

**PERSONES PRIVADES  
DE LLIBERTAT I FAMILIARS  
CONSEQÜÈNCIES DE  
L'ALLUNYAMENT PENITENCIARI**

**OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL  
I ELS DRETS HUMANS DE  
LA UNIVERSITAT DE BARCELONA**

**Albert Parés Casanova  
Iñaki Rivera Beiras  
Carlos García Castaño  
Pròleg de Jordi Cuixart i Navarro**



Tenen les persones privades de llibertat dret a estar preses en llocs propers als seus domicilis? Tenen també aquest dret les famílies que han de recórrer molt quilòmetres, durant molt temps, per a visitar els seus éssers estimats emprisonats? Té alguna base legal mantenir un sistema penitenciari sobre una *política penitenciària de dispersió* dels presos i preses? Com pot defensar-se un dret semblant a la vista del dret internacional i nacional?

Aquests i altres interrogants es formulen amb validesa per a milers de famílies que a l'Estat espanyol pateixen les conseqüències de l'emprisonament allunyat. Des dels temps de la formulació d'una política semblant amb presos bascos, aquesta política s'ha anant estenent a nombrosíssims casos d'altres presos socials arribant fins els actuals debats mantinguts en relació als presos polítics catalans.

La crueltat d'un sistema penitenciari semblant es posa de manifest amb la constatació de la desobediència al dret internacional, a les recomanacions de nombrosos organismes competents i deu ser denunciada pels efectes massius que projecta, a més a més, en els entorns familiars d'aquells qui pateixen les conseqüències de l'emprisonament allunyat dels seus éssers estimats.

Aquesta obra pretén mostrar la feina realitzada per diversos experts que varen treballar en les demandes de l'apropament de presos com Jordi Cuixart Navarro a presons de Catalunya, però va més enllà brindant eines útils per a ser aprofitades per tantes persones privades de llibertat i els seus familiars.

Aquesta publicació ha rebut l'ajuda de  
**OMNIUM CULTURAL**



**PERSONES PRIVADES  
DE LLIBERTAT I FAMILIARS  
CONSEQÜÈNCIES DE  
L'ALLUNYAMENT PENITENCIARI**

**OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL  
I ELS DRETS HUMANS DE  
LA UNIVERSITAT DE BARCELONA**



**PERSONES PRIVADES  
DE LLIBERTAT I FAMILIARS  
CONSEQÜÈNCIES DE  
L'ALLUNYAMENT PENITENCIARI**

**OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL  
I ELS DRETS HUMANS DE  
LA UNIVERSITAT DE BARCELONA**

**Albert Parés Casanova  
Iñaki Rivera Beiras  
Carlos García Castaño  
Pròleg de Jordi Cuixart i Navarro**

*Copy right:* COL·LECTIU D'AUTORS  
Reservats tots els drets.

ISBN: 978-84-95062-99-2  
Dipòsit legal: 26724.2018

Queda prohibida, llevat excepcions previstes a la Llei,  
tota forma de reproducció, distribució, comunicació pública  
i transformació d'aquesta obra sense l'autorització  
dels titulars de la propietat intel·lectual.  
La infracció dels drets esmentats pot ser consecutiva  
de delictes contra la propietat intel·lectual.

# AUTORS

## **Albert Parés Casanova**

Advocat social, President de l'Associació Noves Vies, professor de la Universitat Pompeu Fabra, Premi Drets Humans per l'Advocacia Espanyola 2017.

## **Iñaki Rivera Beiras**

Director del'Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona.

## **Carlos García Castaño**

Advocat especialitzat en Dret Penitenciari. Ha estat membre de la Associació de Col·laboradors amb les Preses (ACOPE) i President de la SubComissió de Dret Penitenciari del Consell General de la Advocacia Espanyola al període 2003-2016.





# PRESENTACIÓ

Aquesta obra conté els documents que al llarg del primer semestre de 2018 vàrem estar elaborant amb els companys Albert Parés Casanova i Jorge García Castaño (a més a més de jo mateix i un grup de col·laboradors/es del SIRECOVI, *Sistema de Registre i Comunicació de la Violència Institucional* de l'Observatori del Sistema Penal i Drets Humans de la Universitat de Barcelona), per a sol·licitar el trasllat de Jordi Cuixart Navarro a una presó de Catalunya.

Treballs els quals van consistir en l'elaboració de dos Dictàmens que vàrem elaborar Albert Parés Casanova i jo, un estudi previ sobre la normativa internacional, Sentències i Informes d'organismes (de les Nacions Unides, del Consell d'Europa i de la Unió Europea) i també de nivell nacional, des d'una doble mirada: des de la persona presa que té el dret a estar-ho en una presó propera al seu domicili i entorn familiar; i des de la mirada de la família que no té perquè veure encara més agreujada la seva situació havent de recórrer desenes de milers de quilòmetres, al llarg del temps, per a mantenir comunicacions penitenciàries amb els seus éssers estimats, situació que encara es fa més cruel quan aquests perjudicis afecten als seus fills i filles menors d'edat amb una molt especial repercussió negativa en els seus processos de creixement, aprenentatges i socialització primerenca. Posteriorment, Carlos García Castaño va presentar, en el seu exercici professional de l'advocacia, aquests dos Dictàmens amb el seu propi escrit al llavors Ministre d'Interior de l'anterior Govern d'Espanya per a sol·licitar el trasllat de Jordi Cuixart Navarro cap a Catalunya.

Així mateix, aquests Dictàmens varen ser posats a disposició de les altres defenses

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

lletrades i famílies dels altres presos i de les altres preses polítiques amb la finalitat de socialitzar els materials i que fossin d'utilitat per als altres casos.

La decisió, ara, de publicar-los des de l'Observatori, amb el suport d'Òmnium Cultural, obeeix a la creença que puguin ser materials útils per als milers de presos i preses socials que en el sistema penitenciari espanyol es troben allunyats/des de les seves Comunitats Autònomes, de les seves famílies i que puguin trobar en aquests documents sòlids arguments (legislatius, però també Sentències, Informes i opinions autoritzades) per a lluitar per l'apropament carcerari que és un doble dret fonamental, com s'ha dit, de les persones privades de llibertat però també de les seves famílies, tan poc tingudes en compte per les decisions polítiques i judicials i l'opinió pública en general.

Poques vegades, en efecte, s'examinen els «patiments afegits» de l'empresonament, els trasllats (veritables forats negres del sistema penitenciari) i el que suposa l'allunyament i el conseqüent increment de la soledat de les persones preses dels seus nuclis familiars. També resulta afectat el dret de defensa de les persones preses que tenen els seus advocats o les seves advocades en llocs molt distants sense la possibilitat d'un contacte fluït per a preparar les seves defenses quan es tracta de presos y preses preventius/ves.

Però molt menys encara es tracta i s'analitza la situació de les persones que queden fora de la presó, profundament afectades per l'empresonament d'un membre de la seva família. En la immensa majoria dels casos, els familiars queden sense xarxes de suport que els ajudin a pal·liar els perniciosos efectes de l'empresonament. Els danys al·ludits es projecten especialment sobre les famílies i entorns socials de les persones preses, no menys perjudicades que aquestes en un sentit fi de qüestions essencials d'índole personal, afectiva, laboral, econòmica, assistencial. I són molt especialment les dones qui pateixen a les seves vides quotidianes les absències de parelles, fills i pares en privació de llibertat, dany l'examen del qual requereix una especial perspectiva de gènere a la seva consideració. I evidentment, els fills i filles de les persones empresonades i allunyades dels seus domicilis pateixen d'una manera especial els efectes perniciosos que es comenten.

A intentar pal·liar un poc tot aquest conjunt de danys acumulats, es dirigeix la present obra amb la creença que tot el que aquí s'indica pot ser d'utilitat per a reduir

en alguna cosa les conseqüències de l'empresonament poc examinades i tractades en les agendes polítiques, mediàtiques, acadèmiques i socials. Amb aquesta finalitat, des del Sistema de Registre i Comunicació de la Violència Institucional (SIRECOVI) –i des del qual continuem atenent i visitant a persones privades de llibertat que sol·liciten la nostra atenció– s'ha recopilat aquest material aquí presentat.

El SIRECOVI és un Sistema de Registre i Comunicació per a la protecció de les víctimes de Violència Institucional, creat i gestionat per l'Observatori del Sistema Penal i Drets Humans (OSPDH), de la Universitat de Barcelona (UB).

El SIRECOVI es posa en funcionament quan el seu equip de treball rep la notícia que una persona ha patit, presumptament, maltractament o tortures en espais de privació de llibertat (o pateix greus efectes de l'empresonament) o a la via pública per algun/a agent de l'autoritat. Al rebre l'alerta, l'equip del SIRECOVI adopta una sèrie de passos: el primer d'ells és constatar la versemblança dels fets narrats i aconseguir el consentiment informat de la persona afectada. Després, procedeix a registrar el cas en el Sistema i posteriorment, a comunicar-lo a les institucions i organitzacions competents. El cas és registrat a la base de dades i, en el seu cas, cartografiat en un mapa de accés obert. Després del procés de validació, el SIRECOVI inicia el procés de comunicació i alerta enviant la notícia rebuda i tots els mitjans d'acreditació de la mateixa a diverses institucions públiques i organitzacions socials (nacionals i internacionals). Després de l'activació del Sistema, es duu a terme la comunicació amb la finalitat d'obtenir una ràpida resposta per part de les institucions públiques i les organitzacions socials, instant a que es dirigeixin a les institucions responsables de la suposada vulneració de drets i sol·licitant informació o accions concretes per a la protecció de la víctima.

Per això, el darrer Relator Especial sobre la Tortura de les Nacions Unides, Juan Méndez, va assenyalar a propòsit del SIRECOVI que:

*Dispositius com el Sistema de registre i comunicació de la violència institucional (SIRECOVI), creat per l'Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona, són de summa importància per al bon funcionament i eficàcia de la feina de la Relatoria. La millor manera d'executar els mandats*

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

*i prescripcions normatives plasmades a la Convenció contra la Tortura y Altres Tractaments o Penes Cruels, Inhumanes o Degradants de 1984 és, precisament, posar en pràctica metodologies de recerca i acreditació dels actes que configuren greus violacions a aquestes normes. Els operadors dels sistemes penals i la comunitat que integra el Dret Internacional dels Drets Humans, devem col·laborar activament en aquesta direcció. El SIRECOVI constitueix un exemple prometedor en aquest sentit. (Washington, 20 d'abril de 2016).*

**Iñaki Rivera Beiras**

Sistema de Registre i Comunicació de la Violència Institucional (SIRECOVI)  
l'Observatori del Sistema Penal i Drets Humans (OSPDH)  
Universitat de Barcelona

# PRÒLEG

Per respecte als drets del menor i dignitat humana

El 16 d'octubre de 2017 em van empresonar a la presó de Soto del Real, a la falda de la Sierra de Madrid, a més de 600km de casa de la meua família, per haver exercit els meus drets i per ser president d'Òmnium Cultural, l'entitat cívico-cultural més gran de Catalunya amb 130.000 socis.

Molt aviat em vaig adonar que l'aïllament de la presó afecta gairebé tant a la persona privada de llibertat com al seu entorn, especialment la família. El meu fill petit, l'Amat, i la meua companya, la Txell Bonet, han hagut de recórrer uns 35.000 km per venir-me a veure a la presó, amb tot el que això suposa. Una distància afegida a les dificultats i hostilitats que generen les presons. Una de les cares més amargues de presó és veure créixer el teu fill a través d'un vidre.

A causa d'aquest doble càstig: repressió i l'empresonament llunyà, persones d'arreu de l'Estat coordinades per l'Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona han recollit arguments jurídics per a defensar el dret a estar en una presó propera a la residència familiar. Un dret -en cap cas una concessió o un privilegi- que connecta amb el dret fonamental a la intimitat personal i vida familiar, i el dret dels fills menors a mantenir una relació amb els seus pares. El llibre que teniu a les mans posa especial èmfasi en l'existència d'un fill menor, perquè l'allunyament vulnera no només els drets de la persona presa, però també els dels familiars.

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

Ara més que mai, sóc conscient del que suposa l'allunyament penitenciari i del deure col·lectiu que tenim com a ciutadans d'exigir que es compleixi el dret d'estar a prop dels teus. La presó en molts casos ha sigut un espai opac on també s'han produït violacions de drets humans fonamentals, l'allunyament n'és una més. Malgrat l'admirable i gran tasca dels professionals i funcionaris dels centres penitenciaris, que he pogut veure durant el temps que fa que estic empresonat, segueixo pensant que les presons són un dels grans fracassos de la humanitat. Segons Intress, el 83 % dels exreclusos no disposen de relacions familiars en el moment de la sortida i un 90 % no tenen on passar la primera nit. Aquestes dades no ens poden deixar indiferents. Per això també seguim lluitant, perquè les persones preses puguin mantenir la seva integritat i els seus drets i avançar cap a una societat on prescindim de les presons d'una vegada per totes.

Vull agrair tota la feina feta al Carlos, a l'Albert i l'Iñaki, també a l'Adrià per facilitar-nos els primers contactes i com no a l'Observatori i, especialment, felicitar-los per la tasca del Sistema de Registre i Comunicació per a la Protecció de Víctimes de Violència Institucional (SIRECOVI). Espero que aquest llibre sigui útil per fer arribar tota aquesta informació a qualsevol persona que es trobi en un cas similar perquè pugui ser utilitzada. En una societat on els drets, les garanties jurídiques i les llibertats són incertes i estan constantment amenaçades és més important que mai compartir experiències i vivències en aquesta gran xarxa de complicitats compartides.

Diuen que l'autoestima d'un país es valora principalment veient com tracta els sectors més desfavorits de la seva societat. En aquest any que porto a la presó hi he trobat persones amb tones d'humanitat, casos de superació personal dignes d'admiració. Exemples de coratge i determinació per superar les situacions més adverses, gent vinguda d'arreu amb dret a una vida respectable. Amb aquest pròleg vull homenatjar també a tots aquells presos i les seves famílies que un dia van decidir que ho podien perdre tot menys la seva dignitat, el seu testimoni és un exemple.

La vida al centre penitenciari te moments de gran duresa, però també de molta tendresa i creixement personal. Fem que mai cap pres hagi de veure créixer els seus fills a centenars de kilòmetres de distància, que es compleixin totes les nor-

matives internacionals en política d'apropament i que cap família es vegi obligada a perdre ni un vis-a-vis per l'allunyament dels seu familiar pres. Fem-ho per respecte als drets del menor, per bondat i empatia, però sobretot per dignitat, la humana.

**Jordi Cuixart**

President d'Òmnium Cultural  
Presó de Lledoners, 13 d'octubre de 2018

Ingressat en presó preventiva a Soto del Real el 16 d'octubre del 2017 quan el seu fill tenia 6 mesos, traslladat a la presó de Lledoners el 4 de juliol del 2018 fins l'actualitat.

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**



# ÍNDEX

<b>1. DRET DEL MENOR A LA UNITAT FAMILIAR EN RELACIÓ A L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR</b> .....	1
<b>Albert Parés Casanova</b>	
<b>Introducció</b> .....	1
<b>Aplicació dels tractats internacionals davant dels drets del menor</b> .....	2
<b>L'interès superior del menor davant qualsevol actuació de l'administració</b> ...	3
Àmbit d'aplicació .....	3
L'interès del menor com a dret, principi i norma de procediment .....	6
Triple perspectiva de l'interès superior del menor .....	7
Obligacions dels Estats davant l'interès superior del menor .....	8
Interès superior del menor en relació amb altres interessos .....	8
Normativa interna espanyola sobre l'interès superior del menor .....	9
Jurisprudència espanyola sobre l'interès superior del menor .....	12
<b>Procés de determinació de l'interès superior del menor</b> .....	14
<b>El dret del menor a viure amb la seva família com a dret fonamental</b> .....	16
Interrelació de l'interès superior del menor i la unitat familiar .....	19
Fills de persones acusades, processades .....	23
<b>Conclusions</b> .....	27

<b>2. DRET A ESTAR EN UNA PRESÓ PROPERA AL LLOC DE RESIDÈNCIA FAMILIAR</b> .....	29
<b>Iñaki Rivera Beiras</b>	
<b>Introducción</b> .....	29
<b>Primera part. La mirada desde la persona privada de llibertatallunyada del seu domicili i família</b> .....	30
L'àmbit del dret penitenciari internacional (Organització de les NacionsUnides) .....	31
<i>Regles Mímines de les Nacions Unides pel Tractament dels Reclusos (Regles Nelson Mandela)</i> .....	31
<i>Conjunt de Principis per a la protecció de totes les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció o presó.</i> .....	32
<i>Convenció contra la Tortura i Altres Tractes o Penes Cruels, Inhumanes o Degradants</i> .....	33
L'àmbit del dret penitenciari del Consell d'Europa. Les Regles Penitenciàries Europees (2006) .....	34
L'àmbit del dret penitenciari de la Unió Europea .....	35
L'àmbit del dret constitucional i penitenciari espanyol .....	36
<i>Les normes substantives</i> .....	36
<i>La competència per a decidir sobre els trasllats d'interns entre Centres Penitenciaris</i> .....	38
<b>Segona part. La mirada desde la família, amb especial consideració de l'afectació al fill de la persona encarcerada</b> .....	44
Panoràmica internacional .....	45
<i>Vulneració de l'article 9 i article 2.2 de la Convenció dels Drets de l'Infant del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics</i> .....	45
<i>Vulneració de l'article 7 de la Carta dels Drets Fonamentals de la UE i de l'article 8 del Conveni Europeu de Drets Humans</i> .....	48
Panoràmica de dret espanyol .....	50

<i>Vulneració del'art. 2 de la Llei de Protecció Jurídica del Menor (article primer de la L.O. 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infànciai a l'adolescència) . . . . .</i>	50
Consideracions i afectacions d'ordre psico-social . . . . .	51
<i>L'impacte del'encarcerament sobre els familiars . . . . .</i>	51
<i>L'agreuament en el cas de fills/es menors . . . . .</i>	52
<i>L'agreuament per la llunyania de la presó i la necessitat d'apropament . . . . .</i>	53
<b>3. ELS TRASLLATS DE PRESOS NO AFECTEN NOMÉS A QÜESTIONS MERAMENT ORGANITZATIVES, CONSTITUEIXEN UN IMPORTANT MITJÀ PER A L'EXERCICI DE DETERMINATS DRETS FONAMENTALS. . . . .</b>	55
<b>Carlos García Castaño</b>	
<b>Dret a estar reclòs en un centre penitenciari proper al domicili . . . . .</b>	57
<b>Dret fonamental a la intimitat personal i vida familiar . . . . .</b>	58
<b>Dret dels fills menors a mantenir una relació normalitzada, en el possible, amb els seus progenitors . . . . .</b>	61
<b>Dret de defensa . . . . .</b>	64
<b>Conclusió . . . . .</b>	65

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

# 1

## DRET DEL MENOR A LA UNITAT FAMILIAR EN RELACIÓ A L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR

Albert Parés Casanova

### INTRODUCCIÓ

Des de l'aprovació de la Constitució espanyola, en el seu article 39, s'estableix una garantia específica per a la protecció dels menors i la seva vida familiar. Aquest article expressa a més una *protecció integral* vers els menors. Per aconseguir aquesta finalitat s'imposa per la mateixa Constitució que l'Estat ha de garantir els drets dels infants a través del que s'estableixi en els convenis internacionals, com afirma en el seu apartat 4 de l'esmentat article 39 de la norma suprema espanyola.

