial el encargado del despacho de la causa, es su superior el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma. De serlo el Fiscal Jefe de un Tribunal Superior de Justicia, su superior jerárquico es el Fiscal General del Estado. El criterio se ajusta a la interpretación sostenida en la Instrucción 5/1989, sobre el Ministerio Fiscal y los Tribunales Superiores de Justicia, que entiende que los Fiscales Jefes de Tribunales Superiores de Justicia constituyen escalón intermedio entre los Fiscales Jefes de Audiencias Provinciales y el Fiscal General del Estado.

V. REGISTRO DE CAUSAS PENALES Y ESTADÍSTICA

1. Registro

Ante la importancia del transcurso de los plazos, cobra especial interés la acreditación de la fecha en que los procedimientos penales tienen entrada en Fiscalía, así como la rápida puesta a disposición del Fiscal para despacho, una vez registrado.

A la tarea de registro de entrada y salida de procedimientos deberá darse prioridad en la Secretaría fiscal.

El día en que tenga lugar la recepción efectiva del procedimiento en Fiscalía debe quedar reflejado en los asientos de los libros o soportes informáticos de la oficina fiscal (art. 112 y siguientes Reglamento Ministerio Fiscal 1969), sin que haya impedimento para acreditar esta fecha al personal del órgano judicial remitente.

Un acto de constancia de esta naturaleza puede realizarse por el auxiliar de Fiscalía encargado de canalizar la tramitación del procedimiento, por quien ejerza las veces de secretario o se halle autorizado (art. 106 Reglamento 1969, 25 y 41 Ley 30/92). Del sistema obligatorio de registro se deriva el derecho a obtener copia sellada de los documentos presentados ante cualquier organismo (arts. 38 y 35 c, Ley 30/1992).

La Consulta 3/1994 de la Fiscalía General del Estado, sobre notificaciones por correo al Ministerio Fiscal, entendió que «la firma estampada por un miembro del personal auxiliar de la Fiscalía en el acuse de recibo acredita que el testimonio de la resolución se ha recibido en Fiscalía, y ésta es la fecha relevante»... Las actuaciones judiciales del nuevo procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de delitos se registrarán como «diligencias urgentes» (art. 797), abriéndose a tal efecto el correspondiente libro o soporte informático para constancia en sus asientos de los diversos trámites e intervención del Fiscal.

A las diligencias urgentes se abrirá carpetilla, guardando en su interior cuanta documentación genere, y especialmente copia de los escritos de acusación o del acta judicial que recoja su formulación en forma oral, copia de los dictámenes de sobreseimiento o de petición de diligencias.

Las actuaciones judiciales relativas a delitos que han de enjuiciarse por procedimiento abreviado seguirán registrándose como «diligencias previas» (nuevo art. 774), guardando en el interior de la carpetilla abierta al procedimiento copia de los dictámenes del Fiscal.

Los juicios de faltas incoados por cada Juzgado de Instrucción se registrarán en libro o soporte informático, debiendo constar los que se celebren con intervención del Ministerio Fiscal. En los asientos se guardará espacio para reflejar el hecho infractor, la fecha de celebración de la vista cuando tenga efectivamente lugar (lo que deberán comunicar los Fiscales asistentes), y el sentido de la sentencia. En el mismo asiento se hará constar el archivo provisional o definitivo de la ejecutoria. De esta manera, las Fiscalías controlarán el regular dictado de sentencias y su ejecutoria.

2. Estadística

Los datos estadísticos correspondientes a incoación, calificaciones, juicios, sentencias, grado y porcentaje de conformidad, en diligencias urgentes y nuevo procedimiento rápido, habrán de ser recogidos junto con los otros datos de procedimientos que deben tratar las Memorias de las diversas Fiscalías, a los que alude la Instrucción 7/2001 FGE, sobre elaboración de la Memoria Anual.

VI. VISADOS

Para garantizar la unidad de actuación de los miembros del Ministerio Fiscal, y como medida de control interno, el Reglamento de 1969 estableció la figura del visado.

El artículo 116 párrafo 2.º exige que los proyectos de calificación sean visados y corregidos o aceptados por el Fiscal Jefe, que adoptará las medidas pertinentes para que la conclusión primera de la calificación fiscal responda a la realidad del procedimiento, y para que las demás conclusiones sean perfecta aplicación del Derecho positivo a lo afirmado en la primera.

El visado permite corregir errores y subsanar omisiones, aunque siempre debe contrastarse el texto definitivo –impreso o pasado a máquina una vez visado– con el del proyecto, recayendo la responsabilidad sobre el fiscal firmante del escrito que se incorporará a la causa penal.

La Instrucción 1/1987, sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal, dedicó un capítulo al visado, indicando que la unidad de criterio en la actuación de los Fiscales hace necesaria su conservación. Reconociendo la realidad compleja de las grandes Fiscalías y previendo las adscripciones, autorizó a los Fiscales Jefes a delegar la función de visado de escritos en la forma que más se adecuase a las características de cada órgano, con constante contacto de estos Fiscales delegados con el Jefe.

La Instrucción 6/1992, sobre aplicación de la Ley 10/1992 de medidas urgentes de reforma procesal, mantuvo la exigencia del visado –de acuerdo con la estructura organizativa de cada Fiscalía– en las calificaciones que hubieran de presentarse ante el servicio de guardia (anterior art. 790.1).

La Instrucción 2/2000, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías, impone el deber de visar –aún por delegación– los escritos de alegaciones de los expedientes de menores (de igual forma que las calificaciones en los procesos de mayores) y las solicitudes de sobreseimiento, considerando su conveniencia en los desistimientos del artículo 18 de la Ley Orgánica 5/2000.

Pese al incremento de plantillas producido durante los últimos años, la actividad de control que implica el visado sigue siendo hoy día fundamental para lograr el mantenimiento de la unidad de criterio en las Fiscalías. La magnitud de las Fiscalías –se reitera– hace que el deber de visado del Fiscal Jefe deba delegarse a veces en otros Fiscales, instándose a que en estos casos su número sea el más reducido posible.

El dictamen de visado debe efectuarse con prontitud (art. 48 Estatuto). El visado, y en su caso la subsiguiente corrección de calificaciones, han de respetar los plazos de evacuación de los procedimientos, que no quedan legalmente suspendidos por motivo del control reglamentario de Fiscalía. Por ello, caso de retrasarse el visado de procedimientos más de siete días, deberán los Fiscales Jefes poner en conocimiento de la Inspección Fiscal las razones que lo determinan.

El Fiscal Jefe –al margen de la conveniencia de mantener algunos visados para sí– coordinará a los fiscales en quienes haya delegado la tarea de visado para mantener criterios homogéneos en su función.

Frecuentemente, el Teniente Fiscal esta encargado de efectuar tareas de visado, y en época de vacaciones o cuando reglamentariamente proceda le corresponde sustituir al Fiscal Jefe en esta función (art. 22.4 Estatuto).

La mejor preparación jurídica del fiscal designado debe ser causa determinante para encomendar el cometido de visado.

El visado de causas de las adscripciones puede realizarse desde la sede de la Fiscalía, remitiendo los proyectos de calificación vía fax o por cualquier otro medio,

pero igualmente rápido. También podrá encargarse un fiscal coordinador de la adscripción, u otro fiscal en quien el Jefe delegue, debiendo contrastar ambas cuantas cuestiones controvertidas se planteen.

El Proyecto de Ley que modifica el Estatuto del Ministerio Fiscal, de 2002, prevé la novedosa figura de los «Fiscales Delegados de Jefatura» (anteponiendo esta expresión a otras como decanos o coordinadores), nombrados por el Fiscal General del Estado, a propuesta del Fiscal Jefe respectivo, oído el Consejo Fiscal, con el fin de asumir funciones de dirección y coordinación específicamente encomendadas (art. 22). Los Fiscales Delegados de Jefatura parecen llamados –en su momento– a desempeñar tareas de visado.

El visado –con rúbrica y fecha en que tiene lugar– se reflejará en el proyecto de calificación aceptado que se guardará en la carpetilla (art. 116 Reglamento), sin perjuicio de poder quedar reflejado también en su carátula.

El Fiscal encargado de la causa al que por disconformidad se le devuelva el proyecto de calificación, procederá a su inmediata rectificación. De disentir de la corrección, cuando el visado esté delegado y no se alcance acuerdo tras contrastar pareceres, a la mayor prontitud se acudirá al Jefe para resolver definitivamente la controversia. Pequeñas correcciones se subsanarán por el Fiscal visador sin mayor espera.

Los Fiscales encargados de visado darán cuenta al Fiscal Jefe de las cuestiones jurídicas que susciten dudas. Igualmente de los atrasos en despacho de causas que el visado permita detectar. Del retraso se advertirá al fiscal causante, sin perjuicio de cuantas otras actuaciones puedan derivarse.

Las diferencias de criterio entre fiscales encargados del visado se trataran en junta de todos ellos, decidiendo el Fiscal Jefe sin perjuicio de elevar consulta en su caso a la Fiscalía General del Estado (art. 92.1.3.º Reglamento).

El visado, por su relevante valor, no puede suprimirse, aunque es preciso adaptarlo a la inmediación y celeridad que pretende la reforma procesal.

En este sentido, las instrucciones internas de los Fiscales Jefes estableciendo criterios de actuación (art. 25 Estatuto) deben permitir homogeneizar la solución de cuestiones sustantivas y procesales que con mayor frecuencia suscita el despacho de causas, aunque no sustituyan la específica labor de revisión de cada proyecto de calificación.

Las instrucciones internas pueden recordar la obligada introducción de datos en las conclusiones de los escritos de acusación, fijar criterios ante cuestiones susceptibles de diferente apreciación, atender los específicos problemas de criminalidad de cada territorio, delimitar márgenes de penalidad a interesar, establecer criterios indemnizatorios...

