DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores.

Referencia: FIS-I-2009-00001

ÍNDICE

1.- Ámbito funcional de las secciones de menores en materia de protección 2.- Tramitación de asuntos. Tipos de diligencias 3.- Índice de tutelas 4.- Llevanza de Registros Informáticos 5.- Coordinación con estamentos administrativos e integración en órganos consultivos 6.- Cuestiones estadísticas 7.- Juntas de Sección 8.- Composición. Reparto de trabajo 9.- Atención al público: Recepción de denuncias y evacuación de consultas de menores y ciudadanos en general 10.- Servicio de guardias 11.- Forma de los actos del Fiscal en el ámbito de protección 12.- Visados 13.- Supervisión de la situación de los niños en Centros y Unidades Penitenciarias 14.- Comunicaciones interorgánicas 15.- Tratamiento de la actividad del servicio de protección de las Secciones de Menores en las Memorias territoriales y en la Memoria de la Fiscalía General del Estado.

I

1. ÁMBITO FUNCIONAL DE LAS SECCIONES DE MENORES EN MATERIA DE PROTECCIÓN

Las Secciones de Menores tienen un ámbito de actuación acotado legalmente en materia de responsabilidad penal de menores. Por contra, la asunción de competencias en materia de protección de menores no tiene una expresa cobertura legal, aunque tal configuración es perfectamente factible partiendo de las facultades organizativas atribuidas al Ministerio Fiscal.

La integración de las funciones de protección dentro del ámbito de actuación de las Secciones de Menores ha ido asumiéndose progresivamente: así, la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre ya consideraba tal asunción como aconsejable. El apartado tercero del art. 20 EOMF, dedicado al Fiscal de Sala Coordinador de Menores extiende sus competencias tanto al área de reforma como al de protección de menores, atribuyéndole las funciones de coordinación y supervisión de las Secciones de Menores. Por ese motivo, la Instrucción 3/2008, de 30 de julio *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores* abogó definitivamente por la asunción de un esquema funcional en el que estas Secciones -aún admitiendo subdivisiones internas- abarcaran tanto los aspectos de reforma como los de protección. Tales subdivisiones, como expresa la Instrucción 3/2008 deben enmarcarse dentro de las facultades de organización interna de las Fiscalías, permitiendo que se repartan los cometidos de reforma y protección entre los Sres. Fiscales adscritos a la Sección de Menores, pero siempre en el triple entendimiento de que las competencias de ésta se extienden a los dos ámbitos de actuación, de que han de ejercitarse de forma coordinada y bajo la supervisión de un único Fiscal Delegado, y de que la Sección de Menores debe considerarse unificada.

La reseñada Instrucción 3/2008 desglosa las funciones que en materia de protección de menores deben asumir estas Secciones, partiendo de que no es factible desde una perspectiva de organización racional del trabajo que las Secciones aborden cualquier asunto en el que esté en juego el interés superior del menor, toda vez que el mismo aparece en una pluralidad de

procedimientos que harían disfuncional su atribución a una Sección específica de la Fiscalía. Ello debe entenderse sin perjuicio de la necesaria relación de coordinación que la Sección de Menores debe establecer con otras Secciones (Extranjería, Civil, Contencioso Administrativo, Penal etc.). En todo caso, desde el respeto a los contenidos mínimos que la Instrucción 3/2008, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores* perfila, es dable –dependiendo de las circunstancias concretas de cada Fiscalía- que las Secciones asuman el despacho de otros asuntos no expresamente previstos en los que deba ponderarse el superior interés del menor. Así debe interpretarse el punto 15 del epígrafe III.-4 de la referida Instrucción, que como cláusula de cierre incluía entre las funciones de las Secciones *la de otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor*.

Puede por ello decirse que las Secciones de Menores deben asumir las funciones de protección del menor, aunque ha de partirse de que no las asume en régimen monopolístico, toda vez que -en principio- no intervendrá en los procesos civiles matrimoniales, de filiación, y de jurisdicción voluntaria respecto de menores que no se encuentren en situación de riesgo o desamparo.

Claro es que las consideraciones de esta Instrucción no son de aplicación a la Sección de Menores de la Audiencia Nacional, que por sus especialidades centra su ámbito funcional en el área de responsabilidad penal del menor.

II

Desde la Circular 3/1984, de 25 de junio se venía reclamando del Ministerio Público la facultad y obligación de interesarse por los menores en situación de desamparo, incluso cuando las competencias de protección estaban atribuidas a los Tribunales Tutelares de Menores, obligación recordada por la Instrucción 2/1986, de 25 de noviembre, que subrayaba que el gran problema de la defensa de los derechos de los menores, muchas veces víctimas inocentes de condiciones de explotación, corrupción o abandono, ha sido y es una de las misiones que el Ministerio Fiscal ha asumido con mayor entusiasmo.

El Legislador ha ido encomendando expresamente al Ministerio Fiscal importantes funciones en el sistema de protección de menores, atribuciones que se han incrementado especialmente tras la reforma del Código Civil operada por Ley 21/1987, de 11 de noviembre y tras la LO 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM). El celo con el que las Fiscalías abordan estos cometidos se refleja en sus Memorias, en las que puede detectarse una progresiva ampliación de los ámbitos de actuación del Ministerio Público, de modo que podría decirse que desbordando su núcleo funcional - relativo a la supervisión de las actuaciones administrativas en los supuestos de desprotección y conflicto social- son pocos los problemas con dimensión jurídica que afectan a los menores, como colectivo más vulnerable de la sociedad, que puedan quedar *extra muros* de las preocupaciones de la Institución.