L'esmentat article cal relacionar-lo, per raons de la lògica interpretativa, amb l'article 10 de la nostra Constitució, la qual estableix sense cap dubte que la interpretació dels drets fonamentals es realitzarà d'acord amb els convenis i tractats internacionals.

Des d'aquesta perspectiva s'abordarà el present dictamen i amb un doble objectiu:

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

- a. Reconèixer els drets dels menors com a drets de caràcter fonamental.
- b. El dret del menor a relacionar-se amb la seva família s'ha d'interpretar d'acord amb els principis del favor minoris i del dret del menor a l'interès superior.

## APLICACIÓ DELS TRACTATS INTERNACIONALS DAVANT DELS DRETS DEL MENOR

L'aplicació dels tractats internacionals s'ha posat de manifest pel nostre Tribunal Constitucional en la qüestió d'inconstitucionalitat núm. 2.270 / 91 on estableix en el Fonament Jurídic 2:

*Entre les diferents etapes que componen successivament la biografia de l'ésser humà hi ha una, la infància, llur límit amb l'adolescència situa el nostre ordenament jurídic entre els dotze i els catorze anys, tot i que hi hagi una certa tendència a la prolongació, equiparant el nen a l'incapaç, tant en l'àmbit civil com en el penal. En la imaduresa d'un i altre, en el seu desemparament, es troba doncs l'arrel de la prohibició de contractar assegurances de vida sobre el seu cap, que fa sorgir així la seva funció tuitiva d'aquest grup de persones, d'acord precisament amb l'orientació que ofereix als poders públics l'art. 9.2 de la Constitució, com a reflex immediat del caràcter social de l'Estat de Dret, al qual dona cognom al pòrtic de la nostra primera Llei.*

*Aquesta finalitat protectora, el contingut de la qual analitzarem més endavant, no és sinó la manifestació en el cas que ens ocupa del mandat contingut en l'art. 39.4 C.E., on es proclama que els nens, o sigui els menors de catorze anys si es veu des de la perspectiva de l'ordenament jurídic, gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets. En aquest sentit, adquireix dimensió constitucional la Convenció de les Nacions Unides sobre els Drets del Nen, de 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya mitjançant instrument de 30 de novembre de 1990, on a l'art. 19 recomana que els Estats adoptin «totes les mesures legislatives, administratives, socials i educatives apropiades per a protegir l'infant contra tota forma de perjudici, ... descuit o tracte negligent ...». La primera conseqüència que es desprèn de tot això és que, des de tal perspectiva, l'edat que per la seva pròpia substància té un evident tarannà objectiu, resulta aquí potenciada fins convertir-la en factor decisiu d'un tractament diferent, desigual és clar, però més beneficiós o favorable per al menor, responent així a un finalitat constitucionalment no només legítima sinó desitjable.*

## **Dret del menor a la unitat familiar en relació a l'interès superior del menor**

La normativa interna espanyola també contempla l'aplicació i interpretació dels drets dels menors d'acord amb els tractats internacionals:

*Article 3. Referència a Instruments Internacionals.*

*Els menors gaudiran dels drets que els reconeix la Constitució i els tractats internacionals dels quals Espanya sigui part, especialment la Convenció de Drets del Nen de Nacions Unides i la Convenció de Drets de les Persones amb Discapacitat, i dels altres drets garantits en l'ordenament jurídic, sense cap discriminació per raó de naixement, nacionalitat, raça, sexe, discapacitat o malaltia, religió, llengua, cultura, opinió o qualsevol altra circumstància personal, familiar o social.*

*Aquesta llei, les seves normes de desenvolupament i la resta de disposicions legals relatives a les persones menors d'edat, s'interpretaran de conformitat amb els tractats internacionals dels quals Espanya sigui part i, especialment, d'acord amb la Convenció dels Drets dels Infants de Nacions Unides i la Convenció de Drets de les Persones amb Discapacitat.*

*Els poders públics han de garantir el respecte dels drets dels menors i adequaran les seves actuacions a aquesta llei i a l'esmentada normativa internacional.*

## **L'INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DAVANT QUALSEVOL ACTUACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ**

### **Àmbit d'aplicació**

La normativa internacional que regula els drets dels menors d'edat imposa als Estats el ple respecte dels seus drets. Aquesta plenitud de l'exercici dels drets dels menors s'ha de tenir en compte des d'una doble perspectiva:

- La redacció de la norma en el seu sentit més ampli.
- L'aplicació de la norma per òrgans administratius i judicials.

A més, s'ha de tenir en compte que quan es fa referència als drets dels menors

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

els Estats han de tenir-los en compte en totes les seves actuacions. Això suposa que totes les decisions administratives i judicials que afecten menors han de tenir en compte els seus drets.

A la Convenció dels Drets de l'Infant (CDN) ja s'afirma en el seu article 2:

### *PART I*

#### *Article 2*

- 1. Els Estats Membres han de respectar els drets enunciats en aquesta Convenció i assegurar-los a tots els infants sota la seva jurisdicció, sense cap distinció, independentment de la raça, el color, el sexe, l'idioma, la religió, l'opinió política o d'una altra índole, l'origen nacional, ètnic o social, la posició econòmica, els impediments físics, el naixement o qualsevol altra condició de l'infant, dels seus pares o dels seus representants legals.*
- 2. Els Estats Membres prendran totes les mesures apropiades per garantir que l'infant estigui protegit contra tota forma de discriminació o càstig a causa de la condició, les activitats, les opinions expressades o les creences dels seus pares, tutors legals o dels seus familiars.*

En aquest sentit la CDN afirma en el seu article 3 el dret a establir com a pauta d'actuació de qualsevol organisme l'interès superior del menor:

#### *Article 3*

- 1. En totes les mesures concernents als nens que prenguin les institucions públiques o privades de benestar social, els tribunals, les autoritats administratives o els òrgans legislatius, una consideració primordial a què s'atendrà serà l'interès superior de l'infant.*
- 2. Els Estats Membres es comprometen a assegurar als infants la protecció i la cura que siguin necessaris per al seu benestar, tenint en compte els drets i deures dels seus pares, tutors o altres persones responsables d'ell davant la llei i, amb aquesta fi, prendran totes les mesures legislatives i administratives adequades.*



## Dret del menor a la unitat familiar en relació a l'interès superior del menor

*3. Els Estats Membres han d'assegurar que les institucions, serveis i establiments encarregats de la cura o la protecció dels infants compleixin les normes establertes per les autoritats competents, especialment en matèria de seguretat, salubritat, el nombre i competència del seu personal, així com en relació amb l'existència d'una supervisió adequada.*

De la redacció de l'article es desprèn de forma clara que qualsevol tipus de resolució en la qual es pugui veure afectat algun dret del menor, s'haurà de tenir en compte sempre l'interès superior del menor.

En l'article 4 de la CDN s'afirma a més:

### *Article 4*

*Els Estats Membres han de prendre totes les mesures legislatives, administratives i d'una altra índole per fer efectius els drets reconeguts en aquesta Convenció. Pel que fa als drets econòmics, socials i culturals, els Estats Membres han de prendre aquestes mesures fins al màxim dels recursos de què disposin i, quan sigui necessari, dins del marc de la cooperació internacional.*

De la redacció se'n desprèn, una vegada més, que qualsevol actuació administrativa i judicial ha de tenir en compte l'interès del menor i respectar els drets reconeguts en la CDN.

És important destacar que aquests articles es refereixen a qualsevol decisió que afecti un menor, ja sigui de forma directa com de manera indirecta. L'obligació jurídica s'aplica a totes les decisions i mesures que afecten directament o indirectament els menors.

Això vol dir, en definitiva, que en qualsevol mesura que tingui a veure amb menors, el seu interès superior ha de ser una consideració primordial a què s'atendrà.

El terme *mesura* inclou les decisions, els actes, conductes, propostes, serveis, procediments i altres iniciatives.

L'expressió *relatiu a* s'ha d'entendre en un sentit molt ampli.

## L'interès del menor com a dret, principi i norma de procediment

El CDN per donar més rellevància i entendre el dret del menor a que es valori el seu interès va emetre l'*Observació General Núm 14 (2013) sobre el dret de l'infant a que el seu interès superior sigui una consideració primordial* (Article 3, paràgraf 1) on s'elabora amb més profunditat el citat dret de l'interès superior del menor.

A. *L'interès superior de l'infant: un dret, un principi i una norma de procediment.*

1. *L'article 3, apartat 1, de la Convenció sobre els Drets de l'Infant atorga al nen el dret al fet que es consideri i tingui en compte de manera primordial el seu interès superior en totes les mesures o decisions que l'afecten, tant en l'esfera pública com en la privada. A més, aquesta disposició estableix un dels valors fonamentals de la Convenció. El Comitè dels Drets de l'Infant (el Comitè) ha determinat que l'article 3, paràgraf 1, enuncia un dels quatre principis generals de la Convenció pel que fa a la interpretació i aplicació de tots els drets de l'infant, i l'aplica com un concepte dinàmic ha d'avaluar-se adequadament en cada context.*

...

3. *La Convenció també es refereix explícitament a l'interès superior de l'infant en altres disposicions, a saber: l'article 9 (separació dels pares); l'article 10 (reunió de la família); l'article 18 (obligacions dels pares); l'article 20 (privació d'un medi familiar i altres tipus de cura); l'article 21 (adopció); l'article 37 c) (separació dels adults durant la privació de llibertat), i l'article 40, paràgraf 2.b) iii), (garanties processals, incloent-hi la presència dels pares en les audiències de les causes penals relatives als nens en conflicte amb la llei). També es fa referència a l'interès superior de l'infant en el Protocol facultatiu de la Convenció relatiu a la venda d'infants, la prostitució infantil i la utilització d'infants en la pornografia (preàmbul i article 8) i el Protocol facultatiu de la Convenció relatiu a un procediment de comunicacions (preàmbul i els articles 2 i 3).*

4. *L'objectiu del concepte d'interès superior de l'infant és garantir el gaudi ple i efectiu de tots els drets reconeguts per la Convenció i el desenvolupament holístic de l'infant. El Comitè ja ha assenyalat que «el que segons*

## Dret del menor a la unitat familiar en relació a l'interès superior del menor

*el parer d'un adult és l'interès superior de l'infant no pot prevaler sobre l'obligació de respectar tots els drets de l'infant enunciats en la Convenció». Recorda que a la Convenció no hi ha una jerarquia de drets; tots els drets previstos responen a «l'interès superior de l'infant» i cap dret s'hauria de veure perjudicat per una interpretació negativa de l'interès superior de l'infant.*

### Triple perspectiva de l'interès superior del menor

D'aquesta manera es contempla l'interès superior del menor des d'una triple perspectiva:

- a. És dret substantiu: el dret del menor a que el seu interès superior sigui una consideració primordial que s'avaluï i tingui en compte al sospesar diferents interessos per prendre una decisió sobre una qüestió debatuda, i la garantia que aquest dret es posarà en pràctica sempre que s'hagi d'adoptar una decisió que afecti un menor.

L'article 3 apartat 1 de la CDN estableix una obligació intrínseca per als Estats que és d'aplicació directa, d'aplicabilitat immediata i pot invocar davant dels tribunals.

- b. És un principi jurídic interpretatiu fonamental: si una disposició jurídica admet més d'una interpretació, es triarà la interpretació que satisfaci de manera més efectiva l'interès superior del menor. Els drets consagrats en la Convenció i els seus protocols facultatius estableixen el marc interpretatiu.
- c. És una norma de procediment: sempre que s'hagi de prendre una decisió que afecti un menor el procés d'adopció de decisions ha d'incloure una estimació de les possibles repercussions (positives o negatives) de la decisió en el menor interessat. L'avaluació i determinació de l'interès superior del menor requereixen garanties processals. A més, la justificació de les decisions ha de deixar palès que s'ha tingut en compte explícitament aquest dret.

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

### **Obligacions dels Estats davant l'interès superior del menor**

L'article 3 apartat 1 de la CDN estableix un marc amb tres tipus diferents d'obligacions per als Estats Membres:

- a. L'obligació de garantir que l'interès superior del menor s'integri de manera adequada i s'apliqui sistemàticament en totes les mesures de les institucions públiques, en especial en totes les mesures d'execució i els procediments administratius i judicials que afecten directament o indirectament els menors.
- b. L'obligació de vetllar perquè totes les decisions judicials i administratives, les polítiques i la legislació relacionades amb els menors deixin patent que l'interès superior d'aquests ha estat una consideració primordial. Això inclou explicar com s'ha examinat i avaluat l'interès superior del menor, i la importància que se li ha atribuït a la decisió.
- c. L'obligació de garantir que l'interès del menor s'ha avaluat i ha constituït una consideració primordial en les decisions i mesures adoptades pel sector privat, inclosos els proveïdors de serveis, o qualsevol altra entitat o institució privades que prenguin decisions que afectin un menor.

### **Interès superior del menor en relació amb altres interessos**

Quan s'afirma *consideració primordial* vol dir que l'interès superior del menor no pot estar al mateix nivell que totes les altres consideracions. La fermesa d'aquesta posició es justifica per la situació especial del menor.

Les persones que intervenen en les decisions que afecten el menor han de tenir en compte explícitament el seu interès. S'ha de posar en relleu l'interès del menor.

Els possibles conflictes entre l'interès superior del menor s'han de resoldre cas per cas sospesant acuradament els interessos de totes les parts i trobant un compromís adequat.

El mateix s'ha de fer si entren en conflicte amb l'interès superior del menor els drets d'altres persones i situacions. Si no és possible harmonitzar-los, les autoritats i els responsables de la presa de decisions hauran d'analitzar i sospesar els drets de

## **Dret del menor a la unitat familiar en relació a l'interès superior del menor**

tots els interessats, tenint en compte que el dret del menor a que el seu interès superior sigui una consideració primordial significa que els interessos del menor tenen màxima prioritat i no són una de tantes consideracions. Per tant, s'ha de concedir més importància al que sigui millor per al menor.

### **Normativa interna espanyola sobre l'interès superior del menor**

A Espanya es contempla aquest dret en la *Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor, de modificació parcial del Codi Civil i de la Llei d'Enjudiciament Civil*, en concret en la seva Exposició de motius i en el seu article 2:

#### **EXPOSICIÓ DE MOTIUS**

*Aquesta és la raó per la qual, a més d'establir com a principi general el que tota actuació ha de tenir fonamentalment en compte l'interès del menor i no interferir en la seva vida escolar, social o laboral, es determina que les resolucions que apreciïn l'existència de la situació de desemparament s'han de notificar als pares, tutors i guardadors, en un termini de quaranta-vuit hores, informant-los, així mateix, i, si és possible, de forma presencial i de manera clara i comprensible, de les causes que van donar lloc a la intervenció de l'Administració i dels possibles efectes de la decisió adoptada.*

*Respecte de les mesures que els jutges poden adoptar per evitar situacions perjudicials per als fills, que preveu actualment el Codi Civil en l'article 158, s'amplien a tots els menors, ja situacions que excedeixen de l'àmbit de les relacions paterno-filials, fent-se extensives a les derivades de la tutela i de la guarda, i s'estableix la possibilitat que el jutge les adopti amb caràcter cautelar a l'inici o en el curs de qualsevol procés civil o penal.*

*En definitiva, es tracta de consagrar un principi d'agilitat i immediatesa en tots els procediments tant administratius com judicials que afecten menors per evitar perjudicis innecessaris que puguin derivar de la rigidesa d'aquells.*

#### **TÍTOL I**

#### **Dels drets i deures dels menors**

#### **Article 2. Interès superior del menor.**

**1. Tot menor té dret a que el seu interès superior sigui valorat i considerat com**

*a primordial en totes les accions i decisions que li concerneixin, tant en l'àmbit públic com privat. En l'aplicació d'aquesta llei i altres normes que l'afectin, així com en les mesures concernents als menors que adoptin les institucions, públiques o privades, els tribunals, o els òrgans legislatius primarà l'interès superior dels mateixos sobre qualsevol altre interès legítim que pogués córrer.*

*Les limitacions a la capacitat d'obrar dels menors s'interpretaran de manera restrictiva i, en tot cas, sempre en l'interès superior del menor.*

*2. A l'efecte de la interpretació i aplicació en cada cas de l'interès superior del menor, es tindran en compte els següents criteris generals, sense perjudici dels establerts en la legislació específica aplicable, així com d'aquells altres que puguin estimar adequats atenent les circumstàncies concretes del supòsit:*

- a. La protecció del dret a la vida, supervivència i desenvolupament del menor i la satisfacció de les seves necessitats bàsiques, tant materials, físiques i educatives com emocionals i afectives.*
- b. La consideració dels desitjos, sentiments i opinions del menor, així com el seu dret a participar progressivament, en funció de la seva edat, maduresa, desenvolupament i evolució personal, en el procés de determinació del seu interès superior.*
- c. La conveniència de que la seva vida i desenvolupament tingui lloc en un entorn familiar adequat i lliure de violència. Es prioritzarà la permanència en la seva família d'origen i es preservarà el manteniment de les seves relacions familiars, sempre que sigui possible i positiu per al menor. En cas d'acordar una mesura de protecció, es prioritzarà l'acolliment familiar enfront del residencial. Quan el menor hagués estat separat del seu nucli familiar, es valoraran les possibilitats i conveniència del seu retorn, tenint en compte l'evolució de la família des que es va adoptar la mesura protectora i primant sempre l'interès i les necessitats del menor sobre les de la família.*
- d. La preservació de la identitat, cultura, religió, conviccions, orientació i identitat sexual o idioma del menor, així com la no-discriminació del mateix per aquestes o qualssevol altres condicions, inclosa la discapacitat, garantint el desenvolupament harmònic de la seva personalitat.*