Los fiscales procurarán remitir al Fiscal Jefe o al encargado del visado el proyecto de escrito de acusación antes de su presentación cuando reconozca los hechos delictivos el acusado (art. 779.1.5.ª). Igualmente cuando formulen escrito en el juicio rápido en el plazo de dos días previsto en el artículo 800.4.

Mayores dificultades de visado puede ofrecer la formulación de acusación provisional inmediata, oral o escrita, ante el juzgado de guardia en el juicio rápido (art. 801.2), y muchas veces ese control no será posible. En estos casos, el fiscal de guardia ajustará las calificaciones a los criterios fijados en las instrucciones internas y practicas habituales de Fiscalía, debiendo dar cuenta posterior de los escritos presentados al órgano judicial para ser visado antes de la vista del juicio oral. Quedará copia de ellos, o del acta judicial que lo recogió, en la carpetilla interna abierta al procedimiento.

Los señores Fiscales extremarán el cuidado para que faltas de atención no trasciendan a los datos incorporados a las conclusiones. Alguna sentencia del Tribunal

Supremo ha considerado la nulidad de la calificación fiscal por omisión de la petición de pena.

Para facilitar el visado, cabrá utilizar los medios tecnológicos disponibles: correo electrónico, teléfono, fax, videoconferencia... posibilidad de utilización enmarcada en el ámbito de los actos no estrictamente procesales que refiere la Instrucción 3/2002.

En fines de semana y festivos, en función del número de Fiscales de guardia de cada territorio, las normas organizativas de cada Fiscalía podrán configurar un sistema que asegure la función de visado o consulta, con posible delegación en alguno de los propios Fiscales de guardia en la provincia.

Por último, en aras de evitar dilaciones indebidas, se recuerda a los Fiscales Jefes la conveniencia de cuidar y controlar –incluso a través del visado– la petición de práctica de diligencias en el procedimiento abreviado (art. 780.2, anterior 790.1). La Circular 1/89 exigía que la solicitud sólo se fundase en ausencia de datos que permitieran fijar o asegurar alguno de los elementos integrantes del tipo penal objeto de acusación, pero no en insuficiencia de prueba, cuando ésta podía ser complementada en el juicio oral o en éste podían confirmarse los datos. Igual cuidado debe merecer el informe del Fiscal sobre insuficiencia de diligencias en el procedimiento de enjuiciamiento rápido (art. 798).

VII. CONFECCIÓN DE EXTRACTOS

El artículo 116 del Reglamento de 1969 impone al Fiscal que solicita la apertura del juicio y califica la causa, la obligación de confeccionar un extracto de las declaraciones de los acusados y testigos, de los informes de peritos y de la prueba documental, que ha de ser suficientemente expresivo para que el Fiscal asistente al juicio tenga conocimiento del contenido de dichos informes, declaraciones y actuaciones.

La Instrucción 1/1987, sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal, consideró tarea fundamental la elaboración del extracto, exigiendo redacción clara y un especial cuidado en su confección. De incorporar fotocopias, la adecuada ordenación debía permitir su fácil comprensión.

La Instrucción 2/2000, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores, impuso la confección de extracto al efectuar el escrito de alegaciones, consistiendo en un somero resumen de la prueba al que el Fiscal podía acompañar copia de diversa documentación (atestado, declaraciones, informes...), destacando en ella los apartados o párrafos procedentes para conseguir una adecuada y rápida comprensión.

La confección del extracto corresponde al Fiscal que estudia y hace la calificación. Pretende procurar al fiscal asistente al juicio –frecuentemente distinto– un adecuado y rápido conocimiento de la prueba en la fase de instrucción del proceso, en texto relativamente breve, sin necesidad de reexaminar la causa.

Como su nombre indica, debe ser un resumen o compendio que sintetice significativamente los medios probatorios.

Sin embargo, la necesidad del extracto debe adaptarse a las novedades procesales que introduce la reforma, flexibilizando su realización.

El extracto carece de finalidad si el juicio no tiene lugar. Por ello, no ha de confeccionarse en caso de reconocimiento de hechos y manifestación de conformidad del acusado y su defensa antes de la conclusión de la fase instructora de diligencias previas (art. 779.1.5.^a LECrim.).

La intermediación, celeridad y participación activa que la reforma exige del Fiscal ante el Juzgado de Instrucción, requiere dotar de la mayor flexibilidad al despacho de

causas para no lastrarlo con la confección de extractos –aún breves– cuando se adviertan indicios relevantes de una solución de consenso, permitiendo reducir la carga de trabajo.

Por ello, no se confeccionará en los procedimientos abreviados cuando por la previa negociación extraprocesal se prevea alcanzar conformidad (art. 784.3), ni en los juicios rápidos cuando se alcance similar previsión fundada de conformidad (art. 800.2 y 4). Tampoco se realizará extracto ni calificación en los supuestos de archivo provisional del 779.1.4.^a, hasta tanto se reabra el procedimiento tras oír al imputado.

En los juicios rápidos, al tener que presentarse la acusación provisional de inmediato, si las circunstancias lo impusieren, se pospondrá la redacción del extracto.

En todo caso, la copia del atestado que debe entregar la Policía Judicial al Ministerio Fiscal (art. 772.2), subrayando adecuadamente la prueba de cargo que contenga, puede bastar para cumplir el deber reglamentario de confeccionar el extracto cuando el servicio de guardia debe atender un alto número de asuntos, sin perjuicio de adicionar de igual forma copia de declaraciones y documentación del procedimiento. Posteriormente, siempre será posible su incremento para conseguir la finalidad expuesta.

VIII. PETICIÓN DE SOBRESEIMIENTO Y FUNDAMENTACIÓN

La Instrucción 3/1993, sobre el Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos de los ciudadanos a un proceso público sin dilaciones indebidas, consideró que el interés social –cuya adecuada defensa incumbe al Ministerio Fiscal– demanda explicación justificadora de los motivos de petición de sobreseimiento en las causas penales, y que por ello era menester que la petición del Fiscal tuviera a su alcance un razonamiento esclarecedor de la verdadera dimensión del proceso...

La Instrucción 2/2000, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores, dispuso que los decretos del Fiscal solicitando el sobreseimiento en los expedientes de menores debían contener motivación suficientemente justificadora de la decisión o pedimento, evitando escuetos y formularios dictámenes, exigencia de motivación establecida para los procesos de mayores en la Instrucción 3/1993. Además, extendió el deber de visado a estos proyectos.

Explicar en autos la razón de pedir el sobreseimiento y controlar a través del visado los dictámenes de esta naturaleza, resulta tan necesario como visar los proyectos de escritos de acusación y que estos recojan las conclusiones del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivar la petición de sobreseimiento excluyendo formulaciones rituarías de mera cita de artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e imponer el control de exteriorización de los motivos a través del sistema de visado, permite conocer y valorar las circunstancias determinantes de semejante dictamen, y discrepar, evitando hipotéticas decisiones erróneas o precipitadas. Añade en definitiva, un plus a la intervención transparente y ajustada a la legalidad que del Ministerio Fiscal se espera.

A raíz de la vigencia de la Instrucción 3/93, ambas prácticas no resultan ya extrañas a la mayoría de las Fiscalías y adscripciones.

La aplicación de ambas medidas debe extenderse a todos los casos en que el Fiscal –por iniciativa propia o a instancia del Juzgado– dictamina solicitando el sobreseimiento durante la instrucción de diligencias previas fuera de los trámites ordinarios del artículo 779.

Los Fiscales Jefes cuidarán se cumpla la efectividad de motivación y se produzca el visado de los dictámenes de sobreseimiento, especialmente en los juicios rápidos, ajustándose al sistema de control establecido en Fiscalía para el visado de calificaciones.

En última instancia, en los juicios rápidos los fiscales darán cuenta con posterioridad, como con los escritos de acusación, del dictamen de sobreseimiento formulado, incorporando copia del mismo a la carpetilla del procedimiento.

El nuevo artículo 782.2.b) de la Ley Procesal Penal mantiene la previsión de que el Juez de Instrucción pueda remitir la causa al «superior jerárquico del Fiscal» para que resuelva si procede sostener la acusación cuando el Ministerio Fiscal haya solicitado el sobreseimiento. La reforma ha impuesto en este punto un significativo cambio, el anterior texto aludía al «superior jerárquico del Fiscal de la Audiencia respectiva» (art. 790.4).

Esta previsión remisoria, aplicable al procedimiento abreviado y al procedimiento de enjuiciamiento rápido (art. 800.1), no puede sino entenderse referida al superior jerárquico del Fiscal actuante que solicitó el sobreseimiento.

Abona este criterio la dicción literal del nuevo artículo 781.3, que expresamente alude al superior jerárquico del Fiscal actuante. A estos efectos, se reitera lo expuesto sobre la expresión «superior jerárquico» en el apartado «cumplimiento de plazos».

De la discrepancia judicial con la petición fiscal de sobreseimiento en sumarios ordinarios y procedimientos de jurado conocerá la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia o la Fiscalía General del Estado (arts. 644 LECr. y 26.2 LO 5/1995).

Junto a este control legal-judicial interno, el legislador ha reinstaurado en el procedimiento abreviado, y para el juicio rápido, el control externo del sobreseimiento recurriendo a la posible intervención de los ofendidos no personados en la causa (art. 782.2.a), previsión mantenida para el sumario y procedimiento de jurado (art. 642 LECr. y 26.2 de la LO 5/1995).

El visado de las peticiones de sobreseimiento, y el posible ofrecimiento judicial de la defensa de la acción penal a los ofendidos (art. 782.2.a), ha de contribuir a que planteamientos discrepantes judiciales ante los Fiscales Jefes sean excepcionales.

De producirse, serán puestos en conocimiento de la Inspección Fiscal, con breve resumen del incidente y su resolución, pero los Fiscales Jefes no deberán resolver sobre si procede o no mantener la acusación en tanto el órgano judicial no se pronuncie motivadamente sobre la improcedencia del sobreseimiento interesado por el Fiscal, sin que baste el auto por el que el Juzgado se limite a remitir las actuaciones al Fiscal Jefe (Consulta de 16 de abril 1925).