Tradicionalmente, sin embargo, se ha puesto de relieve que tales asignaciones funcionales no van acompañadas de las necesarias reformas orgánicas y dotaciones materiales, lo que en ocasiones ha propiciado un desempeño de las mismas alejado de los postulados de celeridad y eficacia que necesariamente debieran presidir su actuación al atender las peticiones, reclamaciones y requerimientos que se le formulan por entidades públicas o por particulares. Incluso en ocasiones se ha podido observar la relajación en el cumplimiento de las obligaciones para con el Fiscal por parte de las Entidades Públicas de Protección de Menores, espectadoras de excepción del desbordamiento competencial del Ministerio Público.

Es claro que estas situaciones han de quedar como meras disfunciones del pasado, debiendo ser erradicadas a través de una nueva organización. Las Entidades Públicas de Protección de Menores deben tener claro sus obligaciones para con el Ministerio Fiscal en el cumplimiento de su función supervisora.

La presente Instrucción no pretende abordar en detalle las pautas de actuación y líneas interpretativas a defender por el Fiscal en cada una de las áreas de protección que se le encomiendan. Tal cometido se abordará en sucesivos instrumentos con la necesaria amplitud y rigor. Su objetivo es más modesto pero no menos importante: establecer los principios

organizativos sobre los que construir el servicio de protección dentro de las Secciones de Menores.

2. TRAMITACIÓN DE ASUNTOS. TIPOS DE DILIGENCIAS

La reforma introducida por Ley 14/2003 en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal introdujo en el art. 5 una norma de cobertura para una pluralidad de actuaciones que debe llevar a cabo el Ministerio Fiscal en ámbitos dispersos y para las que no se contaba con soporte formal alguno. En efecto, el art. 5 EOMF *in fine* dispone que *también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.*

Esta previsión permite al Fiscal contar con un soporte procedimental para desplegar cuando considere conveniente un examen preliminar de un asunto perteneciente a cualquier jurisdicción antes de llegar a "promover la acción de la justicia".

Ya la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores* hacía uso de esta nueva habilitación estableciendo que *quedan superadas las dudas que se planteaban por la anterior inexistencia de una disposición expresa que permitiera al Fiscal tener un soporte para realizar actuaciones preparatorias a la presentación de una demanda civil. Consiguientemente podrán los Sres. Fiscales utilizar estas diligencias para recabar los datos que consideren de interés para preparar la demanda civil o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse.*

También la Circular 2/2006, de 27 de julio, *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España* postulaba esta vía procedimental para encauzar las actuaciones relativas a la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Últimamente hace lo propio la Instrucción 4/2008, de 30 de julio en relación con la protección de las personas discapaces.

Este mismo esquema es trasladable a múltiples cometidos del Ministerio Fiscal, especialmente en materia de preparación de demandas civiles para las que está legitimado, tales como la promoción jurisdiccional de medidas en protección de menores. Incluso éste será el soporte de los expedientes de protección en los que se supervisan las medidas adoptadas por las Entidades Públicas de Protección de Menores, que si bien normalmente no desembocan en actuaciones procesales, potencialmente puede predicárseles tal carácter preprocesal.

En este tipo de diligencias concurren una serie de singularidades que las separan del régimen común de las Diligencias de Investigación. Coherentemente, su tratamiento debe ser distinto, tanto en aspectos adjetivos (denominación, registro y numeración), como en aspectos materiales, básicamente en cuanto a que deben por su propia naturaleza extrapenal relajarse los principios de contradicción y de defensa.

Tampoco tales diligencias deberán entenderse sometidas al plazo máximo de duración de seis meses, no siendo consecuentemente necesaria la petición de prórroga a la Fiscalía General del Estado cuando se rebase dicho periodo legal. Esta exención del sistema de petición de prórroga en ningún caso habrá de interpretarse como una atenuación en la celeridad que debe necesariamente inspirar a los Sres. Fiscales en la tramitación de las Diligencias Preprocesales.

A través de la regulación de las Diligencias Preprocesales se dará cauce: 1) a los expedientes de protección que se inicien con la comunicación de la Entidad Pública de Protección de Menores de la declaración de desamparo y correlativa asunción de tutela de un menor, para a través de ellos supervisar, hacer un seguimiento de las medidas adoptadas, y eventualmente promover las actuaciones jurisdiccionales que pudieran ser necesarias en interés del menor (expedientes de protección de menores tutelados); 2) a los expedientes de protección que se incoen como consecuencia de la comunicación de la Entidad Pública de Protección de Menores de la asunción por la guarda de un menor (expedientes de protección de menores bajo medida de guarda) y 3) a los expedientes de protección que se abran ante la recepción por cualquier medio de la *notitia* de la existencia de un menor en situación de riesgo, y que conforme a las previsiones legales (art. 16 LOPJM) deban ser verificadas (expedientes de protección en investigación). En este punto debe hacerse la salvedad de que cuando tal noticia

sea relativa a hechos que puedan ser constitutivos de delito, lo que habrá de incoarse -si todavía no se ha abierto causa judicial-, serán unas Diligencias de Investigación.

