

Instrucciones

INSTRUCCIÓN 1/2004 SOBRE RECLAMACIÓN INTERNACIONAL DE ALIMENTOS

La reclamación de alimentos en el extranjero se regula en España por diversos Convenios Internacionales, bilaterales y multilaterales, que inciden tanto sobre la determinación de la competencia para el conocimiento de los litigios, cuando exista en la reclamación un elemento «extranjero», como sobre los procedimientos aplicables para lograr la ejecución de las resoluciones extranjeras en esta materia.

La diversidad de textos convencionales en esta materia provoca problemas de determinación de la norma aplicable a los casos concretos y dificultades en su correcta aplicación.

Los Convenios aplicables a estas situaciones son básicamente, además de los bilaterales: el Convenio de Nueva York para la reclamación internacional de alimentos de 20 de junio de 1956, los Convenios de la Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias de 2 de octubre de 1973, el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y comercial de 27 de septiembre de 1968, y el de Lugano de 16 de septiembre de 1988. Por otro lado, debe recordarse que el Convenio de Bruselas ha sido sustituido entre los Estados miembros vinculados a ambos Convenios por el Reglamento 44/2001 conocido como (Bruselas I) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La mayoría de los Convenios citados remiten a la legislación nacional para la determinación del procedimiento a seguir para lograr la ejecución de la resolución judicial extranjera, por lo que en España habrá que aplicar bien la Ley de Enjuiciamiento Civil para la presentación de demandas declarativas o bien la regulación sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (*exequátur*), que se encuentra en los artículos 951 a 958 de la LEC de 3 de febrero de 1881, conforme a lo dispuesto en la Disposición derogatoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero. Algunos Convenios, como el Convenio de Bruselas de 1968 y por supuesto el Reglamento 44/01, crean a su vez prácticamente un procedimiento de *exequátur* singular como un sistema completo y autónomo.

La legitimación para instar el reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera corresponde a los interesados, sin que se reconozca en nuestra legislación ni se mencione tampoco expresamente en ninguno de estos Convenios al Ministerio Fiscal como legitimado para solicitar el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones extranjeras. Es más, el Ministerio Fiscal aparece en la regulación del *exequátur* en nuestra ley procesal en el artículo 956 LEC como órgano dictaminador, lo que no

encaja fácilmente con la posición habitual de demandante. Tampoco se menciona al Ministerio Fiscal como legitimado para la interposición de demandas civiles en reclamación de alimentos de ciudadanos residentes en el extranjero.

Pese a todo ello, desde la entrada en vigor del Convenio de Nueva York de 1956, es costumbre la tramitación por el Ministerio Fiscal de las demandas de auxilio que le son enviadas por el Ministerio de Justicia, procedentes de las autoridades centrales extranjeras relativas a la solicitud de alimentos cualquiera que fuera el Convenio invocado.

La razón se debe a que el Convenio de Nueva York, teniendo presente la dificultad de los ciudadanos para litigar en un país en el que no residen, acuerda solucionar el problema a través de la actuación de autoridades de la Administración de los Estados que vendrían a actuar gratuitamente ante los órganos jurisdiccionales del Estado requerido en nombre o representación de las personas con derecho reconocido a alimentos.

El Convenio se refiere a diversas autoridades que intervienen en la reclamación, la primera de ellas es la autoridad remitente, órgano estatal del lugar donde se encuentra el receptor de los alimentos, que interviene a su instancia activamente, enviando la solicitud y los documentos pertinentes para que pueda formalizarse la reclamación. La autoridad intermediaria es el órgano competente del Estado en el que reside el obligado y donde debe ejercitarse la acción de reclamación. Para formalizar la reclamación, la autoridad remitente recibe de la persona con derecho a la reclamación de alimentos la solicitud junto a un poder que autorice a la autoridad intermedia para actuar en nombre del demandante.

España depositó el documento de adhesión al Convenio en la Secretaría de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1966 y el Convenio fue publicado en el *BOE* de 24 de noviembre de 1966. El 2 de noviembre de 1971 el Ministerio de Asuntos Exteriores hizo público que en el momento del depósito del Instrumento de adhesión el Gobierno español, conforme al artículo 2.º del Convenio, había designado al Ministerio de Justicia para ejercer las funciones tanto de autoridad remitente como de autoridad intermedia.

Obviamente, en cuanto organismo público, la autoridad intermedia española, el Ministerio de Justicia, carece de capacidad para actuar directamente y en la práctica los poderes del alimentista se otorgan a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

A pesar de ello, en todas las reclamaciones de alimentos amparadas por el Convenio de Nueva York ha intervenido hasta ahora, promoviendo las oportunas acciones, judiciales y extrajudiciales, el Ministerio Fiscal. La causa de esta intervención es histórica y se encontraba en la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y en el Reglamento del Ministerio Fiscal de 1969, cuando el Ministerio Fiscal era un órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1974 admitió que «el Ministerio de Justicia, como Institución Intermedia, está válidamente representado por el Ministerio Fiscal».

Sin embargo, estos argumentos, válidos en el momento en que se dictó esta sentencia en la que se dirimía la legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición del procedimiento de reclamación de cantidad en nombre de un menor en el extranjero, no lo son en el momento actual, en el que el Ministerio Fiscal no es un órgano de representación y de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia.

La obligación legal del Ministerio Fiscal como representante legal de determinadas personas (art. 3.7 del EOMF) tampoco es suficiente por sí sola para justificar su actividad en las reclamaciones del Convenio de Nueva York, ya que los menores

beneficiarios están debidamente representados por el otro progenitor y éstos, por la autoridad intermediaria.

A mayor abundamiento, como ya se mencionaba, ni las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal contemplan la legitimación del Fiscal para la reclamación de alimentos en el extranjero, por lo que se han venido produciendo en los últimos años algunas resoluciones judiciales que deniegan la legitimación del Ministerio Fiscal para la interposición de demandas reclamando alimentos en representación de la autoridad intermedia y, por tanto, de los menores extranjeros.

De todo lo expuesto se deduce que la legitimación para la reclamación de estos alimentos, ya sea vía *exequátur* por aplicación del Convenio de la Haya de 1973 o de Bruselas de 1968, instando el reconocimiento y la ejecución de la resolución extranjera por la aplicación del Reglamento 44/01 y acudiendo a la vía extrajudicial, o judicial, ejercitando acciones declarativas o instando *exequátur* por aplicación del Convenio de Nueva York, corresponde al interesado o al Abogado del Estado en representación del Ministerio de Justicia como autoridad intermedia.

Esta conclusión ha sido puesta de manifiesto por la Fiscalía General del Estado al Ministerio de Justicia, que a la vista de la ausencia de legitimación del Ministerio Fiscal remite actualmente las nuevas solicitudes de reclamación de alimentos procedentes del extranjero a la Abogacía del Estado, una vez que en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, se ha modificado el artículo 9 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas para atribuir a los Abogados del Estado la posibilidad de asumir la representación y defensa del Estado, sus organismos autónomos, entidades públicas de ellos dependientes en procedimientos arbitrales y otras reclamaciones extrajudiciales de naturaleza nacional o internacional.

Sin embargo, en este momento las Fiscalías se encuentran tramitando por la vía judicial y extrajudicial multitud de asuntos de reclamación de alimentos en los que o bien no se ha cuestionado la legitimación del Fiscal o en vía extrajudicial se abonan los alimentos de forma voluntaria por el obligado a prestarlos de forma que la autoridad remitente no ha solicitado el ejercicio de acciones judiciales. Durante este período transitorio y teniendo en cuenta que desde ahora el Fiscal no iniciará nuevas reclamaciones, no parece oportuno paralizar súbitamente la tramitación de los expedientes abiertos, ya que ello sería fuente de retrasos y redundaría en perjuicio del menor con derecho a alimentos que durante el tiempo del traslado del expediente al Ministerio y el inicio de una nueva tramitación por la Abogacía del Estado vería paralizada su reclamación.

En consecuencia, los Fiscales seguirán contestando a las solicitudes de información que se les dirijan desde la Fiscalía General sobre los expedientes pendientes mientras no se les reclame la devolución del mismo. Igualmente, continuarán tramitando judicialmente las demandas interpuestas ante los Tribunales, siempre que no se plantee por el Tribunal o alguna parte la ausencia de legitimación. Asimismo mantendrán abiertos extrajudicialmente los expedientes de alimentos que ya se hubieran iniciado, hasta el momento en el que se plantee la necesidad de realizar una reclamación judicial, bien presentando una demanda declarativa, solicitando el *exequátur* o la declaración de ejecutividad de la resolución judicial extranjera, en cuyo caso los Fiscales remitirán a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado el expediente de alimentos con la documentación original, indicando las razones por las que consideran agotada la vía extrajudicial e imprescindible el ejercicio de acciones judiciales.

INSTRUCCIÓN 2/2004, SOBRE EL TIEMPO DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

I. INTRODUCCIÓN

El cómputo de los plazos procesales adquiere una decisiva importancia en la tramitación de ciertos procedimientos, que se declaran sumarios, y en los que el transcurso del tiempo adquiere una importancia trascendental.

Por lo demás, las últimas reformas procesales han afectado decisivamente a esta materia, por lo que no estará de más realizar un breve repaso de las normas que la LECrim y otras disposiciones legales dedican a la regulación del tiempo de las actuaciones procesales. A tal efecto, dividiremos nuestra exposición en dos apartados estrechamente imbricados: el primero trata de los días y horas en que pueden practicarse válidamente los actos procesales, y el segundo del momento o lapso de tiempo concedido, legal o judicialmente, para la realización de cada acto en particular.

II. EL TIEMPO HÁBIL DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

La validez de las actuaciones judiciales supone su realización por el órgano jurisdiccional competente en día y hora hábil (art. 130 LEC).

Tras la reforma operada en la LOPJ por LO 19/2003, de 23 de diciembre (arts. 182 y 183), son horas hábiles las comprendidas entre las ocho de la mañana a las ocho de la tarde de todos los días del año, con las excepciones siguientes:

- 1.^a Los sábados y domingos;
- 2.^a Los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los declarados festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad;
- 3.^a El mes de agosto.

Este régimen general de las actuaciones judiciales no rige, sin embargo, para las diligencias sumariales de los Jueces de Instrucción –y, por extensión, a las diligencias preliminares de investigación del Ministerio Fiscal–, es decir, aquellas que están encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 LECrim), las cuales se pueden llevar a cabo en cualquier día y hora (arts. 184.1 LOPJ y 201 LECrim).

Tampoco quiere decir esto que fuera de la instrucción criminal no se puedan practicar diligencias cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial (art. 131.2 LEC), pero para que dichas diligencias puedan realizarse válidamente en día u hora no hábiles es preciso que hayan sido declaradas urgentes por las leyes procesales (art. 183 LOPJ); se proceda a una habilitación reglamentaria por el Consejo General del Poder Judicial, en aquellos casos no previstos expresamente por las leyes (arts. 182.1 y 183 LOPJ); o, finalmente, se haga una habilitación especial por el Juez o Tribunal competente (art. 184.2 LOPJ).

Veamos cómo puede ser aplicada esta normativa a la tramitación de los nuevos procedimientos abreviados, rápidos y de faltas, introducidos en la LECrim por la Ley 38/2002, de 24 de octubre.

A) El procedimiento abreviado

Como es de conocimiento común, el procedimiento abreviado se divide en tres fases: a de instrucción, la fase intermedia o juicio de acusación y el juicio oral.

Pues bien, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, todos los días y horas serán hábiles para la instrucción de la causa, mientras que una vez abierta la fase intermedia, –que se inicia con el auto del art. 779.5.ª LECrim, por el que el Juez de Instrucción ordena la continuación del procedimiento abreviado (STC 186/1990, de 15 de noviembre)–, los posteriores actos procesales, salvo habilitación reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial o especial del Juez o Tribunal, no se podrán llevar a efecto en hora y día considerados, con carácter general, inhábiles. Es decir, de ocho de la tarde a ocho de la mañana, en sábados o domingos, demás días festivos o durante el mes de agosto.

A estos efectos, señaló la STS de 7 de febrero de 1994 que, «si bien es cierto que el artículo 184.1 LOPJ establece que todos los días del año y todas las horas son hábiles en la jurisdicción criminal sin necesidad de habilitación especial, ello es sólo, como expresamente consigna, para la instrucción de las causas, y es obvio que no tiene tal concepción el período intermedio de un proceso penal, como el del caso, que se abre con el traslado de las diligencias practicadas al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas para que soliciten la apertura del juicio oral y formulen acusación».

B) Los juicios rápidos

Como el procedimiento abreviado, los juicios rápidos también constan de tres fases, siendo las dos primeras –de instrucción e intermedia– competencia del Juez de Instrucción y la tercera, o fase decisora, del Juez de lo Penal.

En principio podríamos pensar que el procedimiento abreviado y los juicios rápidos también comparten las mismas normas sobre el tiempo de las actuaciones judiciales, ya que la sumariada de trámites del nuevo proceso para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos no cabe identificarla con la urgencia procesal a que se refiere el artículo 183 LOPJ, por lo que –y siempre a salvo de habilitaciones judiciales especiales–, una vez concluidas las diligencias urgentes de investigación criminal a que se refiere el artículo 797 LECrim, las demás actuaciones judiciales deberían ajustarse a las normas temporales generales, esto es, habrían de practicarse necesariamente en día y hora hábil.