3. *Aquests criteris es ponderaran tenint en compte els següents elements generals:*

- a. L'edat i maduresa del menor.*
- b. La necessitat de garantir la seva igualtat i no-discriminació per la seva especial vulnerabilitat, ja sigui per la manca d'entorn familiar, patir maltractament, la seva discapacitat, la seva orientació i identitat sexual, la seva condició de refugiat, sol·licitant d'asil o protecció subsidiària, la seva pertinença a una minoria ètnica, o qualsevol altra característica o circumstància rellevant.*
- c. El irreversible efecte del transcurs del temps en el seu desenvolupament.*
- d. La necessitat d'estabilitat de les solucions que s'adoptin per promoure l'efectiva integració i desenvolupament del menor en la societat, així com de minimitzar els riscos que qualsevol canvi de situació material o emocional pugui ocasionar en la seva personalitat i desenvolupament futur.*
- e. La preparació del trànsit a l'edat adulta i independent, d'acord amb les seves capacitats i circumstàncies personals.*
- f. Aquells altres elements de ponderació que, en el supòsit concret, siguin considerats pertinents i respectin els drets dels menors. Els anteriors elements hauran de ser valorats conjuntament, d'acord amb els principis de necessitat i proporcionalitat, de manera que la mesura que s'adopti en l'interès superior del menor no restringeixi o limiti més drets que els que empara.*

4. *En cas de concórrer qualsevol altre interès legítim al costat de l'interès superior del menor s'hauran de prioritzar les mesures que, responent a aquest interès, respectin també els altres interessos legítims presents.*

*En cas que no puguin respectar-se tots els interessos legítims concurrents, haurà de primar l'interès superior del menor sobre qualsevol altre interès legítim que pugui concórrer.*

*Les decisions i mesures adoptades en interès superior del menor hauran de valorar en tot cas els drets fonamentals d'altres persones que es puguin veure afectats.*

5. *Qualsevol mesura en l'interès superior del menor haurà de ser adoptada respectant les degudes garanties del procés i, en particular:*

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

- a. *Els drets del menor a ser informat, sentit i escoltat, i a participar en el procés d'acord amb la normativa vigent.*
- b. *La intervenció en el procés de professionals qualificats o experts. En cas necessari, aquests professionals han de comptar amb la formació suficient per determinar les específiques necessitats dels nens amb discapacitat. En les decisions especialment rellevants que afectin el menor es comptarà amb l'informe col·legiat d'un grup tècnic i multidisciplinari especialitzat en els àmbits adequats.*
- c. *La participació de progenitors, tutors o representants legals del menor o d'un defensor judicial si hi ha conflicte o discrepància amb ells i del ministeri fiscal en el procés en defensa dels seus interessos.*
- d. *L'adopció d'una decisió que inclogui en la seva motivació els criteris utilitzats, els elements aplicats en ponderar els criteris entre sí i amb altres interessos presents i futurs, i les garanties processals respectades.*
- e. *L'existència de recursos que permetin revisar la decisió adoptada que no hagi considerat l'interès superior del menor com a primordial o en el cas en què el propi desenvolupament del menor o canvis significatius en les circumstàncies que van motivar aquesta decisió facin necessari revisar-la. Els menors gaudiran del dret a l'assistència jurídica gratuïta en els casos legalment previstos.*

## Jurisprudència espanyola sobre l'interès superior del menor

A Espanya hi ha diferents pronunciaments judicials per part del Tribunal Constitucional sobre l'interès del menor, entre elles es destaca la següent:

*Sentència del Tribunal Constitucional Núm.: 114/1997 de 16 de juny de 1997, en el fonament jurídic tercer:*

*... Un altre fi al que serveix el caràcter informal i incisiu del procediment consisteix a procurar que el Jutjat obtingui i verifiqui tota la informació que sigui necessària per assegurar-se que la mesura a acordar resultarà beneficiosa per al menor, els interessos del qual són prevalents (arts . 172.4, 173.2 in fine, 174 i 176.1 CC i 1826 LEC).*



## Dret del menor a la unitat familiar en relació a l'interès superior del menor

Es destaca a més la *Sentència del Tribunal Constitucional Núm.: 138/2014, de 8 de setembre de 2014. Recurs d'empara 5167-2013* on s'estableix i es relaciona la motivació d'una resolució que afecti un dret del menor:

En el Fonament Jurídic 2 i 3:

2. *Com hem recordat a la STC 64/2010 de 18 d'octubre, FJ 3, «el dret fonamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no inclou un pretès dret a l'encert judicial en la selecció, interpretació i aplicació de les disposicions legals, però sí comprèn, entre d'altres dimensions, el dret a obtenir una resolució judicial motivada que, al seu torn, segons la doctrina constitucional, presenta diverses manifestacions. Suposa, en primer lloc, que la resolució ha d'estar suficientment motivada, és a dir, contenir els elements i raons de judici que permetin conèixer quins han estat els criteris jurídics que fonamenten la decisió; i, en segon lloc, que la motivació ha de contenir una fonamentació en Dret, el que comporta la garantia que la decisió no sigui conseqüència d'una aplicació arbitrària de la legalitat, ni resulti manifestament irraonable, sotmesa en un error patent o en una evident contradicció entre els fonaments jurídics, o entre aquests i la decisió, ja que, en aquest cas, l'aplicació de la legalitat seria tan sols una mera aparença (STC 147/1999, de 4 d'agost, FJ 3; 25/2000, de 31 de gener; FJ 2; 87/2000, de 27 de març; FJ 3; 82/2001, de 26 de març; FJ 2; 221/2001, de 31 d'octubre; FJ 6; 55/2003, de 24 de març; FJ 6; 223/2005, de 12 de setembre; FJ 3; i 276/2006, de 25 de setembre; FJ 2, entre moltes altres)».*

...

3. *En el cas objecte d'enjudiciament, el cànon de raonabilitat constitucional esdevé més exigent ja que es troben implicats valors i principis d'indubtable rellevància constitucional, a l'invocar pel demandant d'empara el principi de l'interès superior del menor que té la seva projecció constitucional en l'art. 39 CE i que es defineix com a rector i inspirador de totes les actuacions dels poders públics, tant administratives com judicials (STC 141/2000, de 21 de maig; FJ 5, i 127/2013, de 3 de juny, FJ 6, entre d'altres). A més, la Convenció de Nacions Unides sobre els drets de l'infant de 20 de novembre de 1989 disposa que «en totes les mesures concernents als nens que prenguin les institucions públiques o privades de benestar social, els tribunals, les autoritats administratives o els òrgans legislatius ,*

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

*una consideració primordial a què s'atendrà serà l'interès superior de l'infant» (art. 3.1), el que també defineix la nostra legislació (Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener) i la jurisprudència d'aquest Tribunal (per totes, STC 124/2002, de 20 de maig, FJ 6).*

També hi ha sentències del Tribunal Suprem sobre això:

*Sentència del Tribunal Suprem, Sala del Civil, Sentència 565/2009, de 31 de juliol de 2009, Recurs de Cassació Núm: 247/2007, en el Fonament Jurídic cinquè s'afirma:*

*La jurisprudència constitucional, donada la importància dels interessos d'ordre personal i familiar dels menors, dels pares biològics i dels restants afectats, ha admès l'existència d'un menor rigor formal en aquest tipus de processos; ha declarat que no es configuren com un simple conflicte entre pretensions privades, sinó que s'amplien ex lege [per llei] les facultats del Jutge en garantia dels interessos que han de ser tutelats, entre els quals ocupa una posició pre-levant l'interès del menor (STC 58/2008, de 28 d'abril, FJ 2); i ha consagrat la legitimitat constitucional de la que anomena «l'exclusió de la preclusivitat» (STC 75/2005, de 4 d'abril, 58/2008, de 28 d'abril), és a dir, de l'exclusió dels efectes del principi de preclusió, segons el qual la clausura d'una fase o termini processal impedeix replantejar el ja decidit en ella.*

### PROCÉS DE DETERMINACIÓ DE L'INTERÈS SUPERIOR DEL MENOR

En avaluar i determinar l'interès superior del menor per prendre una decisió sobre una mesura concreta, s'haurien de seguir els passos que figuren a continuació:

- a. En primer lloc, determinar quins són els elements pertinents, en el context dels fets concrets del cas, per avaluar l'interès superior del menor, dotar-los d'un contingut concret i ponderar la seva importància en relació amb els altres.
- b. En segon lloc, i en conseqüència, seguir un procediment que vetlli per les garanties jurídiques i l'aplicació adequada del dret.

## **Dret del menor a la unitat familiar en relació a l'interès superior del menor**

L'avaluació i la determinació de l'interès superior del menor són dos passos que s'han de seguir quan calgui prendre una decisió. *L'avaluació de l'interès superior* consisteix a valorar i sospesar tots els elements necessaris per prendre una decisió en una determinada situació per a un menor.

Per *determinació de l'interès superior* s'entén el procés estructurat i amb garanties estrictes concebut per determinar l'interès superior del menor prenent com a base l'avaluació de l'interès superior.

L'avaluació de l'interès superior del menor és una activitat singular que s'ha de fer en cada cas, tenint en compte les circumstàncies concretes de cada nen. Aquestes circumstàncies es refereixen a les característiques específiques del menor de què es tracti, com l'edat, el sexe, el grau de maduresa, l'experiència, la pertinença a un grup minoritari, l'existència d'una discapacitat física, sensorial o intel·lectual i el context social i cultural del menor: per exemple, la presència o absència dels pares, el fet que el nen visqui o no amb ells, la qualitat de la relació entre el menor i la família o els cuidadors, l'entorn en relació amb la seguretat i l'existència de mitjans alternatius de qualitat a disposició de la família, la família extensa o els cuidadors.

La determinació de l'interès superior del menor ha de començar amb una avaluació de les circumstàncies específiques que fan que el menor sigui únic. Això comporta la utilització d'alguns elements i no d'altres, i influeix també en la manera en què es ponderen entre sí. Per als menors en general, l'avaluació de l'interès superior abasta els mateixos elements.

A l'efecte de conèixer els fets i la informació pertinents per a un determinat cas s'han d'obtenir mitjançant professionals perfectament capacitats que reuneixin tots els elements necessaris per a l'avaluació de l'interès superior del menor.

Entre d'altres coses, es poden mantenir entrevistes amb persones properes al menor, amb persones que estiguin en contacte amb el menor diàriament i amb testimonis de determinats incidents. La informació i les dades reunides s'han de verificar i analitzar abans d'utilitzar-les en l'avaluació de l'interès superior del menor.

Amb la finalitat de demostrar que s'ha respectat el dret del menor a que el seu interès superior s'avalui i constitueixi una consideració primordial, qualsevol decisió sobre el menor ha d'estar motivada, justificada i explicada.

En la motivació s'ha d'assenyalar explícitament totes les circumstàncies de fet re-

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

ferents al menor, els elements que s'han considerat pertinents per a l'avaluació del seu interès superior, el contingut dels elements en aquest cas en concret i la manera en què s'han ponderat per determinar l'interès superior del menor.

Si, excepcionalment, la solució escollida no atén a l'interès superior del menor, s'han d'indicar els motius a què obeeix per demostrar que l'interès superior del menor va ser una consideració primordial, tot i el resultat.

No n'hi ha prou amb afirmar en termes generals, que hi va haver altres consideracions que van prevaler enfront de l'interès superior del menor. S'han de detallar de manera explícita totes les consideracions relacionades amb el cas en qüestió i s'han d'explicar els motius pels quals van tenir més pes en aquest cas en particular.

En la fonamentació, també s'hi ha d'explicar, de manera versemblant, el motiu pel qual l'interès superior del menor no era prou important com per imposar-se a altres consideracions. Cal tenir en compte les circumstàncies en què l'interès superior del menor ha de ser la consideració primordial.

## EL DRET DEL MENOR A VIURE AMB LA SEVA FAMÍLIA COM A DRET FONAMENTAL

El pilar més rellevant per part de la CDN és el dret del menor a viure amb la seva família. Així se'n desprèn de forma clara i inequívoca del preàmbul de la CDN:

### *Preàmbul*

*Convençuts que la família, com a grup fonamental de la societat i medi natural per al creixement i el benestar de tots els seus membres, i en particular dels nens, ha de rebre la protecció i assistència necessàries per poder assumir plenament les seves responsabilitats dins de la comunitat,*

*Reconeixent que l'infant, per al ple i harmoniós desenvolupament de la seva personalitat, ha de créixer en el sí de la família, en un ambient de felicitat, amor i comprensió.*

En el seu articulat s'afirma de forma clara en el seu article 16:

## Dret del menor a la unitat familiar en relació a l'interès superior del menor

- 1. Cap nen serà objecte d'ingerències arbitràries o il·legals en la seva vida privada, la seva família, el seu domicili o la seva correspondència, ni d'atacs il·legals al seu honor o a la seva reputació.*
- 2. L'infant té dret a la protecció de la llei contra aquestes ingerències o atacs.*

S'ha de destacar que el dret a viure en família en relació amb l'interès superior del menor es destaca una vegada més com un dret fonamental en la *CARTA DELS DRETS FONAMENTALS DE LA UNIÓ EUROPEA (2000 / C 364/01)* en el seu article 24:

### *Article 24 Drets del menor*

- 1. Els menors tenen dret a la protecció i a les cures necessàries per al seu benestar. Podran manifestar la seva opinió. Aquesta serà tinguda en compte en relació amb els assumptes que els afectin, en funció de la seva edat i de la seva maduresa.*
- 2. En tots els actes relatius als menors duts a terme per autoritats públiques o institucions privades, l'interès superior del menor constituirà una consideració primordial.*
- 3. Tot menor té dret a mantenir de forma periòdica relacions personals i contactes directes amb el seu pare i amb la seva mare, llevat que siguin contraris als seus interessos.*

Hi ha un altre cos legislatiu europeu on s'afirma de nou el caràcter de dret fonamental el viure en família, en concret el Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals on en el seu preàmbul s'afirma el següent:

*Considerant que la finalitat del Consell d'Europa és realitzar una unió més estreta entre els seus membres, i que un dels mitjans per assolir aquesta finalitat és la protecció i el desenvolupament dels drets humans i de les llibertats fonamentals*

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

En el seu desenvolupament s'afirma en el seu article 1 el caràcter obligatori de respectar els drets que s'estableixen en el Conveni:

### *Article 1*

#### *Obligació de respectar els drets humans*

*Les Altes Parts Contractants reconeixen a tota persona sota la seva jurisdicció els drets i les llibertats definits al Títol I d'aquest Conveni.*

I, en el seu article 8 es reconeix el dret a la unitat familiar com a dret fonamental:

### *Article 8.*

#### *Dret al respecte a la vida privada i familiar*

- 1. Tota persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència.*
- 2. No podrà haver ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, sinó en la mesura que aquesta ingerència estigui prevista per la llei i constitueixi una mesura que, en una societat democràtica, sigui necessària per a la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i les llibertats dels altres.*

Una de les conseqüències del que s'ha esmentat anteriorment en aquest informe és que el mateix Conveni estableix un límit per a l'exercici dels drets reconeguts: la prohibició de l'abús del dret que en aquest cas cal relacionar un cop més amb el dret del menor de l'interès superior del menor:

### *Article 17*

#### *Prohibició de l'abús de dret*

*Cap de les disposicions d'aquest Conveni podrà ser interpretada en el sentit que impliqui per a un Estat, grup o individu, un dret qualsevol a dedicar-se a*

## Dret del menor a la unitat familiar en relació a l'interès superior del menor

*una activitat o a realitzar un acte tendent a la destrucció dels drets o llibertats reconeguts en el present Conveni o a limitacions més àmplies d'aquests drets o llibertats que les previstes en el mateix.*

### *Article 18*

#### *Limitació de l'aplicació de les restriccions de drets*

*Les restriccions que, en els termes del present Conveni, s'imposin als esmentats drets i llibertats mai no podran ser aplicades més que amb la finalitat per a la qual han estat previstes.*

## Interrelació de l'interès superior del menor i la unitat familiar

És del tot indispensable dur a terme una avaluació i determinació de l'interès superior del menor en el context d'una possible separació del menor i els seus pares (arts. 9, 18 i 20 de la CDN).

De tota la normativa internacional se'n desprèn de forma clara que la família és la unitat fonamental de la societat i el medi natural per al creixement i el benestar dels seus membres, en particular dels menors.

Prevenir la separació familiar i preservar la unitat familiar són elements importants del règim de protecció del menor, i es basen en el dret recollit en l'article 9 apartat 1 que exigeix *que el nen no sigui separat dels seus pares contra la voluntat d'aquests, excepte quan [...] aquesta separació és necessària en l'interès superior de l'infant.*

Així mateix, el menor que estigui separat d'un o d'ambdós pares té dret *a mantenir relacions personals i contacte directe amb tots dos pares de manera regular, llevat que això sigui contrari a l'interès superior de l'infant* (art. 9, paràgraf 3).

Donada la gravetat dels efectes que té en el menor que el separin dels seus pares, aquesta mesura només s'hauria d'aplicar com a últim recurs.

La separació no hauria de dur-se a terme si es pot protegir el menor d'una manera que s'immisceixi menys en la família.

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

En cas de separació, l'Estat ha de garantir que la situació del menor i la seva família hagi estat avaluada, quan sigui possible, per un equip multidisciplinari de professionals perfectament capacitats, amb la col·laboració judicial apropiada, de conformitat amb l'article 9 de la CDN.

Quan la separació sigui necessària, els responsables de la presa de decisions han de vetllar perquè el menor mantingui els llaços i la relació amb els seus pares i la seva família, llevat que això contravingui l'interès superior del menor.

Quan se separa un menor de la seva família, en les decisions que s'adoptin sobre la periodicitat i la durada de les visites i altres formes de contacte s'han de tenir en compte la qualitat de les relacions i la necessitat de conservar-les.

Quan els pares o altres tutors hagin comès un delictes, s'han d'oferir i aplicar cas per cas alternatives a la privació de llibertat, tenint plenament en compte els possibles efectes que puguin tenir les diferents condemnes en l'interès superior del menor afectat.

La conservació de l'entorn familiar engloba la preservació de les relacions del menor en un sentit ampli. Aquestes relacions abasten la família ampliada, com els avis, els oncles, els amics, l'escola i l'entorn en general, i són particularment importants quan els pares estan separats i viuen en llocs diferents.