Por último, cuando se solicite el sobreseimiento en procedimientos por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, en su caso habrá de pedirse al Juzgado que notifique la pertinente resolución a la Jefatura Provincial de Tráfico por si la conducta mereciere reproche como ilícito administrativo (Instrucción 4/1991 FGE).

IX. CONFORMIDADES

La reforma ha supuesto importantes novedades en esta materia: la conformidad privilegiada por reducción de un tercio de la pena (art. 801), la conformidad antes de concluir la instrucción de diligencias previas (art. 779.1.5.^ª), la conformidad conjunta prestada en cualquier momento anterior a las sesiones del juicio oral rectificando el escrito de acusación provisional (784.3), las garantías en la prestación de conformidad (787).

La Circular 1/1989, sobre el procedimiento abreviado, señaló que la introducción del principio del consenso suponía un cambio en los modos de actuación del Ministerio Público para promover soluciones facilitadoras de la sentencia, no apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de acuerdo con acusado y defensa, especialmente en las infracciones penales conocidas como «bagatelas». Dispuso que en el ámbito de cada Fiscalía, las pautas para promocionar soluciones consensuadas debían discutirse y establecerse en Junta, con adopción de criterios flexibles, apelando a la responsabilidad del Fiscal, y que la rectificación de calificación al inicio del juicio (art. 793.3) no permitía apreciar hecho distinto del contenido en el escrito de acusación original, aunque autorizaba a suavizar peticiones de forma más aceptable para el acusado (dentro de los términos de la facultad de arbitrio que la Ley autoriza y la interpretación de los hechos permitan legalmente apreciar).

La reforma procesal de 2002, manteniendo el nuevo artículo 787.1 igual redacción que el anterior 793.3, potencia la solución negociada del proceso, debiendo facilitarse en las Fiscalías una relación de los Fiscales de guardia con las defensas, de manera que pueda reducirse o evitarse la práctica de diligencias de instrucción, imprimiendo celeridad a la solución del proceso. A tal efecto se facilitará a los Colegios de Abogados el número de teléfono de la Fiscalía de guardia para que a través del funcionario auxiliar de guardia se establezca un enlace para las comunicaciones con aquéllos.

La conformidad implica aceptación voluntaria de la pena, rehabilitación por arrepentimiento, resocialización por el reconocimiento de la culpa. Pero no hay que olvidar la búsqueda de la verdad material, el interés por la justicia y la sujeción al principio de legalidad, debiendo el Ministerio Fiscal consignar tanto las circunstancias adversas como favorables al imputado en el relato de hechos de la acusación (art. 2 y 650 LECr.). Las anteriores referencias de la Circular 1/1989 siguen teniendo plena vigencia, siendo responsabilidad de cada fiscal la aplicación de la Ley dentro de los límites permitidos.

Las nuevas calificaciones rectificadas –sin apreciar hechos distintos (art. 787.1 y 784.3 párrafo 2.º)– no deben apartarse de los referidos márgenes de arbitrio legal. El nuevo escrito de acusación provisional de conjunta conformidad (art. 784.3 párrafo segundo) que rectifique otro anterior, visado y presentado al Juzgado, deberá ponerse en conocimiento del Fiscal Jefe o de quién ejerza tareas de visado.

X. DILIGENCIAS INVESTIGADORAS DEL FISCAL

Reguladas tras la reforma en el artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el nuevo texto ofrece escasa variación de contenido respecto del anterior artículo 785 bis. De la naturaleza de estas diligencias, y de su compatibilidad con las diligencias previstas en el artículo 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1981, se ocupó la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, y también la Consulta 2/1995. Algunos aspectos formales de tramitación de las «diligencias informativas» –como generalmente se denominan– y la exigencia de imprimirles celeridad, principio que informa la reforma del proceso penal, hacen necesaria las siguientes líneas.

La apertura de diligencias informativas penales (art. 5 Estatuto y 773.2 LECr.) debe siempre registrarse en libro o aplicación informática, recogiendo en asientos numerados los datos de incoación, objeto, persona o entidad denunciante, petición de diligencias, resolución final y fechas. Diligencias informativas de naturaleza disci-

plinaria, diligencias preliminares de reforma de menores, asuntos de orden gubernativo, y otras actuaciones que no tengan por estricto objeto la investigación de hechos de aparente carácter delictivo cometidos por mayores de edad, deben tener acogida registral separada en Fiscalía.

Cuando se acuerde remitir las diligencias –debidamente foliadas– al órgano judicial, quedará copia de su contenido y de la denuncia o querrela presentada en la carpetilla interna que se le abrirá, guardándose ordenadamente en la Secretaría de Fiscalía.

El acuerdo de archivo por no revestir los hechos investigados carácter de delito se hará constar mediante decreto debidamente motivado, y las diligencias se guardarán tras dejar constancia de su notificación al denunciante a los efectos de posible reiteración ante el Juzgado de Instrucción.

La notificación del decreto al denunciante se anotará en el libro-registro general de salida, y una copia –con el sello y numeración del asiento y fecha– se incorporará a las informativas junto con el acuse de recibo de la notificación cursada por correo certificado.

Cuando la tramitación de las diligencias informativas no esté a cargo directo del Fiscal Jefe, éste asumirá su supervisión para determinar si se dan en los hechos investigados los mínimos elementos para presumir la existencia de delito.

En aras a imprimir mayor celeridad a la resolución, y dado el valor funcional de las diligencias, se impulsará y simplificará la investigación, sin perjuicio de ser más detallada cuando entren en juego relevantes intereses públicos y sociales, se trate de hechos de gran complejidad, como recoge la Circular 1/89. El Fiscal no está obligado a agotar la investigación, gozando de plena autonomía para decidir en que momento resulta aconsejable la judicialización de las diligencias de investigación (Consulta 2/1995).

En todo caso, los Fiscales Jefes –con la debida reserva– darán cuenta a la Inspección Fiscal del estado de tramitación de las diligencias informativas cuando haya transcurrido más de tres meses desde su incoación, especificando las razones de la falta de conclusión, y cada año en el mes de enero comunicarán el número de diligencias informativas abiertas la anualidad anterior, su finalización o estado de investigación en que se encuentren.

Lo dispuesto se entiende sin perjuicio del tratamiento en la Instrucción 1/1996 de las diligencias informativas abiertas por la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, y de las instruidas por los Fiscales Especiales Antidroga (art. 18 bis Estatuto, e Instrucción 1/1995)

XI. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de tener en cuenta todo lo anteriormente expuesto se resaltan seguidamente las siguientes conclusiones:

1. La prestación del servicio de guardia, en correspondencia con lo dispuesto en el reformado artículo 42.1 del Reglamento 5/1995, es obligatoria para los miembros del Ministerio Fiscal y su personal auxiliar, y la presencia en las guardias de 24 y 48 horas de duración, como en aquellas que impongan un régimen de permanencia, se acomodará al régimen establecido en el Reglamento para el titular del órgano judicial y su personal auxiliar, realizándose en iguales condiciones de permanencia y disponibilidad. La guardia, salvo la excepciones que se prevén, la prestarán tanto Fiscales como órganos judiciales de guardia se hayan constituido en la provincia, debiendo

atender especialmente la tramitación de las diligencias urgentes y procedimientos de enjuiciamiento rápido así como a la asistencia de juicios de faltas inmediatos.

2. Las Fiscalías a través de los mecanismos de coordinación establecidos en el Reglamento 5/95 deben actuar procurando se introduzca la máxima racionalidad en los servicios, señalamiento de vistas y comparecencias, que exijan la intervención del fiscal ante los diversos órganos judiciales de su territorio.

3. Los Fiscales Jefes deban adoptar cuantas medidas permitan el efectivo cumplimiento de los cometidos del Ministerio Fiscal en el íntegro ámbito territorial de cada Fiscalía, planificando los servicios y aprovechando adecuadamente los medios personales disponibles, con equitativo reparto de trabajo entre los fiscales, sean de capital o adscripción, de manera que el reparto aún ponderando la realidad del destino en adscripciones permanentes, evite sobrecargas derivadas de una estricta concepción de distribución meramente territorial.

4. El tratamiento legal del control judicial de los plazos (efecto preclusivo a modo de sanción, sobreseimiento libre sobreentendido contrario a opuesta manifestación inmediatamente anterior, requerimientos, dación de motivos...), hace que los Fiscales deban observar especial atención en no superar los tiempos señalados en los procedimientos, para evitar las drásticas consecuencias previstas en la Ley.

5. En los casos de formulación de acusación provisional inmediata en los juicios rápidos, en que no sea posible el visado previo, el Fiscal de guardia ajustará las calificaciones a los criterios fijados en las instrucciones internas y prácticas habituales de Fiscalía, debiendo dar cuenta posterior de los escritos para ser visados antes de la vista del juicio oral.

En las peticiones de sobreseimiento los Fiscales Jefes cuidarán que se cumpla el deber de motivación visando los dictámenes de sobreseimiento conforme al sistema establecido para el visado de las calificaciones.

6. Las actuaciones judiciales del nuevo procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de delitos se registrarán como «diligencias urgentes» (art. 797), abriéndose a tal efecto el correspondiente libro o soporte informático para constancia en sus asientos de los diversos trámites e intervención del fiscal. Las relativas a delitos que han de enjuiciarse por procedimiento abreviado seguirán registrándose como «diligencias previas» (nuevo art. 774). Los juicios de faltas incoados por cada Juzgado de Instrucción se registrarán en libro o soporte informático, debiendo constar los que se celebren con intervención del Ministerio Fiscal.

7. En las Fiscalías se establecerán los mecanismos necesarios para establecer un servicio de enlace que permita la fluida relación con los Colegios de Abogados a los fines previstos en la Ley.