Sin embargo, es la propia LECrim la que introduce importantes especialidades sobre esta materia, ya que si el Juzgado de Instrucción ha de practicar dentro del servicio de guardia no sólo las diligencias urgentes de investigación (art. 797 LECrim), sino también gran parte de la fase intermedia –la comparecencia con la que se concluye la instrucción del art. 798 LECrim y el trámite de calificación provisional, que se ha de practicar dentro del mismo acto, según se desprende de lo dispuesto en el art. 800.1 y 2 LECrim–, habremos de admitir la naturaleza urgente de todas las actuaciones procesales que el Juzgado de Instrucción está obligado a practicar dentro del

mencionado servicio ordinario de guardia, no existiendo para ellas días y horas inhábiles.

A esta misma conclusión parece llegar el artículo 40.1 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, modificado por el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 febrero, que identifica servicio de guardia del Juzgado de Instrucción con diligencias urgentes, cuando dice que «constituye el objeto del servicio de guardia la recepción e incoación, en su caso, de los procesos correspondientes a los atestados, denuncias y querellas que se presenten durante el tiempo de guardia, la realización de las primeras diligencias de instrucción criminal que resulten procedentes, entre ellas las medidas cautelares de protección a la víctima, la adopción de las resoluciones oportunas acerca de la situación personal de quienes sean conducidos como detenidos a presencia judicial, la celebración de los juicios inmediatos de faltas previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la tramitación de diligencias urgentes y de otras actuaciones que el título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye al Juez de guardia y, en general, la práctica de cualesquiera otras actuaciones de carácter urgente o inaplazable de entre las que la Ley atribuye a los Juzgados de Instrucción.

Todas estas actuaciones se entenderán urgentes a los efectos del artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Sensu contrario, no deben entenderse diligencias urgentes aquellas que se practiquen por el Juzgado de Instrucción una vez concluido el servicio de guardia, las cuales deberán ajustarse a las normas temporales comunes, esto es, deberán practicarse en día y hora de los calificados o considerados hábiles. Así sucederá, por ejemplo, cuando, ante la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal, el Juez de guardia decida emplazar a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno (art. 801.1, en relación con el art. 782 LECrim), o cuando haya de reclamar la calificación del superior jerárquico del Fiscal de guardia (art. 801.5).

Por lo expuesto, podemos concluir el presente apartado con dos sintéticas afirmaciones:

Primera. En su calidad de diligencias urgentes, todos los días y horas son hábiles para la práctica de las actuaciones procesales, instructoras o no, que realice el Juzgado de Instrucción dentro del servicio de guardia.

Segunda. Salvo habilitación reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial (arts. 182.1 y 183) o especial del Juez o Tribunal (art. 184.2 LOPJ), las diligencias no instructoras que practique el Juzgado de Instrucción una vez concluido el servicio de guardia (*vid.* art. 801.2, 4, 5 y 6 LECrim) y todas las que correspondan a otros órganos jurisdiccionales habrán de realizarse necesariamente en día y hora de los concurridos o calificados como hábiles.

Quiere esto decir, por ejemplo, que los Juzgados de lo Penal no podrán celebrar juicios rápidos en sábado o día festivo (los señalamientos se realizarán de lunes a viernes, según el art. 47.2 Reglamento 5/1995) o durante el mes de agosto –salvo que, en lo que se refiere a este último, medie una habilitación reglamentaria del Consejo General del Poder Judicial (*vid.* art. 59 ter Reglamento 5/1995)–, ni los Juzgados de Instrucción requerir la calificación del superior jerárquico del Fiscal de guardia en día inhábil.

C) Los juicios de faltas

Para los juicios de faltas habremos de realizar un razonamiento semejante. Serán hábiles todos los días del año para el enjuiciamiento inmediato de las faltas durante el servicio ordinario de guardia (arts. 963 y 964 LECrim), según reconoce, por otra parte, el artículo 48 del Reglamento 5/1995.

Sin embargo, los señalamientos que deban tener lugar fuera del servicio de guardia, a que se refiere el artículo 965 LECrim, deberán tener lugar en día y hora de los calificados como hábiles (el señalamiento se realizará para días laborables y dentro de las horas de audiencia, según el art. 47.3 Reglamento 5/1995).

III. EL CÓMPUTO DE LOS PLAZOS PROCESALES: TÉRMINO Y PLAZO

Aunque la LECrim utiliza indistintamente los conceptos de término y plazo, cabe distinguir entre el momento señalado para la realización de un acto procesal, o término, y el período de tiempo durante el que se puede llevar a cabo válidamente dicha actividad o plazo.

El cómputo de los plazos concedidos a las partes procesales adquiere una considerable relevancia práctica, en especial cuando su incumplimiento puede dar lugar al archivo definitivo del procedimiento (*vid.* art. 800.5 LECrim). No estará de más, por tanto, realizar un sintético recordatorio de las reglas esenciales que rigen sobre el particular:

1.^a Las actuaciones judiciales que no tengan señalado término ni plazo se han de practicar sin dilación y de inmediato (art. 132.2 LEC).

2.^a Aquellas para las que se haya previsto un plazo deberán ser ejecutadas dentro de él (art. 132.1 LEC).

3.^a En el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles y si concluyeren en domingo o día inhábil se entenderán prorrogados hasta el siguiente hábil (arts. 5 CC y 133.2 LEC).

4.^a Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo (art. 133.1 LEC), se haya éste practicado en los estrados del Juzgado, fuera de ellos o por correo certificado con acuse de recibo (art. 166 LECrim).

Esta regla general tiene una sola excepción: las notificaciones fuera de estrados o por correo destinadas a la Abogacía del Estado o al Ministerio Fiscal o aquellas que se hayan practicado a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores. En esta clase de notificaciones, como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril, interpretando el artículo 151.2 LEC, «el día inicial del cómputo de los plazos procesales será el segundo día hábil posterior a la fecha de recepción que conste en la diligencia, pues la comunicación se entenderá producida no en la fecha misma de recepción de la diligencia, sino en el siguiente día hábil.

A este respecto, se ha de entender que la recepción se produce cuando la diligencia de comunicación es sellada de entrada en Fiscalía por funcionario autorizado, en congruencia con el criterio fijado en la Consulta 3/1994, de 29 de noviembre, en relación con la recepción de resoluciones y testimonios por vía postal».

5.^a En el cómputo de los plazos se contará el día de vencimiento, que expirará a las veinticuatro horas (art. 133.1 LEC). Aunque la presentación de escritos sujetos a plazo, —en lo que constituye una trascendental novedad— podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo (entre otros AATS, Sala de lo Penal, de 12 de febrero de 2003, y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 septiembre 2003), en la Secretaría del Tribunal o, de existir, en la oficina o servicio central que se haya establecido (art. 135.1 LEC).

Los escritos también pueden remitirse por fax, correo electrónico o cualquier otro medio técnico que garantice la autenticidad de la comunicación y deje constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieren, acusándose recibo del mismo modo (art. 135.5 LEC).

6.^a Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte, se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda (art. 136 LEC).

INSTRUCCIÓN ACLARATORIA EN RELACIÓN A LOS DÍAS HÁBILES PARA LA CELEBRACIÓN DE JUICIOS RÁPIDOS

La instrucción de la Fiscalía general 2/2004, relativa al tiempo de las actuaciones procesales, establecía en la segunda conclusión de su apartado II B), en relación con el tiempo hábil para la celebración de juicios rápidos por los Juzgados de lo Penal, que, por tratarse de actividades no instructoras, no podrían celebrarse en sábado o día festivo o durante el mes de agosto, salvo que, en lo que se refiere a este último, mediase una habilitación reglamentaria del CGPJ de conformidad con lo previsto en el artículo 59 ter del Reglamento 5/95 de dicho Consejo.

Sobre tal cuestión, en resolución de fecha 29 de mayo de 2003, la Comisión de Seguimiento de Juicios Rápidos del CGPJ en virtud de la habilitación conferida al efecto por el Pleno del Consejo en acuerdo de 29 de abril, determinó lo siguiente:

«Las actuaciones judiciales, incluso la celebración de juicios que sean precisos como consecuencia de la aplicación de la Ley 38/2002 de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, deben considerarse, por la propia naturaleza de dicha ley, urgentes a los efectos previstos en el capítulo II del título I de la LOPJ (arts. 182 a 185).»

En consecuencia, estando cumplido el requisito de la habilitación expresamente previsto en los artículos 182 y 183 citados, deben considerarse como hábiles para la celebración de juicios rápidos tanto el mes de agosto como los períodos de Navidad y Semana Santa, debiendo la Fiscalía adoptar las prevenciones oportunas para la atención de los señalamientos que pudieran producirse en tales fechas.

Lo que pongo en su conocimiento, que deberá hacer extensivo a todos los miembros de la plantilla de esa Fiscalía, rogándole acuse de recibo.

INSTRUCCIÓN 3/2004 SOBRE LAS CONSECUENCIAS DE LA DESAPARICIÓN DEL SECRETARIO EN LAS SECCIONES DE MENORES DE FISCALÍA

I. INTRODUCCIÓN

1. El sistema anterior a la Reforma 19/2003

La figura del Secretario de las Fiscalías fue suprimida por la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), por medio de su disposición transitoria 22.

La recuperación de los Secretarios fue una constante reivindicación, y así en el Libro Blanco de mayo de 1995, al tratar la Oficina del Ministerio Fiscal, se exigía la existencia de la figura del Secretario como responsable de personal y de la gestión de medios materiales y económicos, y en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2000, y dentro del apartado de «Propuestas de reformas legislativas», se postulaba reimplantar el Secretario de las Fiscalías o bien la creación de un Cuerpo de funcionarios *ex novo*. Sin embargo, esta figura nunca llegó a recuperarse con carácter general.

En el ámbito de la jurisdicción de menores y como consecuencia de la atribución al Fiscal de las funciones de instrucción, éste asumió algunos cometidos que tradicionalmente eran competencia de los Secretarios. Ello explica que en la reunión de Fiscales de Menores celebrada en Madrid en diciembre de 1997 se reclamara como imprescindible la figura del Secretario en Fiscalía.

La Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) no incorporó ninguna previsión sobre el Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía. Algunos preceptos de la misma atribuyen al Fiscal funciones tradicionalmente encomendadas a los Secretarios. Así, el artículo 16.2 LORPM otorga al Fiscal la función de custodiar las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos.

La creación posterior –por LO 9/2000– de la figura del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía se articuló por medio de la reforma de los artículos 473 y 476 LOPJ. La reforma tuvo su génesis en la enmienda núm. 43 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que la justificó en base a que «la atribución al Ministerio Fiscal de funciones instructoras (arts. 6, 18, 19 y 23)... exige la asistencia del Secretario Judicial en los términos semejantes a los órganos judiciales que actualmente tiene asumida la instrucción».

El anterior artículo 473, redactado conforme a la LO 9/2000, establecía en su apartado 1.º que los Secretarios Judiciales ejercen la fe pública y asisten a los Jueces, Tribunales y Secciones de Menores de las Fiscalías, en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo establecido en esta Ley y restante legislación vigente. Por su parte, el artículo 476 en su apartado 5.º disponía que, cuando existan, las Secretarías de las Secciones de Menores de las Fiscalías se cubrirán con funcionarios de la segunda categoría. En caso contrario, serán asistidas por los Secretarios de los Juzgados de Menores.

Por tanto, el artículo 476.5 LOPJ, introducido por la reforma 9/2000, reguló una singular fórmula de sustitución y de cobertura de plazas, estableciendo que, de no existir Secretario Judicial en las Secciones de Menores de las Fiscalías, serían atendidas por los Secretarios de los Juzgados de Menores.

Esta creación posterior de la figura del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía también generó fuertes críticas, pues se entendía que con esta ubicación se desnaturalizaba su función y naturaleza jurídica, partiendo de que en la Fiscalía no había necesidad de fe pública judicial y que en el ámbito de la Fiscalía no podía desplegar su función procesal, llegándose a la conclusión de que en la Fiscalía el Secretario sólo podía funcionar como un mero gestor y administrador de una oficina. También se impugnaba la posibilidad de que el Secretario Judicial pudiera expedir testimonios de actuaciones no estrictamente judiciales.

Lo cierto es que nunca llegaron a crearse las plazas de Secretarios en Fiscalía y la fórmula de asistencia sustituida por parte de los Secretarios de los Juzgados de Menores generó disfunciones e insatisfacciones. Así, en el Seminario de Jueces de Menores organizado por el CGPJ en abril de 2001 se llegó a la conclusión de que en las Fiscalías de Menores debían existir Secretarios distintos de los de los Juzgados de Menores por ser imposible tanto desde el punto de vista material como desde el procesal compartir ambas funciones.

Por tanto, solamente tuvo virtualidad –variable, dependiente en muchos casos de la disposición personal del Secretario– la previsión de que el propio Secretario del Juzgado de Menores asistiera a las Secciones de Menores de Fiscalía.

La Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, de la FGE *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores*, afirmaba, respecto de las funciones de los Secretarios en las Secciones de Menores, que, «sin perjuicio de las que específicamente les encomiende el Fiscal Jefe respectivo, serán las recogidas en los artículos 279 y 473 de la LOPJ, y que se concretan en los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 del citado Reglamento». Así, la Instrucción les atribuyó: 1) la expedición de copias certificadas o testimonios de las actuaciones judiciales no secretas ni reservadas a las partes interesadas bajo su responsabilidad; 2) la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación judicial; 3) la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como la responsabilidad del depósito de las cantidades, valores, consignaciones y fianzas que se produzcan, y 4) la confección de la estadística.

La Instrucción 2/2000 admitía, no obstante, la habilitación en un oficial de la Fiscalía en los términos del artículo 9 del Reglamento del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

2. La Reforma 19/2003

Tras la reforma operada por LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se da una nueva regulación a la figura del Secretario.

El título II del Libro V se dedica ahora a los Secretarios Judiciales. El artículo equivalente al antiguo artículo 473 es el artículo 453, que omite cualquier referencia al secretario en las Secciones de Menores. En los siguientes artículos se desarrollan otras funciones del Secretario Judicial, pero sin que tampoco se contenga ninguna referencia a las Secciones de Menores de las Fiscalías.

La supresión de toda referencia a los Secretarios en las Secciones de Menores implica, en definitiva, su efectiva desaparición, abarcando las dos modalidades introducidas por la LO 9/2000.

Tampoco parece que sea posible la habilitación en un oficial de la Fiscalía postulada por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2000.

Si el artículo 282 LOPJ en su redacción anterior a la reforma 19/2003 disponía que «... los Secretarios podrán habilitar a uno o más Oficiales para que autoricen las actas que hayan de realizarse a presencia judicial, así como las diligencias de constancia y de comunicación», añadiendo el apartado 2.º que «estas habilitaciones subsistirán mientras no sean revocadas, la responsabilidad de la autenticidad de los hechos o actos acreditados recaerá sobre el Oficial autorizante», es lo cierto que tras la reforma el nuevo artículo 452 LOPJ dispone en su inciso segundo que las funciones de los Secretarios Judiciales «no serán objeto de delegación ni de habilitación...» Por su parte, la Disposición adicional sexta de la LO 19/2003, bajo la rúbrica «supresión de habilitaciones», dispone que, «a partir de la fecha de entrada en vigor de esta ley, quedan sin efecto las habilitaciones concedidas al amparo del artículo 282.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985».

Ha de abordarse, por tanto, en la presente Instrucción la incidencia de esta desaparición en las Secciones de Menores, tanto en los aspectos procesales como en los aspectos de gestión material o de organización del servicio.

II. ASPECTOS PROCESALES

Desde el punto de vista de la instrucción del procedimiento, la cuestión de mayor trascendencia en relación con la función del Secretario era la de si éste había de intervenir en su calidad de fedatario en las diligencias de investigación que practicase por sí el Fiscal. La conclusión de la Instrucción 2/2000 fue negativa, al entender que la presunción de autenticidad que ampara a las diligencias del Fiscal, reconocida en el artículo 5 EOMF, hacía innecesaria la presencia de otros funcionarios.

La Circular 1/1989, de 8 marzo, *sobre cuestiones relacionadas con el procedimiento abreviado introducido por la Ley 7/1988*, mantuvo en relación con las diligencias reguladas en el art. 785 bis (actual art. 773.2 LECrim) —con argumentos que son perfectamente trasladables a las diligencias instructoras del Fiscal de Menores— que no debía intervenir ningún funcionario actuando como Secretario, pues ni se disponía de Secretario Judicial, depositario de la fe pública, ni las diligencias de la investigación del Fiscal precisan de ese aval, pues no han de hacer prueba. Se recordaba que las diligencias del Fiscal gozan de presunción de autenticidad fundada en el hecho de que el Fiscal obra bajo los principios de legalidad e imparcialidad, por lo que su actuación se presume ajustada a la Ley y realizada objetivamente. Para la Circular 1/1989 esta presunción de autenticidad es una presunción *iuris tantum* y su significado implica que la diligencia goza del beneficio de la verdad formal, hace fe de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no hace fe de la verdad material, esto es, no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido, haciendo prueba plena. En consecuencia, «las diligencias investigadoras se encuentran, por ello, en una posición intermedia entre el simple atestado policial y la propia investigación judicial. Trascienden el carácter de mera denuncia, y aun de declaración testifical, que el artículo 297 concede a los atestados; participan el valor informativo para la fundamentación de la acusación, a efectos de acordarse el pase al enjuiciamiento que es propio de la instrucción judicial; pero carecen del valor probatorio de las diligencias practicadas de forma contradictoria ante el Juez de instrucción».

La Instrucción 2/2000 siguió esta línea argumental pese a haberse dictado ya tras la creación (en un plano legal al menos) de la figura de los Secretarios en las Fiscalías de Menores. Así se mantenía que «... las diligencias de investigación del Fiscal no

precisan del aval del Secretario Judicial que dé fe de ellas porque no han de hacer prueba, carecen del valor probatorio de las diligencias practicadas de forma contradictoria ante el Juez de Instrucción... el Ministerio Fiscal... no es un órgano jurisdiccional y, en consecuencia, no puede anticipar la prueba que ha de servir para fijar los hechos probados en sentencia; la única prueba de cargo eficaz para hacer exigible la responsabilidad penal es la que se practica en la vista oral de la audiencia, la instrucción del expediente constituye un mero trabajo preparatorio... todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozan de presunción de autenticidad. (art. 5 del Estatuto).

Por ello la Instrucción concluía con que «... las diligencias de procedimientos de menores, necesariamente, han de ser practicadas siempre ante el Fiscal instructor, y no requerirán para su validez de la intervención de ningún otro funcionario, debiendo observarse en la forma de esos actos todas las garantías legales».

La Instrucción distinguía ciertas diligencias en las que, atendiendo a su importancia y al hecho de que aun no siendo prueba preconstituida participan de alguna manera en sus caracteres, sería conveniente que el Fiscal actuara en presencia del fedatario judicial: así refería que «no obstante, en determinadas actuaciones de la instrucción del expediente de menores (diligencias de reconocimiento, inspecciones oculares...), la presencia de Secretario puede adquirir otra dimensión».

La conclusión de la Instrucción no puede menos de considerarse razonable y ponderada en un escenario orgánico en el que la Sección de Menores podía disponer de un Secretario. Tras la reforma de la LOPJ y habiéndose suprimido esta nunca del todo operativa figura, cabe afirmar que el Fiscal de Menores podrá también practicar estas diligencias (reconocimientos, inspecciones oculares) sin necesidad de auxilio de Secretario, bajo el manto del principio de autenticidad que ampara sus actos y en el bien entendido de que, si por las circunstancias concurrentes lo que procede es preconstituir la prueba (v. gr. porque el testigo que va a intervenir en la diligencia de reconocimiento en rueda es extranjero y va a abandonar España) habrá de solicitarse la intervención no del Secretario, sino del Juzgado de Menores (integrado por el titular del órgano jurisdiccional y por el Secretario Judicial).

En efecto, si bien la LORPM trata de mantener al Juez de Menores al margen de la instrucción, atribuyendo la dirección de la investigación y la iniciativa procesal al Ministerio Fiscal, imperativos constitucionales impiden llevar estos planteamientos hasta sus últimas consecuencias, pues nunca un órgano no investido de *iusdictio* como el Ministerio Fiscal puede adoptar resoluciones que incidan en el ámbito de los derechos fundamentales. El artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dedicado a las «diligencias informativas» que con carácter general puede incoar el Ministerio Fiscal establece que no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. En relación con el procedimiento de menores, el artículo 23.3 LORPM establece que el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores debe resolver sobre esta petición por auto motivado, documentándose la práctica de las diligencias en pieza separada.

Dentro de estos supuestos han de incluirse las autorizaciones de entrada y registro en domicilios, las autorizaciones para la interceptación de comunicaciones, y en ciertos supuestos las intervenciones corporales, al poder quedar afectado el derecho a la integridad e intimidad personal. También ha de incluirse en el régimen del artículo 23 –y es el supuesto que ahora interesa– la preconstitución de la prueba.

La preconstitución de la prueba, en tanto en cuanto supone, no una diligencia de investigación, sino un verdadero acto de prueba, deberá ser realizada necesariamente

con la intervención del Juez de Menores. Así, la STC 40/1997, de 27 de febrero (con cita de la STC 303/1992), exige como requisito para admitir este tipo de pruebas el de «que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de instrucción».

Por tanto, en cuanto a la trascendencia de la desaparición de la figura del Secretario, desde el punto de vista procesal, no ha de tener ninguna incidencia práctica en la labor de investigación del Fiscal, ni siquiera respecto de ruedas de reconocimiento e inspecciones oculares.

Debe, en todo caso hacerse recordatorio de la *conditio* que la Circular 1/1989 exigía para que las diligencias gozaran de la presunción de autenticidad: habrán de ser practicadas bien por el propio Fiscal, bien bajo su dirección y en su presencia.

Por lo demás, recientemente ha tenido oportunidad de pronunciarse el TC sobre el valor de las diligencias instructoras del Fiscal: la STC 206/2003, de 1 de diciembre, les otorga un valor netamente superior a las diligencias puramente gubernativas o policiales sin que este *plus effectum* esté anudado a la intervención de Secretario, recordando que «la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía», pues «se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo), que ejerce sus funciones, conforme al artículo 124.2 CE, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad». El TC también recuerda que conforme a lo previsto en el artículo 5 EOMF «todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad»... «en el procedimiento de menores corresponden al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario, por lo que, dadas las características del Ministerio público, gozan de la presunción de autenticidad»... y por ello «ha de admitirse la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del artículo 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción».

A la vista de la presunción de autenticidad que la Ley y la doctrina constitucional predicán de las diligencias del Ministerio Público, los señores Fiscales habrán de emplear el máximo rigor para que las actas de declaración prestadas en la fase de instrucción tanto por menores imputados como por testigos sean fiel y exacto trasunto de lo acontecido.

Otra de las funciones tradicionales del Secretario Judicial es la de impulsar el procedimiento, conforme prevé el nuevo artículo 456 LOPJ. Esta función en fase de instrucción fiscal tampoco generará problemas, toda vez que el artículo 6 LORPM expresamente la atribuye al Fiscal. Incluso la desaparición de la figura del Secretario guillotina potenciales perturbaciones que podría haber generado la pervivencia de la misma sin una correlativa reforma del referido artículo 6 LORPM.

En relación con la función de dación de cuenta, ya quedaba resuelta por la Instrucción 2/2000, que no la atribuía a los Secretarios, sino que disponía que «el personal colaborador deberá dar cuenta al Fiscal de los escritos y documentos que se presenten en los expedientes o diligencias preliminares de las que estén encargados, correspondiéndoles la llevanza de libros y registros, documentación e igualmente la conservación de las actuaciones, responsabilizándose de la autenticidad de los hechos o actos que acrediten (art. 282.2 LOPJ)».

Las diligencias de constancia serán también función de los oficiales, conforme a los criterios sentados por la Instrucción 2/2000, o, en su defecto, de los auxiliares (arts. 106

y 112 del Reglamento 437/1969, de 27 de febrero, y art. 41 de la Ley 30/1992, Instrucción 1/2003 FGE).

En cuanto a la práctica de las notificaciones y demás actos de comunicación y de cooperación habrán de acordarse por el Fiscal y cumplimentarse por el personal auxiliar de Fiscalía.

III. ASPECTOS DE GESTIÓN

La jefatura del personal colaborador de la Sección de Menores (abarcando personal auxiliar e integrantes de los Equipos Técnicos) será ejercida por el Fiscal Jefe, sin perjuicio de las delegaciones que éste pueda acordar (en el Fiscal Coordinador de menores, previsto en la Instrucción 2/2000 y en el Real Decreto 391/1989 o en el futuro Fiscal Delegado, introducido por la Reforma del EOMF operada por Ley 14/2003, de 26 de mayo). La Instrucción 2/2000 disponía al respecto que «el Fiscal Jefe podrá designar un Fiscal entre los integrantes de la Sección de Menores que, además de ejercer los cometidos propios de cualquier Fiscal, tendrá la responsabilidad de coordinar las actividades propias del Servicio... Regulará también el trabajo del personal colaborador, sin perjuicio de las funciones que al Secretario o funcionario habilitado correspondan».