Es importante que en la llevanza de todos estos expedientes y en base al principio de impulso de oficio, se establezcan sistemas de control y revisión periódica, con el fin de evitar paralizaciones en la tramitación. Especialmente recomendable será la utilización de sistemas informáticos de aviso de revisiones periódicas. Los Expedientes de Protección iniciados con la comunicación de la asunción de la tutela automática o de la guarda deben en todo caso revisarse cada seis meses, para comprobar si la Entidad Pública ha remitido el correspondiente informe de seguimiento, informe que deberá contener datos precisos sobre la evolución del menor a fin de que el Fiscal pueda cumplir sus cometidos legales de efectiva supervisión.

Deben superarse los silencios administrativos u omisiones en la emisión de informes y habrán de rechazarse los escritos estandarizados carentes de información. Los Sres. Fiscales cuidarán de que tanto en los informes ordinarios semestrales como en los extraordinarios que en cualquier momento puedan solicitarse, la Entidad Pública de Protección de Menores haga referencia al menos a los siguientes extremos: a) lugar de residencia del menor tutelado o sometido a guarda; b) estado de salud en general, así como la atención personal y asistencial que haya podido requerir el menor; c) actividades formativas desarrolladas; d) actuaciones practicadas en pro de su inserción en la familia biológica o, en su defecto, perspectivas de inserción en familia alternativa.

También habrá de exigirse que los escritos en los que la Entidad Pública conteste a requerimientos de información sobre menores en situación de riesgo sean suficientemente expresivos de las circunstancias concurrentes en cada caso y sobre las medidas adoptadas o, en su caso, sobre las causas por las que no procede la adopción de las mismas.

3. ÍNDICE DE TUTELAS

El denominado “índice de tutelas” se menciona en el artículo 23 LOPJM que dispone que para el ejercicio de la función de vigilancia de la tutela que atribuyen al Ministerio Fiscal los arts. 174 y 232 del Código Civil, se llevará en cada Fiscalía un Índice de Tutelas de Menores.

El índice de tutelas debe contener el listado de todos los menores que en la respectiva provincia se encuentran bajo la tutela de la Comunidad Autónoma.

Consecuentemente, la primera comunicación en la que la Entidad Pública pone en conocimiento del Fiscal la asunción de la tutela sobre un menor habrá de dar lugar a la práctica del correspondiente asiento en dicho Índice de Tutelas.

Cuando un expediente se archive conforme a Derecho, correlativamente habrá de cancelarse el correspondiente asiento del índice de tutelas.

A tales efectos, habrá de entenderse que el expediente se archiva conforme a Derecho cuando en los casos de tutela automática concurra alguno de los siguientes supuestos: revocación por desaparición de las causas que motivaron la declaración de desamparo; constitución de la tutela ordinaria; adopción; emancipación; mayoría de edad; fallecimiento del menor y traslado del expediente del menor a otra Comunidad, con la correlativa asunción por ésta de la tutela.

Al índice no deben tener acceso los menores en situación de riesgo, salvo, lógicamente, que su situación pase a ser la de menores tutelados.

En los supuestos en los que el Fiscal haya dado cuenta a la Entidad Pública de una situación de posible riesgo o desamparo en un menor, deberá en todo caso recibir una respuesta fundada sobre las medidas adoptadas, que en caso de generar la asunción de la tutela o de la guarda implicará la práctica del correspondiente asiento.

En el propio índice de tutelas debe figurar el número del expediente de protección asignado al menor, de manera que su consulta permita una rápida localización de toda la documentación e informes que de cada menor consten en Fiscalía.

4. LLEVANZA DE REGISTROS INFORMÁTICOS

El servicio de protección de las secciones de menores deberá llevar los siguientes registros, en soporte informático: 1) Registro de expedientes abiertos tras la comunicación de la asunción de la tutela automática por la Entidad Pública 2) Registro de expedientes abiertos tras la comunicación de la asunción de la guarda por la Entidad Pública 3) Registro de procesos judiciales relativos a impugnaciones de medidas protectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC 2000). 4) Registro de procesos judiciales relativos a adopciones 5) Registro de procesos judiciales relativos a acogimientos 6) Registro de expedientes de protección abiertos a menores para verificar posibles situaciones de riesgo 7) Registro de intervenciones en medidas urgentes conforme al art. 158 CC para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios 8) Registro de expedientes abiertos para proteger los derechos de los menores en supuestos de ensayos clínicos (Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, *por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos*) y en investigaciones que implican procedimientos invasivos sin beneficio directo (Ley 14/2007, de 3 de julio, *de Investigación biomédica*). 9) Registro de intervenciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores, (en especial ante lesiones a la intimidad y propia imagen de menores, ante la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación cuando ésta impida o perjudique el desarrollo integral del menor, ante internamientos de menores en centros psiquiátricos (arts. 4, 7.2 LOPJM y 763.2 LEC 2000) y acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita dirigida a menores (art. 5.5 LOPJM). 10) Registro de intervenciones en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 anterior LEC). 11) Registro de diligencias de determinación de edad de menores extranjeros, en caso de ser llevadas por la Sección (vid. epígrafe VI.-3, punto 7 de la Instrucción 5/2007, de 18 de julio). 12) Registro de actas sobre las visitas periódicas a Centros de Protección de Menores (art. 21.4 LOPJM); 13) Registro de actas sobre visitas a Centros Penitenciarios para supervisar la situación de los menores que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios. 14) Registro de visitas (vid. *infra*, epígrafe 9); 15) Demás libros derivados de otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor que la Sección de Menores asuma (vid. epígrafe III.-4 nº 15 de la Instrucción 3/2008).

Además, se conservarán debidamente archivadas las copias de las actas de las visitas a los Centros de Penitenciarios y a los Centros de Protección.