8. Una vez que las Fiscalías determinen conforme a sus necesidades el sistema de guardia procedente en los diversos partidos judiciales de su territorio, cumplimentarán y remitirán a la Inspección Fiscal la ficha de servicio de guardias que se adjunta a esta Instrucción, y elaborarán un cuadro de servicio de guardias para atender los órganos judiciales del territorio, de manera que los fiscales puedan conocer anticipadamente los días que deberán prestar servicio.

9. Los datos estadísticos correspondientes a incoación, calificaciones, juicios, sentencias, grado y porcentaje de conformidad, en diligencias urgentes y nuevo procedimiento rápido, habrán de ser recogidos junto con los otros datos de procedimientos que deben tratar las Memorias de las diversas Fiscalías, a los que alude la Instrucción 7/2001 FGE, sobre elaboración de la Memoria Anual.

XII

Por último, a los fines de conocer la Fiscalía General del Estado los problemas que suscite la aplicación de la reforma y nuevo proceso especial, se remitirá a la Inspección Fiscal –antes del día 5 de junio de 2003– un resumen de las incidencias surgidas durante el primer mes de su vigencia, sin perjuicio de poner en conocimiento en cualquier momento cuantas cuestiones dificulten la correcta intervención del Ministerio Fiscal y hacer lo propio de forma trimestral a los mismos efectos.

Todos los datos e informes que se solicitan de las Fiscalías deberán remitirse a la Inspección puntualmente, con el fin de tener pleno conocimiento de todo aquello que, de interés, acontezca con ocasión de la entrada en vigor de la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y poder valorar, en cada caso concreto, las necesidades reales de las Fiscalías y efectuar el correspondiente balance, poniéndolo en conocimiento de las diferentes Administraciones que tienen competencia sobre la materia, para que los defectos detectados, en su caso, puedan solventarse adecuada y satisfactoriamente.

INSTRUCCIÓN NÚMERO 2/2003 SOBRE ACTUACIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

I. MARCO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

La cooperación judicial internacional constituye en la actualidad un instrumento indispensable para la eficacia de la justicia. En particular, en el ámbito penal, una pluralidad de factores ya expuestos en la Instrucción 3/2001 de 28 de junio, entre los que se encuentran la progresiva eliminación de fronteras en el seno de la Unión Europea y la consolidación de la existencia de una delincuencia organizada de carácter transnacional, ha convertido el auxilio entre autoridades judiciales de distintos países en el mecanismo idóneo y, sobre todo, necesario para la lucha contra la delincuencia.

La extensión del mecanismo de transmisión directa entre autoridades judiciales, que permite en caso de urgencia el artículo 15.2 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 1959, generaliza el artículo 53 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen y se amplía, con la idea de creación de un Espacio Judicial Europeo, en el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, implica un crecimiento importante en las demandas recibidas de las autoridades judiciales europeas.

Es un hecho, que en gran número de países europeos la instrucción de los procedimientos penales corresponde al Ministerio Público. De ello se deriva un crecimiento en el número de comisiones rogatorias recibidas directamente en las Fiscalías competentes o en la Fiscalía General del Estado, habida cuenta de la tendencia de las instituciones a la comunicación internacional con su homólogo.

En este sentido, la Recomendación (2000) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, tras declarar en su Preámbulo que el Ministerio Fiscal desempeña un papel determinante tanto en el sistema de justicia penal como en la cooperación penal internacional, proclama en su principio número 37 que «deberán facilitarse los contactos direc-

tos entre miembros del Ministerio Fiscal de diferentes países en el ámbito de convenios internacionales vigentes o, en su defecto, mediante medios prácticos».

El Ministerio Fiscal, consciente de este nuevo marco, ha de poner todos los medios a su alcance para asumir y desempeñar el relevante papel que en esta materia le está legalmente atribuido.

El Convenio Europeo de Asistencia Judicial firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 y completado con el protocolo adicional al convenio de 17 de marzo de 1978, fue ratificado por España el 18 de agosto de 1982, formulando una declaración respecto del artículo 24, según la cual «a los efectos del presente convenio serán consideradas como autoridades judiciales (...) los miembros del Ministerio Fiscal».

Esta condición del Ministerio Fiscal como autoridad judicial a los efectos de cooperación judicial internacional se mantiene en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, pues ambas normas se configuran como complementarias del Convenio de 1959.

Finalmente, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal tras la reforma operada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, manteniendo el texto del antiguo artículo 3.14, dispone en el nuevo artículo 3.15 que corresponde al Ministerio Fiscal «promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales».

Y, en su artículo 16, establece que, sin perjuicio de las competencias encomendadas a otros órganos, «la Secretaría Técnica asumirá el ejercicio o, en su caso, la coordinación de aquellas funciones que las leyes atribuyan al Ministerio Fiscal en materia de cooperación judicial internacional».

Ello implica configurar a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, como órgano central del Ministerio Fiscal en materia de cooperación jurídica internacional, correspondiéndole, bajo la supervisión del Fiscal General del Estado, facultades no sólo operacionales sino, lo que es más importante, de coordinación de la actividad del Fiscal en el ámbito de las relaciones internacionales.

Además, la existencia de nuevos instrumentos jurídicos (Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000, Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa de la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros de 13 junio de 2002) y la aparición de novedosas estructuras de cooperación en el ámbito de la Unión Europea (Magistrados de Enlace, Red Judicial Europea, Eurojust, etc.) aconsejan el establecimiento de mecanismos organizativos dentro del Ministerio Público que permitan dar respuesta adecuada y eficaz a las, cada vez más intensas, tareas del Fiscal en el campo de la cooperación judicial internacional.

En este sentido, debe recordarse que en cada una de la Fiscalías Especiales, al menos uno de sus integrantes es punto de contacto de la Red Judicial Europea. En el resto de las Fiscalías, tal y como había sido anunciado en la Instrucción 3/2001, se creó una estructura interna o Red del Ministerio Fiscal en materia de cooperación judicial internacional formada, en cada una de las Fiscalías de Audiencia Provincial y de Tribunal Superior de Justicia, por uno o dos miembros –dependiendo del volumen de asuntos de cooperación de la Fiscalía–, con la excepción de alguna que provisionalmente no cuenta con ningún Fiscal miembro de la Red.

Tras la celebración de la primera actividad formativa de especialización, concretamente el «Seminario sobre Cooperación Judicial Internacional» que tuvo lugar en el CEJAJ en abril de 2002, se comunicó a todos los Fiscales Jefes por oficio de 22 de Julio de 2002 la designación de los puntos de contacto de esta Red Interna.

En esta comunicación, en la que se oficializaba la creación de la Red, se decía que «*como especialistas en cooperación judicial internacional, la idea básica que*

preside su designación es convertirlos en puntos de referencia para la canalización, orientación y prestación de la ayuda judicial internacional de forma ágil y efectiva». Igualmente, se concretaba como objetivo de creación de la Red el dar respuesta a las crecientes necesidades que ya se vienen generando en esta parcela y, en general, en el ámbito de la cooperación jurídica internacional.

La desigual experiencia en el tiempo transcurrido desde su creación aconseja establecer una serie de pautas organizativas y de funcionamiento que faciliten la unidad de actuación de los señores Fiscales en esta materia.

II. ORGANIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS

II.1. Creación de un Servicio Especial de Cooperación Judicial Internacional

Hoy en día resulta incuestionable la complejidad del campo de la cooperación judicial internacional. Esta materia exige no sólo un manejo de los Convenios internacionales, con sus declaraciones y reservas, o un conocimiento y una relación estrecha con las estructuras creadas en el ámbito internacional para el favorecimiento de la cooperación y coordinación del auxilio judicial internacional, sino también un mínimo conocimiento del Derecho comparado, y el dominio de lenguas extranjeras. Ello aconseja la creación de un servicio especial en materia de cooperación judicial internacional que permita realizar las tareas de auxilio internacional con mayor eficacia y exactitud, dado el grado de especialización que el desarrollo de las mismas exige.

La Recomendación REC (2000) 19 del Consejo de Europa en su punto 39 insiste en que «con el fin de mejorar la racionalización y conseguir la coordinación de los procedimientos de ayuda mutua, los esfuerzos tenderán a: a) promover en el conjunto de los miembros del Ministerio Fiscal la conciencia de la necesidad de su participación activa en la cooperación internacional; y b) facilitar la especialización de determinados miembros del Ministerio Fiscal en el campo de la cooperación internacional.

Por consiguiente, se procederá al establecimiento de un Servicio Especial de Cooperación Internacional en cada Fiscalía de Audiencia Provincial y de Tribunal Superior de Justicia. Dicho servicio estará integrado por el o los Fiscales de cada Fiscalía que pertenezcan a la Red de cooperación judicial internacional del Ministerio Fiscal, quienes por su formación específica estarán preferentemente cualificados para el desempeño de las funciones que en esta Instrucción se les encomiendan.

Corresponderá al Fiscal Jefe respectivo la determinación del concreto *status* de dicho Fiscal en orden al reparto de trabajo dentro de la Fiscalía, teniendo en cuenta el carácter preferente con que dicho Fiscal debe asumir su cometido dentro de la Red y el volumen de asuntos existentes en materia de cooperación judicial internacional en cada Fiscalía.

En las Fiscalías especiales dicha labor será desempeñada primordialmente y en la medida en que el volumen de asuntos lo permita, por el Fiscal o Fiscales que sean puntos de contacto de la Red Judicial Europea.

La centralización de la cooperación internacional en un servicio especial en cada Fiscalía integrado por los Fiscales pertenecientes a la Red comporta otras ventajas adicionales. Ante todo permitirá a la Secretaría Técnica la realización de la labor de coordinación que en esta materia le atribuye el nuevo Estatuto. Además, la predeterminación que conlleva de la competencia para el despacho de estas materias en los puntos de contacto de la Red interna constituye un medio de agilización de la labor

de intermediación activa que corresponde a los puntos de contacto de la Red Judicial Europea y de la tarea de coordinación que pueda llevar a cabo Eurojust en los asuntos que le sean atribuidos.