La cura emocional és una necessitat bàsica dels menors; si els pares o tutors no satisfan les necessitats emocionals del menor, s'han de prendre mesures perquè el menor creï llaços afectius segurs. Els menors necessiten establir un vincle amb els cuidadors a una edat molt primerenca, i aquest vincle, si és adequat, s'ha de mantenir al llarg dels anys per oferir al menor un entorn estable.

El nostre Tribunal Constitucional va emetre una sentència en la qual afirma un valor constitucional de la unitat familiar que si bé rebutja que tingui un caràcter fonamental com afirmen les institucions internacionals, sí que li dona un caràcter de protecció fonamental:

Així la *Sentència 186/2013, de 4 de novembre de 2013. Recurs d'empara 2022-2012* afirma en els Fonaments Jurídics 5, 6 i 7:

*5. El primer dels matisos és derivació de la doctrina constitucional segons la qual els principis rectors consagrats en el capítol III del títol I de la Constitució*



*Espanyola, encara que no són per sí mateixos susceptibles d'empara, constitueixen elements hermenèutics de primer ordre per delimitar el contingut i abast dels drets fonamentals (STC 95/2000, de 10 d'abril, FJ 5; 192/2003, de 27 d'octubre, FJ 3; i 154/2006, de 22 de maig, FJ 3). En aquest sentit hem de tenir present que l'art. 39.4 CE estableix que els nens gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets i, en relació amb això, que l'art. 3.1 de la Convenció de les Nacions Unides de 20 de novembre de 1989, de drets de l'infant (ratificada per Instrument de 30 de novembre de 1990 i publicada al «BOE» núm. 313, de 31 de desembre de 1990), preveu que en les decisions de les autoritats administratives en què puguin resultar concernits els nens s'ha de considerar l'interès d'aquests d'una manera principal, rellevància interpretativa de l'interès superior del menor que s'ha posat de manifest en la recent doctrina constitucional (STC 127/2013, de 3 de juny, FJ 6, i 167/2013, de 7 d'octubre, FJ 5).*

...

6. En aquest punt i sobre el contingut i abast del dret a la intimitat familiar que reconeix a totes les persones l'art. 18.1 CE hi ha una doctrina constitucional consolidada que procedeix recordar. A la STC 236/2007, de 7 de novembre, FJ 11, precisament en relació a si era constitucional la remissió al reglament que els arts. 16 a 18 de la Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya (LOEx) contenien en matèria de reagrupació familiar o contradeia les reserves de llei prevista en els arts. 81.1 i 53.1 CE, declarem que «l'art. 8.1 del Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals (CEDH) estableix que “tota persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència”. La jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, en contrast amb la d'aquest Tribunal, ha deduït d'aquell precepte un “dret a la vida familiar”, que comprendria com un dels seus elements fonamentals el gaudi per pares i fills de la seva mútua companyia (STEDH cas Johansen, de 27 de juny de 1996, § 52) ... d'altra banda, el Tribunal Europeu de Drets Humans ha admès que en alguns casos l'art. 8.1 CEDH pot actuar com a límit a la possibilitat d'aplicació de les causes legals d'expulsió dels estrangers, si bé tenint en compte al seu torn els límits imposats per l'art. 8.2 CEDH, les circumstàncies del cas i la ponderació dels interessos en joc (entre moltes, STEDH cas Dalia, de 19 de febrer de 1988, §§ 39-45, 52-54)».

...

*En tot cas, en la mateixa Sentència 236/2007, de 7 de novembre, matisem que «la nostra Constitució no reconeix un “dret a la vida familiar” en els mateixos termes en què la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans ha interpretat l’art. 8.1 CEDH, i menys encara un dret fonamental a la reagrupació familiar, ja que cap d’aquests drets forma part del contingut del dret a la intimitat familiar garantit per l’art. 18.1 CE» i vam dir en aquesta mateixa resolució que l’art. 18 CE «regula la intimitat familiar com una dimensió addicional de la intimitat personal, i així ho ha reconegut la nostra jurisprudència. Hem entès, en efecte, que el dret a la intimitat personal de l’art. 18 CE implica «l’existència d’un àmbit propi i reservat davant de l’acció i coneixement dels altres, necessari -segons les pautes de la nostra cultura- per mantenir una qualitat mínima de la vida humana” (STC 231/1988, de 2 de desembre, FJ 3). I precisat que el dret a la intimitat s’estén no només als aspectes de la vida pròpia personal, sinó també a determinats aspectes d’altres persones amb les que es guardi una personal i estreta vinculació familiar, aspectes que, per aquesta relació o vincle familiar, incideixen en la pròpia esfera de la personalitat de l’individu que els drets de l’article 18 CE protegeixen. “No hi ha dubte que certs esdeveniments que poden ocórrer a pares, cònjuges o fills tenen, normalment i dins de les pautes culturals de la nostra societat, tal transcendència per a l’individu, que la seva indeguda publicitat o difusió incideix directament en la pròpia esfera de la seva personalitat. Pel que existeix al respecte un dret -propi i no aliè- a la intimitat, constitucionalment protegit” (STC 231/1988), (STC 197/1991, de 17 d’octubre, FJ 3). En suma, el dret reconegut en l’art. 18.1 CE atribueix al seu titular el poder de protegir aquest àmbit reservat per l’individu per a sí i la seva família d’una publicitat no volguda (STC 134/1999, de 15 de juliol, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de maig, FJ 4)» (FJ 11).*

...

*En efecte, a la STC 236/2007, de 7 de novembre, hem assenyalat que «la nostra Constitució no reconeix un “dret a la vida familiar” en els mateixos termes en què la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans ha interpretat l’art. 8.1 CEDH» (FJ 11). No obstant això, segons s’ha advertit, això de cap manera suposa que l’espai vital protegit per aquest “dret a la vida familiar” derivat dels arts. 8.1 CEDH i 7 de la Carta de drets fonamentals de la Unió Europea, i, en el que aquí importa, la configuració autònoma de*

*les relacions afectives, familiars i de convivència, no tingui protecció dins del nostre ordenament constitucional».*

7. En conseqüència, procedeix declarar que és jurisprudència constitucional reiterada, a la qual hem d'ajustar-nos al resoldre aquest recurs d'empara, que el «dret a la vida familiar» derivat dels arts. 8.1 CEDH i 7 de la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea no és una de les dimensions compreses en el dret a la intimitat familiar ex art. 18.1 CE i que la seva protecció, dins del nostre sistema constitucional, es troba en els principis de la nostra Carta Magna que garanteixen el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10.1 CE) i que assegurin la protecció social, econòmica i jurídica de la família (art. 39.1 CE) i dels nens (art. 39.4 CE), l'efectivitat, com es desprèn de l'art. 53.2 CE, no pot exigir-se a través del recurs d'empara, sense perjudici que el seu reconeixement, respecte i protecció informaran la pràctica judicial (art. 53.3 CE), el que suposa que els jutges ordinaris han de tenir-los especialment presents en exercir la seva potestat d'interpretar i aplicar l'art. 57.2 LOEx, verificant si, ateses les circumstàncies del cas concret, la decisió d'expulsió del territori nacional i el sacrifici que comporta per a la convivència familiar és proporcional a la fi que aquesta mesura persegueix, que no és altre en el cas de l'art. 57.2 LOEx que assegurar l'ordre públic i la seguretat ciutadana, en coherència amb la Directiva 2001/40 / CE, de 28 de maig de 2001 del Consell.

### **Fills de persones acusades, processades**

D'acord amb allò afirmat fins al moment de que qualsevol decisió ha de ser motivada quan d'alguna manera o altra afecta a l'interès del menor.

S'estableix de forma clara i rotunda a les Nacions Unides, a través de la *Resolució aprovada per l'Assemblea General 63/241. Drets del nen [sobre la base de l'informe de la Tercera Comissió (A / 63/426)] de data 13 de març de 2009* en el seu apartat 47, el següent al respecte dels menors amb pares processats penalment:

47. Exhorta també a tots els Estats que tinguin en compte els efectes de la detenció i empresonament dels pares en els nens, i en particular al fet que:

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

...

*b. Determinin i promoguin bones pràctiques en relació amb les necessitats i el desenvolupament físic, emocional, social i psicològic dels nadons i els nens afectats per la detenció i empresonament dels pares.*

Cal tenir present en aquest cas de persones recluses amb fills menors d'edat el que s'estableix en les *Regles de les Nacions Unides per al tractament de les recluses i mesures no privatives de la llibertat per a les dones delinqüents (Regles de Bangkok)* aprovades per l'Assemblea General de 6 d'octubre de 2010, les quals en el seu preàmbul recorda:

*Tenint present també la seva resolució 63/241, de 24 de desembre de 2008, en la qual va exhortar tots els Estats a que tinguessin en compte els efectes en els nens de la detenció i empresonament dels pares i, en particular, que determinessin i promoguessin bones pràctiques en relació amb les necessitats i el desenvolupament físic, emocional, social i psicològic dels nadons i els nens afectats per la detenció i empresonament dels pares,*

I en la seva observació preliminar s'afirma en el seu apartat 12, que algunes regles són aplicables per a dones i homes:

*12. Algunes de les presents regles es refereixen a qüestions que interessin reclusos de tots dos sexes, com les relatives a les responsabilitats maternes i paternes, alguns serveis mèdics i els procediments de registre personal, entre d'altres coses, tot i que en elles s'aborden principalment les necessitats de les dones i dels seus fills. No obstant això, com també se centren en els fills de les dones recluses, s'ha de reconèixer la funció determinant de tots dos pares en la vida dels nens. Per tant, algunes de les presents regles s'aplicarien igualment als reclusos i delinqüents que són pares.*

En la seva regla 4 dins de l'apartat que fa referència al lloc de reclusió d'algun dels ascendents del menor posa en relleu una vegada més el caràcter prioritari de l'interès superior del menor en afirmar:

## Dret del menor a la unitat familiar en relació a l'interès superior del menor

### *1. Regles d'aplicació general*

#### *4. Lloc de reclusió*

##### *Regla 4*

*En la mesura del possible, les dones seran enviades a presons properes a la seva llar o els seus centres de rehabilitació social, tenint presents les seves responsabilitats de cura dels nens, així com les seves preferències i la disponibilitat de programes i serveis apropiats.*

D'aquesta manera s'estableix que en totes les decisions que afectin un menor s'ha de posar en relleu l'interès superior del menor.

Recentment s'ha elaborat un cos normatiu per part del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, del 4 d'abril de 2018, reunit a la 1312 sessió on es va aprovar la *Recomanació CM / Rec (2018) 5 sobre els fills dels detinguts* què afirma en el seu preàmbul el següent:

*Reafirmant que els fills dels detinguts haurien de gaudir dels mateixos drets que els altres fills;*

*...*

*Per mitigar un efecte negatiu evitable de la detenció d'un pare sobre els nens i la jurisdicció parental, per protegir el desenvolupament de l'infant i promoure la reunificació familiar, si escau; i reconeixent que els fills dels detinguts són persones vulnerables i que la seva consideració, les seves necessitats i els seus drets formen part integrant de l'Estratègia del Consell d'Europa dels Drets de l'Infant (2016-2021) i també hauria de formar part de programes nacionals multisectorials, multidisciplinaris, protecció infantil;*

I a la seva recomanació s'estableix de forma clara l'interès del menor:

*Recomana als governs dels Estats Membres:*

*– per inspirar-se de la seva legislació, polítiques i pràctiques a partir de les normes contingudes en l'apèndix d'aquesta recomanació;*

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

*– per garantir que aquesta recomanació i el seu informe explicatiu es tradueixin i difonguin el més àmpliament possible i, en particular, a totes les autoritats, organitzacions, professionals i associacions afectades, a més de fer-se accessible als nens i als seus pares empresonats.*

En un altre cos normativa europeu també s'esmenta l'interès del menor en comunicar-se amb els seus pares reclusos en interès superior del menor, com així s'estableix en *l'informe sobre condicions i sistemes penitenciaris(2015/2062 (INI)) de la Comissió de Llibertats Civils, Justícia i Assumptes d'Interior del Parlament Europeu de 6 de juliol de 2017, on s'afirma en el seu paràgraf 35, 36 i 37 el següent:*

*35. Demana a la Comissió que promogui polítiques destinades a superar la discriminació que puguin patir els fills de reclusos, des de la perspectiva de l'enfortiment de la integració social i la construcció d'una societat integradora i justa;*

*36. Reconeix el dret dels nens a mantenir contacte directe amb el seu progenitor reclus i, al mateix temps, reitera el dret del reclus a exercir la seva funció de cura dels seus fills; estima, a aquest respecte, que les presons han de comptar amb un espai infantil apropiat en el que s'ocupin dels nens funcionaris de presons degudament formats, assistents socials i voluntaris d'ONG que poden assistir els nens i les seves famílies durant les visites a la presó;*

*37. Demana a la Comissió que consideri la possibilitat d'elaborar un memoràndum d'acord a escala de la Unió per tal d'assegurar el manteniment de la relació parental amb els progenitors reclusos i de permetre els progenitors estar presents en moments importants de l'educació dels seus fills, salvaguardant així els interessos dels menors;*

Aquest cos normatiu estableix de nou una clara relació entre l'interès del menor i el dret de la unitat familiar respecte dels pares reclusos.

**CONCLUSIONS**

1. L'interès superior del menor es contempla com a dret, principi i norma de procediment.
2. Davant de qualsevol decisió que afecti un menor l'interès superior ha de ser valorat.
3. El dret a viure en família es contempla com un dret fonamental.
4. Qualsevol decisió que es prengui i que impliqui una restricció del menor a viure amb la seva família ha d'argumentar-se i justificar-se.
5. Per al cas que ens ocupa i respecte a la sol·licitud del trasllat del Sr. Jordi Cuixart el trasllat a un centre penitenciari de Catalunya no afectaria de cap manera la seva situació processal de presó preventiva. A més el trasllat afectaria en benefici de l'interès superior del menor ja que el dret de visites estaria dins del marc del dret a la unitat familiar.

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**



# 2

## DRET A ESTAR EN UNA PRESÓ PROPERA AL LLOC DE RESIDÈNCIA FAMILIAR

**Iñaki Rivera Beiras**

El present Informe/Dictamen, s'ha realitzat també amb l'aportació dels següents experts/es: la Professora Dra. Mónica Aranda Ocaña (Professora de Dret Penal de la Universitat de Barcelona), la Sra. Laura Moreno (Advocada del·l·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona); el Sr. Antonio Blanco (Advocat del·l·lustre Col·legi d'Advocats de Valladolid), el Dr. Josep María García Borés (Professor de Psicologia Social de la Universitat de Barcelona); el Sr. Pablo Jiménez (Advocat del·l·lustre Col·legi d'Advocats de Zaragoza).

### INTRODUCCIÓ

Malgrat sigui àmpliament conegut, convé recordar que un Estat democràtic i, sobretot, de dret, rep precisament aquesta qualificació perquè s'edifica sobre un principi constitutiu que no és altre que el principi de legalitat, particularment quan el mateix ha d'operar en matèria penal i penitenciària. Des del pensament il·lustrat en endavant, un principi com aquest ha estat concebut com a constitutiu de quatre garanties fonamentals que s'adeqüen a l'esmentada forma-Estat (veure, per tots, Luigi Ferrajoli, *Dret i Raó. Teoria del garantisme penal* 1995, Madrid: Editorial Trotta, pàgs, 353 i ss.).

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

Les garanties que el mateix va abastar i la seva importància per al tema que ens ocupa, es revelaran com una cosa fonamental, com es veurà. Com va assenyalar Alonso de Escamilla (*El jutge de vigilància*, Madrid: Editorial Civitas 1985), d'aquest principi se'n deriven quatre garanties:

- a. *La garantia criminal* (que exigeix que la llei fixi els comportaments definits com a delictius);
- b. *La garantia penal* (que exigeix que la llei estableixi taxativament les sancions jurídic-penals que se'n deriven de la comissió dels delictes);
- c. *La garantia jurisdiccional* (que exigeix que tant l'existència de delictes com la imposició d'una pena es determinin en una sentència judicial i d'acord amb un procediment legalment establert); i
- d. *La garantia d'execució* (que exigeix que la forma de compliment de la pena i fins i tot d'estar a la presó provisional i/o mesura de seguretat imposada estigui subjecta estrictament a la llei que la regula).

Com va assenyalar l'autora esmentada, tot i el formal establiment d'aquestes quatre garanties de legalitat (reconegudes a la CE 1978), d'elles, només les tres primeres han estat més o menys respectades: no ha passat el mateix amb la garantia d'execució, doncs a gairebé ningú el preocupa què passa a l'interior dels centres penitenciaris (1985: 157). Com ha assenyalat també Mir Puig, les garanties del principi de legalitat esmentades impliquen (o es tradueixen en) límits al *ius puniendi* estatal, en tant que Estat *de Dret*.

Tenint en compte tot això, el present Dictamen s'ha elaborat des d'una doble consideració:

- a. La que mira la problemàtica de l'empresonament llunyà al lloc de residència familiar des de l'afectació de la persona privada de llibertat (hermenèutica jurídica, internacional i nacional);
- b. La que considera el problema de l'empresonament llunyà al lloc de residència familiar, des de la mirada de la família amb especial consideració dels fills menors d'edat.

## PRIMERA PART. LA MIRADA DESDE LA PERSONA PRIVADA DE LLIBERTAT ALLUNYADA DEL SEU DOMICILI I FAMÍLIA

En el plànol estrictament jurídic, cal destacar diverses ordres territorials en les

## **Dret a estar en una presó propera al lloc de residència familiar**

quals distintes normatives recomanen l'apropament dels presos a llocs on resideixin les seves famílies. A continuació, se separaran per a una millor exposició diversos textos jurídics atenent a la seva procedència.

### **L'àmbit del dret penitenciari internacional (Organització de les Nacions Unides).**

#### ***Regles Mímines de les Nacions Unides pel Tractament dels Reclusos de 4 de maig de 2015 (Regles Nelson Mandela).***

Com és sabut, des d'una mirada pròpia d'un Dret Penitenciari Internacional, les *Regles Mímines de les Nacions Unides per al Tractament dels Reclusos de 4 de maig de 2015 (Regles Nelson Mandela)* constitueixen en el present el conjunt de disposicions més important que existeix a nivell de l'anomenat *sistema universal* de protecció de drets humans.