La creación y gestión del índice de tutelas como de los demás Registros previstos en la presente Instrucción, gozan, a efectos de las exigencias establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal,* de la cobertura que le proporciona la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2001, de 21 de diciembre, *sobre Ficheros automatizados de Datos Personales Gestionados por el Ministerio Fiscal*.

5. COORDINACIÓN CON ESTAMENTOS ADMINISTRATIVOS E INTEGRACIÓN EN ÓRGANOS CONSULTIVOS

El Comité de los Derechos del Niño ha promovido la necesidad de coordinación de los poderes públicos a fin de garantizar la aplicación efectiva de la Convención de los Derechos del Niño, para hacer que las obligaciones dimanantes de la Convención sean reconocidas no sólo por los principales departamentos cuyas actividades tienen considerables repercusiones sobre los niños sino también por todos los poderes públicos en general.

Las conclusiones de las Jornadas sobre “aplicación de las medidas de protección de menores”, para Fiscales, Jueces y Entidades Públicas de 3 de octubre de 1997 ya proponían la instauración en los distintos ámbitos territoriales de Comisiones de Coordinación de la Protección de Menores, en las que podrían participar cuantas instituciones estén implicadas en la protección de los mismos.

Desde la perspectiva del Ministerio Fiscal debe partirse de que es imprescindible mantener reuniones periódicas con los distintos estamentos administrativos encargados de la protección y promoción de los derechos de los menores.

En efecto, las relaciones con la Administración son esenciales en la esfera de protección de menores, en la que los contactos y comunicaciones deben ser continuos, con la correspondiente exigencia de fluidez, sin perjuicio de la necesidad de preservar la necesaria

autonomía imprescindible para ejercer correctamente las funciones de supervisión que el ordenamiento atribuye al Fiscal respecto de la actividad administrativa.

Además de realizar todos los actos de comunicación a que legalmente vienen obligados tanto las Entidades Públicas como el Ministerio Fiscal, es necesario el intercambio de informaciones puntuales para dar solución a las situaciones que exijan la adopción de medidas urgentes. En efecto, esta comunicación más allá del mero cumplimiento de las obligaciones de supervisión semestral puede ser esencial para aunar criterios de actuación, así como para solventar las posibles discrepancias existentes, trasladar de primera mano las dificultades surgidas en actuaciones específicas y para fomentar la búsqueda común de soluciones.

Una vía adecuada a tales fines es la de mantener de forma periódica reuniones de trabajo del Delegado de Menores de Fiscalía con el Director o Delegado Provincial competente en protección de menores para analizar casos problemáticos.

Otra posible vía es la integración del Delegado de Menores de Fiscalía en comisiones constituidas *ad hoc.* A estos efectos debe recordarse el cambio operado en las directrices que al respecto se han impartido desde la Fiscalía General del Estado. En una primera fase, por oficio del Fiscal Inspector de 2 de noviembre de 2004 se informó a la Fiscalía de Palencia y al resto de las Fiscalías de Castilla y León que ningún representante del Ministerio Fiscal debía integrarse en los denominados Consejos Provinciales, entendiéndose que “el imparcial ejercicio de la función de vigilancia del Ministerio Fiscal” no podía quedar comprometido por “la integración de sus miembros en órganos administrativos de consulta y asesoramiento de la Entidad Pública cuya actividad en defensa de los menores debe legalmente supervisar”.

En una segunda fase, en 2005, estos criterios fueron objeto de revisión. Así, el Consejo Fiscal, en su pleno de 13 de julio de 2005 acordó informar favorablemente la cuestión de compatibilidad del Fiscal Delegado de la Sección de Fiscalía de Menores de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana para formar parte del Observatorio de la Comunidad Valenciana de Inserción Socio-Laboral de Menores y Jóvenes, de los Sistemas de Protección y Reeducación de Menores.

Los nuevos criterios se plasman en el reciente oficio de fecha 14 de febrero de 2006, en el que el Fiscal Inspector da cuenta de la nueva orientación favorable a este tipo de intervenciones siempre que se cumplan dos condiciones: la necesaria naturaleza pública de los organismos en que el Fiscal se integre y que dicha actuación del Fiscal, de naturaleza altruista, sea comunicada a la Fiscalía General a fin de determinar si puede, por la naturaleza de las funciones a desarrollar, quedar comprometida la independencia en la actuación del Ministerio Fiscal, pues si bien es evidente que las Comunidades Autónomas no puede imponer funciones al Ministerio Fiscal a través de sus normas, no lo es menos que el Fiscal debe intervenir en la protección de los intereses cuya tutela le está encomendada. En el caso analizado se autoriza la designación de dos Fiscales de la Audiencia Provincial de Jaén para intervenir en la Comisión Provincial de Absentismo Escolar y en el Consejo Provincial de la Infancia, “habida cuenta de que tal actuación del Fiscal no viene impuesta, sino que es solicitada por la Comunidad”, correspondiendo la designación al Fiscal Jefe.

La nueva redacción del art. 11.3 EOMF aporta -si cabe- mas base a las posibilidades de colaboración del Ministerio Fiscal con otras instancias administrativas.

6. CUESTIONES ESTADÍSTICAS

La importancia del control estadístico en materia de menores es subrayada por la Observación General nº 5 del Comité de los Derechos del Niño sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. No solo deben establecerse sistemas eficaces para recabar datos, sino también hacer que los datos recopilados sean evaluados y empleados para detectar los problemas e informar sobre la evolución de las políticas relativas a la infancia.