Finalmente, se facilita la obtención de la información necesaria sobre omisiones rogatorias en ejecución o sobre el estado de las denuncias con fines procesales realizadas al amparo del artículo 21 del Convenio de 1959, que debe ser proporcionada en determinados casos a la autoridad central.

El ejercicio de las funciones que conforme al apartado tercero les son encomendadas a los Fiscales de la Red, exige que los mismos cuenten con acceso a Internet y correo electrónico además de con una línea telefónica con extensión internacional. En el caso de que alguno de sus miembros no tenga a su disposición en la actualidad las citadas herramientas, los Fiscales Jefes procurarán adoptar cuantas medidas estimen necesarias para la obtención de la dotación de estos medios.

II.2. Sistema informático para el registro de asuntos de cooperación judicial internacional

La necesidad de contar con una información segura acerca del número de comisiones o solicitudes de asistencia judicial responde a dos órdenes de consideraciones: a nivel interno debe contarse con un conocimiento cierto de la incidencia de los asuntos de cooperación judicial internacional en el ámbito de la actividad de los Fiscales y, a nivel internacional, facilitará la respuesta a las demandas solicitadas para las evaluaciones internacionales que periódicamente realizan instituciones de la Unión Europea y el Consejo de Europa sobre el estado y los mecanismos de cooperación judicial internacional en España.

Por estas razones, el Fiscal encargado del servicio de Cooperación Judicial Internacional o el Fiscal o Fiscales integrantes de la Red Judicial Europea en las Fiscalías especiales, asistidos del personal auxiliar necesario, asumirán la llevanza de un sistema informático de Registro de las comisiones rogatorias o solicitudes de asistencia judicial internacional cuya tramitación deba efectuarse en el territorio de su Fiscalía.

En dicho sistema se harán constar, tanto las comisiones rogatorias pasivas, como las activas que se emitan desde su propia Fiscalía.

Respecto de estas últimas, los señores Fiscales deberán poner en conocimiento del Fiscal encargado del servicio de Cooperación Judicial Internacional o del Fiscal o Fiscales integrantes de la Red Judicial Europea, la existencia de cuantas solicitudes de asistencia judicial internacional hayan realizado en el seno de diligencias practicadas en la Fiscalía.

El sistema informático de registro se alimentará con los datos de interés que se extraigan de las correspondientes comisiones rogatorias entre los que habrán de figurar necesariamente los siguientes: el país de procedencia o de destino, la vía convencional utilizada, las personas o datos que permitan la inmediata identificación de la comisión, las principales diligencias practicadas y la fecha de ejecución definitiva de la comisión rogatoria.

A estos efectos, toda comisión rogatoria o solicitud de asistencia judicial internacional que se reciba en una Fiscalía, bien directamente de una autoridad judicial de otro país, de la autoridad central, de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado o de otra Fiscalía, dará lugar a la incoación de un expediente de cooperación judicial internacional. Dicho expediente constituirá el vehículo formal para la tramitación de la correspondiente comisión rogatoria y facilitará la obtención de una estadística completa y fiable.

A su vez, toda comisión rogatoria que se dirija desde una Fiscalía a una autoridad judicial extranjera originará un apunte en el sistema informático de registro con los datos ya mencionados.

Con el objeto de proceder a la unificación de criterios registrales y facilitar la necesaria homogeneidad a estos efectos, se remitirá desde la Inspección Fiscal a todas las Fiscalías el correspondiente programa informático elaborado conforme a las necesidades antes enunciadas, incumbiendo la efectiva instalación de dicho programa a cada una de las Fiscalías. Además, el uso, almacenamiento, y, en su caso, tratamiento automatizado de tales datos habrá de acogerse a los principios definidos por la LO 15/1999, de 13 de diciembre. Por último, este sistema informático de registro de cooperación internacional deberá ser incluido en la relación de ficheros de datos personales de que dispone Ministerio Fiscal para el cumplimiento de sus funciones, en los términos y a los efectos prevenidos en la Instrucción 6/2001, de 21 de diciembre de la Fiscalía General del Estado.

II.3. Elaboración de la estadística

Las informaciones obtenidas mediante el citado programa permitirán contar con datos fiables y reales para la creación de una estadística que, conforme a lo dicho, servirá para valorar la incidencia de estas funciones en la cargas de trabajo de las Fiscalías y dar respuestas exactas a las demandas de las organizaciones internacionales en la elaboración de las evaluaciones de las tareas de los Estados en esta materia.

En este sentido, los datos que se obtengan deberán ser objeto de tratamiento en las Memorias anuales de cada Fiscalía y se recogerán de modo unificado y general en el Capítulo III, apartado I) de la Memoria de la Fiscalía General del Estado dedicado a la actividad internacional del Ministerio Fiscal. El Servicio de Cooperación Internacional remitirá anualmente a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado los datos estadísticos que se obtengan, sin perjuicio de que, excepcionalmente, puedan recabarse los mismos en períodos distintos por razones fundadas.

III. FUNCIONES DE LA RED DE FISCALES DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

La diversidad de actuaciones que puede llegar a requerir la cooperación judicial internacional y la inexistencia, al margen de fórmulas genéricas como las contenidas en los artículos 3.15 y 16.2 del EOMF, de criterios concretos preestablecidos sobre cuál deba ser el papel a desempeñar por el Fiscal en este ámbito, hacen preciso perfilar, siquiera sea de forma esquemática, las principales funciones que deberán desarrollar los Fiscales integrantes de la Red interna.

En perjuicio de las que la práctica aconseje les sean atribuidas en un futuro, cabe mencionar las siguientes:

– La ejecución o al menos la coordinación y el seguimiento de la ejecución de todas las comisiones rogatorias pasivas que deban, conforme a lo expuesto en el apartado V ser ejecutadas por la Fiscalía en la que presten sus servicios, incluyendo los destacamentos.

– El auxilio, cuando fuera necesario, al resto de los Fiscales de la plantilla en la redacción de las comisiones rogatorias activas, para lo cual contarán, cuando sea útil, con el modelo de comisión rogatoria elaborado por la Red Judicial Europea.

- La colaboración con el resto de los Fiscales en la elaboración de los informes solicitados por los órganos judiciales de su respectiva Fiscalía en materia de cooperación judicial internacional.

- La facilitación de los contactos directos de la Fiscalía con las autoridades judiciales internacionales cuando dichos contactos fueran necesarios para la ejecución o la elaboración de una petición de auxilio judicial internacional.

- El apoyo a los puntos de contacto españoles y extranjeros de la Red Judicial Europea que requieran información sobre el estado de ejecución de las solicitudes de auxilio judicial internacional pendientes, tanto en la Fiscalía como en los órganos judiciales pertenecientes al territorio de su respectiva Fiscalía, ejercitando en su caso la facultad prevista en el artículo 4.1.º del Estatuto Orgánico, procurando la agilización de la ejecución de dichas solicitudes.

- La asistencia necesaria a los Magistrados de Enlace y al Colegio o a los miembros de Eurojust en las tareas que les son propias y cuando fueran requeridos para ello.

- La llevanza del sistema informático de registro conforme se indica en el apartado II.

- El seguimiento de las denuncias recibidas en la Fiscalía conforme al artículo 21 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, informando al Ministerio de Justicia en el caso de que la denuncia hubiera sido remitida por éste o al Estado requirente si la hubiera recibido directamente acerca de los siguientes extremos: 1) curso dado a la denuncia: admisión a trámite o no, y en caso afirmativo, Juzgado, tipo y número de procedimiento; y 2) decisión firme adoptada al finalizar el proceso, archivo, condena, absolución o cualquier otra resolución que ponga término al procedimiento.

- Participar en todas las actividades formativas que se organicen u ofrezcan por la Fiscalía en esta materia, procurando también tomar parte en las actividades que se lleven a cabo por otras instituciones españolas o extranjeras en esta materia y en las que se oferte la asistencia a miembros del Ministerio Fiscal.

Precisamente con el objeto de perfeccionar estos conocimientos necesarios para la realización de sus funciones los Fiscales miembros de la Red gozarán en determinados casos de preferencia en la selección para la asistencia a cursos, seminarios y jornadas de formación sobre temas de cooperación judicial internacional o relacionados con ellos en España o en el extranjero.

- Colaborar en la elaboración de estudios destinados al perfeccionamiento y actualización de los instrumentos y herramientas dirigidos a la mejora de la cooperación judicial internacional cuando sean requeridos para ello por la Secretaría Técnica en su labor de coordinación.

- Tomar parte, cuando sean designados para ello, en reuniones internacionales de coordinación de investigaciones penales en alguna materia específica o relativa a asuntos concretos cuyas diligencias se lleven a cabo en el territorio de la Fiscalía a la que pertenecen, debiendo enviar a la Secretaría Técnica el correspondiente informe sobre el resultado o las conclusiones de la reunión.

IV. SELECCIÓN, NOMBRAMIENTO Y SUSTITUCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA RED

Habida cuenta de que corresponde a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado la coordinación de la cooperación judicial internacional conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del EOMF, resulta congruente que la designación de los Fis-

cales que como integrantes de la Red van a desempeñar la función de apoyo a la Secretaría Técnica en esta materia, se atribuya al Fiscal General del Estado.

Sin embargo, en la medida que su labor se ejerce en las Fiscalías Territoriales, la misma no puede estar desconectada de las facultades de dirección y distribución de trabajo que corresponde a los Fiscales Jefes.

El oficio de 22 de julio de 2002 comunicó a los Fiscales Jefes los integrantes de la Red, conforme a la convocatoria interna realizada por oficio de 9 de enero de 2002.

Conviene, sin embargo, precisar que esta designación no es permanente y que corresponderá en lo sucesivo a la Secretaría Técnica en su labor de coordinación, la valoración de las tareas realizadas por los miembros de la Red y la propuesta al Fiscal General del Estado de su sustitución por incumplimiento o ejercicio defectuoso de las funciones que se les atribuyen en esta Instrucción. Para ello, y como elemento imprescindible, deberá tenerse en cuenta el criterio del Fiscal Jefe respectivo, quien incluirá en la Memoria anual un informe sobre el trabajo realizado por el miembro de la Red en el ejercicio de sus funciones.