En cuanto a la guarda y depósito de la documentación, su archivo y la conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes habrán de ejecutarse por el personal auxiliar de Fiscalía, bajo la dirección del Fiscal. Ésta es una función tradicionalmente asumida por los Secretarios, y que pervive en el nuevo artículo 459 LOPJ, que dispone que «los Secretarios Judiciales responderán del depósito de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como del de las piezas de convicción en las causas penales, en los locales dispuestos a tal fin...». Sin embargo, la LORPM expresamente la atribuye en fase de instrucción al Fiscal en su artículo 16, por lo que no existe ningún problema de cobertura legal para que el Fiscal asuma tal función. Una vez remitido el expediente al Juzgado, habrán de ponerse a disposición de éste todos los efectos intervenidos. Deben recordarse aquí las admoniciones de la Circular 1/2000, que tras la supresión del Secretario de las Secciones pasan de provisionales a definitivas: *«las distintas Fiscalías, pues, habrán de extremar las medidas que garanticen la custodia de aquéllas y que aseguren su envío y recepción por el Juzgado de Menores... resulta indispensable que la custodia y envío de aquellos efectos se aparte de una concepción burocrática que perjudique la celeridad en la remisión y, lo que puede ser más importante, que alimente dudas acerca de su coincidencia con las piezas y efectos que hubieran sido intervenidos durante la fase de instrucción».*

En cuanto a las funciones de expedir copias de las actuaciones no secretas ni reservadas a las partes interesadas, deben hacerse varias consideraciones: En primer lugar, deben nuevamente recordarse las previsiones de la Instrucción 2/2000: «el personal colaborador bajo cuya custodia se encuentren los expedientes, previa autorización expresa o tácita del Fiscal de acuerdo con las instrucciones que haya recibido, y salvo impedimento por haberse acordado el secreto, será el encargado de «dar vista del expediente» al letrado designado para la defensa del menor o perjudicado (arts. 23.2 y 25 de la Ley), mediante visualización directa en dependencias de la oficina fiscal, o entregando copia de lo actuado».

Además, procederá también la expedición cuando, habiéndose archivado el procedimiento en Fiscalía, se soliciten copias para entablar acciones civiles.

El artículo 140 LEC puede aplicarse análogamente *mutatis mutandi* en cuanto dispone que los Secretarios Judiciales y personal competente al servicio de los tribunales facilitarán a cualesquiera personas que acrediten un interés legítimo cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer. También podrán pedir aquéllas, a su costa, la obtención de copias simples de escritos y documentos que consten en los autos.

Tradicionalmente el proceso de menores ha sido territorio vedado para terceras personas. Así, el Reglamento de ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, de 11 de junio de 1949, en su artículo 43 disponía que «no podrán expedirse certificaciones de las diligencias practicadas por el Tribunal en los expedientes de corrección de menores, ni aun para utilizar como prueba en el procedimiento civil que se promoviere; pero el Juzgado competente podrá pedir de oficio certificación del acuerdo por lo que respecta a la participación de un menor en el hecho que sirviese de fundamento a la reclamación civil a fin de que el fallo del Tribunal sirva de base en el procedimiento».

Sin embargo, la Disposición final quinta de la LO 5/2000 ha derogado el referido Reglamento. En la actualidad debe entenderse que pueden expedirse en estos casos las copias reclamadas por el perjudicado, salvo en extremos que puedan afectar a la intimidad del menor infractor y que no sean relevantes para la reclamación civil no solamente por el Juzgado de Menores, sino también por la Fiscalía cuando a ésta le corresponda la custodia de las actuaciones, por haberse archivado el procedimiento en fase de Diligencias Preliminares. Y ello en base a que con la nueva LO 5/2000 se introduce en el propio procedimiento de menores un principio de protección de la víctima (*pro victima*). Si al perjudicado se le dan amplias posibilidades en el procedimiento de menores, parece lógico que también se le facilite el ejercicio de la acción civil fuera de tal procedimiento, sin restricciones que ya no tienen fundamento legal.

En todo caso, cuando la solicitud del perjudicado se refiera a un expediente que desde la Fiscalía haya sido remitido ya al Juzgado de Menores, habrá de ser este órgano jurisdiccional el que atienda las peticiones de información para posibilitar plantear la demanda civil.

En este punto debe hacerse un recordatorio de la Recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida a los Fiscales y contenida en su informe sobre *Un año en la aplicación de la LORPM*, relativa a «que, de mantenerse el actual sistema de ejercicio de la acción civil (arts. 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000), los miembros del Ministerio Fiscal faciliten a los perjudicados que no se hayan presentado en el procedimiento contra el menor los datos necesarios para que aquéllos puedan plantear la demanda civil correspondiente, en los casos en los que expresamente exista una reserva de acciones civiles».

En cuanto a la confección de la estadística, el régimen será el común de la confección de estadísticas en la Fiscalía.

En relación con el depósito de cantidades y valores, el nuevo artículo 459.2 LOPJ dispone con carácter general que los Secretarios Judiciales responderán del debido depósito en las instituciones que se determinen de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan, siguiendo las instrucciones que al efecto se dicten.

En el proceso de menores ha de tenerse presente que no cabrán fianzas ni consignaciones, salvo las que puedan acordarse en la pieza separada de responsabilidad civil en la que, estando encomendada su tramitación al Juez de Menores, será al órgano jurisdiccional a quien corresponda decidir sobre su procedencia y ejecución material.

El depósito de numerario quedará, pues, prácticamente reducido al que pueda intervenir durante la fase de instrucción al imputado. En relación con el mismo, será el Fiscal quien habrá de acordar lo que proceda y, con la colaboración del personal

auxiliar, ingresarlo en la cuenta de consignaciones, poniéndolo a disposición del Juzgado de Menores una vez se remitan las actuaciones bien con el escrito de alegaciones, bien con la propuesta de sobreseimiento.

En este punto, la cobertura reglamentaria viene constituida por el Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales, tras la modificación operada por el Real Decreto 1436/2001, de 21 de diciembre, que añade un apartado 3 y un apartado 4 al artículo 2. De acuerdo con lo explicitado en la exposición de motivos del Real Decreto 1436/2001, *las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, aconsejan autorizar la apertura de cuentas de consignaciones y depósitos al Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en que se considere necesario y las circunstancias que concurran en el procedimiento de instrucción así lo requieran*.

El artículo 2.3 dispone que «cuando en el curso de los procedimientos derivados de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se estime preciso la apertura de una cuenta de depósitos y consignaciones a disposición de las Fiscalías, las personas autorizadas para la apertura y disposición de sus fondos serán, mancomunadamente, un representante del Ministerio Fiscal e indistintamente el Secretario Judicial de la Fiscalía de Menores u Oficial habilitado de la Fiscalía o, en su caso, el Secretario Judicial en funciones de auxilio a la Fiscalía dependiente del Juzgado de Menores al que posteriormente corresponderá dictar sentencia o adoptar alguna de las medidas previstas en la Ley. Dicha cuenta llevará el nombre de la Fiscalía en cuestión, adicionado con la denominación “Cuenta de Depósitos y Consignaciones”. El régimen de funcionamiento de estas cuentas será el mismo que el previsto en el presente Real Decreto para el resto de las cuentas de depósitos y consignaciones».

Desaparecida la figura del Secretario de las Secciones, habrá de entenderse que las personas autorizadas para la apertura y disposición de sus fondos serán, mancomunadamente, un representante del Ministerio Fiscal y un Oficial de la Fiscalía designado por el Fiscal Jefe.

Conforme al apartado 4 del mismo artículo 2, cuando, en su caso, el Fiscal remita los efectos y piezas al Juzgado de Menores, por incoar y conocer éste del expediente de reforma, procederá transferir las partidas consignadas en la cuenta de la Fiscalía a la del Juzgado que haya de conocer.

Por último, las actas de inspección de las visitas que los Fiscales giren a los centros de internamiento serán levantadas y firmadas por los funcionarios fiscales que participen en la diligencia.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO

El Pacto de Estado para la Justicia de 28 de mayo de 2001 preveía llevar a término una reforma legislativa para diseñar un nuevo modelo de Oficina judicial.

La LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, como refiere en su exposición de motivos, va a suponer una reforma en profundidad de la Oficina judicial, «de la que por primera vez se recoge su estructura organizativa». El nuevo texto de la LOPJ regula en el libro VI el estatuto jurídico de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, dando nueva definición a los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, con la asignación a todos ellos de funciones más acordes con la nueva realidad de la Oficina judicial que se diseña.

El artículo 475 LOPJ prevé como nuevo cuerpo el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, al que se exigirá la titulación de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico o equivalente y al que se atribuye como funciones, entre otras (art. 476), gestionar la tramitación de los procedimientos, practicar y firmar las comparecencias que efectúen las partes en relación con los procedimientos que se sigan en el órgano judicial, respecto a las cuales tendrá capacidad de certificación, documentar los... demás actos cuya naturaleza lo requiera, realizar las tareas de registro, recepción y distribución de escritos y documentos, y expedir... copias simples de escritos y documentos que consten en autos no declarados secretos ni reservados.

Por lo demás, el nuevo artículo 478 atribuye al Cuerpo de Auxilio Judicial «la práctica de los actos de comunicación que consistan en notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, en la forma prevista en las leyes procesales, a cuyo efecto ostentará capacidad de certificación y dispondrá de las credenciales necesarias».

Si enlazamos estos preceptos con lo dispuesto en la Disposición adicional séptima de la LO 19/2003, conforme a la que «las disposiciones y normas organizativas establecidas en esta Ley Orgánica serán referencia en la organización de los puestos de trabajo de las fiscalías y adscripciones de fiscalías, que sólo serán servidos por funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, a quienes serán de aplicación las normas reguladoras del Estatuto Jurídico que para dichos cuerpos se establecen en esta ley y en las disposiciones reglamentarias que se dicten en su desarrollo», podemos concluir con que con la implantación de los nuevos cuerpos de funcionarios en las Secciones de Menores de Fiscalía el núcleo de las funciones de gestión para las que se reclamaba la asistencia de Secretario podrá ser desempeñado, en su momento, por estos funcionarios cualificados.

INSTRUCCIÓN 4/2004, ACERCA DE LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y EL REFORZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

I. INTRODUCCIÓN

La Fiscalía General del Estado ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los distintos problemas jurídicos que plantea la interpretación de los tipos penales relacionados con el maltrato doméstico. La Circular 1/1998, de 21 de octubre, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar; la Circular 3/2003, de 30 de diciembre, sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección, y la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica, son expresión de un cuerpo de doctrina de íntegra vigencia. Sin embargo, la preocupante evolución de las cifras estadísticas relacionadas con tal forma de delincuencia impone un recordatorio acerca de la importancia de completar aquellos instrumentos de unificación de criterios con nuevas soluciones que complementen y, si

fuera posible, mejoren la respuesta del Fiscal ante renovados problemas que la realidad viene poniendo de manifiesto.

La lucha por un adecuado tratamiento jurisdiccional de la violencia doméstica aconseja no basar la respuesta jurídica a esos fenómenos violentos en la confianza que proporciona la suficiencia de los instrumentos jurídicos ya existentes. De ahí la importancia de contemplar las Circulares e Instrucciones hasta ahora dictadas como soluciones jurídicas tan válidas como susceptibles de complemento. La violencia doméstica, de tanta capacidad ofensiva respecto de bienes jurídicos de primer orden, es inconciliable con un análisis exclusivamente formal, en el que el peso de las categorías jurídicas se convierta en la única referencia. La Fiscalía General quiere hacer de la violencia doméstica una de sus preocupaciones prioritarias. Y quiere hacerlo con la convicción de que la batalla contra ese fenómeno delictivo puede hacerse respetando el equilibrio entre el necesario rigor y la irrenunciable vigencia de los principios y garantías que legitiman el proceso penal.

Es previsible que la futura entrada en vigor de las reformas anunciadas en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer haga aconsejable próximos pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado, que adapten la actuación de los señores Fiscales al nuevo marco jurídico. Sin embargo, los puntos que constituyen el objeto de la presente Instrucción no persiguen suplir ningún vacío legal ni, por supuesto, anticipar soluciones en la línea que inspira el novedoso tratamiento integral de la violencia sobre la mujer. La Instrucción que ahora ve la luz sólo aspira a fijar, con carácter general y unitario, algunas pautas de actuación de los señores Fiscales en relación con cuestiones que, pese a su aparente sentido rutinario, pueden llegar a condicionar la eficacia del tratamiento jurídico de cualquier denuncia por un episodio violento. No se pretende, pues, un exhaustivo análisis de problemas interpretativos en relación con el cuadro normativo vigente. Sólo se busca obtener de éste el máximo aprovechamiento.

Las soluciones que se propugnan cuentan, además, con el reforzado aval que le proporciona su aprobación por la Junta de Fiscales de Sala que, en su reunión de 19 de mayo de 2004, respaldó la iniciativa del Fiscal General del Estado de someter a su consideración los puntos concretos que hoy integran la presente Instrucción. Esa convocatoria fue el resultado de la comunicación remitida por el excelentísimo señor Ministro de Justicia, fechada el día 18 de mayo del corriente año, mediante la que dio traslado, a los efectos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 8 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, de las actuaciones que el Gobierno había interesado del Fiscal General del Estado, en materia de violencia doméstica, conforme a lo acordado en el Consejo de Ministros del pasado día 7 de mayo.

II. LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL PARA LA PROTECCIÓN Y SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA

La defensa de los derechos de la víctima de un delito de violencia doméstica ha de representar uno de los objetivos prioritarios de la actuación del Fiscal en cualquier proceso penal. Esa preocupación enlaza con alguna de las más genuinas misiones que la Ley reserva al Ministerio Fiscal. No en vano, el apartado 10 del artículo 3 del EOMF señala entre sus funciones la de «... velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas».

Está fuera de dudas que en los delitos relacionados con la violencia doméstica la víctima se convierte en la inerte destinataria de una agresión que, en la mayoría de los casos, tiene naturaleza pluriofensiva. Es importante, pues, recordar que las previsiones contenidas en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1998, de 27 de octubre, sobre ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, habrán de ser adaptadas, en lo que resulte aplicable, a cualquier denuncia por hechos de esta naturaleza.

