

JUAN MANEL GUTIÉRREZ I ALBENTOSA

El principio del interés del menor

A propósito de la estancia de menores,
junto con sus madres reclusas,
en centros penitenciarios

The lower half of the cover features a black and white photograph. In the foreground, the silhouettes of a woman and a young child are visible, standing behind a chain-link fence. The woman is on the right, and the child is on the left, looking towards her. The background behind the fence is a blurred, light-colored landscape.

JMB
BOSCH EDITOR

Esta obra se centra en el análisis y comentario de la normativa penitenciaria estatal (Ley orgánica general penitenciaria y su reglamento) que regula las Unidades de madres de los centros penitenciarios, Unidades donde conviven las citadas madres reclusas junto con sus hijos o hijas de edad inferior a los 3 años; dicho análisis lo hemos realizado bajo el prisma del principio del interés superior del menor.

La finalidad del estudio presente es que suponga un avance en el conocimiento del citado principio del interés superior del menor, en el contexto penitenciario, a partir de la presencia de menores en dicho contexto, esto es, en las mencionadas Unidades de madres que se ubican en el interior de dichos centros.

Creemos haber conseguido dicho avance en un contexto –el penitenciario– que, aunque ha sido estudiado profusamente, esta obra aporta elementos innovadores en relación con obras anteriores, que son las propuestas de mejora del marco legislativo que enunciamos al final del estudio presente, propuestas que esperamos lleguen al legislador y, en todo caso, a los operadores jurídicos, sociales y educativos para recibir –para debatir– de éstos otras –más y mejores– propuestas de mejora del marco legislativo regulador de la presencia de menores en las Unidades de madres de los centros penitenciarios.



JOAN MANEL GUTIÉRREZ I ALBENTOSA

Doctor en Derecho

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS DEL MENOR.

**A propósito de la estancia de menores,
junto con sus madres reclusas,
en centros penitenciarios**

PRÓLOGO DE

Dr. Carlos Villagrasa Alcaide

Profesor titular de derecho civil de la Universitat de Barcelona.
Director del Master en Derecho de Familia e Infancia de la Universitat
de Barcelona. Presidente de la Asociación para la Defensa de
los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA)

Barcelona
2019



BOSCH EDITOR

© MAYO 2019 JOAN MANEL GUTIÉRREZ I ALBENTOSA

© MAYO 2019



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-120243-1-9

ISBN digital: 978-84-120243-2-6

DL: B14138-2019

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà Sanson

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Nota preliminar.....	11
Prólogo.....	15
Introducción.....	19
CAPÍTULO I	
EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EL EL DE- RECHO CIVIL DE CATALUNYA.....	
1. Introducción.....	29
1.1. Regulación en la normativa catalana.....	35
1.1.1. En el Código Civil de Catalunya, Libro II.....	36
1.1.2. En la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.....	38
CAPÍTULO II	
NORMATIVA DE LAS UNIDADES DE MADRES.....	
2. Introducción.....	47
2.1. Breve reseña histórica de la presencia de menores en las pri- siones.....	50
2.1.1. Edad máxima de permanencia del menor en las Uni- dades de madres.....	54
2.2. El interés superior del menor y las Unidades de madres en los textos normativos internacionales.....	58
2.3. El interés superior del menor y las Unidades de madres en los textos normativos nacionales.....	61

2.3.1. Ley orgánica general penitenciaria	63
2.3.2. Reglamento penitenciario	64
2.3.3. Fiscalía General del Estado, doctrina	68
2.3.4. Instituciones penitenciarias, Instrucciones	69
2.3.5. Las Unidades de madres en los establecimientos peni- tenciarios militares	70
2.4. El interés superior del menor y las Unidades de madres en los textos autonómicos (Catalunya)	72
2.5. Alternativas: las Unidades externas de madres	73
CAPÍTULO III	
EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS UNIDADES DE MADRES	77
3. Introducción	77
3.1. El menor que reside en la Unidad de madres no está desam- parado	78
3.2. Resumen y comentario sobre las entrevistas realizadas.....	79
3.3. Toma de postura: sobre la presencia –insuficiente– del princi- pio del interés del menor en la normativa penitenciaria	83
3.3.1. Hacia el derecho fundamental a la educación y a la re- socialización	84
Conclusiones	89
Bibliografía utilizada	97