Habida cuenta de la necesaria especialización en la materia podrá ser causa de sustitución como miembro de la Red la no participación sin razón justificada en las actividades formativas que se organicen por la Fiscalía General del Estado para los Fiscales miembros de la Red.

También será posible el cese de las tareas como miembro de la Red a petición propia, con el informe favorable del Fiscal Jefe.

Igualmente cesarán automáticamente en sus funciones en la Red, los Fiscales que por traslado de destino cambien de Fiscalía.

V. EJECUCIÓN DE LAS COMISIONES ROGATORIAS

V.1. Tramitación general de las solicitudes de auxilio judicial internacional

Con el fin de facilitar la labor de los señores Fiscales en el despacho de las comisiones rogatorias parece procedente abordar determinadas cuestiones que pudieran plantearse a la hora de llevar a la práctica la ejecución de una solicitud de asistencia judicial internacional. No se trata de realizar un análisis exhaustivo de todas y cada una de las eventuales dificultades que pudieran surgir en su tramitación, sino tan sólo de ofrecer pautas de actuación que permitan mantener criterios unitarios sobre la actividad de las Fiscalías en esta materia.

En este punto es conveniente recordar lo ya expuesto en la Instrucción 3/2001, de la que la actual es continuación, sobre el contenido y las técnicas básicas de cooperación judicial internacional. En particular, ostentando, el Fiscal la condición de autoridad judicial a los efectos del Convenio de 1959 y complementarios, podrá ejecutar por sí mismo con plena autonomía todas aquellas comisiones rogatorias que tengan por objeto funciones de investigación que le corresponden en el ámbito interno.

Estas diligencias, que no han de considerarse como diligencias de investigación y por tanto no están sujetas al plazo de seis meses previsto en el artículo 5 del EOM, pueden ser ejecutadas bien directamente por el Fiscal o bien ordenando su práctica a la Policía Judicial. Sin ánimo de exhaustividad, el Fiscal puede recibir declaración a testigos, víctimas o sospechosos; realizar notificaciones o citaciones; acopiar y enviar documentos, informes policiales y reseñas dactilares y fotográficas; solicitar y enviar informes periciales; enviar en determinados casos cuando la información no

afecte a derechos fundamentales, informes sobre bienes, cuentas corrientes, identidad de titulares de teléfonos, etc.

Por supuesto, también más concretamente, puede autorizar entregas vigiladas o la actuación de agentes encubiertos conforme a lo dispuesto en el artículo 263 bis y 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el caso de que la comisión rogatoria hubiera sido enviada directamente a la Fiscalía y la única o las únicas diligencias solicitadas afectaran a derechos fundamentales y requiriesen autorización judicial, el Fiscal deberá remitirla a la autoridad judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio del 59, notificando a la autoridad judicial extranjera remitente quién es el órgano judicial competente para la ejecución de la solicitud. Es conveniente recordar que, además de las disposiciones convencionales mencionadas, el Consejo de la Unión Europea aprobó el 29 de junio de 1998 la Acción Común de Buenas Prácticas de Asistencia Judicial en materia penal, en las que se insiste en la necesidad de acusar recibo de las solicitudes de asistencia y proporcionar al tiempo a la autoridad requirente el nombre y las señas de la autoridad encargada de la ejecución de la solicitud.

En la práctica es frecuente que la solicitud recibida en la Fiscalía contenga diligencias que pueden ser ejecutadas por el Ministerio Fiscal junto a otras que requieran autorización judicial. En estos casos, los señores Fiscales deberán valorar las circunstancias del caso para decidir sobre la remisión total de la comisión rogatoria al Juzgado en caso de que la íntima relación de las diligencias solicitadas o la accesoriadad de las que pueda practicar el Fiscal, aconsejen su ejecución conjunta. La otra posibilidad es la ejecución parcial en cuyo caso, procederán los señores Fiscales a la ejecución de las diligencias que les competan, con devolución a la autoridad requirente de las diligencias practicadas y enviarán a la autoridad judicial la comisión rogatoria para la ejecución de aquellas que requieran autorización judicial, comunicando, en este caso, al requirente este hecho y los datos de la autoridad competente para la ejecución de tales diligencias, tal y como se dispone en el apartado *d*) del artículo 1 de la Acción Común de Buenas Prácticas. En este último caso, el Juzgado puede optar por la devolución directa a la autoridad extranjera de emisión o al Fiscal que una vez recibida deberá enviarla a la autoridad judicial remitente.

V.2. Devolución de la Comisión rogatoria

Conviene recordar que las comisiones rogatorias, una vez ejecutadas, deben ser remitidas por la misma vía por la que fueron recibidas, es decir, se devolverán bien a la autoridad judicial remitente si se enviaron directamente, bien a la autoridad central si fueron enviadas a través de la misma. La excepción a esta regla se encuentra en el artículo 15 de Convenio del 59 que establece la necesidad de devolución a través de la autoridad central de las comisiones rogatorias enviadas directamente como urgentes, salvo que fuera aplicable el número 4 del artículo 15 por tratarse de diligencias preliminares al procesamiento.

Por ello, a efectos de agilización, los señores Fiscales procederán a remitir directamente a la autoridad central española (el Ministerio de Justicia) o a la autoridad judicial requirente, una vez ejecutadas, las comisiones rogatorias que, procedentes de dichas autoridades, hayan recibido a través de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, enviando a esta última, por cualquier medio de comunicación, copia de las diligencias practicadas.

Es preciso destacar que el conocimiento de la autoridad judicial extranjera competente para la ejecución de una petición de auxilio judicial de las autoridades judiciales españolas es en el caso de los Estados de la Unión Europea, perfectamente

identificable a través del atlas judicial europeo –instrumento creado en el seno de la Red Judicial Europea– al cual los miembros de la red tienen acceso al haberseles facilitado las claves necesarias para su utilización que deben asimismo difundir entre el resto de los Fiscales.

En todo caso, siempre que quepa la transmisión directa debe recordarse la posibilidad de envío a través de Interpol.

V.3. Lengua de las comisiones rogatorias

El Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959 establece como regla general la no exigencia de traducción de las solicitudes de asistencia judicial ni de los documentos anexos (art. 16). Sin embargo, España, en declaración hecha a dicho artículo, se ha reservado la facultad de exigir que las solicitudes de asistencia judicial y los documentos anexos que se le cursen se acompañen de una traducción al idioma castellano debidamente autenticada.

Ahora bien, en aquellas ocasiones en que las comisiones rogatorias se reciban sin traducción, los señores Fiscales procederán a su ejecución si ello fuere factible con el objeto de evitar dilaciones innecesarias. No obstante cuando la ausencia de traducción constituya una dificultad insalvable se procederá a su devolución a la autoridad remitente para el cumplimiento de dicho requisito.

Excepcionalmente, entre España y Portugal existe un Convenio bilateral, firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1997 (que entró en vigor el 19 de diciembre de 1999) por el que ambos Estados admiten que se remitan las comisiones rogatorias en el idioma original sin necesidad de traducción.

Por otra parte, respecto de la orden europea de detención y entrega, la misma deberá traducirse a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución o a cualquier otra lengua aceptada por éste (art. 8.2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 y art. 3 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo), correspondiendo al Juzgado Central de Instrucción, como autoridad judicial de ejecución española, la comprobación de que las recibidas estén traducidas al español y la obligación de proceder de oficio a la traducción de la orden cuando la detención de la persona reclamada sea consecuencia de la introducción de su descripción en el sistema de información Schengen (art. 10.2 de la Ley 3/2003). Por lo tanto, la remisión de una orden europea de detención y entrega exigirá su traducción a una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución.

V.4. Coordinación de la ejecución de solicitudes de auxilio en territorio de varias Fiscalías

Puede ocurrir que la ejecución de una determinada comisión rogatoria exija la práctica de diligencias en territorios pertenecientes a diversas Fiscalías. En tales casos, resulta procedente arbitrar un sistema que asegure una tramitación ágil y coordinada y facilite el control último de su ejecución.

Por ello, recibida una comisión rogatoria en una Fiscalía, el Fiscal de la Red, solicitará directamente, a través de cualquier medio de comunicación, incluso el telefónico, el auxilio necesario al Fiscal o Fiscales de la Red destinados en las Fiscalías en las que deban de practicarse diligencias, remitiéndoles, de forma inmediata, copia de la citada comisión a efectos de la realización de las actuaciones que les competan.

En el menor tiempo posible y debidamente, se remitirá las diligencias cumplimentadas. La petición y el auxilio fiscal prestado deberán constar, mediante las oportunas anotaciones, en los expedientes de cooperación internacional incoados.

INSTRUCCIÓN NÚMERO 3/2003 SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RETORNO DE EXTRANJEROS MENORES DE EDAD QUE PRETENDAN ENTRAR ILEGALMENTE EN ESPAÑA Y EN QUIENES NO CONCURRA LA SITUACIÓN JURÍDICA DE DESAMPARO

I. PLANTEAMIENTO

El creciente incremento de los movimientos migratorios hacia los países de la Unión Europea ha provocado que la política de inmigración pase a estar integrada en el programa de políticas comunes de los Estados miembros. La política común sobre inmigración de la Unión Europea se sustenta sobre una idea básica, ya anunciada en la Conferencia de Tampere y que viene siendo objeto de progresivo afianzamiento: la inmigración legal, promovida desde las Instituciones comunitarias, ha de tener su adecuado contrapeso en la lucha decidida contra cualquier forma de inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos. En especial, se han de extremar las precauciones para que el sistema de derechos y garantías de los Estados de la Unión Europea no pueda ser fraudulentamente utilizado por los infractores de las respectivas legislaciones de extranjería para forzar una residencia de todo punto impropiciente.