Los señores Fiscales han de tener bien presente que la denuncia por un hecho violento en el seno familiar es algo más que la simple transmisión de una *notitia criminis*. La experiencia demuestra que, en no pocos casos, la mujer que acude a unas dependencias policiales, al Juzgado de Guardia o a cualquier oficina del Ministerio Fiscal está denunciando un hecho delictivo, pero, al propio tiempo, está exteriorizando su confianza en que los mecanismos jurídicos de protección van a funcionar adecuadamente. Y el Fiscal representa una pieza clave a la hora de activar esa respuesta jurídica de salvaguarda y tutela.

Es indispensable, pues, que los señores Fiscales aseguren su presencia en la declaración judicial de la víctima. Ese deber institucional de comparecencia debe imponerse, incluso, a la concreta modalidad de procedimiento. Ya sea en el marco de cualquiera de las formas aceleradas, ya en el ámbito de un procedimiento penal de carácter ordinario, el representante del Ministerio Fiscal habrá de contemplar esa primera declaración de la víctima como la privilegiada fuente de conocimiento para postular las medidas de protección necesarias. Es en ese acto procesal, tan próximo a la agresión padecida, en el que los factores de riesgo se evidencian con mayor nitidez. De ahí la importancia de que los valiosos datos que pueda contener el atestado policial o la denuncia judicial acerca de futuros riesgos para la integridad de la víctima no representen para el Fiscal una burocrática toma de contacto con los documentos en los que, con mayor o menor acierto, ese riesgo es descrito. El Ministerio Fiscal habrá de efectuar una valoración propia que siempre estará enriquecida por su proximidad directa respecto de la víctima y de sus específicas circunstancias familiares.

III. EL REFORZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON EL AGRESOR

La intervención del Ministerio Fiscal en el acto procesal encaminado a valorar la procedencia de otorgar una orden de protección, ya fue objeto de análisis por la Circular 3/2003, de 30 de diciembre. Sus mandatos siguen plenamente vigentes y a ella conviene remitirse.

Sin embargo, dos aspectos ligados a las medidas cautelares de tutela han de merecer ahora la reforzada atención por los señores Fiscales. El primero de ellos se refiere a la posible suspensión del derecho de visitas en favor del agresor; el segundo alude a las consecuencias del quebrantamiento de la medida de alejamiento.

a) Afirmar el carácter pluriofensivo de los delitos relacionados con la violencia doméstica supone reconocer que el círculo de víctimas no se identifica exclusivamente con la persona que soporta el maltrato. La erosión de los valores que han de regir la convivencia del grupo familiar afecta también, cómo no, a los hijos menores de edad. Ese hecho no puede pasar desapercibido al Ministerio Fiscal. El artículo 544 ter, en su apartado 7, autoriza medidas de naturaleza civil cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un

órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Estas medidas –conforme establece la literalidad de aquel precepto– podrán consistir «... en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios». La Circular 3/2003 fijaba criterios para resolver los problemas que pudieran surgir de la convergencia de distintos órganos jurisdiccionales a la hora de adoptar una medida de protección, recordando la importancia de evitar *lapsos de inactividad* de tan perjudiciales efectos.

De lo que se trata ahora es de recordar a los señores Fiscales la necesidad de prestar atención a las actuaciones relacionadas con la solicitud ante los tribunales de aquellas medidas cautelares dirigidas a la suspensión, en los casos más graves, del régimen de visitas establecido a favor del agresor. Obviamente, tal solicitud del Fiscal o, en su caso, el apoyo a la formulada por la víctima, habrá de adaptarse a las previsiones fijadas en el artículo 544 ter, apartado 7, párrafos primero y segundo.

Los señores Fiscales habrán de tener bien presente que la aplicación de esa medida no debiera revestir un carácter indiscriminado y de aplicación automática. Antes al contrario, habrá de ser de aplicación reservada para aquellos casos cuya gravedad o especial naturaleza así lo aconsejen. Quizá resulte innecesario recordar que el legislador no ha querido arbitrar, en el momento procesal a que se refieren los artículos 544 bis y 544 ter de la LECrim, una medida sancionadora, sino una medida cautelar dirigida a la protección de los menores que se dibujen como víctimas potenciales de la violencia del agresor.

b) El quebrantamiento de medidas cautelares por el denunciado o la violación de las órdenes de alejamiento previamente adoptadas ha de provocar, en todo caso, la firme reacción del Ministerio Fiscal. La inatención del agresor a las medidas cautelares decretadas por el Juez ha de ser siempre interpretada por los señores Fiscales como la primera de las alarmas de riesgo de nueva agresión. Ello le obliga a instar o, en su caso, acordar la *inmediata detención del infractor* y su puesta a disposición judicial como posible autor de un delito de quebrantamiento de medidas, previsto en el artículo 468 del Código Penal.

El párrafo cuarto del artículo 544 bis de la LECrim regula un específico régimen jurídico de respuesta ante el incumplimiento por el inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal. Es cierto que –como recordaba la Circular 3/2003–, la entrada en vigor de la reforma prevista en el mes de octubre de 2004 va a suponer la sustitución de la vigente pena de multa anudada al artículo 468 por la de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de noventa a ciento ochenta días. Ello va a facilitar la sustitución de las medidas cautelares incumplidas por otras soluciones agravadas que impliquen, conforme establece el artículo 544 bis, último párrafo, una mayor limitación de la libertad personal del imputado.

No resulta fácil sugerir fórmulas generales de aplicación incondicionada a cualquier situación de incumplimiento. De hecho, tal modo de afrontar la búsqueda de soluciones puede conllevar el riesgo de desnaturalizar el significado mismo de las medidas cautelares. Sin embargo, la prevención impuesta por la necesidad de no distanciar de los principios que legitiman cualquier restricción de la libertad personal, no es incompatible con el decidido propósito institucional de aprovechar cuantas posibilidades ofrezcan las normas vigentes. De ahí la importancia de que los señores Fiscales tomen en consideración, a la hora de formular el juicio de procedencia sobre la medida cautelar más adecuada, que el art. 503.1.c) de la LECrim ha redefinido la constitucionalidad de los fines legítimos a los que ha de acomodarse la prisión pre-

ventiva. Entre tales fines se incorpora el de «... evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será de aplicación el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado».

No se trata de propugnar, siempre y en todo caso, la más intensa de las restricciones a la libertad personal. Tampoco resultaría aceptable que la excepcional adopción de esa medida implicara su mantenimiento hasta el momento mismo del juicio oral. Forma parte inseparable de toda medida cautelar su variabilidad en función de que subsistan o desaparezcan las razones que obligaron a decretarla. En definitiva, la gravedad de la respuesta jurídica propugnada por el Fiscal habrá de ser siempre acorde con la gravedad de la situación de riesgo a la que pretende hacer frente.

INSTRUCCIÓN 5/2004 (COMUNICACIÓN DIRIGIDA A LOS EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES RELATIVA AL SEGUIMIENTO DE LOS SUPUESTOS DE PRIVACIÓN CAUTELAR DE LIBERTAD)

La problemática planteada en relación con la puesta en libertad en el mes de junio del año 2002 del ciudadano argelino Allekema Lamari por haber transcurrido íntegramente el plazo de prisión preventiva acordado judicialmente sin que se hubiera llevado a efecto la notificación de la resolución recaída en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia condenatoria del mismo, en el Sumario n.º 9/97 del Juzgado Central n.º 5 de la Audiencia Nacional, obliga a replantear la actuación que corresponde al Ministerio Fiscal en la vigilancia y control de las piezas de situación personal de los imputados.

Aun cuando, en principio, las incidencias que originaron dicha situación han sido ajenas a la intervención del Ministerio Fiscal en la causa de referencia, la labor que constitucionalmente ha sido asignada a esta Institución, en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley, exige de sus miembros extremar la atención para evitar que disfunciones en la tramitación de las causas, provoquen dilaciones que hagan ineficaces las medidas cautelares en su momento adoptadas. Es por ello que en mi calidad de Fiscal General del Estado estimo oportuno trasladar a V. E. las siguientes directrices relativas al seguimiento de los supuestos de privación cautelar de libertad:

Los señores Fiscales seguirán manteniendo, como hasta ahora venían haciendo, bajo la supervisión directa e inmediata del excelentísimo/ilustrísimo señor Fiscal Jefe, el control individualizado de la situación personal de todos los imputados que se encuentren en prisión preventiva, cuidando especialmente el cómputo de los plazos legales de aquellos cuyas causas estén pendientes de tramitación de recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Tres meses antes de que finalice, en relación con cualquiera de los imputados, el plazo de prisión provisional acordado al amparo del párrafo 5.º del artículo 504 de la LECrim., por haberse interpuesto el indicado recurso de casación, el excelentísimo/ilustrísimo señor Fiscal Jefe, comunicará sin dilación, por escrito, esta circunstancia al excelentísimo señor Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, indicando cuantos extremos sean necesarios para la correcta identificación del procedimiento judicial y de la persona a la que se refiere dicha incidencia.

Recibida que sea esta comunicación, el excelentísimo señor Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, en atención a las circunstancias concurrentes, adoptará las medidas oportunas para trasladar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo los datos facilitados en relación con la pieza de situación personal del imputado, promoviendo, en su caso, la urgente tramitación de la causa y manteniendo a partir de este momento el oportuno seguimiento del procedimiento hasta la notificación de la Sentencia definitiva que ponga fin al mismo.

INSTRUCCIÓN 6/2004, SOBRE TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MENORES EXTRANJEROS INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS

La complejidad inherente al tratamiento de los fenómenos migratorios ha generado una auténtica convulsión jurídica, con reflejo en numerosas reformas legislativas y reglamentarias.

La necesidad de abordar la intervención del Ministerio Fiscal conforme al principio de unidad de actuación y de acuerdo con su función constitucional de promotor de la acción de la justicia y de defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos ha obligado a la Fiscalía General del Estado a dictar numerosos instrumentos definidores de los criterios a seguir por los Fiscales dentro de sus ámbitos competenciales en los supuestos en los que los derechos y libertades de los extranjeros pueden verse afectados. Así se han dictado las Circulares 1/1994, 3/2001 y 1/2002; las Consultas 5/1987, 2/1990, y 12/1997 y 1/2001, y las Instrucciones 6/1991, 2/2001 4/2001 y 2/2002.

El Derecho de Menores también ha sido una de las grandes preocupaciones de la Fiscalía, conforme a las funciones que el ordenamiento jurídico le encomienda. Así, en los últimos años se han dictado las Circulares 1/2000, 1/2001, 2/2001; las Consultas 8/1997 y 1/2002, y las Instrucciones 1/2000 y 2/2000.

Dentro del Derecho de extranjería presenta una especial complejidad el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados. En estos supuestos, a la nota de la extranjería se yuxtapone la de la minoría de edad, debiendo ser ponderados uno y otro elemento a la hora de dar solución a los problemas interpretativos que puedan generarse, pero siempre desde la premisa de que, como dispone el artículo 3 del Convenio de Derechos del Niño, *«en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»*.

El *favor minoris* también se resalta en la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A 3-0172/1992, de 8 de julio), al declarar en su punto 8.14 que: *«toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguardia de sus intereses»*. Esta misma disposición, en su inciso final, declara que en los procedimientos que afecten al menor *deberá ser parte obligatoriamente el Ministerio Fiscal o su equivalente, cuya función primordial será la salvaguardia de los derechos del niño*.

Igualmente, el artículo 11.2.a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece que la supremacía del interés del menor será principio rector de la actuación de los poderes públicos y el artículo 2 declara solemnemente que *en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*. La importancia de este principio, clave de

bóveda en Derecho de Menores, es también debidamente resaltada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*vid.* SSTC 124/2002, de 20 de mayo, y 221/2002, de 25 de noviembre, entre otras), del TS (*vid.* SSTS 1.ª 415/2000, de 24 abril, y 548/1998, de 11 junio, entre otras) y del TEDH (*vid.* SSTEDH caso E. P. contra Italia, de 16 de noviembre de 1999, y caso Bronda contra Italia, de 9 de junio de 1998).

El ATC 28/2001, de 1 febrero, declara al respecto que el interés superior del menor se ha «elevado, en último término, en norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español».

Este principio se configura, pues, como un verdadero principio general del Derecho, operando como canon hermenéutico y como elemento integrador para suplir eventuales lagunas.

Para una correcta ubicación funcional del Ministerio Fiscal en este ámbito de actuación, ha de partirse de que si el mismo es institucionalmente defensor de los derechos de todos los ciudadanos (art. 124.1 CE), en tanto es encargado de cuidar del funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de los menores (art. 174 CC), es específica y cualificadamente defensor de los derechos de éstos.

A estos efectos ha de tenerse en cuenta el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que declara que *para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad* y el artículo 1 de la LO 1/1996 que dispone que *la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*. En conexión con estos preceptos ha de tenerse en cuenta que el artículo 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que *los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado*.