Hasta la fecha, la Memoria de la Fiscalía General del Estado contenía datos estadísticos individualizados sobre proceso penal de menores. Los datos relativos a protección de menores aparecían de forma incompleta, sin autonomía, e integrada en el cuadro relativo a “actuación civil y mercantil”. Dentro de ellos aparecían los siguientes epígrafes: tutelas, adopciones, acogimientos y jurisdicción voluntaria de menores.

Integrado el servicio de protección dentro de las Secciones de Menores, es necesario dotar de autonomía estadística a las cifras generadas en esta área. Por ello se extraerán del cuadro relativo a "actuación civil y mercantil" las tutelas automáticas, las adopciones y los acogimientos. Debe mantenerse dentro de la "actuación civil y mercantil" la jurisdicción voluntaria de menores, dentro de la cual se integraría, entre otras, la enajenación de bienes de menores o la constitución de tutela ordinaria sobre menores no desamparados, materias éstas que -en principio y como regla general, salvo que la Sección de Menores lo asuma dentro de las potestades auotorganizativas de cada Fiscalía (vid. epígrafe III.-4 nº 15 de la Instrucción 3/2008)- no entran dentro de las competencias del área de Protección de Menores.

Consiguientemente, las secciones de menores, dentro del área de protección, habrán de elaborar un cuadro estadístico para su posterior integración en la estadística de la Fiscalía General del Estado sobre las siguientes materias:

1) Expedientes de tutela automática incoados tras la comunicación de la Entidad Pública.

2) Expedientes de guarda incoados tras la comunicación de la Entidad Pública.

3) Expedientes de protección abiertos a menores en situación de riesgo (vid. epígrafe III.-4.3 de la Instrucción 3/2008).

4) Intervención en procedimientos judiciales de impugnación de medidas protectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC 2000). 3.1) A instancias del Fiscal; 3.2) A instancias de particulares.

5) Expedientes abiertos para proteger los derechos de los menores en supuestos de ensayos clínicos.

6) Intervención en procesos judiciales relativos a adopciones.

7) Intervención en procesos judiciales relativos a acogimientos.

8) Intervenciones en procedimientos en defensa de los derechos fundamentales de los menores.

9) Intervenciones en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 anterior LEC).

10) Número de visitas de inspección a Centros de Protección de Menores realizadas durante el año (art. 21.4 LOPJM).

7. JUNTAS DE SECCIÓN

La Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre *sobre aspectos organizativos de las secciones de menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LO 5/2000* instituía las Juntas de Fiscales de las Secciones de Menores como órganos distintos de las Juntas de Fiscalía.

Tal Junta sectorial será convocada para tratar cuestiones organizativas o doctrinales tanto de reforma como de protección y derechos fundamentales de menores a la vista de la nueva estructuración unificada inaugurada por la Instrucción 3/2008, de 30 de julio.

En el seno de estas Juntas y por lo que hace a protección habrán de abordarse problemas tales como reparto de trabajo dentro de la Sección de Menores, programas anuales de objetivos, revisión de normas de buenas prácticas, análisis de asuntos concretos de especial dificultad o trascendencia, etc.

De tales Juntas habrá de levantarse la correspondiente Acta que será remitida al Fiscal-Jefe, como superior jerárquico, para su conocimiento y efectos.

8. COMPOSICIÓN. REPARTO DE TRABAJO

En cuanto a la composición y el reparto de trabajo dentro del servicio de protección de las secciones de menores, el principio básico ha de ser en esta materia el de dejar a las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía el concreto diseño e integración del Servicio, siempre con

respeto a la premisa de la dirección del mismo por parte del Delegado de la Sección de menores.

Dentro de este marco, cabrá, pues, atendiendo a criterios cuantitativos, cualitativos y de eficacia y racionalización del trabajo, adscribir alguno o algunos de los Fiscales de la Sección de Menores al despacho de los asuntos de protección (entendida en sentido amplio, incluyendo derechos fundamentales) o repartir estos asuntos entre todos o la mayoría de los Fiscales de la Sección.

En todo caso será preceptivo que al menos dos Fiscales de la Sección participen en la llevanza de los asuntos de protección, con el fin de generar continuidad en el Servicio sin que vacaciones u otras licencias o permisos puedan afectar al buen funcionamiento del mismo.

Será preceptivo, además de la ágil y rigurosa emisión de informes, remisión de documentación o petición de información, la asistencia a las vistas derivadas de los procesos judiciales de protección y derechos fundamentales. El Delegado de la Sección adoptará a tales efectos las oportunas provisiones.

9. ATENCIÓN AL PÚBLICO: RECEPCIÓN DE DENUNCIAS Y EVACUACIÓN DE CONSULTAS DE MENORES Y CIUDADANOS EN GENERAL

Las Secciones de Menores se han constituido en un auténtico referente social, habiendo calado en el ciudadano el trascendental despliegue funcional que los Fiscales llevan a cabo en protección de los menores.

Desde esa perspectiva, viene siendo habitual que las Secciones de Menores reciban numerosas visitas de personas que acuden a la Fiscalía a poner de manifiesto situaciones que sin ser delictivas consideran atentatorias contra los derechos de los menores.

A tales efectos debe tenerse en cuenta que algunos preceptos amparan con carácter específico esta dimensión de la actuación del Fiscal. El art. 10.2b) LOPJM dispone que *para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas.*

La Disposición Adicional Tercera, apartado primero de la LOPJM también prevé en relación con las tutelas, curatelas o guardas que tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.