Un ejemplo evidente de lo que se acaba de exponer se refleja en el tratamiento jurídico y asistencial que, hasta la fecha, se está dando en España a la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados, que, sin familia ni medios de vida, acceden ilegalmente a nuestro país por los más variados medios. La situación en que se encuentran estos menores determina, por regla general, la tutela automática de la Administración y, como consecuencia, la futura residencia legal en España.

Los datos ofrecidos por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración demuestran la gravedad del problema. En el año 2002 los organismos públicos de protección acogieron a 6.239 menores extranjeros no acompañados —un 56 por 100 más que el año anterior—, con una tasa estimada de crecimiento anual de 1.000 menores. La mayor parte de ellos proceden de Marruecos. Concretamente 4.738 llegaron de este país, lo que representa un 75 por 100 del total y un incremento del 86 por 100 respecto al año 2001. Estas cifras han de ponerse en relación con otras estadísticas oficiales, con arreglo a las cuales, en el año 2000, la población marroquí superaba los 28.700.000 habitantes, de los que el 32 por 100 tenía menos de 15 años. Ello conduce a una cifra de 9.184.000 niños menores de 15 años. De éstos el 40 por 100 se encuentra sin escolarizar, —y su familia en una precaria situación económica—, viéndose empujados a emigrar a edades cada vez más tempranas.

Hemos de ser conscientes de que los recursos materiales de los llamados países de acogida, entre los que se encuentra España, no son ilimitados, ni pueden asumir los actuales flujos migratorios sin poner en peligro su bienestar económico.

Las entidades españolas de protección nunca van a disponer de los ingentes medios personales y materiales que serían necesarios para atender a todos los menores de edad que intentan acceder irregularmente a nuestro país, ni los tejidos productivos de la sociedad española serán capaces de absorberlos.

Por lo demás, no podemos más que constatar el desbordamiento del sistema español de protección de menores frente a un colectivo humano que, en la mayoría de los casos, rechaza sistemáticamente la escolarización y las atenciones que se le ofre-

cen en los centros públicos. Ello es congruente con la precaria situación que les impulsa a la aventura de la inmigración clandestina. Frente a aquellos otros casos en que la entrada regular permite un proceso de escolarización que conduce a la integración social del joven, el objetivo del menor irregular no es llegar a España huyendo de una situación de desamparo afectivo, sino con la esperanza de incorporarse al mercado de trabajo y, en su caso, ayudar con sus ingresos a su familia de origen. Sin embargo, por razones obvias, la mayor parte de ellos sólo consiguen ser explotados por personas sin escrúpulos o convivir en la marginalidad y la delincuencia.

La Fiscalía General del Estado no puede permanecer indiferente ante este problema de dimensiones sociales, económicas y culturales imprevisibles. Tampoco puede permitir que la minoría de edad se convierta en la coartada legal que legitime la violación sistemática de las normas jurídicas del Estado, asegurando por sí sola, a través de una mecánica declaración de desamparo, la residencia en España de todos los extranjeros menores de edad que acceden ilegalmente a nuestro país. Lo impiden, tanto exigencias inherentes a las más elementales reglas de convivencia, como el sentido mismo de las instituciones tutelares. El ya apuntado desbordamiento de los servicios sociales españoles puede generar a medio plazo que su función primordial, esto es, la asistencia a menores efectivamente desamparados, resulte irrealizable ante la necesidad de atender casos en los que no concurren los presupuestos que justifican la atención tuitiva. No se trata, pues, de cerrar las puertas a aquellos jóvenes extranjeros cuya desesperada situación familiar y social reclama una atención preferente por parte del sistema de protección social. Lo que se busca mediante la presente Instrucción es contribuir a racionalizar la capacidad de asistencia de las autoridades españolas. Y lo hace en el ámbito funcional que es propio de la Fiscalía General del Estado, unificando un criterio hasta ahora disperso, cuya mejor muestra es la ocasional interposición por alguna Fiscalía de recurso contencioso-administrativo con el objeto de impugnar la decisión de retorno al alcance de las autoridades administrativas.

Conviene, pues, realizar dos afirmaciones iniciales orientadas hacia ese objetivo antes indicado: a) la minoría de edad, sin el referente de una persona de mayor de edad, no debiera asegurar por sí sola una declaración de desamparo; b) la figura del retorno o devolución puede ser aplicada a los extranjeros menores de edad que accedan ilegalmente a nuestro país.

Han de ser ambas premisas las que permitan en lo sucesivo a los señores Fiscales el examen de los supuestos que sean sometidos a su consideración. Sólo mediante la adecuada ponderación de los presupuestos que definen el desamparo, se estará poniendo el sistema tuitivo al servicio de los casos que preferentemente reclaman la atención asistencial de los poderes públicos. Lo contrario, esto es, la resignada aceptación de una estadística en imparable progresión y de unas cifras expresivas de la incontrolada avalancha de inmigrantes clandestinos menores de edad, puede suponer la parálisis del sistema asistencial, con la consiguiente frustración de los fines que le son propios.

II. EXTRANJERO MENOR DE EDAD Y DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Antes de adentrarnos en el análisis de la legislación estatal y autonómica aplicable a los extranjeros menores de edad, se hace preciso definir qué se entiende por extranjero a los efectos de la legislación de extranjería y quiénes, de entre ellos, pueden ser atendidos en los centros españoles de protección, ya que la emancipación, legal o de hecho, del menor de edad veta cualquier tipo de intervención pública.

A) Concepto de extranjero

Tradicionalmente, la condición de extranjero se ha venido definiendo, de una forma bastante simple, por oposición al concepto de nacional. Éste ha sido el criterio acogido en el artículo 1.1 la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante Ley de Extranjería o LE), para señalar que «se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española».

Sin embargo, hoy en día asistimos a un proceso ya consolidado de creación de comunidades supraestatales en las que los Estados miembros entregan parte de su soberanía originaria para, entre otras cosas, reconocer a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia dentro de los límites territoriales de cualquiera de ellos. Por esta razón el número 2 del artículo 1 LE hace la salvedad de que «lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte».

Concretamente, el Tratado Maastrich, de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, creó la que denomina *ciudadanía de la Unión*, complementaria y no sustitutiva de ciudadanía nacional (art. 17 del Tratado de Roma), que permite a todos los ciudadanos de la Unión a circular, residir (art. 18 Tratado de Roma) y trabajar (art. 39) en cualquiera de los Estados miembros.

Esta nueva nacionalidad supraestatal evidentemente no modifica el concepto tradicional de extranjería, pero sí que nos obliga a distinguir entre los nacionales de uno de los Estados de la Unión, que tienen un específico régimen jurídico, y los extranjeros propiamente dichos, o nacionales de países extracomunitarios, que son los genuinos destinatarios de la legislación encaminada a mantener dentro de los límites de lo razonable los actuales flujos de población entre países.

B) Minoría de edad del extranjero

La respuesta jurídica del Estado no es la misma para los inmigrantes ilegales mayores o menores de edad, siendo mucho más rígida con los adultos que con los niños o jóvenes que acceden irregularmente a nuestro país.

No se trata de incidir sobre el procedimiento para acreditar la edad biológica del extranjero indocumentado, materia que ya fue tratada por la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, a la que desde aquí resulta obligado remitirse. Tampoco, se trata de recordar la vigencia de algunos preceptos legales, no siempre debidamente considerados en el momento del juicio ponderativo sobre la mayor o menor edad. Es el caso del artículo 9.1 del Código civil, conforme al cual, la mayor edad se rige por la ley nacional del sujeto, por lo que, en puridad de principios, no será la legislación civil española, sino la del país de origen la que determinará la menor o mayor edad del extranjero en España. Teniendo presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el contenido y vigencia del Derecho extranjero debe ser objeto de prueba en juicio, sin perjuicio de que el propio Tribunal pueda valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Pese a todo, está fuera de dudas que las circunstancias en que se produce la entrada clandestina descartan cualquier solución basada en principios de corte teórico acerca de la carga de la prueba o el examen de soluciones jurídicas comparadas. Pero también es claro que la existencia de una posible referencia cronológica inferior a los 18 años no es impensable en algunos países. Basta para ello repasar la legislación internacional, nacional y autonómica aplicable a la materia.

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, considera menor de edad a «todo ser humano menor de dieciocho años, *salvo que, en virtud de ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*»; para el artículo 12 de la Constitución española, son los españoles quienes adquieren la mayoría de edad a los dieciocho años; el artículo 1 de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, claramente advierte que sus normas se aplicarán a «los menores de 18 años que se encuentren en territorio nacional, *salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*»; pronunciándose en parecidos términos el artículo 2 de la Ley de la Comunidad Canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores o el artículo 2 de la Ley cántabra 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia.

Como quiera que la inmensa mayoría de los Estados fija el límite biológico de la mayoría de edad en los dieciocho años, suele ser usual, en los casos de interceptación de inmigrantes ilegales, que, una vez constatado que aquélla todavía no se ha alcanzado, se proceda, sin necesidad de mayores comprobaciones, a la automática aplicación de los mecanismos tuitivos previstos en la legislación española. Este entendimiento, inspirado en el más rígido de los automatismos, olvida, sin embargo, que la minoría de edad no es el único elemento necesario para someter a la legislación española de protección de menores a una persona determinada, pues a la menor edad del sujeto habrá de añadirse la incapacidad civil de obrar. O dicho de otro modo, las normas estatales o autonómicas de protección de menores no pueden ser aplicadas a los menores de edad emancipados.

Nótese que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor...» (art. 323 CC), razón por la que la Ley 1/1995, del Principado de Asturias, señala en su artículo 22 que con carácter general las medidas de protección establecidas en la presente Ley cesarán, entre otros motivos, por la habilitación de edad; el artículo 17 f) de la Ley 7/1995 de las Islas Baleares, dispone que las medidas de protección descritas en el artículo 15 se extinguen por la emancipación del menor por concesión judicial; o el artículo 37 a) de la Ley 4/1998 de la Comunidad Autónoma de La Rioja, dice que las medidas de protección señaladas podrán cesar por emancipación.