El superior interés del menor se identifica, por regla general, con la permanencia del mismo en la familia y en el ámbito cultural del que procede. Como se expone en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (Diario Oficial n.º C 221 de 19 de julio de 1997) *la presencia irregular en el territorio de los Estados miembros de menores no acompañados que no tengan la consideración de refugiados debe tener carácter provisional y los Estados miembros deben procurar cooperar entre sí y con los países terceros de procedencia para devolver al menor a su país de origen o a un país tercero dispuesto a admitirlo, sin poner en riesgo la seguridad del menor, con el fin de encontrar, cuando sea posible, a las personas responsables del menor, y de reunirlo con dichas personas*.

Esta preferencia hacia el reagrupamiento familiar del menor debe sin embargo conciliarse con el respeto a la previsión legal de un procedimiento específico para poder llevarlo a cabo (arts. 35 y 62.3 LO 4/2000, modificados por LO 8/2000 y art. 62 del Reglamento vigente). Nuestra legislación establece una serie de garantías para asegurar que la repatriación respete el principio del superior interés del menor.

La especificidad del procedimiento radica por tanto en que se pretende que en todo caso el mismo salvaguarde los intereses del menor y le aleje de riesgos potenciales.

La Instrucción 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*, ha generado vacilaciones y dudas y, en ocasiones, interpretaciones que no se coheren con el principio general de prevalencia del

interés superior del menor. Por lo demás, dicha Instrucción entraba en contradicción con anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado sobre la materia, provocando disfunciones y problemas en cuanto a la definición del tratamiento jurídico aplicable a estos menores.

Pese a la anunciada próxima publicación del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, la necesidad de clarificar la posición del Ministerio Fiscal en este ámbito obliga a no esperar a su promulgación para analizar las posibles innovaciones, sin perjuicio de, en su caso, el dictado de nuevas instrucciones por parte de la Fiscalía General del Estado a la vista de las novedades que puedan producirse en la materia.

Ponderados pues los informes remitidos por diversas Instituciones y en especial por las Secciones de Menores y los Servicios de Extranjería de distintas Fiscalías, teniendo en cuenta los resultados de la aplicación de la referida Instrucción, y en especial, a la vista de las dudas que su interpretación genera, procede dejar la referida Instrucción 3/2003 sin efecto.

Los señores Fiscales habrán de seguir en esta materia las directrices contenidas en epígrafe IV sobre *El Ministerio Fiscal y los menores extranjeros* de la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, *relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería*, así como la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, *acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Habrán, pues, de entenderse a estos efectos plenamente vigentes los criterios sentados al respecto en ambos instrumentos.

Por ello, y sintetizando, los señores Fiscales habrán de acomodar su intervención a las siguientes pautas:

1) Se puede establecer con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.

2) En tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su Ley Personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos.

3) El artículo 35 de la LO 4/2000, en su redacción dada por LO 8/2000, se aplicará en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad. La finalidad del precepto es que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad. En caso de establecerse su minoría de edad, se le deben proporcionar las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero.

4) Es preciso que por parte de los señores Fiscales Jefes se den las instrucciones oportunas para que, una vez determinada la edad y siempre que el indocumentado resulte ser menor o quepa duda de que pueda serlo, sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

5) Debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar conforme a las disposiciones específicas que para los menores contiene la legislación de extranjería. La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que

pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país.

La decisión sobre el retorno del menor a su país de origen o de residencia de sus familiares o sobre su permanencia en España, corresponde a la Administración del Estado (art. 35.3 LE) por ser la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería (art. 149.1.2.ª) CE). Sin perjuicio de ello, deben informar previamente –en razón también de su propia competencia en la materia– los servicios de protección de menores. El Fiscal podrá comprobar si efectivamente la decisión adoptada es la más adecuada a los intereses del menor.

6) Los recursos contra el acuerdo de repatriación habrán de regirse por las normas y trámites del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. La legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir estas decisiones encuentra su apoyo legal en los artículos 3.7 EOMF y 8.2 LECiv.

Los señores Fiscales igualmente habrán de tener en cuenta que, respondiendo a la previsión de protocolos de actuación a que se referían tanto la Instrucción 2/2001 como la Circular 3/2001 para facilitar la coordinación entre las distintas autoridades y funcionarios intervinientes, se elaboró por el Grupo de Trabajo del Observatorio de la Infancia, con activa intervención de la Fiscalía General del Estado, el Protocolo de menores extranjeros no acompañados, documento que fue debidamente difundido entre las Fiscalías.

INSTRUCCIÓN 7/2004, SOBRE CITACIÓN PARA EL ACTO DEL JUICIO ORAL DE LOS PERITOS AUTORES DE INFORMES SOBRE ANÁLISIS DE SUSTANCIAS INTERVENIDAS EN CAUSAS POR DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La doctrina del Tribunal Constitucional elaborada a partir de su Sentencia 31/1981, de 28 de julio, establece como regla general que la prueba de cargo susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia ha de desarrollarse en el juicio oral, como premisa básica para la legitimidad del proceso con las garantías debidas, conforme al artículo 24.2 de la Constitución.

El derecho a la presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio ordenador del sistema procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede considerarse culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita dicha condena cuando haya mediado una actividad probatoria, que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda considerarse de cargo (SSTC 137/1988 ó 51/1995, entre otras muchas).

Tanto el Tribunal Constitucional (SSTC 31/1981, 161/1990, 284/1994, y 328/1994, entre otras) como el Tribunal Supremo (SSTS de 14 de julio y 1 de octubre de 1986, entre otras) han declarado que en principio únicamente pueden considerarse auténticas

pruebas que vinculan a los Tribunales en el momento de dictar sentencia las practicadas en el acto del juicio oral, que constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, intermediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes. De ello se deriva la regla general de que las diligencias practicadas en la instrucción no constituyen, en sí mismas, pruebas de cargo (SSTC 101/1985, 137/1988, 161/1990 y SSTS de 31 de enero, 2 de marzo o 15 de junio de 1992), sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio (art. 299 LECrim) proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y para la defensa.

Debe recordarse que el derecho a la presunción constitucional de inocencia exige que todos aquellos elementos fácticos integradores del tipo delictivo que no hayan sido voluntariamente admitidos por el acusado y su defensa se acrediten debidamente en el juicio oral por la acusación mediante una prueba de cargo suficiente practicada en forma contradictoria y con todas las garantías.

En los delitos contra la salud pública la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia intervenida es un elemento del tipo y como tal objeto de prueba, y en tanto es una prueba de cargo corresponde a la acusación aportarla al acto del juicio oral.

Aunque no existe un medio tasado para acreditar la naturaleza, cantidad y pureza de la sustancia aprehendida en las causas por delitos contra la salud pública, habiendo admitido nuestra jurisprudencia la posibilidad, en ocasiones, de su determinación a través de pruebas personales (SSTS 585/2003, de 16 abril; 587/2003, de 16 abril; 176/2003, de 6 febrero, y 1242/2000, de 5 de julio, entre otras), lo cierto es que la prueba habitualmente tiene lugar a través de un análisis pericial practicado durante la fase de instrucción, generalmente por los equipos técnicos de laboratorios oficiales.

La valoración de la prueba pericial en general también exige el respeto al principio de *contradicción* y al de *inmediación* como derivación del derecho de defensa. El artículo 724 LECrim dispone en relación con la práctica de la prueba pericial en el juicio oral que los peritos «contestarán a las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan». La prueba pericial debe, pues, con carácter general, ser valorada por el Tribunal sentenciador previa percepción directa.

Han de distinguirse en la producción de la prueba pericial dos momentos: 1) el análisis en sí, que necesariamente ha de practicarse en una fase previa al juicio (fase analítica), y 2) la emisión del dictamen que puede –y debe– realizarse o reiterarse durante el juicio oral.

La prueba pericial es, por tanto, una prueba que ha de realizarse en el acto del juicio oral, pues constituye una prueba personal y no documental, que debe ser valorada por el Tribunal sentenciador previa percepción directa, con las ventajas y garantías que proporciona la inmediación. Valoración que exige asimismo que sea sometida a la oportuna contradicción que es lo que garantiza el ejercicio del derecho de defensa.

Debe también partirse de que las deficiencias probatorias en que se incurra en relación con la prueba de la naturaleza, cantidad y calidad de la sustancia intervenida, ya por falta de proposición para su práctica en el juicio oral, ya por defectuosa proposición, ya por práctica incorrecta, seguirá los criterios rectores de la carga de la prueba en el proceso penal y gravitarán sobre la acusación.

En este contexto, los señores Fiscales, como detentadores de la acusación pública –usualmente únicos acusadores en delitos contra la salud pública– son depositarios de una grave responsabilidad en la articulación de la prueba. Debe a toda costa evitarse

que —como en ocasiones ha ocurrido en el pasado— complejos procesos sobre hechos presuntamente constitutivos de graves delitos culminen en sentencias absolutorias por la inasistencia de los peritos autores del análisis de drogas al acto del juicio oral.

No obstante lo anterior, conforme a la Teoría General de la Prueba se acepta generalmente que los hechos implícitamente admitidos o no controvertidos por las partes acusadas pueden considerarse como exentos de prueba. El artículo 11.1 LOPJ impone el respeto a las reglas de la buena fe a todos los intervinientes en el proceso. Si las defensas no discuten el dictamen pericial documentado procedente de órgano o departamentos especiales del Ministerio de Sanidad y Consumo, en atención a las garantías técnicas y a la imparcialidad que los respectivos centros y laboratorios oficiales ofrecen, pueden admitirse como pruebas válidas aunque no fueran ratificados en el juicio oral. Cuando la naturaleza de la sustancia analizada sea una cuestión admitida y no sometida a debate alguno, la práctica de la prueba en el acto del juicio oral no se hace necesaria (entre otras muchas, SSTS 956/2000, de 5 junio, y 311/2001, de 2 marzo).

Esta interpretación no cuestiona en absoluto la doctrina general atinente a que la prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia debe practicarse en el acto del juicio oral ni tampoco pretende, pues no podría hacerlo respetando la Constitución, invertir la carga probatoria sobre los hechos integradores de una infracción penal, sino únicamente aclara que los hechos que deben ser objeto de prueba son los controvertidos y si sobre una determinada cuestión técnica existe un dictamen en las actuaciones, emitido por Organismos Oficiales fiables, que no es cuestionado por la defensa, la acusación puede legítimamente prescindir de llevar al juicio oral a los técnicos informantes, en evitación de los problemas prácticos que la reiteración de tales comparencias conllevaría, sin que la defensa, que no cuestionó el resultado de la pericia, pueda en casación negar con éxito su valor probatorio, precisamente porque aceptó expresa o tácitamente su resultado (STS 956/2000, de 5 de junio).

La falta de impugnación por la defensa hace que no sea necesaria la ratificación en el juicio oral por parte de los autores de los informes, conforme a las reglas de la buena fe procesal (entre otras muchas, SSTS 13/2004, de 16 de enero; 1520/2003, de 17 de noviembre; 1446/2003, de 5 de noviembre, y 211/2003, de 19 de febrero). Las SSTS 290/2003, de 26 de febrero; 585/2003, de 16 de abril, y 1642/2000, de 23 de octubre, declaran que «son numerosos, reiterados y concordes los precedentes jurisprudenciales de este Tribunal de casación que declaran la validez y eficacia de los informes científicos realizados por los especialistas de los laboratorios oficiales del Estado, que, caracterizados por la condición de funcionarios públicos, sin interés en el caso concreto, con altos niveles de especialización técnica y adscritos a organismos dotados de los costosos y sofisticados medios propios de las modernas técnicas de análisis, viene concediéndoseles unas notas de objetividad, imparcialidad e independencia que les otorga *prima facie* eficacia probatoria sin contradicción procesal, a no ser que las partes hubiesen manifestado su disconformidad con el resultado».

La acusación tiene la carga de aportar la prueba, ésta ha de ser realizada contradictoriamente y en buenos principios no pertenece al acusado ninguna carga procesal, pero en atención a las garantías que ofrecen estos peritajes se les concede provisoriamente eficacia probatoria, sin perjuicio del derecho del acusado para impugnar su imparcialidad (STS 764/1999).

Pesa en esta línea interpretativa la necesidad de evitar el colapso de los laboratorios por las citaciones continuadas de los peritos, unida a la alta fiabilidad de los informes, en los supuestos en los que las conclusiones no se discuten por las partes.

El Tribunal Constitucional ha avalado esta interpretación (SSTC 127/1990, de 5 de julio, y 24/1991, de 11 de febrero).

Todo lo expuesto no obsta a la necesidad de subrayar que en línea de principios el ideal al que debe tenderse es el de citación de los peritos al acto del juicio oral, para la práctica de la prueba conforme a los principios de oralidad, inmediación y contradicción. Una adecuada organización de medios y una disponibilidad suficiente de personal en los laboratorios oficiales debiera permitir que el Ministerio Fiscal pudiera proponerlos para el acto del juicio oral sin el temor de poder llegar a provocar colapsos o disfunciones, evitando el riesgo de desvaloración del acto del juicio oral como fase central de todo el proceso penal.