La nueva redacción del art. 172 CC, tras la reforma operada por Ley 54/2007, de 28 de diciembre, *de Adopción internacional* dispone que aunque pasado el plazo legal decaerá el derecho de los padres de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor, no obstante podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

Las anteriores consideraciones exigen la necesaria puesta en marcha por parte de la Sección de Menores de un servicio o turno de atención al ciudadano, a prestar por uno de los Fiscales integrado en la Sección. El Delegado de Menores, previo análisis en la Junta de Menores, será competente para determinar turnos, horarios de atención al público, exigibilidad o no de previa petición de cita etc.

Las visitas que se reciban deberán ser anotadas en registro informático específico.

10. SERVICIO DE GUARDIAS

El servicio de guardia de menores, además de las prescripciones contenidas en la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, habrá de atender a las incidencias -dentro de las competencias atribuidas al Fiscal- que se produzcan dentro del área de protección.

11. FORMA DE LOS ACTOS DEL FISCAL EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN

Pese al gran número de dictámenes e informes que deben en este ámbito emitirse, han de observarse escrupulosamente las obligaciones contenidas en la Instrucción 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*, en especial lo relativo a que los actos del Ministerio Fiscal, ya se formalicen por escrito, ya por medio de informe oral, deberán cumplir, como regla general, desde el punto de vista sustantivo, con la necesaria exigencia de motivación, proporcionada a la entidad del acto, y desde el punto de vista formal, con unos mínimos básicos de pulcritud, claridad e inteligibilidad; en los informes escritos, en los que no podrá utilizarse la forma manuscrita, habrá de estar identificado nominalmente el Fiscal interviniente.

12. VISADOS

Como regla general en materia de protección, teniendo en cuenta las singularidades de cada expediente y la necesidad de impulsar la celeridad, no será necesario el visado de los dictámenes o escritos que puedan presentarse. Ello debe entenderse sin perjuicio de que cuando el Fiscal interviniente considere el asunto de especial trascendencia o novedad, dé cuenta al Delegado de la Sección y que éste, la vista de las circunstancias concurrentes, pueda optar por interesar del Fiscal actuante que se le de traslado para visado de los sucesivos informes que se emitan en la causa o expediente.

13. SUPERVISIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS NIÑOS EN CENTROS Y UNIDADES PENITENCIARIAS

En el ámbito del Consejo de Europa esta materia ya suscitó su interés, que se plasmó en la Recomendación R(2000)1469 *sobre las madres y los recién nacidos en prisión.*

La reciente Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116(INI)) en su punto 16 *subraya la necesidad de que el sistema judicial vele por el respeto de los derechos del niño al examinar las cuestiones relacionadas con el encarcelamiento de la madre* y en su punto 24 *pide a los Estados miembros que faciliten la reagrupación familiar y, en particular, las relaciones de los progenitores encarcelados con sus hijos, a menos que sean contrarios a los intereses de estos últimos, mediante la creación de estructuras de acogida cuya atmósfera sea diferente a la del marco carcelario y que permitan actividades comunes así como un contacto afectivo apropiado.*

La Instrucción 3/2008 en el nº 33 de su apartado III.-4 3) al desgranar los cometidos de la Sección de Menores en materia de protección y derechos fundamentales asumía el de supervisar la situación de los menores que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios.

En cumplimiento de esta función, el Delegado de la Sección de Menores se coordinará con los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria para que en las visitas que éstos realicen a los Centros Penitenciarios en los que existan Unidades de madres, les acompañe un Fiscal de Menores con la periodicidad que se estime necesaria. Del mismo modo visitarán las Unidades Dependientes y las Unidades Externas. De la visita a dichas Unidades se levantará la correspondiente acta.

Como principio general y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4º del art. 17 RP *en los posibles conflictos que surjan entre los derechos del niño y los de la madre originados por el internamiento en un establecimiento Penitenciario, deben primar los derechos de aquél*

A tales efectos debe recordarse la Instrucción 2/1990, de 8 marzo *sobre protección de los menores ingresados en Centros Penitenciarios de Mujeres con sus madres presas*.

En esta Instrucción, que debe considerarse vigente en lo no afectado por las modificaciones operadas en la normativa penitenciaria, y en lo no incompatible con la presente, se establecen una serie de cometidos que deben entenderse asumidos por las Secciones de Menores.

En extracto la Instrucción postula, por lo que ahora interesa, además de visitar estos departamentos, lo siguiente:

- Las disposiciones sobre desamparo pueden ser también de aplicación a menores internados en Centros Penitenciarios de Mujeres;

- Los Fiscales deberán instar de las Entidades Públicas la extensión de las medidas de protección a los niños ingresados en los Centros Penitenciarios, facilitándoles la tarea en todo lo que sea posible;

-Sólo podrán permanecer ingresados en los Centros Penitenciarios los hijos de las internas que justifiquen fehacientemente la filiación. Todos los demás niños ingresados en los Centros Penitenciarios, cuya filiación no pueda ser justificada o sea desconocida, se deberán poner a disposición de la Entidad Pública, a fin de que les sean aplicadas las medidas de protección de la Ley 21/87, de 11 de noviembre;

- En caso de tener que separar al hijo de la madre, se deberá fijar el régimen de visitas, la periodicidad y duración, dando cuenta de ello al Fiscal, quien cuidará de que éstas se lleven a cabo y no quede el niño privado de la relación con su madre, a no ser que esto sea valorado como contraproducente. Estas actuaciones se llevarán a cabo bajo la vigilancia del Fiscal, debiendo recurrir resoluciones que no se consideren legítimas o sean perjudiciales para el menor.