I és summament important ressaltar que aquesta màxima normativa de caràcter mundial que ha de regir l'organització de la vida en els centres penitenciaris, estableix, entre d'altres, dues normes molt clares i directament aplicables al cas examinat.

La primera és la Regla 59 que estableix que *(...) els reclusos seran internats en establiments penitenciaris propers a la seva llar o al seu lloc de reinserció social.* Convé recordar que aquesta disposició és aplicable tant als presos preventius com als penats, és a dir, a la totalitat de la població penitenciària.

D'altra banda, la Regla 106 indica que *es vetllarà particularment pel manteniment i millora de les relacions entre el reclus i la seva família que redunden en benefici d'ambdues parts.*

Com es pot deduir, a més del dret que atorga aquesta Regla al propi reclus a estar pres en un lloc el més proper possible al domicili familiar, i tenint en compte, com després s'examinarà, l'interès superior de l'infant que emana, entre d'altres disposicions, de la Convenció dels Drets de l'Infant de les Nacions Unides, és clar que la decisió sobre l'allotjament d'un pres preventiu –si de veritat es compleix amb rigor la legalitat internacional citada– ha de contemplar també el *benefici per a ambdues*

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

*parts*, és a dir, l'Administració penitenciària ha de ponderar en la seva valoració sobre l'allotjament del pres preventiu també a l'altra part: el seu entorn familiar amb una molt especial incidència en els fills, havent de prevaler en aquesta decisió l'al·ludit interès superior del'infant.

Seria molt important, en conseqüència, conèixer els arguments de l'Administració Penitenciària que fonamenten la decisió del'allotjament penitenciari en el cas present.

### **Conjunt de Principis per a la protecció de totes les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció o presó, Resolució 43/173, de 9 de desembre de 1988.**

Aquesta normativa internacional ha estat expressament ratificada per Espanya i en ella s'estableixen diverses disposicions que convé delimitar primer per, després, fer un exercici interpretatiu sobre l'hermenèutica a què al·ludirà. Així es disposa que,

- l'arrest, detenció o la presó només es duren a terme en estricte compliment de la Llei (Principi 2);
- aquests Principis s'aplicaran a tots els subjectes sotmesos a qualsevol forma de detenció o presó sense discriminació per opinió política (Principi 5);
- els Estats hauran de prohibir per Llei tot acte contrari als drets i deures que s'enumeren en els presents principis, sotmetre tots aquests actes a les sancions procedents i realitzar investigacions imparcials de les denúncies al respecte (Principi 7);

*– i que si així ho sol·licita la persona detinguda o presa, serà mantinguda en el possible en un lloc de detenció o presó situat a una distància raonable del seu lloc de residència habitual (Principi 20).*

La consagració d'aquest dret fonamental entraria en oberta contradicció amb l'anomenada *política de dispersió* penitenciària que Espanya ha practicat (tot i ser membre de les Nacions Unides), normalment per raons de seguretat i ordre públic motivades per fenòmens de terrorisme. Aquest *allunyament* o *dispersió* en tot cas no té res a veure amb el cas aquí examinat, el qual, res té a veure amb aquella tipologia delictiva. Cal anotar que, de manera expressa,

el reconeixement del dret a ser mantingut en una presó propera a la residència habitual, no distingeix entre presos preventius o penats.

***Convenció contra la Tortura i Altres Tractes o Penes Cruels, Inhumanes o Degradants (adoptada i oberta a la firma, ratificació i adhesió per l'Assemblea General en la seva resolució 39/46, de 10 de desembre de 1984 i entrada en vigor: 26 de juny de 1987, de conformitat amb l'article 27 (1))***

Cal tenir present que, basant-nos en la definició del terme no només *tortura*, sinó especialment *les penes i els tractes que puguin ser qualificats de cruels, inhumans o degradants*, continguda tant en la Convenció, com en l'art. 1 de la *Declaració sobre la protecció de totes les persones contra la Tortura i Altres Tractes o Penes Cruels, Inhumans o Degradants de les Nacions Unides de 1975*, la causació de tractes cruels, inhumans i degradants a una persona privada de llibertat, adquireix un ampli significat que no pot ser ignorat per les autoritats encarregades d'aquesta custòdia.

En efecte, en les dues normatives de les Nacions Unides, s'estableix que *s'entendrà per tortura tot acte pel qual un funcionari públic o una altra persona a instigació seva, infligeixi intencionadament a una persona penes o sofriments greus, ja siguin físics o mentals, amb la finalitat d'obtenir d'ella o d'un tercer informació o una confessió, de castigar-la per un acte que hagi comès o se sospiti que ha comès, o d'intimidat aquesta persona o d'altres (...)*, i el punt 2 de la declaració esmentada afegeix que, *la tortura constitueix una forma agreujada i deliberada de tracte o pena cruel, inhumà o degradant*.

En conseqüència, posant en relació aquestes definicions conjuntament amb les abans esmentades (les *Regles Nelson Mandela i el Conjunt de Principis per a la protecció de totes les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció o presó*), el fet de patir una mesura privativa de llibertat (*més quan es tracta d'una persona emparada pel dret constitucional a la presumpció d'innocència al no estar encara jutjada ni condemnada*), i allunyada dels seus llaços afectius i socials, sens dubte, constitueix o bé una *tortura mental, psicosocial*, o bé un *tracte que ha de ser qualificat de cruel, inhumà o degradant* i que té com a finalitat un grau de càstig màxim i afegit per un delictes pel qual ni tan sols ha estat encara declarada la seva culpabilitat.

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

En relació a això, convé també recordar que l'art. 11. de la Convenció contra la tortura de 1987 destaca expressament que *tot Estat Membre ha de mantenir sistemàticament en examen les normes i instruccions, mètodes i pràctiques d'interrogatori, així com les disposicions per a la custòdia i el tractament de les persones sotmeses a qualsevol forma de arrest, detenció o presó en qualsevol territori que estigui sota la seva jurisdicció, a fi d'evitar tot cas de tortura.*

### L'àmbit del Dret Penitenciari del Consell d'Europa. Les Regles Penitenciàries Europees (2006).

Com és sabut les Regles penitenciàries europees, en la seva última redacció de 2006, constitueixen el sostre normatiu més important que hi ha a Europa, del qual han de baixar les normes i les pràctiques penitenciàries dels Estats Membre.

I és imprescindible recordar que en aquestes Regles existeixen dos principis fonamentals de tot sistema penitenciari d'un Estat democràtic i de dret que han de ser respectats escrupolosament, pel que fa al tema que ens ocupa. Es tracta dels següents:

- Principi 17. 1. Els interns han de ser destinats *a presons situades el més a prop possible del seu domicili* o del seu centre de reinserció social.
- Principi 17.3. En la mesura del possible, *els interns han de ser consultats en relació amb el seu destí inicial i respecte de cada trasllat posterior* d'una presó a una altra.

Aquestes disposicions han estat interpretades sempre en el sentit d'orientar la política penitenciària cap a un horitzó de respecte per la legalitat vigent (també la d'ordre internacional) i constitueixen preceptes per a una estricta observança en el seu compliment com ho ha assenyalat el mateix Comitè Europeu per a la Prevenció de la Tortura, del Consell d'Europa.

En l'àmbit de la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, és important destacar que l'Alt Tribunal Europeu s'ha pronunciat en diferents ocasions en relació amb l'article 8 de la Convenció per a la Protecció dels Drets Humans i les Llibertats Fonamentals. Així, entre d'altres i en un assumpte referent a Espanya, en l'apartat 53 de la *Sentència de 24 de maig de 2011 del TEDH dictada en l'Assumpte Saleck Bardi contra Espanya*, es va establir que:

## Dret a estar en una presó propera al lloc de residència familiar

*El Tribunal ha afirmat en nombroses ocasions que l'article 8 implica el dret d'un progenitor a mesures adequades per reunir-se amb el seu fill i l'obligació de les autoritats nacionals d'adoptar-les (...).*

Finalment, en aquest àmbit europeu, cal recordar que molt recentment, el passat 4 d'abril d'enguany, el Consell d'Europa, i en concret, el seu Comitè de Ministres (òrgan de decisió del Consell d'Europa), ha publicat unes directrius per als seus 47 Estats membres per recordar que els nens amb pares empresonats tenen *els mateixos drets* que els altres nens, inclòs el contacte regular amb els seus pares, excepte si es considera contrari a l'interès superior de l'infant.

Nota. Pot llegir-se complet el Dictamen i Recomanacions a:

<http://www.europapress.es/epsocial/infancia/noticia-consejo-europa-recomienda-facilitar-visitas-contacto-regular-menores-padres-encarcelados-20180404172953.html>).

Textualment:

**el Consell d'Europa considera necessari que la presó on es trobi el pare o mare del menor estigui el més a prop possible del lloc on es realitzin les visites en un espai agradable pels nens o inclús a un lloc proper a l'establiment.**

### L'àmbit del dret penitenciari de la Unió Europea.

Decisiu és el tractament que sobre el dret a estar a presó en un lloc proper al domicili familiar, ha pogut donar l'Informe del Parlament Europeu, de desembre de 1998, en la seva *Resolució sobre les condicions carceràries a la Unió Europea: reorganització i penes de substitució*, per la qual –textualment– es

**Demana enèrgicament que es prengui en consideració l'entorn familiar dels condemnats, afavorint, en particular l'encarcerament en un lloc proper al domicili de la seva família.**

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

En realitat, poc cal afegir a una resolució tan clara de llur interpretació hermenèutica només es pot concloure l'afirmació del dret que d'ella emergeix: llevat clara impossibilitat de trasllat, que ha de ser l'excepció, la norma general ha de ser la que sosté el dret de les persones preses a estar-ho en el lloc més proper al domicili i entorn familiar.

A continuació es tractarà l'àmbit jurídic, normatiu i doctrinal espanyol però abans d'advertir-se que el mateix no es pot deslliurar de la interpretació comprensiva que s'ha proposat en la necessitat de considerar conjuntament l'ordre intern amb el de caràcter internacional que s'ha vingut citant.

## **L'àmbit del dret constitucional i penitenciari espanyol**

### ***Les normes substantives***

Tant en l'àmbit constitucional, como en el de la legalitat orgànica, han de citar-se algunes disposicions bàsiques en aquest tema objecte d'anàlisi.

- En primer lloc, allò disposat per l'article 25.2 de la Constitució Espanyola que estableix que *les penes privatives de llibertat i les mesures de seguretat estaran orientades a la reeducació i reinserció social.*

Per l'observança d'aquesta consideració, el precepte constitucional re-socialitzador manté una doble exigència per orientar la política penitenciària, també en el cas dels presos preventius. D'una banda, l'afavoriment del contacte actiu entre la persona privada de llibertat i la societat, que exigeix a l'Administració penitenciària l'inici d'un procés d'integració social de la persona presa a través del manteniment dels seus vincles socials i familiars.

D'altra banda, i el més important, la necessitat *d'evitar el desarrelament social. Amb aquesta finalitat, els criteris d'actuació de la Direcció General d'Institucions Penitenciàries en matèria d'ubicació de presos han d'anar encaminats a evitar desarrelament familiar* motivat per l'allunyament geogràfic entre la presó i el domicili o residència del nucli social i familiar

- En segon lloc, cal citar la disposició continguda en l'article 1 de la Llei Orgànica General Penitenciària 1/79 de 26 de setembre que assenyala que *les institucions penitenciàries regulades en la present Llei tenen com a fi primordial la reedu-*



## Dret a estar en una presó propera al lloc de residència familiar

*cació i reinserció social dels sentenciats a penes i mesures penals privatives de llibertat*

– i en tercer lloc, cal especialment assenyalar l'article 12.1 de la mateixa LOGP: *La ubicació dels establiments penitenciaris serà fixada per l'administració penitenciària dintre de les àrees territorials que es designin. En tot cas, es procurarà que cada una compti amb el número suficient d'aquells per a satisfer les necessitats penitenciàries i evitar el desarrelament social.*

En una interpretació comprensiva d'aquesta legalitat, i tenint present el complex normatiu internacional abans esmentat, en el qual s'inscriu la legalitat espanyola, és clar que el que les normes ens estan transmetent és que els presos han d'estar allotjats en el lloc més proper on tinguin el seu arrelament familiar i social.

En el rang reglamentari, ja en l'exposició de motius del Reglament Penitenciari, s'assenyala que amb el mateix es pretén *enfortir els vincles entre els delinqüents i les seves famílies i la comunitat, en línia amb les conclusions de les Nacions Unides en la reunió de Tòquio de desembre de 1990.*

Sobre el que s'està indicant, assenyala el Magistrat Ramón Vilar Badía (a la VI Reunió de Jutges de Vigilància Penitenciària, Consell General del Poder Judicial) que cal referir-se a la *normalització social com l'adopció de mesures tendents a evitar o pal·liar els efectes que produeix sostreure o arrencar una persona de l'entorn social del qual formava part integrant abans del seu ingrés a la presó.* Entre aquestes mesures cal assenyalar, com a pauta general, la de respectar els drets dels interns eliminant la submissió a condicions inhumanes de vida i, com a mesura de reinserció específica, la fonamental d'aconseguir que el penat no perdi contacte amb el medi comunitari en què estava inserit en la vida en llibertat,

**sent essencial per a aquesta fi destinar-lo al centre penitenciari més proper al seu lloc de residència habitual, per a mantenir la comunicació amb el seu entorn social, els seus amics i família.**

D'aquesta manera la localització del centre penitenciari es converteix en una

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

qüestió de primer ordre de règim i de tractament, quant a que es troba estretament vinculada a la finalitat constitucionalment preconitzada de la pena privativa de llibertat, la qual també ha de contemplar-se en casos de persones en règim de presó provisional pel que fa a atenuar els nocius efectes, especialment que projecta sobre els fills petits de la persona empresonada.

I és la mateixa Instrucció 11/2011 de la Secretaria General d'Institucions Penitenciàries del Ministeri de l'Interior, aquesta referida a la pena de localització permanent en centre penitenciari, la qual estableix en el primer apartat del seu *Pla d'Execució*, la necessitat de que l'Administració

*conjumini a l' hora de fixar el centre de compliment, el criteri de proximitat al domicili del'intern.*

Continua el seu apartat 6 assenyalant que *el centre penitenciari es decidirà en funció del domicili de l'intern.*

### ***La competència per a decidir sobre els trasllats d'interns entre Centres Penitenciaris***

És l'Administració penitenciària qui té competència exclusiva en ubicació i trasllats, això sí, *sempre que no pugui demostrar vulneració de drets o abús de poder* (en aquests supòsits sí que podria acudir-se al Jutge de Vigilància Penitenciària en virtut del que disposa l'art. 76.2, g de la LOGP)

La Sentència del Tribunal de Conflictes de la Jurisdicció, de data 29 de maig de 2012 va assenyalar que la possible intervenció del *Jutge de Vigilància Penitenciària en els trasllats de reclusos, pot ser una via d'acció jurisdiccional quan es produeixin vulneracions de Drets Fonamentals*. En el cas per tant, que la situació d'allotjament d'un pres preventiu ocasioni *seriosos trastorns no només a ell, sinó a la seva família i especialment a nens menors d'edat, llavors s'estaria produint el tracte cruel, inhumà o degradant amb greu vulneració de drets fonamentals* que obriria la porta a la intervenció del Jutge de Vigilància Penitenciària per *salvaguardar els drets dels interns i corregir els abusos i desviacions* en què incorri l'autoritat penitenciària, tal com textualment diu l'art. 76 de la Llei orgànica general penitenciària. En harmonia amb aquesta argumentació, el TC assenyalava que

## Dret a estar en una presó propera al lloc de residència familiar

és clara la competència del JVP per a realitzar les actuacions i adoptar les mesures que suposin greus afectacions als drets fonamentals de les persones privades de llibertat, també en matèria de trasllats de centres penitenciaris.

Si no és així es desnaturalitzaria el mandat de l'art. 76 de la Llei Penitenciària (*salvaguardar els drets fonamentals dels interns i corregir els abusos i desviacions*). De no permetre en aquests casos la via jurisdiccional dels Jutges de Vigilància Penitenciària i admetre només la via contenciosa-administrativa, que demorant diversos anys a poder adoptar una resolució trencaria el principi de celeritat i immediatesa, es devaluaria molt greument la tutela judicial efectiva de la justícia.

Referent a això, assenyala un altre gran penitenciarista espanyol com Bueno Arús, tan proper al redactor de la Llei Orgànica General Penitenciària, que

*D'aquesta manera, la garantia dels drets de l'intern i del control de l'Administració penitenciària, quedarien escindits amb caràcter previ al recurs d'empara en dos cursos jurisdiccionals diferents, duplicitat que no resulta satisfactòria des d'un punt de vista doctrinal i sistemàtic, ni tampoc des d'una perspectiva pràctica, ja que sostreure la protecció dels drets de l'intern a una jurisdicció personal, ràpida i immediata, com ho és la de vigilància penitenciària, per a confiar-la a la contenciosa-administrativa, s'usarà en molts casos una dació de justícia tardana i ineficax i, pel mateix, una veritable indefensió. És una llàstima que "la via normal per salvaguardar els drets dels interns", com qualificava al Jutge de Vigilància la Sentència del Tribunal Constitucional 73/1983, de 30 de juliol, no sigui considerada així mateix com una via exclusiva, completant l'enumeració de recursos davant d'aquell que es conté en l'art. 76 de la Llei Orgànica General Penitenciària amb una interpretació extensiva del "acordar el que sigui procedent sobre les peticions o queixes dels interns" com la que propiciaven els criteris aprovats en la IX Reunió de Jutges de Vigilància (1988: 169).*

Per si no fos prou sobre el que s'està argumentant, cal afegir la següent consideració material. El Reglament Penitenciar assenyala que la competència és del centre directiu, el qual ordenarà els trasllats corresponents en base a les propostes formu-

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

lades a l'efecte pels equips d'observació o tractament, i si és el cas, pel Director de la Junta de Règim i Administració. Els trasllats són competència de la Secretaria General d'Institucions Penitenciària del Ministeri de l'Interior. Aquest òrgan administratiu ordena els trasllats corresponents sobre la base de les propostes que formula la junta de tractament o, si s'escau, el Director o el Consell de Direcció (art. 31.2 RP).