II. EL ANÁLISIS DE LA DROGA EN EL PROCESO ORDINARIO POR DELITOS

Cuando la defensa impugna expresamente el informe pericial, surge renovada la necesidad de citar a los peritos para que acudan al juicio oral y se sometan al interrogatorio cruzado de las partes. El Acuerdo de Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 21 de mayo de 1999 estableció que «siempre que exista impugnación manifestada por la defensa se practicará el dictamen pericial en el juicio». El Acuerdo del Pleno de fecha 23 de febrero de 2001 ratificó esta interpretación.

En todo caso, debe recordarse que la operatividad de la impugnación está sometida a requisitos: ha de respetar la buena fe procesal (SSTS 1520/2003, de 17 noviembre, y 1153/2003, de 15 septiembre). La impugnación ha de realizarse a más tardar en el escrito de calificación provisional, y así «cuando la parte acusada no expresa en su escrito de calificación provisional su oposición o discrepancia con el dictamen pericial practicado, ni solicita ampliación o aclaración alguna de éste, debe entenderse que dicho informe oficial adquiere el carácter de prueba preconstituida, aceptada y consentida como tal de forma implícita» (SSTS 652/2001, de 16 de abril, y 585/2003, de 16 de abril). En este mismo sentido la impugnación no será eficaz cuando «... se realiza de forma manifiestamente extemporánea, cuando ya ha transcurrido el período probatorio, por ejemplo, en el informe oral o en este recurso de casación» (SSTS 156/2003, de 10 de febrero; 585/2003, de 16 de abril, y 587/2003, de 16 de abril). La STS 156/2004, de 9 de febrero declara que «normalmente el momento adecuado es el escrito de conclusiones provisionales, pues los Tribunales deben rechazar las peticiones que no sean conformes a la buena fe procesal o supongan abuso del derecho o fraude de Ley o procesal, de acuerdo con el artículo 11.1 y 2 de la LOPJ. Y las impugnaciones efectuadas en el mismo acto del juicio oral impiden la reacción de la acusación orientada a la proposición de nuevas pruebas... Por lo tanto, no puede considerarse válida a estos efectos la impugnación del recurrente, realizada ya en el acto del plenario». La STS 72/2004, de 29 de enero, exige que los informes se impugnen «como máximo temporal procedimental en el escrito de calificación provisional, o bien antes, que sería lo lógico, para que en la propia instrucción sumarial se pudiera practicar un contraanálisis, verdadero objeto de la impugnación de un informe pericial», añadiendo que «la impugnación en conclusiones definitivas no es posible, porque impide que el Fiscal pueda proponer prueba sobre tal extremo».

Las exigencias al fundamento material de la impugnación conocen algunas fluctuaciones, pudiéndose detectar dos tendencias: una más laxa, que otorga operatividad a la impugnación pura y simple, y otra estricta, que exige que la impugnación sea acompañada de una argumentación lógica.

Ejemplos de la tendencia laxa los encontramos en las SSTS 1446/2003, de 5 de noviembre, 1520/2003, de 17 de noviembre, y 1511/2000, de 7 de marzo, que consideran que «no cabe imponer a la defensa carga alguna en el sentido de justificar su

impugnación del análisis efectuado» y que «al acusado le basta cualquier comportamiento incompatible con esa aceptación tácita para que la regla general (comparecencia de los peritos en el Plenario) despliegue toda su eficacia». Siguiendo esta interpretación, la STS 585/2003, de 16 de abril afirma que «... basta con que la defensa impugne el resultado de los dictámenes practicados durante la instrucción, o manifieste de cualquier modo su discrepancia con dichos análisis, para que el documento sumarial pierda su eficacia probatoria, y la prueba pericial deba realizarse en el juicio oral, conforme a las reglas generales sobre carga y práctica de la prueba en el proceso penal».

Como ejemplos de la tendencia estricta podemos citar la STS 1413/2003, de 31 de octubre que declara que «una cosa es que la impugnación no esté motivada y otra distinta que la declaración impugnatoria sea una mera ficción o estrategia procesal, cuyo contenido ni siquiera se exprese en el trámite de informe subsiguiente a elevar las conclusiones a definitivas, pudiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 11.1 y 2 LOPJ... lo que permite corregir los abusos procesales, como pueden ser las impugnaciones ficticias o meramente oportunas carentes de cualquier fundamento». En este sentido, la STS 72/2004, de 29 de enero, exige que la impugnación «no sea meramente retórica, o abusiva, como declaran algunas sentencias de esta Sala Casacional, esto es, sin contenido objetivo alguno, no manifestando cuáles son los temas de discrepancia: si la cantidad, la calidad o el mismo método empleado, incluyendo en éste la preservación de la cadena de custodia».

En todo caso cuando los informes periciales hayan sido impugnados habrán de adoptarse las máximas cautelas en orden a evitar que por motivos puramente formales sean absueltas personas respecto de las que existía una abrumadora prueba de cargo.

Por ello, ante cualquier impugnación por las Defensas, ya durante la fase de instrucción, ya al evacuar éstas sus escritos de conclusiones provisionales, los Sres. Fiscales habrán de interesar la citación incondicional de los peritos a juicio, incluso cuando las impugnaciones no sean en sí mismas atendibles (vid. STS 806/1999, de 10 de junio), pues si la defensa no acepta ni expresa ni tácitamente el resultado del análisis elaborado durante la instrucción y si no se cita a los autores del mismo puede el Juzgador concluir con que no existe prueba de cargo válidamente practicada que acredite que efectivamente la sustancia ocupada consistía en droga.

Debe tenerse especialmente en cuenta que, como refiere la STS 311/2001, de 2 de marzo las deficiencias probatorias derivadas de la falta de proposición de la práctica de la prueba pericial para su celebración en el juicio, o de la falta de percepción por la acusación del hecho de que el dictamen sumarial no ha sido aceptado por la defensa, recaen sobre la propia acusación conforme a las reglas generales sobre la carga de la prueba en el proceso penal, por lo que corresponde a dicha acusación adoptar las medidas oportunas para evitar este resultado.

Deberán por tanto los señores Fiscales tener presente como criterio rector fundamental de su actuación procesal la necesidad de preservar la prueba de cargo.

En todo caso habrá también de salvaguardarse el derecho de defensa, que implica ineludiblemente la posibilidad de combatir cualquier medio de prueba incluido el informe pericial.

Como interés también digno de protección pero siempre en un segundo plano y subordinado a los anteriores criterios, habrá de ponderarse la conveniencia de evitar citaciones inútiles de peritos oficiales, cuando nadie discute sus conclusiones, con el fin último de conjurar el riesgo de alterar el normal funcionamiento de estos laboratorios oficiales, esenciales en la lucha contra el narcotráfico.

Esta ponderación habrá de ponerse en relación con la estrategia que la Defensa en cada caso concreto vaya a utilizar: si pretende combatir la exactitud de las conclusio-

nes de los informes habrá de proponerse la citación de los peritos y si por el contrario, la Defensa no discute estas conclusiones procederá proponer el informe como prueba formalmente documental.

Cuando ya durante la fase de instrucción la Defensa ha impugnado el informe pericial, el Fiscal habrá de interesar pura y simplemente en su escrito de calificación la práctica de la prueba pericial con citación de los autores del informe.

Sin embargo, la *praxis* pone de manifiesto que en la mayoría de las ocasiones, la defensa no impugna el informe pericial durante la instrucción, articulando esta alegación una vez abierto el juicio oral en el escrito de calificación (art. 651 LECrim.).

El problema estriba en que por la propia dialéctica procesal la tesis del Fiscal (materializada en el escrito de calificación provisional) es previa a la antítesis de la Defensa, materializada en el posterior escrito de defensa. Por ello, el Fiscal normalmente, a la hora de proponer la prueba de la que va a intentar valerse en el juicio oral ignora si la Defensa va a impugnar el informe pericial o si por el contrario no lo discute.

La solución que en su día propuso la Instrucción 9/1991 de la Fiscalía General del Estado ordenando a los Fiscales que pidiesen la ratificación de los peritos durante la instrucción y con presencia de todas las partes, con el fin de producir una prueba anticipada o preconstituida por si los peritos no pudiesen asistir al acto del juicio oral no ha dado los resultados esperados, por lo que deben buscarse nuevas respuestas más eficaces.

La STS 956/2000, de 5 de junio, aconsejaba a la acusación proponer en todo caso en su calificación provisional la comparecencia de los peritos al acto del juicio para que sea allí donde se practique ordinariamente la prueba, a fin de no verse sorprendidos por la impugnación del análisis realizada por la defensa en uso de sus derechos constitucionales y encontrarse obligados a proponer tardíamente dicha prueba en momentos procesales menos adecuados.

La fórmula que se propone desde la Fiscalía General del Estado en la presente Instrucción trata de conciliar los distintos intereses en juego, y así, partiendo del criterio de la STS 956/2000, tratándose de procedimientos tramitados conforme a las disposiciones del procedimiento ordinario por delitos los Sres. Fiscales, al proponer la prueba en las conclusiones provisionales interesarán la citación como peritos de los autores del informe de análisis de droga con carácter general. Como matización a la regla anterior, a esa petición de prueba los Sres. Fiscales añadirán por Otrosí que en caso de que la Defensa no impugne en sus conclusiones provisionales la prueba pericial, se renuncia a su práctica y se interesa expresamente que no sean citados los peritos a juicio.

En todo caso, se propondrá como prueba formalmente documental, con expresa reseña del folio o folios, el informe de análisis de droga emitido por los correspondientes centros oficiales.

Estas consideraciones serán aplicables *mutatis mutandis*, al procedimiento de Jurado en los supuestos, ciertamente inusuales, en que por razón de la conexidad (art. 5.2 LO 5/1995) conozcan de una acusación por delito contra la salud pública, pues el procedimiento de la Ley del Jurado debe integrarse supletoriamente con las disposiciones generales de la LECrim. y no con las especiales del Procedimiento Abreviado.

Aunque alguna sentencia del TS (*vid.* STS 1520/2003, de 17 de noviembre) ha declarado que en estos supuestos de aceptación tácita de la validez del informe emitido por el Organismo Oficial no es exigible la lectura en el juicio oral del informe siendo suficiente la aplicación del artículo 726 LECrim., parece aconsejable mantener la indicación contenida en la Instrucción 9/91, de 26 de diciembre,

de la Fiscalía General del Estado: cuando no se haya propuesto prueba pericial por ninguna de las partes en el trámite del artículo 656 LECrim., solicitarán los Fiscales en el acto del juicio oral la reproducción de la pericial con la lectura del análisis documentado.

Por último debe recordarse que al articular como prueba la pericial, no es necesario interesar la citación de dos peritos, pues «si el informe está realizado y suscrito por un Laboratorio Oficial, integrado por un equipo, hace innecesario el de dos peritos como exige el artículo 459 de la LECrim.» (STS 1520/2003, de 17 de noviembre) ya que un informe emitido por un Laboratorio del Servicio de Restricción de Estupefacientes afecto a la Dirección Provincial del Ministerio de Sanidad y Consumo, firmado por el responsable Técnico del Servicio «cumple con creces la exigencia de que sean dos los peritos formulados por la LECrim.» (STS 1365/2003, de 17 de octubre, con cita de las SSTS de 18 y 29 de diciembre de 1997). En el mismo sentido, para la STS 719/2003, de 25 de junio «... es suficiente que el responsable del servicio de que se trate suscriba el informe y en su caso comparezca en el juicio oral para ratificarlo, pues por lo señalado es responsable del trabajo realizado». En parecidos términos se pronuncian las SSTS 630/2003, de 30 de abril y 97/2004, de 27 de enero.

III. ESPECIALIDADES DEL ANÁLISIS DE DROGAS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

La Disposición Adicional 3.ª de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre (BOE de 11 de diciembre de 2002) ha modificado la Ley 38/2002, de 24 de octubre, añadiendo un segundo párrafo al artículo 788.2 de la LECrim., a cuyo tenor:

En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales, sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas.

En este ámbito del procedimiento abreviado habrá, pues, de partirse de que el dictamen sobre la sustancia intervenida recibe el tratamiento de prueba documental que como tal debe proponerse en el escrito de acusación, especificando el folio de las actuaciones donde se encuentra e interesando expresamente su lectura en el acto del juicio oral. En general los señores Fiscales no propondrán la citación de los autores del informe al acto del juicio oral, salvo que las circunstancias específicas concurrentes recomienden otra alternativa. No obstante, si la Defensa impugna las conclusiones contenidas en el informe pericial, los señores Fiscales valorarán los aspectos cuestionados y en función de la entidad o razonabilidad de la impugnación propondrán, en su caso, la comparecencia de los peritos al acto del juicio.

La vigencia de esta conclusión estará lógicamente subordinada a la asunción de la misma en la práctica de nuestros Tribunales, teniendo en cuenta la innegable dosis de polémica que el precepto objeto de análisis ha generado, derivada fundamentalmente del poco ortodoxo procedimiento seguido por el legislador consistente en mutar por ministerio de ley –*mutatio ope legis*– la calificación de una prueba. En todo caso, por más que legalmente se le dé a esta prueba el *nomen iuris* de documento, sustancialmente se mantiene su naturaleza pericial.

Los señores Fiscales habrán de exigir que los informes respeten las exigencias que en cuanto al contenido impone el nuevo artículo 788.2 LECrim., y concretamente

que especifiquen los protocolos científicos seguidos, interesando, en caso de que incurran en omisiones, la correspondiente ampliación.