Las Secciones de Menores habrán en definitiva, de velar por el efectivo cumplimiento de la legalidad penitenciaria en materia de menores y por la preservación de su superior interés, debiendo a tales efectos recordarse aquí que el art. 38.2 LOGP en su nueva redacción dada por LO 13/1995 de 18 diciembre dispone en su párrafo primero que “las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación. En aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil”.

El mismo precepto, en su párrafo segundo establece que “la Administración penitenciaria celebrará los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad”.

El apartado tercero del art. 38 LOGP establece que reglamentariamente se establecerá un régimen específico de visitas para los menores que no superen los diez años y no convivan con la madre en el centro penitenciario. Estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará al régimen organizativo de los establecimientos.

El Reglamento Penitenciario desarrolla este precepto en su art. 17, que por lo que ahora interesa dispone en su apartado primero que la Dirección del establecimiento admitirá a los hijos menores de tres años que acompañen a sus madres en el momento del ingreso. Cuando éstas soliciten mantenerlos en su compañía dentro de la prisión, deberá acreditarse debidamente la filiación y que dicha situación no entraña riesgo para los menores, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal la decisión adoptada a los efectos oportunos.

Cohonestando esta puesta en conocimiento con las disposiciones de la Instrucción 2/1990, debe interpretarse que en estos supuestos el Fiscal, en caso necesario, esto es, cuando estime que no queda suficientemente acreditado que la situación no entraña riesgo para los menores, dará traslado a la Entidad Pública para que ésta evalúe el caso e informe si la medida es o no conveniente para el menor.

El apartado segundo de este precepto establece que las internas que tuviesen en el exterior hijos menores de tres años bajo su patria potestad podrán solicitar del Consejo de Dirección autorización para que éstos permanezcan en su compañía en el interior del centro penitenciario, que se concederá siempre que se acredite debidamente la filiación y que tal situación no entraña riesgo para los menores. A tal fin, se recabará la opinión del Ministerio Fiscal, a quien se le notificará la decisión adoptada.

Armonizando de nuevo esta previsión de solicitud de opinión del Fiscal con las disposiciones de la Instrucción 2/1990, debe interpretarse que en estos supuestos el Fiscal, en caso

necesario, y antes de dar su opinión, cuando estime que no queda suficientemente acreditado que dicha situación no entraña riesgo para los menores, dará traslado a la Entidad Pública para que, en uso de las facultades del artículo 172 CC, evalúe el caso e informe si tal medida es o no conveniente para el menor, o si lo conveniente es que permanezca con los parientes con los que residía, su tutela u otra medida adecuada.

Los Sres. Fiscales habrán igualmente de supervisar el cumplimiento de las disposiciones del apartado quinto del art. 17 RP, en relación con la obligación de la Administración Penitenciaria de disponer para los menores y sus madres de unidades de madres, que contarán con local habilitado para guardería infantil y estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades médico-sanitarias, de salidas y de régimen general que la presencia de los menores en el centro hiciesen necesarias.

Del mismo modo habrán de cuidar los Sres. Fiscales de que, de acuerdo con el apartado sexto del precepto de referencia, se fomente por la Administración Penitenciaria la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de asistencia al menor en las unidades de madres o en las unidades dependientes creadas al efecto para internas clasificadas en tercer grado que tengan en su compañía hijos menores de tres años, celebrando los convenios precisos para potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad de los niños.

La Instrucción 2/1990 establecía también que el Fiscal debía solicitar de los Centros Penitenciarios las listas de los niños allí ingresados, con su filiación y nombre de la interna con las que se encuentran, su edad y altas y bajas, listas que deberá incluir en su informe a la Fiscalía General.

Aunque la práctica habitual es la de que tales listados se remiten a las Secciones de Menores de las Fiscalías, en caso de que efectivamente se constante algún retraso en la remisión, los Sres. Fiscales oficiarán al Centro Penitenciario para que dé debido cumplimiento a tal previsión.

A estos efectos debe tenerse que en la actualidad existen ocho centros con Unidades de Madres, que son los de Albolote (Granada), Alcalá de Guadaira (Sevilla), La Moraleja (Palencia), Madrid V y Madrid VI, Mallorca, Teixeiro (A Coruña) y Valencia Preventivos. En el Centro Madrid VI (Aranjuez) existe también un Módulo Mixto (art. 168 RP), que permite la convivencia entre ambos progenitores y su hijo común.

Del mismo modo existen siete Unidades Dependientes (art. 80.4 RP), que se caracterizan por ubicarse fuera de prisión, destinarse a internas en tercer grado, gestionarse en colaboración con Organizaciones no Gubernamentales y depender del Correspondiente Centro Penitenciario. Estas Unidades Dependientes son en la actualidad siete: Albolote (Granada, gestionada por Romper Cadenas), Alcalá de Guadaira (Sevilla, gestionada por Nuevo Futuro), Madrid V (Nuevo Futuro), Madrid VI (Horizontes Abiertos), Tenerife (Cruz Roja) Valencia CIS Malvarrosa (Generitat) y Valencia CIS Rocafort (Nuevo Futuro).

Debe tenerse en cuenta que pese a no contar con Unidades de Madres, en determinados Centros Penitenciarios pueden convivir con sus madres transitoriamente niños menores. Son los casos de los Centros Penitenciarios de Algeciras, Badajoz, CIS Victoria Kent, Huelva, Jaén, Las Palmas, Madrid I, Málaga, Pamplona, Sevilla, Tenerife, Topas, Villabona y Zuera.