**Però, i atenció: tots els trasllats s'han de comunicar al Jutge de Vigilància si es tracta de persones ja condemnades. Si es tracta de preventius o detinguts, la notificació s'ha de fer a les autoritats judicials a disposició del qual es trobin (art. 31.3 RP)**

Cal determinar, doncs, el contingut d'aquest dació de comptes, o la posada en coneixement del trasllat al Jutge de Vigilància per determinar la seva legalitat de les resolucions administratives de l'acord i valorar la constitucionalitat:

a. Els Jutges de Vigilància Penitenciària, en les seves reunions periòdiques, han determinat que l'acte de comunicació no es realitza com a acte de mera cortesia, o simplement, només als efectes de coneixement de la constància dels interns existents en cada moment en el centre o centres penitenciaris dependents de la seva jurisdicció, sinó que li atorga la competència de control dels mateixos, podent deixar sense efecte el trasllat quan hi hagi existit abús o desviació de poder per part de l'Administració penitenciària (criteri número 14 de la Reunió de Jutges de Vigilància, 1994). I és clar que aquesta desviació de poder és possible quan es practiqui un trasllat i aquesta decisió estigui fora de la legalitat, el que ve a afirmar el pressupost que esmentàvem que els trasllats són actes reglats des de la Llei Penitenciària en la seva interpretació constitucional.

b. La necessària relació sistemàtica d'aquell precepte amb els arts. 76.1 i 2 g) LOGP d'acord amb els quals al Jutjat de Vigilància Penitenciària li correspon salvaguardar els drets fonamentals dels interns que compleixen condemna, i a la mateixa conclusió condueix l'art. 106.1 de la Constitució Espanyola pel qual l'Administració, també la penitenciària, està subjecta al control jurisdiccional de la legalitat de la seva actuació.

**El Jutge de Vigilància Penitenciària no pot tenir una actitud expectant de simple transmissió o recepció de peticions o comunicacions de trasllat des d'una interpretació oberta a la normativa penitenciària (art. 76 LOGP) i a la normativa constitucional (art. 117 CE).**

**La seva marginació en aquesta matèria suposaria una fallida de la funció garantista dels drets dels interns, llur salvaguarda li ha estat específicament assignada.**

A través d'aquest control jurisdiccional s'evita, en alguns casos, trasllats fora de la llei i s'intenta aconseguir el control de la legalitat penitenciària per restaurar, tutelar i garantir els drets de la persona presa quan aquests hagin estat vulnerats per una decisió de l'Administració Penitenciària (Sentència del Tribunal Constitucional 2/1987).

La resolució del trasllat a una presó propera al domicili familiar del Sr. Jordi Cuixart Navarro, sí afecta els drets fonamentals. Això és més patent quan està en joc la possible vulneració d'un dret fonamental, cas que obligaria, evidentment, al control judicial tal com ha establert l'Audiència Provincial de Madrid a Resolució núm. 568 /1998, de 14 de maig, en la qual assenyalava que

*Si bé els recursos contra les resolucions administratives que anul·len o deneguen els trasllats dels interns són els propis de la jurisdicció contenciosa-administrativa, si la resolució afecta els drets fonamentals, la tutela dels mateixos correspon al Jutge de Vigilància Penitenciària d'acord amb l' art. 76 G LOGP i per la via d'apel·lació a l'Audiència Provincial.*

Si és així, en matèria de drets fonamentals, si el Jutjat de Vigilància es limités a la simple recepció de la comunicació i adoptés una actitud merament passiva davant la restricció d'aquest dret fonamental del reclus, no estaria dispensant la protecció del dret a la forma exigida per les esmentades normes (Sentència del Tribunal Constitucional núm. 175/1997, de 27 d'octubre). A més, s'exigeix, fent un paral·lelisme amb l'exigència de la intervenció de comunicacions, que l'acord del trasllat es comuniqui de forma immediata i prèvia a la realització del mateix al Jutge de Vigilància Penitenciària, perquè en cas contrari seria inexistent el control jurisdiccional. En coherència amb la importància que el Tribunal Constitucional atorga a la limitació de drets fonamentals, entenem que l'omissió d'aquesta resposta judicial consistiria en la lesió del dret a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Per tot el que s'està dient, la política penitenciària hauria de ser utilitzada, exclusivament, sense fer més diferenciacions que les establertes en la legislació corres-

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

ponent. I és en aquest sentit, que la Magistrada (avui Diputada del Congrés), Margarita Robles, en entrevista concedida al diari Gara, en data 28 de maig de 2000, va assenyalar expressament que

**La Llei General Penitenciària, sense exclusions i per a qualsevol tipus tipo de presos, preveu que estiguin el més a prop possible del seu lloc d'origen. Per tant, han de complir condemna el més a prop possible de la seva família.**

Com es veu, la consideració com a dret dels presos a estar ingressats en una presó propera a la seva residència, tant en la legislació com en la doctrina, és clarament favorable a la seva configuració.

Per la seva banda, la tendència jurisprudencial s'inclina a entendre-ho com un criteri més a tenir en compte (STC 2/197, 19/1988, 28/1988, 150/1991, 209/1993 i 72/1994, i AATC 15/1982, 486/1985, 739/1986, 1112/1988, 360/1990 i 25/1995). Així mateix, convé recordar que el mateix Tribunal Constitucional (STC 65/86 6 de maig; 89/87, de 3 de juny i 150/91, de 4 de juliol, entre d'altres), ha afirmat que la qualificació d'una pena com inhumana o degradant depèn de la seva execució i de les modalitats que revista.

Com s'ha indicat, la doctrina penal i penitenciària espanyola és bastant favorable a defensar la tesi que els presos estiguin a prop dels seus domicilis i entorns socials i familiars, no només per ells, sinó per l'evident sofriment afegit que la llunyania ocasiona a les famílies i molt especialment als fills i filles de les persones empresonades. Així, pot citar-se a un dels grans estudiosos de la penologia i victimologia espanyola, el professor Antonio Beristain quan va assenyalar que *els teòrics, com els tribunals, es recolzen en la moderna Política Criminal fonamentalment comparada i espanyola per proclamar que, en general,*

*a les persones privades de llibertat els convé estar a prop dels seus familiars i amics (...); la doctrina, la legislació i la jurisprudència comparada, així com la discussió polític-parlamentària, aconsellen aquesta proximitat en molts casos, perquè ajuda a evitar el desarrelament social del pres.* (Beristain, A. 1999, *¿Derechos y deberes humano-fraternales en las prisiones?* La Ley, Madrid, pàg. 4).

## Dret a estar en una presó propera al lloc de residència familiar

Per concloure aquesta primera part, hi caben encara dues resolucions judicials i vots particulars molt importants en aquesta matèria que a continuació se citen:

- La primera fa referència a les pròpies paraules del vot particular que va formular el Magistrat Ramón Sáez Valcárcel davant la Secció 1a de la Sala Penal de l'Audiència Nacional, en el Recurs d'Apel·lació núm. 652/2015 (del Jutjat Central de Vigilància Penitenciària):

Del conjunt de totes aquestes normes s'infereix que el reclús reté la titularitat del seu dret a la vida familiar, *sent condició o garantia del seu desenvolupament el que sigui destinat a una presó pròxima al domicili de la seva família*. Només circumstàncies relacionades amb la insuficiència de mitjans de l'Estat poden explicar, que no justificar, l'allunyament d'un pres. Qualsevol altra finalitat a la qual es vulgui atendre amb l'estranyament del domicili familiar ha d'estar prevista a la llei, en limitar drets d'una persona presa, especialment vulnerable i, per això, objecte de consideració per part de l'Estat de dret.

- La segona es refereix a la resolució del Tribunal Constitucional sobre el cas de Sabin Mendizabal que compta amb els vots particulars de Juan Antonio Xiol, la vicepresidenta de l'Alt Tribunal, Adela Asua i el Magistrat Fernando Valdés Dal-Ré, que al·lega la *necessitat de reconsiderar la jurisprudència constitucional sobre el dret a la intimitat familiar per evitar paradoxes*. En el seu vot, els tres Magistrats del Constitucional consideren que

la ingerència en la intimitat familiar del recurrent resulta *desproporcionada i innecessària* perquè les raons per denegar l'acostament a la localitat de residència de la seva família *no han versat ni sobre raons d'organització penitenciària (...) ni sobre raons de tractament (...) ni, explícitament, sobre raons regimentals*.

Si a més, com a continuació es veurà, això es vincula directament amb l'afectació al petit fill de l'empresonat, llavors quedaria en una quimera el principi que ordena que les actuacions administratives estiguin encaminades a la recerca de *l'interès superior de l'infant*.

## SEGONA PART. LA MIRADA DESDE LA FAMÍLIA, AMB ESPECIAL CONSIDERACIÓ DE L'AFECTACIÓ DEL FILL DE LA PERSONA ENCARCERADA

Les normes internacionals, com és ben sabut, obliguen que tota mirada s'hagi de fer, per sobre de qualsevol altre condicionant, des de l'interès superior dels infants. Com s'ha vist, la forma d'atenuar els efectes nocius del conflicte que suposa l'empresonament d'un progenitor per als seus fills, especialment quan aquests són petits, està prevista, ordenada i recomanada pels instruments internacionals i també els nacionals que permeten, aconsellen i animen a l'acostament del reclus cap al domicili i/o entorn familiar i social, amb especial consideració de l'al·ludit interès superior.

En el present cas, hem de fer referència explícita a la vinculació familiar del Sr. Jordi Cuixart Navarro, tant amb la seva companya Txell Bonet com amb el seu petit fill que el dia 13 d'abril de 2018 va complir el seu primer any de vida. Atesa la situació crítica de risc de deteriorament per als vincles familiars que qualsevol compliment de presó comporta, no hi ha dubte que facilitar la possibilitat que el Sr. Jordi Cuixart Navarro pugui estar més a prop de tots dos components de la seva família –encara periòdicament, de cara a complir el més possible amb el *principi de normalització* amb la situació de convivència– per via del seu trasllat a un Centre Penitenciari de Catalunya, pugui anar assumint les seves responsabilitats com a pare del nadó, i contribuint al sosteniment del seu nucli familiar tant afectivament com a tots els nivells que sigui possible sense agreujar més la situació del present.

Això es revela com a eina decisiva de cara a enfortir la implicació de la persona presa en les seves responsabilitats familiars, així com d'atenuar els efectes perniciosos de l'empresonament, màxim quan a sobre el mateix ho és de caràcter preventiu i la persona manté, per tant, intactes els seus drets fonamentals, especialment (també els deures) els derivats de la pàtria potestat.

Així mateix, en un escenari com el present s'ha d'atendre i incloure en el judici de ponderació de factors per decidir sobre el trasllat a una presó propera a l'entorn familiar del reclus (*el dret al respecte de la seva vida privada i familiar i del seu domicili*, de l'article 8.1 del Conveni Europeu de Drets Humans), en la interpretació que fa el Tribunal Europeu de Drets Humans, especialment des de la



## Dret a estar en una presó propera al lloc de residència familiar

sentència Messina c. Itàlia, de 28 setembre de 2000: en efecte, aquesta ha expressat clarament que, malgrat qualsevol detenció regular comporta per la seva naturalesa una restricció a la vida privada i familiar del·interessat, és essencial pel respecte de la vida familiar que l'administració penitenciària ajudi al detingut a mantenir un contacte proper amb la seva família pròxima.

Convé repassar també en la mirada de l'afectació familiar il'interès superior dels infants el panorama internacional i l'espanyol.

### Panoràmica internacional

#### ***Vulneració de l'article 9 i article 2.2 de la Convenció dels Drets del'Infanti del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics***

L'art. 9 de la Convenció de Drets de l'Infant reconeix el Dret a *mantenir relacions personals i contacte directe amb tots dos pares de manera regular, llevat que això sigui contrari a l'interès superior de l'infant*.

Per la seva banda i segons el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics:

*La família és l'element natural i fonamental de la societat i té dret a la protecció de la societat i de l'Estat*(article 23.1, que coincideix amb l'article 10 del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals) i

*Ningú no serà objecte d'ingerències arbitràries o il·legals en la seva vida privada, la seva família, el seu domicili o la seva correspondència, ni d'atacs il·legals al seu honor i reputació. Tota persona té dret a la protecció de la llei contra aquestes ingerències o aquests atacs* (article 17).

L'empresonament dels pares planteja greus problemes per al nen de curta edat, perquè es castiga el nen juntament amb el seu progenitor.

Malgrat s'argumenta que el càstig dels infractors sempre té repercussió en els parents innocents, quan es tracta de nens petits les conseqüències poden ser especialment nocives per al nen.

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

El Comitè ha expressat la seva inquietud pel que fa als nens que no poden mantenir el contacte amb els seus pares detinguts, determinant que s'ha de ser *més flexible en l'aplicació de les normes que regulen el contacte familiar amb les persones empresonades, per assegurar que el nen mantingui relacions personals i un contacte directe amb el seu progenitor empresonat, quan això redundi en l'interès superior de l'infant.* (Noruega CRC/C/15/Add.126, paràgrafs 30 i 31)<sup>1</sup>.

D'altra banda, l'article 2 de la CDN enumera com a motius de discriminació *la raça, el color, el sexe ... o qualsevol altra condició de l'infant, dels seus pares o dels seus representants legals.* El paràgraf 2 afegeix la protecció contra *tota forma de discriminació o càstig a causa de la condició, les activitats, les opinions expressades o les creences dels seus pares, tutors legals o dels seus familiar.* L'apartat 1 se centra exclusivament en la discriminació amb relació al gaudi dels drets de la Convenció; el paràgraf 2 exigeix que s'actui contra *tota forma de discriminació*, i no es limita als punts assenyalats en la Convenció. En el seu examen dels informes, el Comitè ha destacat diferents exemples de discriminació previstos en el paràgraf 2.

L'aplicació de la Convenció exigeix els Estats que verifiquin si la Constitució vigent, la seva legislació, la seva jurisprudència, així com la seva política i la seva pràctica administrativa garanteixen el respecte d'aquest principi. Per exemple, s'adopten *totes les mesures apropiades* per a protegir l'infant contra la discriminació o el càstig quan els seus pares estan encausats penalment?

És evident que en el present cas, no: no s'estan adoptant, ni s'estan protegint adequadament els drets del seu fill, ja que mantenir el seu pare a 630 quilòmetres (distància entre Barcelona i el Centre Penitenciari de Soto del Real) no respecta el dret del menor a no ser discriminat per la situació d'empresonament del seu pare, el Sr. Jordi Cuixart Navarro i tampoc es respecta el dret consagrat en l'art. 9 del CDN.

L'única manera de que es respecti el dret del seu fill a mantenir el contacte amb el seu pare empresonat i protegir-lo contra qualsevol mesura discrimina-

---

1. Disponible en: <http://www.refworld.org/docid/3ae6afc410.html>

## Dret a estar en una presó propera al lloc de residència familiar

tòria, en el sentit assenyalat per tanta normativa i recomanacions internacionals, seria apropar el seu pare a una presó el més propera al seu domicili.

Cal precisar que l'Assemblea General el 24 de febrer de 2010 va elaborar les directrius sobre les modalitats alternatives de cura dels nens i va tractar, amb extrema cura, els drets dels nens el progenitor dels quals es troba a la presó, reconeixent en primer lloc que les relacions familiars es tensen, sovint amb severitat, a causa de l'empresonament, i pot existir una gran quantitat de dificultats pràctiques per al manteniment del contacte, sigui directe (a través de visites realitzades pels nens a la presó o de la llibertat temporal dels pares ) o indirecte mitjançant cartes, trucades telefòniques o altres formes de comunicació. Això pot afectar l'experiència del nen durant el període d'empresonament. En aquest cas, la demanda *d'una cura i protecció adequades* a les Directrius és clarament d'especial importància.

Així les Directrius recalquen que *els Estats haurien d'aplicar polítiques de suport a la família per facilitar el compliment dels deures que incumbeixen a aquesta en relació amb el nen i promoure el dret de l'infant a mantenir una relació amb el pare i la mare* (paràgraf 32).

El dia de Debat General sobre els nens els pares dels quals estan presos, organitzat pel Comitè de la CDN en 2011<sup>2</sup>, va arribar a conclusions similars. Va recomanar la consideració en particular de l'Article 9 del CDN (respecte de la separació dels pares en contra de la seva voluntat), però també va expressar la necessitat d'una determinació cas per cas. Desafortunadament, els nens i nenes de progenitors empresonats són molt fàcilment ignorats dins del sistema de justícia penal, ja que aquest està centrat en identificar i respondre a la culpabilitat o innocència d'un individu. Els menors que interactuen amb el sistema de justícia penal (per exemple, quan visiten el seu progenitor empresonat) queden *reduïts a una avaluació del risc de seguretat, [mentre que] dins de la comunitat més àmplia, romanen silenciosos i silenciats*.

Per a molts nens, el fet que se'n portin i detinguin el seu pare o mare és una experiència negativa que tindrà implicacions sobre el seu futur benestar. Els riscos as-

---

2. Disponible en: <http://www.crin.org/en/library/events/day-general-discussion-2011-children-incarcerated-parents#submissions> [http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL\\_Collateral%20Convicts\\_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf](http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAN%CC%83OL_Collateral%20Convicts_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf)

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

sociats amb l'empresonament parental van ser objecte de debat aquest dia, entre els quals es troba el risc de quedar distanciat del seu progenitor empresonat. Més específicament, els menors poden patir alguns efectes, incloent: impactes físics i emocionals relacionats amb la separació i altres aspectes de l'empresonament parental; risc de trencar amb la relació i dificultats per visitar el seu progenitor empresonat.

Una de les idees claus tractades pel Comitè de Drets del Nen el 2011 va ser que *el dret del menor a mantenir una relació amb els seus progenitors no ha de quedar subordinat a les preocupacions de seguretat de l'Estat; les necessitats d'alta seguretat s'han de fer compatibles amb el dret del menor a mantenir comunicació amb el seu pare o mare empresonat/da*. Moltes presons s'ubiquen en àrees llunyanes, la qual cosa dificulta encara més fer les visites i té un impacte important sobre els drets de l'infant a mantenir contacte i fer visites.

El manteniment del Sr. Jordi Cuixart Navarro a la presó de Soto del Real, vulnera de manera fragant els drets del menor, ja que és perfectament possible el seu trasllat a un Centre Penitenciari proper al seu lloc de residència.

Fins el mes d'abril de 2018, quan es compleixen els sis mesos de presó provisional del Sr. Jordi Cuixart Navarro, la seva companya i el seu fill d'un any d'edat portaran realitzats uns 35.000 quilòmetres de recorregut entre Barcelona i el Centre Penitenciari de Soto del Real amb tots els efectes d'ordre econòmic, psicològic i emocional que per al nen suposa una situació com aquesta.