En ningún caso habrá de interpretarse este artículo 788.2 como una inversión de la carga de la prueba sobre hechos integradores de infracciones penales ni como un expediente de exención probatoria, de limitación de utilización de prueba pertinente o de presunción *contra reo*.

En este punto debe recordarse que conforme al artículo 3.3 EOMF corresponde al Fiscal *velar por el respeto... de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa* y que específicamente en el ámbito del procedimiento abreviado, conforme al artículo 773.1 LECrim., el Fiscal *velará por el respeto de las garantías procesales del imputado*

Los señores Fiscales habrán de seguir, pues, pautas interpretativas de este precepto a la luz de la doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes. En este sentido no se opondrán a la citación de los autores del informe pericial propuesto por la Defensa, ni a la realización de un nuevo informe pericial sobre sustancia, calidad y cantidad de la sustancia intervenida propuesta por la defensa. Habrán los señores Fiscales de partir de que por mucho que se otorgue a los informes periciales tratamiento de documento, los mismos pueden ser combatidos por la defensa. Por ello, la defensa conservará en todo caso el derecho a someter el dictamen oficial a debate contradictorio y a designar peritos.

Habrán pues los señores Fiscales de promover interpretaciones que excluyan cualquier atisbo de indefensión, partiéndose de que el artículo 788.2 no supone la derogación del artículo 784.2, conforme al que *en el escrito de defensa se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos, a los efectos de la práctica de la correspondiente prueba en las sesiones del juicio oral o, en su caso, de la práctica de prueba anticipada*.

Como ya ha anticipado la STS 97/2004, de 27 de enero, en relación con este nuevo precepto «no significa que no exista posibilidad de contradicción y que las conclusiones de ese tipo de informes resulten irrefutables. La defensa podrá someter a contradicción el informe, solicitando otros de distintas entidades cualificadas, o de laboratorios particulares, si lo considerase oportuno, o incluso solicitando la comparecencia al acto del juicio oral de los que hayan participado en la realización de las operaciones que quedan plasmadas en el informe, pero lo que será necesario en cada caso es justificar que la diligencia que se reclama es necesaria y apta para satisfacer el derecho de contradicción, justificando el interés concreto a través de las preguntas que se le pensaba dirigir, alejando la sospecha de abuso de derecho prescrito por el artículo 11 LOPJ y permitiendo que se pueda verificar por el Tribunal la aptitud de la comparecencia solicitada a tales fines.»

Estas pautas son también aplicables al procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos regulado en el Título III del Libro IV pues conforme a lo dispuesto en el artículo 795.4 LECrim. «*en todo lo no previsto expresamente en el presente Título se aplicarán supletoriamente las normas del Título II de este mismo Libro, relativas al procedimiento abreviado*».

Igualmente con carácter general para todos los procedimientos habrá de exigirse que los informes incluyan, en su caso, el coeficiente de variación o porcentaje de incertidumbre que presente el resultado relativo a la pureza de la sustancia analizada.

IV. CONCLUSIONES

A modo de recapitulación, pueden establecerse las siguientes:

A. Como instrucción común para todos los procedimientos:

1.º Cuando se proponga como documental el informe sobre análisis de la sustancia intervenida, solicitarán los señores Fiscales en el acto del juicio oral la reproducción de la misma con la lectura del análisis documentado.

2.º Igualmente habrá de exigirse para todos los procedimientos que los informes periciales incluyan el coeficiente de variación o porcentaje de incertidumbre que presente el resultado relativo a la pureza de la sustancia analizada.

B. En el ámbito del proceso ordinario por delitos:

1.º Cuando ya durante la fase de instrucción la Defensa ha impugnado el informe pericial, los señores Fiscales habrán de interesar en su escrito de calificación la práctica de la prueba pericial con citación de los autores del informe.

2.º En otro caso, los señores Fiscales, con carácter general, al proponer la prueba en las conclusiones provisionales, interesarán la citación como peritos de los autores del informe de análisis de droga, pero a esa petición de prueba añadirán por Otrosí que en caso de que la Defensa no impugne en sus conclusiones provisionales la prueba pericial, se renuncia a su práctica y se interesa expresamente que no sean citados los peritos a juicio.

3.º En todo caso, se propondrá con carácter de prueba documental, con expresa reseña del folio o folios, el informe de análisis de droga emitido por los correspondientes centros oficiales.

4.º Al proponer la prueba pericial sobre análisis de la sustancia no es necesario interesar la citación de dos peritos, siendo suficiente en su caso que el responsable del servicio de que se trate suscriba el informe y comparezca en el juicio oral para ratificarlo.

C. En el ámbito del procedimiento abreviado y de los juicios rápidos:

1.º Habrá de partirse de que el dictamen sobre la sustancia intervenida recibe el tratamiento procesal de la prueba documental, por lo que como tal deberá proponers en el escrito de acusación, especificando el folio de las actuaciones donde se encuentra.

2.º En el supuesto de que el informe pericial sobre análisis de drogas sea impugnado por la Defensa, los señores Fiscales valorarán los aspectos cuestionados y en función de la entidad o razonabilidad de la impugnación propondrán, en su caso, la comparecencia de los peritos al acto del juicio.

3.º Los señores Fiscales habrán de exigir que los informes respeten las exigencias que en cuanto al contenido impone el nuevo artículo 788.2 LECrim., y concretamente que especifiquen los protocolos científicos seguidos, interesando, en caso de que los informes incurran en omisiones, la correspondiente ampliación.

4.º Los señores Fiscales habrán de interpretar el nuevo artículo 788.2 LECrim. desde el pleno reconocimiento y respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso público con todas las garantías y al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, no oponiéndose a las citaciones de peritos propuestas por las Defensas y reaccionando a través de los correspondientes recursos frente a inadmisiones de prueba que puedan generar indefensión.

INSTRUCCIÓN 8/2004, SOBRE LA NECESIDAD DE PROMOVER EL ACCESO DE LOS LETRADOS DE LA DEFENSA A LAS COPIAS DE LOS ATESTADOS EN LAS ACTUACIONES ANTE EL JUZGADO DE GUARDIA EN EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE DELITOS

I

La Constitución española reconoce el derecho fundamental a la defensa y a la asistencia de letrado sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24.2).

El artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 dispone que todo acusado tiene, como mínimo, el derecho a *defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan*.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 27 de abril de 1977 dispone en su artículo 14.3.b) que toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a *disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo*.

El derecho de defensa es un derecho sagrado, quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia (SSTS 2320/1993 y 851/1993), habiéndose visto fortalecido tras la reforma operada en el procedimiento abreviado por Ley 38/2002, de 24 de octubre (*vid. arts. 767, 771.2.ª, 768, 775 LECrim.*). La Circular 1/2003, de 7 de abril, *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado* subrayaba certeramente este aspecto como uno de los pilares de la referida reforma.

Un presupuesto básico para un pleno ejercicio del derecho de defensa es el conocimiento de las actuaciones practicadas en el seno del procedimiento penal.

Si bien el artículo 772.2 LECrim. establece la remisión de copia del atestado por parte de la Policía sólo al Ministerio Fiscal y aunque la única previsión expresa de traslado de las actuaciones originales o mediante fotocopia a *los designados como acusados* se contiene en el artículo 784 LECrim., referido a un momento muy posterior del procedimiento (abierto el juicio oral y formulado escrito de acusación) ello no ha de llevar a la errónea conclusión de que no puede permitirse el acceso a las actuaciones en momentos anteriores. El artículo 118 LECrim. reconoce en su párrafo primero a toda persona a quien se impute un acto punible la facultad de ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento. El artículo 302 LECrim. por su parte, dentro de las disposiciones reguladoras del sumario dispone que *las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento*, salvo que se declare total o parcialmente secreta la causa.

En todo caso, como expresamente reconocían tanto la Circular 2/1995, de 22 noviembre como la Consulta 2/2003, de 18 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el letrado y demás partes puedan tomar vista, antes de la comparecencia para decidir sobre la adopción de medidas cautelares, de las actuaciones practicadas hasta ese momento. Tan sólo si ha recaído una declaración judicial de secreto en los términos previstos en el artículo 302 decaerá ese derecho.

II

La representación del Consejo General de la Abogacía ha puesto de relieve en el seno de la Comisión Nacional de seguimiento de la implantación de los juicios rápidos, constituida en el Ministerio de Justicia que algunos Juzgados se niegan sistemáticamente a proporcionar al Letrado Defensor copia del atestado, con el consiguiente entorpecimiento de su función.

En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos, regulado en el Título III del Libro IV de la LECrim. e introducido por la Ley 38/2002 y LO 8/2002, el derecho de defensa debe necesariamente fortalecerse desde el inicio de la causa. Así se desprende inequívocamente de las previsiones contenidas en los artículos 796 y 797 LECrim. Si como refiere la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 *la pieza clave del nuevo procedimiento consiste en una instrucción concentrada ante el Juzgado de guardia*, es de estricta necesidad y justicia facilitar a la Defensa el conocimiento cabal de lo actuado para que pueda desempeñar sus funciones.

La doctrina del TC establece que la asistencia letrada prevista en el artículo 17.3 de la Constitución y reconocida al «detenido» en las diligencias policiales tiene un contenido distinto como garantía del derecho a la libertad al contenido de la asistencia letrada reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido (STC 196/1987 de 11 de diciembre) y consiguientemente aunque en nuestra Constitución se reconoce expresamente el derecho a la asistencia letrada tanto «al detenido» como al «acusado», se hace en distintos preceptos constitucionales garantizadores de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada por lo que esta doble dimensión *«impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en una lectura y aplicación conjunta de los citados artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución»* (STC 188/1991, de 3 de octubre).

Sin embargo, en las actuaciones del Letrado en el Juzgado de Guardia en el marco del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, ambos planos se funden cuando se asiste a personas detenidas, por lo que en todo caso el Letrado estará actuando en el marco del derecho al proceso debido, con la consiguiente ampliación funcional de su actuación.

Por tanto el Abogado asume la *criminis defensio* ya desde este primer momento, exigiendo tal atribución el conocimiento del atestado.

Si el derecho de defensa se reconoce al imputado desde los primeros momentos no pueden, sin riesgo de reducir a papel mojado tal reconocimiento, sostenerse interpretaciones que conduzcan a su ineficacia práctica. A estos efectos es particularmente importante recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional ha subrayado que *aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso al propio Ministerio Público «de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales. Por ello, a la luz*

del artículo 24.2 de la CE, que garantiza el derecho a no ser condenado sin ser oído y, por tanto, a no ser condenado sin haber podido ejercer el derecho de defensa, con la debida asistencia Letrada, corresponde cuando se trata de reos asistidos de oficio al celo del órgano judicial, evitar, aun a falta de previsión expresa por parte de la Ley, que se produzcan situaciones de indefensión no imputables al condenado (SSTC 112/1989 y 162/1993)

En tanto el artículo 795.3 LECrim. excluye la aplicación de este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones, la incoación de diligencias urgentes supone excluir tal posibilidad y consiguientemente tal resolución neutraliza los reparos que potencialmente pueden existir para permitir el acceso del Letrado al atestado. Al mismo tiempo, la previsión legal del artículo 795.3 LECrim. pone de relieve que la tramitación concentrada y rápida propia de este procedimiento especial es incompatible con la limitación del derecho de defensa derivada de una declaración de secreto. El papel que este procedimiento atribuye al Letrado Defensor en el Juzgado de Guardia exige que éste tenga un completo conocimiento de lo actuado.

Por lo demás, la potenciación de la celeridad perseguida por el procedimiento tiene como una de sus herramientas fundamentales la promoción de las soluciones consensuadas, a través de la denominada conformidad beneficiada. Difícilmente podrán fomentarse las conformidades si se ponen trabas al acceso del Letrado a lo actuado.

El respeto escrupuloso y efectivo al derecho de defensa del imputado no ha de ser ajeno al Ministerio Fiscal. Su configuración constitucional como defensor de los derechos de los ciudadanos incluye la protección de los derechos del imputado, y dentro de ellos la salvaguardia del derecho de defensa. Por lo demás, tal derivación es explícita y recordada por el artículo 773 apartado 1.º de la LECrim., cuyo párrafo primero encomienda al Fiscal velar por el respeto de las garantías procesales del imputado y cuyo párrafo segundo atribuye al Ministerio Fiscal, de manera especial, la función de impulsar y simplificar su tramitación *sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo*.

Por todo lo expuesto habrán los Sres. Fiscales de constituirse en valedores del derecho de defensa que asiste al imputado, contribuyendo a la erradicación de las prácticas denunciadas y promoviendo en el Juzgado de Guardia, en el seno del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos el libre acceso del Letrado a las diligencias practicadas. Los Sres. Fiscales habrán de postular específicamente la entrega al Letrado Defensor de una copia del atestado una vez hayan sido incoadas por el Juez de Instrucción diligencias urgentes conforme al artículo 797.1 LECrim. En los supuestos de denegación improcedente de copias de atestados a los Letrados Defensores por el Juzgado de Guardia habrán los Sres. Fiscales de interponer los correspondientes recursos o, en su caso, adherirse a los interpuestos por la Defensa.