Además está prevista la inmediata puesta en marcha en el año 2009 de las denominadas Unidades Externas de Madres, situadas fuera de los Centros Penitenciarios y en las que podrán ubicarse también internas clasificadas en segundo grado de cumplimiento. Las Unidades aprobadas son las de Palma de Mallorca, ya inaugurada, y las de Sevilla, Yeserías (Madrid), Canarias y Valencia. Estas Unidades Externas quedan sometidas a las disposiciones de los arts. 178 al 182 inclusive del Reglamento Penitenciario.

Los Sres. Fiscales interpretarán las reglas sobre el tiempo máximo de permanencia de los menores con sus madres en Unidades Penitenciarias con la necesaria flexibilidad, a la luz del principio del superior interés del menor, teniendo en cuenta que en determinadas situaciones (ej. cumplimiento de la edad antes de acabar el curso), una aplicación rígida de la norma podría suponer un grave quebranto de los derechos de los menores. A tales efectos, debe tenerse

presente que la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116(INI)) considera que *al adoptar decisiones relativas a la separación o a la permanencia con el progenitor encarcelado, se debe tener siempre en consideración el interés superior de los menores.*

Habrá de tenerse igualmente en cuenta que en ocasiones, los Servicios Sociales Penitenciarios disponen de una información privilegiada tanto de las madres internas embarazadas y de su familia extensa como de la situación en la que va a quedar el menor que por razón de edad tenga que salir del Centro Penitenciario. Teniendo presente la calidad de estas informaciones y el hecho de que con relativa frecuencia ponen de manifiesto situaciones de grave riesgo o de desamparo, los Sres. Fiscales, en su función de superiores vigilantes de la actuación de las Entidades Públicas Protectoras de Menores, cuidarán de que éstas adopten las medidas de protección en cada caso pertinentes con la celeridad que la situación concreta reclame.

Los Sres. Fiscales verificarán igualmente que se respeta el derecho a la escolarización de estos menores, requiriendo en su caso de la Administración las medidas procedentes, teniendo en cuenta la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran los mismos.

14. COMUNICACIONES INTERORGÁNICAS

Cuando los Sres. Fiscales tuvieran conocimiento de la comisión de infracciones administrativas en las que se lesionen intereses de menores (*ad exemplum*, infracciones en materia laboral en relación con trabajadores menores de 18 años, infracciones en materia de espectáculos públicos, infracciones en materia de expendición de alcohol y tabaco), remitirán el correspondiente oficio al ente u órgano administrativo competente para la imposición de sanciones, a los efectos que procedan en Derecho.

Ya la Instrucción 10/2005 ponía de manifiesto que si bien no existe una norma general expresa al respecto y solamente en casos concretos la ley prevé que el Ministerio Fiscal comunique a la autoridad administrativa extremos de los que tengan conocimiento y de los que puedan derivarse consecuencias administrativo-sancionadoras, cabe de esta regulación fragmentaria extraer un principio general de comunicación interorgánica o interinstitucional, asumido por la Fiscalía General del Estado (vid. Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 4/1991 de 13 de junio, 2/1999 de 17 de mayo, y 1/2003, de 7 de abril, todas ellas en materia de tráfico; Instrucciones 7/1991, de 11 de noviembre y 1/2001, de 9 de mayo, en materia de siniestralidad laboral; Consulta 2/1996 de 19 de febrero, en materia de defraudaciones a la Seguridad Social o Circular 1/2002, de 19 febrero, en materia de extranjería). El fundamento de estos actos de comunicación radica en última instancia en que el Derecho administrativo sancionador y Derecho Penal son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, derivadas del art. 25 CE (STC 18/1981, de 8 de junio) y en la función de defensa de la legalidad que el art. 124 CE atribuye al Fiscal. En el ámbito de menores, a este fundamento habría de adicionársele el de la necesidad de preservar el superior interés del menor, necesidad que impone a todas las autoridades e instancias con competencias en la materia la obligación de adoptar las medidas procedentes dentro de su órbita funcional y el deber de actuar coordinadamente entre sí.

15. TRATAMIENTO DE LA ACTIVIDAD DEL SERVICIO DE PROTECCIÓN DE LAS SECCIONES DE MENORES EN LAS MEMORIAS TERRITORIALES Y EN LA MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La gran trascendencia de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, hace necesario que sea objeto de obligado tratamiento en las Memorias de las Fiscalías para su ulterior reflejo en la Memoria de la Fiscalía General del Estado. Tal obligación se plasmará en el informe general a que se hace referencia en la letra l) del epígrafe V (en la que se asigna al Delegado la redacción del apartado de la Memoria de la Fiscalía relativo a la Sección de Menores integrado por el informe anual de la Sección) y en la letra d) del epígrafe II de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio (en la que se asigna al Fiscal de Sala Coordinador de Menores elaborar anualmente, y presentar al Fiscal General del Estado un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de reforma y protección de menores, que será incorporado a la Memoria anual presentada por el Fiscal General del Estado).

El tratamiento de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores debe hacer referencia a los problemas suscitados en la interpretación y aplicación de la Ley, asuntos especialmente relevantes, dictámenes del Fiscal y resoluciones judiciales de especial interés, en relación con las materias propias del área de protección y -sin perjuicio de que se unan o no al apartado específico de la Memoria- propuestas de reformas legislativas. Podrán incluirse cualesquiera otras exposiciones que se estime deben ser de conocimiento general.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que en relación con la protección de menores impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.