### ***Vulneració de l'article 7 de la Carta dels Drets Fonamentals de la UE i de l'article 8 del Conveni Europeu de Drets Humans.***

La normativa europea (de la UE i el CdE) estableix el dret al respecte de la vida familiar (article 7 de la Carta dels Drets Fonamentals de la UE i article 8 del CEDH).

D'acord al Dret tant de la Unió Europea com del Consell d'Europa, les autoritats judicials i administratives han de tenir en compte l'interès superior de l'infant en totes les decisions relacionades amb el seu dret al respecte de la seva vida familiar.

## Dret a estar en una presó propera al lloc de residència familiar

El dret de l'infant al respecte de la seva vida familiar inclou diversos drets compostos, com el dret de l'infant a ser cuidat pels seus progenitors; a mantenir contacte amb tots dos progenitors i a no ser separat d'ells excepte en protecció del seu interès superior.

Així, la Carta dels Drets Fonamentals de la UE incorpora expressament aquest dret de considerar l'interès superior de l'infant (article 24) i, tot i que l'obligació de prendre en consideració l'interès superior del nen no està expressament recollida en el CEDH, el TEDH l'ha incorporat a la seva jurisprudència (TEDH, Ignaccolo-Zenide contra Romania, núm. 31679/96 25 de gener de 2000, apt. 94).

Podem concloure que en virtut de la Carta dels Drets Fonamentals de la UE i en virtut del CEDH, els Estats tenen obligacions positives i negatives de respectar els drets dels infants i dels seus pares a la vida familiar, adoptant mesures que facin tot el possible per mantenir les relacions personals (TEDH, RMS contra Espanya, nº 28775/12 18 de juny de 2013, apt. 69). Segons la normativa europea de protecció dels drets de l'infant el dret de l'infant a mantenir contacte amb tots dos progenitors subsisteix en totes les formes de separació parental: familiar o imposada per l'Estat.

En el cas que ens ocupa d'una separació imposada per l'Estat a causa de la privació de llibertat d'un progenitor, les autoritats han d'actuar en defensa de l'interès del menor de mantenir el contacte amb el seu progenitor i han de trobar un equilibri just entre l'interès de l'Estat i l'obligació de garantir l'interès superior de l'infant.

I absolutament res no obsta a la situació processal i de presó preventiva del Sr. Cuixart Navarro, el fet que exactament aquesta mateixa mesura i aquesta mateixa situació, puguin continuar en un centre penitenciari proper al seu lloc de residència familiar, atenuant d'aquesta manera els perjudicials efectes sobre la seva companya i, de veritat, prenent de debò *l'interès superior del menor*.

En efecte, en virtut del Dret de la Unió Europea, l'article 24, apartat 3 de la Carta dels Drets Fonamentals de la UE reconeix expressament el dret de tots els infants a mantenir el contacte amb *el seu pare i amb la seva mare*. Els termes en què està redactada aquesta disposició aclareixen el contingut del dret, en particular, el sentit del contacte, que ha de: mantenir-se *de forma periòdica*; permetre el desenvolupament de *relacions personals*; i consistir en *contactes directes*.

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

El Tribunal Europeu de Drets Humans, en la Sentència Horych contra Polònia, núm. 13621/08, 17 d'abril de 2012<sup>3</sup>, va abordar la qüestió dels drets de l'infant quan un dels seus progenitors es troba a la presó assenyalant que *les visites dels nens (...) a la presó requereixen mesures especials i poden estar subjectes a condicions específiques depenent de la seva edat, els possibles efectes sobre el seu estat emocional o el seu benestar, i les circumstàncies personals de la persona visitada.*

El Tribunal va assenyalar també que *les obligacions positives de l'Estat d'acord amb l'article 8, en particular l'obligació de permetre i ajudar a un detingut mantenir el contacte amb la seva família propera (...) inclouen el deure d'establir condicions adequades, el més lliures de tensions possible per als visitants, per a la recepció de les visites dels seus fills, prestant atenció a les conseqüències pràctiques de la privació de llibertat sobre els menors.*

I això perquè el TEDH reconeix que

pels nens, la visita al seu progenitor en un centre penitenciari és *una experiència inevitablement traumàtica i excepcionalment estressant*, havent-se de trobar un *equilibri just* entre la situació del progenitor, i el dret de la Convenció de respectar la seva vida familiar.

## Panoràmica de dret espanyol

### ***Vulneració de l'art. 2 de la Llei de Protecció Jurídica del Menor (article primer de la L.O. 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència)***

L'article 2 estableix l'interès superior del menor en la nostra legislació: *Tot menor té dret a que el seu interès superior sigui valorat i considerat com a primordial en totes les accions i decisions que li concerneixin, tant en l'àmbit públic com privat. En l'aplicació d'aquesta llei i altres normes que l'afectin, així com en les mesures concernents als menors que adoptin les institucions, públiques o privades, els tribunals, o els òrgans legislatius prevaldrà l'interès superior dels mateixos sobre qualsevol altre interès legítim que pogués concórrer.*

---

3. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-110440%22%5D%7D>

## **Dret a estar en una presó propera al lloc de residència familiar**

La mateixa norma estableix quins criteris es tindran en compte per interpretar quin és l'interès superior del menor, entre els quals es troben:

- a. La protecció del dret a la vida, supervivència i desenvolupament del menor i la satisfacció de les seves necessitats bàsiques, tant materials, físiques i educatives, com emocionals i afectives.
- b. La conveniència de que la seva vida i desenvolupament tingui lloc en un entorn familiar adequat i lliure de violència. Es prioritzarà la permanència amb la seva família d'origen i es preservarà el manteniment de les seves relacions familiars, sempre que sigui possible i positiu per al menor (...).

La primacia de l'interès superior del menor, és a dir, la primacia del respecte dels drets del nen sobre qualsevol altre interès ve millor definit en l'art. 2.4:

*En cas de concórrer qualsevol altre interès legítim al costat de l'interès superior del menor s'hauran de prioritzar les mesures que, responen a aquest interès, respectin també els altres interessos legítims presents. En cas que no puguin respectar-se tots els interessos legítims concurrents, haurà de prevaldre l'interès superior del menor sobre qualsevol altre interès legítim que pogués concórrer.*

### **Consideracions i afectacions d'ordre psicosocial**

#### ***L'impacte de l'encarcerament sobre els familiars***

L'empresonament, com descriuen molt diversos estudis sobre la matèria (pot consultar-se una revisió d'aquests estudis en text de qui subscriu: Garcia-Borés, J. (2003), L'impacte carcerari. En Bergalli, R., Coord: *Sistema Penal i Problemes Socials* pp. 396-425. València: Tirant lo Blanch Alternativa), desencadena múltiples desordres fisiològics, psicosocials, psicològics i psicopatològics. Però el seu impacte va més enllà de la persona privada de llibertat, estenent-se també al seu entorn familiar, aliè a l'activitat delictiva que va motivar la pena del pres. Els efectes de l'empresonament sobre els familiars abasten diferents esferes (es pot veure en investigació dirigida per Garcia-Borés, J., Font, N., Fernández, C., Eскурriol, R., Roig, A., Leyton, H., Moreno, M., OSPDH, 2006, *La presó a l'entorn familiar*. Ajuntament de Barcelona: Barcelona). Des dels de-

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

rivats del contacte amb la pròpia institució penitenciària (desconeixement, llenguatge críptic, esperes, tracte, controls, indefensió...); l'empitjorament de la situació econòmica, per disminució d'ingressos i increment de despeses; el dolor psicològic derivat de tenir a un ésser estimat empresonat, la por al que li hi pugui succeir, l'absència...; l'alteració absoluta de l'ordre familiar, la desfiguració del rol de progenitor...; fins les derivades de les reaccions de l'entorn social.

### ***L'agreuament en el cas de fills/es menors.***

Com és comprensible, els més vulnerables a l'afectació d'aquest impacte són els menors. Efectivament, les mateixes escèniques penitenciàries, des dels tractes, els espais, les pràctiques carceràries; les condicions d'interacció amb el progenitor, interceptats per un vidre, o acotats en un temps mínim i limitat, i en un context inadequat; el món de significats socials, etc., són viscuts amb especial consternació pels menors.

Fins i tot podem prendre consciència d'impactes específics sobre els menors, relacionats amb: la pèrdua d'un referent patern/matern; la fallida del vincle directe; les estigmatitzacions socials; les reaccions de l'entorn infantil; la mirada involuntàriament estranya dels mestres; les pròpies connotacions negatives atribuïdes al progenitor empresonat; l'acomodament a la situació anòmala; la incapacitat de reincorporació de rol; etc., a més dels comprensibles sentiments de dolor, pena, frustració, vergonya, ràbia, enyorança, rancúnia... que afecten greument l'esfera afectiva del menor. Tot això, amb imprevisibles conseqüències, de ben segur gens positives, a llarg termini, ja que el menor no disposa de prou eines, ni cognitives ni volitives, per a fer mínimament front a aquest experiència, al seu torn central en el seu procés evolutiu. Sabem els components del trauma. Sabem que el trauma és segur. Però no podem predir la seva envergadura, la seva profunditat, les seves, això sí segures, conseqüències futures.

Quan el menor és un nadó, com és el cas que ens ocupa, encara som més incapços de predir les conseqüències d'aquest impacte, que afectarà les bases del vincle afectiu i emocional, sense disposar del recurs de protegir-lo mitjançant racionalitzacions alleujadores, doncs no disposa del desenvolupament cognitiu suficient. Al contrari, tot i que tractin de dissimular-ho, l'inevitable dolor dels progenitors a cada costat del vidre, davant l'escena del seu nadó alçant les mans en l'intent infructuós de notar les del seu progenitor, sens dubte es reflecteix en l'expressió facial dels



## **Dret a estar en una presó propera al lloc de residència familiar**

pares, màxim referent afectiu per al nadó. Escenes, situacions, moments, que tindran un obvi impacte en el desenvolupament emocional del menor.

### ***L'agreuament per la llunyania de la presó i la necessitat d'apropament***

La distància de la presó pel que fa a la residència familiar ha estat objecte també de múltiples anàlisis. Repercussions que ja es produeixen quan la presó està llunyana. Dificultats familiars de temps, d'economia, de compatibilitat laboral, que es podem veure accentuades enormement quan s'han aplicat polítiques de dispersió i allunyament penitenciari.

En el cas particular que ens ocupa, les repercussions laborals i econòmiques familiars, i en particular per a la mare, que té enormement dificultades les seves possibilitats de desenvolupament laboral pels constants trasllats amb el seu nadó fins a la presó de Madrid, resulten evidents, al trobar-se el pare en un centre penitenciari llunyà d'una ciutat que es troba a 600 kms, i que per arribar-hi des de Barcelona triga diverses hores, més la volta, amb un cost econòmic molt elevat si es van sumant tants viatges durant tant de temps. Unes condicions difícilment sostenibles en el temps i de molt fàcil atenuació amb un trasllat a un centre penitenciari de Catalunya, amb la mateixa situació processal del detingut.

La mare és conscient de la importància que té, per al desenvolupament del vincle afectiu del nadó amb el seu pare, que es puguin veure, com queda patent en totes les entrevistes que se li han efectuat. I ho porta demostrant en aquests sis mesos de presó preventiva del pare. I, en efecte, només hi ha una manera ja no de solucionar, però sí almenys de reduir tot l'impacte psicològic i emocional del menor que abans s'ha tractat de sintetitzar: mitjançant el màxim contacte possible. És obvi.

En aquest sentit, l'actual distància de la presó comporta no poder aprofitar tots els contactes que pogués tenir el menor amb el seu pare si la presó estigués a la Comunitat Autònoma de Catalunya; de no permetre un trasllat a la mateixa, això implicaria un esgotament per al menor, de cap manera adient.

Especial referència cal fer a l'afectació que el nen d'un any de vida ja està tenint en el present, tal i com ho acredita la Directora de la pròpia guarderia on acudeix el petit. En concret, s'assenyala que:

L'actual situació d'aquesta presó preventiva, es fa equivalent, de facto, a una política de dispersió i allunyament que no pot tenir lloc. A més, com ja s'ha dit, amb el

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

trasllat a una presó de Catalunya, totes les funcions de la presó provisional es mantindrien igualment, sense alteració processal de cap tipus, però reduint la nocivitat familiar a la qual s'ha fet referència. I amb tot el suport normatiu (de les Nacions Unides, del Consell d'Europa, de la Unió Europea i d'Espanya) que abans s'ha citat, recolzat també en les decisions jurisprudencials i opinions doctrinals que s'han assenyalat en el cos d'aquest Dictamen, podem concloure en la total congruència i conveniència del trasllat del Sr. Jordi Cuixart Navarro a una presó de Catalunya.

No és només un dret del progenitor encarcerat de veure pertorbat el menys possible el seu món relacional, és sobretot un dret del seufill, emparat pels drets del menor.

# 3

## **ELS TRASLLATS DE PRESOS NO AFECTEN NOMÉS A QÜESTIONS MERAMENT ORGANITZATIVES, CONSTITUEIXEN UN IMPORTANT MITJÀ PER A L'EXERCICI DE DETERMINATS DRETS FONAMENTALS**

**Carlos García Castaño**

Des de la perspectiva de l'actuació de l'Administració Penitenciària, la determinació del centre de compliment i, en general, la possibilitat de que els presos siguin trasllats d'un centre penitenciari a un altre ha estat històricament, i concretament durant els últims 35 anys, una qüestió d'Estat. No podem obviar l'anomenada política de dispersió instaurada l'any 1992 que, malauradament, encara persisteix en el moment actual, ni la posició que, en el seu dia va mantenir l'Administració per reclamar que el control de les seves decisions en aquesta matèria havia de ser dels Tribunals del Contenciós-Administratiu i no del Jutge de Vigilància Penitenciària, posició que finalment va sortir vencedora portant el Tribunal Constitucional a dictar la sentència de 1986.12.05, i al Tribunal Suprem a dictar diverses resolucions com a Sala de Re-

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

solució de conflictes, llevant aquest control als Jutges de Vigilància Penitenciària que de conformitat amb el que preveu l'art. 76.1 de la Llei Orgànica General Penitenciària, entre altres funcions, els correspon *salvaguardar els drets dels interns i corregir els abusos i desviacions que en el compliment dels preceptes penitenciaris puguin produir-se*.

El referit conflicte de jurisdicció no va ser una qüestió intranscendent, i en el nucli de l'assumpte es troba la gran contradicció existent en el fet de donar la competència a la jurisdicció contenciosa-administrativa. L'Administració Penitenciària ha sostingut aferrissadament que estem davant d'una qüestió organitzativa, ella és qui millor sap com es troben els centres penitenciaris i, per tant, saben quins reclusos han d'anar a cada un d'ells. I davant d'aquesta argumentació fal·laçment asèptica, es troben les realitats socials, personals i familiars dels presos, que res, o molt poc, tenen a veure amb l'organitzatiu: trasllats d'una ciutat a una altra per veure les mares o pares, a germanes o germans, o fills i filles, de vegades amb pernocta en un lloc proper al centre penitenciari. No totes les famílies tenen les mateixes possibilitats econòmiques, ni la capacitat personal per mantenir la fidelitat de la visita setmanal, i en innumbrables ocasions es deterioren les relacions, i tot això sota una excusa merament organitzativa.

En el cas del Jordi Cuixart i els seus companys de procediment, per evidents qüestions d'índole sociopolític, tot s'ha sobredimensionat, s'ha intentat pervertir la interpretació del contingut de la llei (... que si la decisió és del jutge d'instrucció, que si la SGIP ha d'estar al que li digui el TS sense que pugui prendre cap decisió l'administració penitenciària, etc. ...), afegint-se a això les dificultats que genera l'existència de dues administracions amb competència en la matèria, la central i la catalana.

Des del primer moment en què se'm va fer l'encàrrec professional de sol·licitar el trasllat de Jordi Cuixart a un centre penitenciari de Catalunya, la qüestió era clara: la nostra legislació, tant en la dimensió interna, com en la dels acords i tractats internacional que sobre la matèria ha anat ratificant Espanya, estableixen el dret dels reclusos a que l'administració fixi el centre de reclusió en el més proper possible al seu domicili familiar. És un dret del pres i de les seves famílies.

És una de les concrecions del dret a la intimitat familiar, al desenvolupament de la pròpia família, i com que hi ha menors, del dret a mantenir una relació el més normalitzada possible entre progenitors i fills que, com no pot ser d'altra manera, en aplicació de l'interès superior dels menors (principi fonamental de tota la legislació dictada en el desenvolupament de la Constitució), ha de provocar que l'Administració

**Els trasllats de presos no afecten només a qüestions merament organitzatives, constitueixen un important mitjà per a l'exercici de determinats drets fonamentals**

concreti els mitjans perquè els fills puguin veure els seus pares en unes condicions que no siguin traumàtiques, remouent els obstacles que poguessin impedir aquest dret.

En aquest marc, són quatre els arguments fonamentals que s'han utilitzat per a sol·licitar el trasllat, tots ells afecten drets fonamentals en sí mateixos, o que s'entronquen amb la dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, i el lliure desenvolupament de la seva personalitat a què es refereix l'art. 10 de la Constitució.

**DRET A ESTAR RECLÒS EN UN CENTRE PENITENCIARI PROPER AL DOMICILI**

L'art. 1 de la Llei Orgànica General Penitenciària determina que *les institucions penitenciàries regulades en la present Llei tenen com a fi primordial la reeducació i reinserció social ...*; i en el seu desenvolupament, l'Exposició de Motius del Reglament Penitenciari de 1996, va assenyalar que amb el nou reglament penitenciari que es dictava en aquest moment, es pretenia, entre d'altres coses enfortir els vincles amb *les seves famílies i la comunitat, en línia amb les conclusions de les Nacions Unides en la reunió de Tòquio de desembre de 1990*, el que venia a donar èmfasi i, per tant, a prioritzar, el mandat de l'art. 12.1 de la Llei Orgànica General Penitenciària, per a que *eviti el desarrelament social* dels reclusos, concretant el contingut del dret fonamental de l'art. 25.2 de la Constitució que ordena que el compliment de les penes es privatives de llibertat s'orienti *a la reeducació i reinserció social*.