Prólogo

Cuando la Convención sobre los Derechos del Niño, el convenio internacional más ratificado de la historia, cumple treinta años de edad, seguimos sin madurar. Seguimos sin creernos y sin asimilar el cambio de paradigma que introdujo en el derecho de la niñez, porque replanteó su dimensión jurídica, enterrando la doctrina de la situación irregular, y promoviendo la doctrina de la protección integral, en la consideración de niños, niñas y adolescentes como sujetos de pleno derecho.

Con el nacimiento de la persona se inicia una etapa de crecimiento y desarrollo, en el que hay que atender a la capacidad progresiva de la persona para ejercer sus derechos, de los que es titular desde que nació, sin olvidar que los límites deben interpretarse restrictivamente y que sus representantes legales deben siempre atenderles de manera idónea y en consideración a su interés superior.

El ordenamiento jurídico debe prestar atención a todo el colectivo de niños, niñas y adolescentes, para que puedan ejercer sus derechos de manera responsable, como la mejor oportunidad de comprender y asumir sus deberes correspondientes, paulatinamente a su madurez.

Solo cuando fallan las garantías del necesario respeto a la plena realización de sus derechos, cuando se les niegan las condiciones adecuadas para la atención de sus necesidades y no se asegura su bienestar, de conformidad con los condicionantes o circunstancias de cada caso concreto, debe articularse un sistema de protección que sea eficiente, sin olvidar que la prevención de las situaciones de riesgo debe ser el baluarte que evite, en lo posible, situaciones de victimización secundaria y de violencia institucional.

No basta con normativa previsor, sino que es preciso además sensibilización social, que permita articular actitudes preventivas, mediante denuncias anónimas, e intervenciones anticipadas, mediante actuaciones profesionales, como la coordinación de parentalidad, que impidan que las amenazas potenciales se conviertan en auténticas situaciones de desamparo, porque estas son situaciones objetivas, ajenas a la situación de privación de libertad de una madre, que es madre.

Una infancia que nace o que crece, en sus primeros años de vida, en un centro penitenciario, puede ser libre, si conseguimos que se desarrolle en un contexto idóneo, sano y afectivo, hacia la conquista de una niñez feliz, que es la mejor obra que podemos afianzar también para las generaciones futuras. Hay que evitar que la prisión no sea una condena adicional, invisible y permanente, para los hijos y las hijas de las reclusas, como se persigue a través de las Recomendaciones números 30 y 34 del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas.

Nos queda mucho por hacer, y especialmente frente a la niñez que nace y comienza a andar y a hablar en contextos de vulnerabilidad, por sus propias condiciones o por las de su familia, en consideración a su derecho a vivir y a estar con su propia familia, siempre que pueda garantizarle de manera idónea el libre desarrollo de su personalidad. La infancia vulnerable nos impone prestar mayor atención, proveer de recursos y medidas que sean eficientes para el cumplimiento de sus derechos, y que permitan dar eficacia concreta a su interés superior.

Si el principio del interés superior, inspirador de cualquier decisión que le afecte, ha ido calando, gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Carta Europea de los Derechos del Niño, en la normativa y en las medidas de protección a la infancia, tanto judiciales, como administrativas, tanto en el sistema continental, como en el sistema anglosajón, nuestra desactualizada legislación penitenciaria, parece obviarlo, al resultar invisible una situación que se desprecia como marginal, y esa preterición es, por sí sola, una negación de su interés superior.