De acuerdo con esta idea, los menores de edad extranjeros podrán beneficiarse de las normas de protección de menores en tanto carezcan de la capacidad civil de obrar, esto es, siempre que sean menores de dieciocho años y no puedan entenderse emancipados. Carecería de sentido que las entidades públicas de protección no pudieran intervenir sobre los españoles mayores de dieciséis años que, con consentimiento expreso o presunto de sus padres, tengan un trabajo remunerado por cuenta ajena (vid. art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores), viven de forma independiente (art. 319 CC), o incluso, habiendo contraído matrimonio, tienen su propia familia (art. 316 CC) y, sin embargo, estuvieran obligados a hacerlo sobre los extranjeros que se hallen en las mismas condiciones personales. En definitiva, respecto de aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente que ésta.

De lo expuesto podemos colegir que la Administración española no está obligada a asumir la tutela automática de todo extranjero menor de 18 años de edad.

Los mecanismos de protección de menores sólo habrán de ponerse en marcha una vez que se haya comprobado la presencia de una efectiva situación de desamparo, pues no resulta razonable que aquellos que son tratados como adultos en su propio país de origen, regresen a la infancia nada más traspasar los límites físicos de nuestras fronteras.

III. SITUACIONES DEL MENOR EXTRANJERO EN ESPAÑA

La idea de que todo extranjero menor de edad no acompañado se encuentra en una palmaria situación de desamparo ha llegado a convertirse en un axioma incontrovertible –sin duda propiciado por el tenor literal del artículo 62 del RE–, del que se derivan dos consecuencias encadenadas, la tutela automática de la Administración y la regularización de su situación ilegal en España.

Sin embargo, esta forma de proceder no puede ser compartida, pues la declaración de desamparo nunca es automática y, además, resulta discutible que todos los menores que carezcan de la asistencia de un mayor de edad se encuentren desamparados.

A) La declaración de desamparo nunca es automática

El desamparo es un concepto abierto e indeterminado, circunstancial y mutable, que, por la gravedad de las consecuencias jurídicas que lo acompañan, se ha de acreditar por los organismos públicos de protección caso por caso y tras la tramitación contradictoria del oportuno expediente administrativo. La tramitación del expediente administrativo no es baladí, pues durante la misma se pretenden alcanzar las siguientes fases o utilidades:

– En primer lugar, han de ser atendidas las necesidades inmediatas del menor, con suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, que asumirán, por ministerio de la ley, los organismos públicos de protección;

– Después, se intentarán acreditar de forma individualizada las deficiencias que plantea la situación personal, familiar, psicológica y social del menor, y que aconsejaron la intervención administrativa.

– Y, por último, se procederá a diseñar el plan de actuación administrativa más adecuado para paliar los problemas concretos planteados (tutela administrativa y acogimiento residencial; acogimiento familiar, simple o preadoptivo; reintegro en su familia de origen, etc.).

No todos los expedientes abiertos por la Administración acaban con una declaración de desamparo. Muchos de ellos resultan archivados por no haberse confirmado suficientemente las circunstancias que motivaron su incoación o por haberse modificado aquéllas a lo largo de la tramitación del expediente. Por tanto, aunque nos hallemos frente a uno de los supuestos de desamparo taxativamente enumerados en la legislación autonómica de protección de menores (*vid. p. ej.*, art. 23.1 Ley andaluza 1/98, de los Derechos y la Atención del Menor) la declaración de desamparo nunca es automática. La comprobación indiciaria de uno de los supuestos tasados de desamparo justifica, en principio, la intervención cautelar e inmediata de la Administración, pero ni los supuestos se agrupan en un catálogo cerrado o *numerus clausus*, ni hacen prueba *iuris et de iure*, que releve a la Administración de tramitar el correspondiente expediente administrativo (art. 172.6 CC, implícitamente).

Además, no basta la constancia actual de una situación de desprotección para que ésta lleve inexorablemente al desamparo, pues el incumplimiento de los deberes de protección que lleva a la declaración administrativa de desamparo ha de tener una vocación de permanencia en el tiempo. No son suficientes las situaciones episódicas de desprotección en que pueda encontrarse un menor de edad para justificar la adopción de las graves medidas que, sobre él y su familia, entraña un proceso jurídico de desamparo.

En estos casos, la intervención de la entidad pública competente, –sin declaración jurídica de desamparo y a instancias de los padres, tutores o Autoridad Judicial–

se limita a asumir la guarda temporal del menor mientras subsistan las circunstancias que impiden a sus padres o tutores prestarle la debida atención y cuidado (arts. 172.2 CC y 19 LO 1/1996).

Haciendo traslación de estos razonamientos al objeto que nos ocupa, se puede concluir afirmando que la presencia de un menor de edad, español o extranjero, sin la referencia de una persona adulta en el territorio nacional no es igual a desamparo, ni éste tiene por qué ser declarado automáticamente por la Administración. El desamparo sólo puede ser estimado a la conclusión del expediente administrativo, sin perjuicio, claro está, de que se puedan adoptar las medidas cautelares de protección que se consideren necesarias en cada caso.

B) La menor edad sin asistencia no es igual a desamparo

Conforme al razonamiento del anterior apartado, el desamparo se fundamenta en situaciones de hecho de muy difícil concreción legal, razón por la que el artículo 172.1 CC ofrece un concepto de desamparo lo suficientemente amplio y flexible como para abarcar la diversidad de supuestos que se nos puedan presentar. Dice el artículo 172.1 CC que, «se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

En esta definición legal se pueden distinguir claramente dos elementos: un elemento objetivo, el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, y otro subjetivo, la falta de asistencia moral o material que sufre el menor de edad.

La concurrencia de ambos presupuestos en cada caso concreto es imprescindible para que resulte jurídicamente viable una declaración administrativa de desamparo, de ahí que el mayor de dieciséis años que vive de forma independiente, como contempla y permite el artículo 319 CC, sin recibir la asistencia moral y material inherente a la patria potestad (elemento subjetivo) no pueda considerarse técnicamente desamparado. Y a la inversa, podemos encontrar situaciones de desamparo en el marco de relaciones paternofiliales, de tutela o guarda, cuando las personas que las tengan atribuidas se muestren incapaces física, moral o económicamente de cumplir con sus deberes legales de asistencia (elemento objetivo).

Parece claro, pues, que del mismo modo que el absentismo escolar no siempre da lugar a una declaración de desamparo, tampoco hay por qué caer en el automatismo a la hora de entender desamparados a todos los extranjeros menores de 18 años que, sin familia, intentan acceder a España. No faltarán casos en que estos menores sean empujados y alentados a emigrar por su propia familia, que obviamente no aspira a su retorno, ni los reclama, puesto que su deseo no es «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral» (art. 154.1.º CC), sino que continúen en el extranjero con la esperanza de que consigan un trabajo con el que puedan ayudarles a mejorar sus precarias condiciones vida.

Los efectos de ese automatismo pueden llegar a ser más nocivos que el mal que se pretende evitar. El inabarcable número de menores que cruzan la frontera subrepticamente está generando el indeseable efecto de que los centros de protección españoles no atienden a las expectativas vitales del inmigrante menor de edad. A menudo los menores extranjeros se sienten engañados, desconfían de la atención que se les presta, entienden el ingreso en el centro de protección como una especie de sanción privativa de libertad, una amenaza para su estancia en España y una pérdida de tiempo, por lo que se fugan nada más ser ingresados, adentrándose en un submundo donde abunda la marginación social y la delincuencia.

En definitiva, no es cierto —como se ha expuesto *supra*— que todos los extranjeros menores de 18 años de edad que se encuentran en España sin el referente de una persona adulta se hallen en situación de desamparo, y tampoco lo es que la legislación española de extranjería prohíba el retorno o devolución de los mismos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 LE, los extranjeros menores de edad que sean interceptados por las autoridades españolas en el acto de entrada ilegal en España, salvo que se aprecie en ellos una especial situación de desamparo, deben ser retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. Si el retorno fuera a demorarse más de veinticuatro horas, la autoridad gubernativa lo comunicará al Fiscal de Menores quien, dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención se dirigirá al Juez de Menores competente para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma (arts. 45 y 46 LO 5/2000), hasta que llegue el momento del retorno (art. 60.1 LE).

V. CONCLUSIONES

Por cuanto antecede, en los casos de interceptación de la entrada clandestina de inmigrantes menores de edad, los señores Fiscales habrán de acomodar su intervención a las siguientes consideraciones:

1.^a Salvo prueba en contrario (art. 281.2 LEC), los extranjeros mayores de dieciséis años que viven incapaces de sus padres y con el consentimiento de éstos (art. 319 CC), tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad (art. 323 CC).

2.^a En tales casos, no será procedente entender que concurre la situación jurídica de desamparo, con las consecuencias legales que ello conlleva en el régimen jurídico de la repatriación del extranjero.

3.^a La detención de los extranjeros menores de edad que pretendan entrar en España será notificada inmediatamente, y en todo caso dentro de las veinticuatro horas, a los Fiscales de Menores (art. 17.1 LO 5/2000). Los señores Fiscales, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que aprecien una palmaria situación de desamparo, dictaminarán a favor del retorno del menor a su punto de origen a la mayor brevedad posible (art. 60.1 LE).

4.^a En el caso de que el retorno no pudiera llevarse a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención, el Fiscal de Menores se dirigirá al Juez de Menores para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma.

5.^a El Fiscal que, en atención a la excepcionalidad de las circunstancias concurrentes, se propusiera interponer un acto impugnativo contra la decisión administrativa de repatriación del menor de edad no desamparado, habrá de contar con la autorización expresa del Fiscal Jefe, quien, a la mayor urgencia posible, elevará informe motivado al Fiscal General del Estado argumentando las razones que avalan la procedencia del recurso.