En l'àmbit dels acords i tractats internacionals, la normativa és encara, si cap, més contundent. D'aquesta forma, Les Regles Mímines de les Nacions Unides per al Tractament dels Reclusos de 4 de maig de 2015 (Regles Nelson Mandela), estableixen les següents indicacions als Estats membres:

*... els reclusos seran internats en establiments penitenciaris a prop de la seva llar o al seu lloc de reinserció social.*

*... es vetllarà particularment pel manteniment i millora de les relacions entre el reclus i la seva família que redundin en benefici de les dues parts.*

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**

La Resolució 43/173, de 9 de desembre de 1988, de les Nacions Unides que recull el Conjunt de Principis per a la protecció de totes les persones sotmeses a qualsevol forma de detenció i tortura, preveu que ... *si ho sol·licita la persona detinguda o presa , s'ha de mantenir en el possible en un lloc de detenció o presó situat a una distància raonable del seu lloc de residència habitual.*

I en l'àmbit europeu Les Regles Penitenciàries (2006), refereixen que *Els interns han de ser destinats a presons situades el més a prop possible del seu domicili o del seu centre de reinserció social, i que En la mesura del possible, els interns han de ser consultats en relació amb el seu destí inicial i respecte a cada trasllat posterior d'una presó a una altra.* Fins i tot, amb anterioritat, l'Informe del Parlament Europeu, de desembre de 1998, en la seva Resolució sobre les condicions carceràries a la Unió Europea: reorganització i penes de substitució *demana enèrgicament que es prengui en consideració l'entorn familiar dels condemnats, afavorint, en particular, l'emprerament en un lloc pròxim al domicili de la seva família.*

## **DRET FONAMENTAL A LA INTIMITAT PERSONAL I VIDA FAMILIAR**

El dret a la intimitat i vida familiar, recollit en l'art. 18 de la CE de 1978, determina que l'Administració ha de ser escrupolosa a l'hora de disposar els mitjans necessari perquè els reclusos es relacionin amb la seva parella, fills i filles, i altres familiars, removent qualsevol obstacle que pogués entorpir l'exercici d'aquest dret fonamental.

En els darrers anys, i una vegada que ETA va deixar de tenir cap activitat, els tribunals han anat avançant a poc a poc en el reconeixement de que l'única manera de respectar el contingut d'aquest dret, en el cas de les persones privades de llibertat, és destinant-los a centres propers al seu domicili familiar, i, tot i que encara queda molt per concretar, s'ha d'esmentar el Vot particular que va formular el Magistrat Juan Antonio Xiol Ríos a la resolució 40/2017 de no-admissió, dictat en el recurs d'empara núm. 3312-2016, al qual s'adhereixen la Magistrada Adela Asua Batarrita i el Magistrat Fernando Valdés Dal-Ré., que sobre aquesta qüestió explica:

*El punt de partida d'aquesta anàlisi ha de ser, tal com es reconeix en el recurs judicial impugnat, que la regla general derivada de l'art. 12 de la Llei Orgànica General Penitenciària (LOGP) és que l'intern ha de complir la seva condemna*

**Els trasllats de presos no afecten només a qüestions merament organitzatives, constitueixen un important mitjà per a l'exercici de determinats drets fonamentals**

*en el centre penitenciari més proper al seu domicili per respecte al seu dret a la intimitat familiar. A partir d'això, si bé l'Administració penitenciària gaudeix d'un ampli marge d'apreciació per distribuir la població penitenciària, les seves decisions en aquesta matèria no són purament discrecionals i han d'estar informades per l'interès constitucional de l'intern derivat de l'art. 18.1 CE en el manteniment dels seus llaços familiars i socials. D'aquesta manera, la ingerència que en aquest dret fonamental es produeix amb el manteniment de l'intern en centres tan allunyats de la seva família que dificulta o fins i tot impossibilita les visites familiars només pot resultar proporcionada quan concorrin circumstàncies de pes que permetin l'excepció de la regla general de compliment a prop del domicili habitual imposada per l'art. 18.1 CE, per l'art. 8.1 CEDH i per l'art. 12 LOGP.*

Un altre Vot particular rellevant és el que va formular el Magistrat Ramón Sáez Valcárcel davant la Secció 1a de la Sala Penal de l'Audiència Nacional, en el Recurs d'Apel·lació núm. 652/2015 (del Jutjat Central de Vigilància Penitenciària):

*Del conjunt de totes aquestes normes s'infereix que el reclus reté la titularitat del seu dret a la vida familiar, sent condició o garantia del seu desenvolupament el que sigui destinat a una presó propera al domicili de la seva família. Només circumstàncies relacionades amb la insuficiència de mitjans de l'Estat poden explicar, que no justificar, l'allunyament d'un pres. Qualsevol altra finalitat a la qual es vulgui atendre amb l'estranyament del domicili familiar ha d'estar prevista a la llei, en limitar drets d'una persona presa, especialment vulnerable i, per això, objecte de consideració per part de l'Estat de dret.*

En realitat, aquests vots particulars no fan altra cosa que advertir les nostres administracions i tribunals que estem ignorant els acords i tractats que sobre la matèria ha subscrit Espanya en l'àmbit internacional. Entre les declaracions grandiloqüents que es realitzen, i fins i tot se signen en els organismes internacionals, i la seva aplicació a les realitats internes dels Estats, sempre es dona una important distància que costa caminar, tasca a la qual els agents socials hem de dedicar una especial atenció.

En aquestes declaracions, acords i tractats internacionals, subscrits, ratificats i aprovats per Espanya, hi ha múltiples al·lusions que obliguen l'Administració peni-

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

tenciària a disposar el necessari per afavorir l'exercici del dret a la intimitat personal i vida familiar, cosa que en el cas dels reclusos es concreta en la permanència en un centre penitenciari proper al domicili familiar.

El Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals estableix que *Tota persona té dret al respecte de la seva vida privada i familiar, del seu domicili i de la seva correspondència*, i ordena que *No podrà haver ingerència de l'autoritat pública en l'exercici d'aquest dret, sinó en la mesura que aquesta ingerència estigui prevista per la llei i constitueixi una mesura que, en una societat democràtica, sigui necessària per a la seguretat nacional, la seguretat pública, el benestar econòmic del país, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o de la moral, o la protecció dels drets i les llibertats dels altres.*

La Convenció de Drets de l'Infant reconeix el dret a *mantenir relacions personals i contacte directe amb tots dos pares de manera regular, llevat que això sigui contrari a l'interès superior de l'infant*; el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics preveu que *La família és l'element natural i fonamental de la societat i té dret a la protecció de la societat i de l'Estat*, advertint que *Ningú no serà objecte d'ingerències arbitràries o il·legals en la seva vida privada, la seva família, el seu domicili o la seva correspondència, ni d'atacs il·legals al seu honor i reputació. Tota persona té dret a la protecció de la llei contra aquestes ingerències.*

Entre les Directrius del Comitè de Ministres del Consell d'Europa de 4 d'abril de 2018, es recull que el Consell d'Europa considera necessari que la presó on es trobi el pare o la mare del menor estigui el més propera possible a la llar i que les visites es realitzin en un espai agradable per als nens o fins i tot en un lloc proper a l'establiment.

De conformitat amb aquestes declaracions, hi ha pronunciaments del Tribunal Europeu de Drets Humans que han reconegut que queda afectat el dret a la vida familiar en aquells supòsits en els quals la llunyania del centre penitenciari del domicili familiar impossibilita o dificulta el normal desenvolupament del contacte amb familiars més propers a través de les diverses institucions penitenciàries dissenyades per al manteniment dels vincles familiars (SSTEDH de 25 d'octubre de 2013, assumpte Khodorkovskiy i Lebedev c. Rússia; de 23 d'octubre de 2014, assumpte Vintman c. Ucraïna, o de 14 de gener de 2016, assumpte Rodzevillo c. Ucraïna). A tall d'exemple:



**Els trasllats de presos no afecten només a qüestions merament organitzatives, constitueixen un important mitjà per a l'exercici de determinats drets fonamentals**

Sentència de 24 de maig de 2011 del TEDH dictada en l'Assumpte Saleck Bardi contra Espanya: *El Tribunal ha afirmat en nombroses ocasions que l'article 8 implica el dret d'un progenitor a mesures adequades per a reunir-se amb el seu fill i l'obligació de les autoritats nacionals d'adoptar-les (...).*

Sentència TEDH, cas Messina c. Itàlia, de 28 setembre de 2000, que respecte de l'art 8.1 del Conveni Europeu de Drets Humans en relació al dret al respecte de la vida privada i familiar i del seu domicili va establir: *en efecte, aquesta ha expressat clarament que, tot i que qualsevol detenció regular comporta per la seva naturalesa una restricció a la vida privada i familiar de l'interessat, és, no obstant això, essencial per al respecte de la vida familiar que l'administració penitenciària ajudi el detingut a mantenir un contacte proper amb la seva família propera.*

## **DRET DELS FILLS MENORS A MANTENIR UNA RELACIÓ NORMALITZADA, EN EL POSSIBLE, AMB ELS SEUS PROGENITORS**

En el nostre cas, existint fills menors, es va posar de relleu l'interès superior del menor, com l'altra cara de la mateixa moneda del dret a la vida familiar. En aquest sentit, la Constitució recull que *Els poders públics asseguruen la protecció social, econòmica i jurídica de la família ...*, o que *els nens gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets.*

La Llei de Protecció Jurídica del Menor, de conformitat amb la redacció donada per l'article primer de la L.O. 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència resulta d'especial importància, reconeixent que *Tot menor té dret a que el seu interès superior sigui valorat i considerat com a primordial en totes les accions i decisions que li concerneixin, tant en l'àmbit públic com privat. En l'aplicació d'aquesta llei i altres normes que l'afectin, així com en les mesures concernents als menors que adoptin les institucions, públiques o privades, els Tribunals, o els òrgans legislatius, prevaldrà l'interès superior dels mateixos sobre qualsevol altre interès legítim que hi pogués concórrer.*, advertint que *En cas de concórrer qualsevol altre interès legítim al costat de l'interès superior del menor s'hauran de prioritzar les mesures que, responent a aquest interès, respectin també els altres interessos legítims presents, arribant fins i tot En cas que no puguin respectar-se tots els interessos legítims concurrents (...)* a (...) fer pre-

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

*valdre l'interès superior del menor sobre qualsevol altre interès legítim que hi pugui concórrer.*

Respecte de l'interès superior del menor i les obligacions que el mateix genera en les administracions, el Tribunal Constitucional es va pronunciar en la Sentència 186/2013, de 4 de novembre de 2013. Recurs d'empara 2022-2012:

*En aquest sentit hem de tenir present que l'art. 39.4 CE estableix que els nens gaudiran de la protecció prevista en els acords internacionals que vetllen pels seus drets i, en relació amb això, que l'art. 3.1 de la Convenció de les Nacions Unides de 20 de novembre de 1989, de drets de l'infant (ratificada per Instrument de 30 de novembre de 1990 i publicada al «BOE» núm. 313, de 31 de desembre de 1990), preveu que en les decisions de les autoritats administratives en què puguin resultar concernits els nens s'ha de considerar l'interès d'aquests d'una manera principal, rellevància interpretativa de l'interès superior del menor que s'ha posat de manifest en la recent doctrina constitucional (STC 127/2013, de 3 de juny, FJ 6, i 167/2013, de 7 d'octubre, FJ 5).*

Totes aquestes manifestacions del nostre dret intern provenen de pronunciaments previs promulgats en l'àmbit internacional, que han estat ratificats per l'Estat espanyol:

La Convenció de Drets del Nen de Nacions Unides, estableix com a drets irrenunciables de l'infant:

*que ... no sigui separat dels seus pares contra la voluntat d'aquests, excepte quan [...] aquesta separació és necessària en l'interès superior de l'infant.*

*...mantenir relacions personals i contacte directe amb tots dos pares de manera regular, llevat que això sigui contrari a l'interès superior de l'infant*

*No ser objecte d'ingerències arbitràries o il·legals en la seva vida privada, la seva família, el seu domicili o la seva correspondència, ni d'atacs il·legals al seu honor i la seva reputació., reconeixent expressament la protecció de la llei contra aquestes ingerències o atacs.*

**Els trasllats de presos no afecten només a qüestions merament organitzatives, constitueixen un important mitjà per a l'exercici de determinats drets fonamentals**

La Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea (2000 / C 364.101): recull que *En tots els actes relatius als menors duts a terme per autoritats o institucions privades, l'interès superior del menor constituirà una consideració primordial. I que, Tot menor té dret a mantenir de forma periòdica relacions personals i contactes directes amb el seu pare i amb la seva mare, llevat que siguin contraris als seus interessos.*

La Resolució 631.241 de l'Assemblea General de Nacions Unides, entre moltes altres qüestions, *Exhorta també tots els Estats a que tinguin en compte els efectes de la detenció i empresonament dels pares en els nens, i en particular al fet que: ... b. Determinin i promoguin bones pràctiques en relació amb les necessitats i el desenvolupament físic, emocional, social i psicològic dels nadons i els nens afectats per la detenció i empresonament dels pares.*

Les Regles de les Nacions Unides per al tractament de les recluses i mesures no privatives de la llibertat per a les dones delinqüents (Regles de Bangkok) aprovades per l'Assemblea General de 6 d'octubre de 2010, manifesten que: *Algunes de les presents regles es refereixen a qüestions que interessin a reclusos de tots dos sexes, com les relatives a les responsabilitats maternes v paternes, alguns serveis mèdics i els procediments de registre personal, entre d'altres coses, tot i que en elles s'aborden principalment les necessitats de les dones i dels seus fills. No obstant això, com també se centren en els fills de les dones recloses, s'ha de reconèixer la funció determinant de tots dos pares en la vida dels nens. Per tant, algunes de les presents regles també s'apliquen als reclusos i delinqüents que són pares; o que En la mesura del possible, les dones seran enviades a presons properes a la seva llar o els seus centres de rehabilitació social, tenint presents les seves responsabilitats de cura dels nens, així com les seves preferències i la disponibilitat de programes i serveis apropiats.*

El Preàmbul de la Recomanació CM / Rec (2018)5 sobre els fills dels detinguts del Comitè de Ministres del Consell d'Europa, de 4 d'abril de 2018, declara: *Reafirmant que els fills dels detinguts hauran de gaudir dels mateixos drets que els altres fills; per mitigar un efecte negatiu evitable de la detenció d'un pare sobre els nens i la jurisdicció parental, per protegir el desenvolupament de l'infant i promoure la reunificació familiar, si s'escau; i reconeixent que els fills dels detinguts són persones vulnerables i que la seva consideració, les necessitats i els seus drets formen part integrant de l'Estratègia del Consell d'Europa dels Drets de l'Infant (2016-2021) i també hauria de formar part de programes nacionals multisectorials, multidisciplinaris, de protecció infantil, i entre les indicacions de les referides recomanacions es refereix que per garantir que aquesta recomanació i el seu informe explicatiu es tradueixin i*

## Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari

*difonguin el més àmpliament possible i, en particular, a totes les autoritats, organitzacions, professionals i associacions afectades, a més de fer accessible als nens i als seus pares empresonats.*

Finalment, l'Informe sobre condicions i sistemes penitenciaris (201512062 (/NI)) de la Comissió de Llibertats Civils, Justícia i Assumptes d'Interior del Parlament Europeu de 5 d'octubre de 2017, recull les següents indicacions:

*Demana a la Comissió que promogui polítiques destinades a superar la discriminació que puguin patir els fills de reclusos, des de la perspectiva de l'enfortiment de la integració social i la construcció d'una societat integradora i justa.*

*Reconeix el dret dels nens a mantenir contacte directe amb el seu progenitor reclús i, al mateix temps, reitera el dret del reclús a exercir la seva funció de cura dels seus fills; estima, a aquest respecte, que les presons han de comptar amb un espai infantil apropiat en el que s'ocupin dels nens funcionaris de presons degudament formats, assistents socials i voluntaris d'ONG que poden assistir els nens i les seves famílies durant les visites a la presó.*

*Demana a la Comissió que consideri la possibilitat d'elaborar un memoràndum d'acord a escala de la Unió per tal d'assegurar el manteniment de la relació parental amb els progenitors reclusos i de permetre als progenitors estar presents en moments importants de l'educació de seus fills, salvaguardant així els interessos dels menors.*

## DRET DE DEFENSA

Una dimensió a la qual se li va donar menys importància durant els mesos transcorreguts entre la petició de trasllat i la concreció del mateix, però que, per a mi, donada la meva condició d'advocat penalista amb més de trenta anys d'experiència, resulta de molta importància, és l'afectació al dret de defensa d'aquells interns reclusos a molts quilòmetres del despatx professional del seu lletrat.

La Constitució recull que *tots tenen dret ... a la defensa ...*, i al desenvolupar aquest dret en la Llei d'Enjudiciament Criminal, es diu que *El dret de defensa s'exercirà sense més limitacions que les expressament previstes en la Llei des de l'atribució*

**Els trasllats de presos no afecten només a qüestions merament organitzatives, constitueixen un important mitjà per a l'exercici de determinats drets fonamentals**

*del fet punible investigat fins a l'extinció de la pena, dret que comprèn l'assistència lletrada d'un advocat de lliure designació o, si no, d'un advocat d'ofici, amb el qual podrà comunicar-se i entrevistar-se reservadament, fins i tot abans que se li rebi declaració per la policia, el fiscal o l'autoritat judicial, sense perjudici del que disposa l'article 527 i que estarà present en totes les seves declaracions, així com en les diligències de reconeixement, acaraments i reconstrucció de fets.*

La nostra legislació processal penal sobre el dret de defensa no fa altra cosa que desenvolupar el contingut de l'Article 14.3 b) del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics que concreta que *Durant el procés, tota persona acusada d'un delictes té dret, en plena igualtat, a les següents garanties mínimes: ... b. A disposar del temps i dels mitjans adequats per a la preparació de la seva defensa i a comunicar-se amb un defensor de la seva elecció.*

## **CONCLUSIÓ**

Com es pot observar, la confluència de drets, molts d'ells fonamentals, que es donen en la determinació del centre de destinació d'una persona privada de llibertat en un centre penitenciari, és enorme, i el intentar amagar-los, tapar-los o, simplement, mirar cap a una altra banda, sota l'argument de que es tracta d'una qüestió merament organitzativa, és vulnerar els drets dels presos i empètir l'estat de dret. Durant tots aquests anys d'exercici professional, tinc la impressió de que cada vegada que hi ha dificultats per al ple exercici dels drets fonamentals dels ciutadans, i en el cas de les persones privades de llibertat es produeix amb força freqüència, en comptes d'intentar remoure els obstacles que impedeixen el seu ple exercici, els limitem, en ocasions els neguem, i adoptem una postura conformista parlant de drets d'aplicació progressiva, o de principis orientadors.

## **Persones privades de llibertat. Conseqüències de l'allunyament penitenciari**