En todo ese sentido, se dirige la obra que tienen entre sus manos, que responde a un trabajo realizado desde propósitos y con objetivos encomiables. A partir de un destacable trabajo de campo, en torno a la pri-

mera infancia, que nace y crece en las denominadas unidades de madres, de implantación residual –porque solo cinco provincias cuentan con estas dependencias–, incluyendo los departamentos mixtos –como el que existe en el centro penitenciario de Aranjuez–, y que son infraestructuras ubicadas en algunos centros penitenciarios de mujeres o en establecimientos penitenciarios militares, surgen pautas, reflexiones y propuestas, tamizando la normativa penitenciaria con el principio del interés superior del menor y de su derecho a estar con su madre.

España destaca por ser el país europeo con mayor índice de mujeres privadas de libertad.

La sociedad debe conocer una situación de esas unidades que se crean en el año 1989 para que los hijos y las hijas no estén en celdas comunes con sus madres, a instancias de un informe del Defensor del Pueblo, aunque con antecedentes normativos desde el siglo XVIII, y que merece mayor atención profesional y jurídica, desde ese cambio actual de perspectiva, que significa reconocer la preeminencia al derecho de todo niño, de toda niña, a recibir un trato adecuado y a que se evite su vulnerabilidad, su estigmatización y su etiquetamiento, de presente y de futuro, por haber pasado su primera infancia en un centro penitenciario.

El marco jurídico de aplicación debe cohonestarse con las condiciones que deben tomarse en consideración desde la situación de detención policial de una mujer con hijos a su cargo, hasta la propia gestación y la maternidad en prisión.

La edad límite, que en España bajó de los seis años a los tres años de edad, en el año 1995, oscila en muchos países en edades que van hasta los seis años del hijo o de la hija de la madre en prisión preventiva o que cumple condena de privación de libertad, especialmente en situación de segundo grado.

Y como no puede ser de otro modo, conociendo y apreciando la sensibilidad y el rigor del autor de esta obra, la normativa y las orientaciones profesionales, especialmente las derivadas de las instrucciones de fiscalía o de las circulares de los organismos estatales y autonómicos con competencia en materia de protección de menores, así como la relevancia de la opinión del ministerio fiscal, de la fiscalía de menores, y de las decisiones de las

autoridades judiciales de vigilancia penitenciaria, se replantea desde fundamentos pedagógicos y educativos.

No se trata de una obra teórica, sino que, a partir de las bases legales, y con un acercamiento a la situación real constatada, se erige en el redescubrimiento de un fenómeno poco conocido, respecto del que se introducen relevantes propuestas prácticas de «lege ferenda».

La experiencia práctica, el respeto interprofesional y el recto conocimiento legal, son las mejores herramientas para coadyuvar a la delimitación de un tratamiento jurídico idóneo, suficiente y completo, de los hijos y de las hijas de madres que se encuentran privadas de libertad, para que realmente podamos afirmar que su derecho a estar con su familia se cumple con plena efectividad del principio de su interés superior.

El autor se siente satisfecho por esta obra, y así lo manifiesta, pero a la vez se muestra decepcionado, ante el desconocimiento y la anomia legal respecto de este fenómeno, pero yo le daría a tal decepción un valor positivo acumulado a su satisfacción, que quiero expresar. El conocimiento nos hace tan libres, como conscientes de las injusticias, y la oportunidad de compartirlo, es lo que nos permite contribuir a denunciar y dirigirnos a erradicar esas injusticias.

Joan Manel Gutiérrez Albentosa nos ofrece los frutos que ha recogido con su trabajo sociojurídico, con esta obra, y esos frutos nos dejan semillas para cultivar, entre todos, hacia la labor de la plena realización de los derechos de la infancia y la adolescencia, y contra su vulnerabilidad, en un ámbito tan sensible como es su derecho a vivir en familia, a estar con su madre, cuando esta está privada de libertad.

Todo un reto, gracias por compartirlo.

Carlos Villagrasa Alcaide

Profesor titular de derecho civil de la Universitat de Barcelona. Director del Master en Derecho de Familia e Infancia de la Universitat de Barcelona. Presidente de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA)

Viña del Mar, 11 de abril de 2019