



**Resolución 2015R-1500-15 del Ararteko, de 15 de diciembre de 2015, por la que se recomienda a la Diputación Foral de Álava que defienda, ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, los derechos de los y las menores sujetos a su tutela cuyos progenitores se encuentren en prisión.**

### Antecedentes

**PRIMERO.-** Acudió ante el Ararteko una ciudadana que se encuentra en prisión, en queja por las dificultades que impedían a sus hijos, según exponía, ejercer su derecho a relacionarse con ella. Se trata de un chico de 17 años de edad y una chica de 6, tutelados por el Consejo del Menor de Álava desde el año 2011.

La privación de libertad de la reclamante está relacionada, precisamente, con la responsabilidad penal en la que incurrió con motivo de haber sustraído a los menores de dicha tutela. Afirma que, en todo caso, el Consejo del Menor (en adelante, CM) había dictaminado la conveniencia de que estos mantuvieran comunicación con su madre, a través de un encuentro cada quince días con la niña, mientras que la comunicación con el hijo, como corresponde a su edad, sería según el criterio de este. Nos indicaba que, a pesar de ello, sus hijos llevaban 10 meses sin poder comunicar con ella.

**SEGUNDO.-** Al estar en juego los derechos de personas menores de edad, nos pusimos inmediatamente en contacto con el centro penitenciario con el fin de confirmar y, en su caso, contribuir a allanar los obstáculos que pudieran estar impidiendo la comunicación efectiva entre la reclusa reclamante y sus hijos. De esta forma tuvimos constancia de que la Dirección del Centro había acordado, efectivamente, suspender las comunicaciones que la interna pudiera solicitar en un futuro con sus dos hijos. Lo había hecho con fecha 9/02/15, a raíz de que el día 5 de enero la reclamante, estando aún en prisión preventiva, viera denegada su solicitud de permiso extraordinario para acudir a un punto de encuentro familiar y comunicar en él con sus hijos. El Juzgado de Instrucción que había decretado su privación de libertad entendió que no procedía acceder a lo solicitado, en atención a que el delito del que la solicitante estaba acusada era, precisamente, el de sustracción de menores en relación con los hijos.

El mismo día en que las autoridades penitenciarias acordaron dicha suspensión de comunicaciones, la interna formuló recurso contra la misma ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, el cual, a su vez, se inhibió en favor del Juzgado de Instrucción a disposición del cual, como ya ha quedado expuesto, permanecía la reclamante en prisión preventiva.

Con fecha 25/03/15, sin embargo, la Audiencia Provincial de Álava confirmó, en apelación, la condena que había impuesto a la reclamante un Juzgado de lo Penal. En consecuencia, el 02/06/15 la interna remite nuevo escrito al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao reiterando su anterior solicitud, argumentando





que *“hasta ahora nos decían que estábamos de preventivas.....pero ya estamos como condenados, por lo que le ruego nos darían una solución”*.

A la vista de esta solicitud, el Juzgado de Vigilancia abrió nuevo expediente y requirió informe de la Dirección del Centro. Es este el momento en que la interesada se dirigió al Ararteko.

**TERCERO.-** El Ararteko solicitó la colaboración del Consejo del Menor (“CM” posteriormente”), para que le informara de los siguientes extremos:

- Régimen de comunicación materno-filial establecido por el CM: descripción del mismo, razones que lo motivaron y cambios que hubiera experimentado a partir del ingreso en prisión de la reclamante.
- Dificultades existentes, en su caso, para que pudiera tener lugar el contacto entre madre e hijos.
- Actuaciones llevadas a cabo por el CM para promover el cumplimiento del régimen de comunicación establecido en aras del interés superior de los menores. En particular, nos interesábamos acerca de si se había solicitado al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que se pronunciara sobre la existencia de eventuales obstáculos para la comunicación madre-hijos por causa de la permanencia de la primera en prisión.
- Actuaciones previstas para promover la relación materno-filial y cualquier otra cuestión de interés con relación a los anteriores hechos.

CUARTO.- Con fecha 29 de septiembre tuvo entrada en esta institución la respuesta del ente foral, fechada el día 21 del mismo mes. En ella, el CM confirmaba que tenía asumida la tutela de los menores, así como su guarda en acogimiento residencial. Indicaba que desde la asunción de la tutela había diseñado un plan de intervención, en el marco del cual se habían establecido varios regímenes de comunicación entre ellos y sus progenitores, con fechas 10/12/14, 22/01/15, 9/02/15, 13/07/15. Su objetivo era el mantenimiento del vínculo materno-paterno-filial, con la intención de que los contactos fueran en aumento. El Consejo venía abogando, además, en favor de que esa comunicación pudiera tener lugar fuera de la prisión, todo ello condicionado por el funcionamiento del régimen del centro y de acuerdo con el reglamento y la ley penitenciaria.

En cuanto a la última de las resoluciones citadas, de fecha 13 de julio de 2015, se había establecido un régimen de visitas especial durante el tiempo en el que permanecieran privados de libertad los progenitores de los menores, consistente en contactos telefónicos en el tiempo y forma en que dichas comunicaciones fueran aprobadas de acuerdo con el Reglamento Penitenciario. Se contemplaban asimismo visitas presenciales, y se acordaba intentar que las mismas se llevaran a cabo .en el exterior de la prisión, en medio cerrado, en cuanto se pudiera arbitrar un sistema con las garantías suficientes. Las visitas que debieran celebrarse en el Centro





Penitenciario con ambos hijos tendrían lugar con autorización de la autoridad penitenciaria o judicial. Su frecuencia sería la siguiente:

- Por lo que se refiere a la menor, y para su mejor desenvolvimiento escolar, se establecía una visita cada quince días, que debería contar con la aprobación del Área del Menor y la Familia con una antelación de un mes.
- En cuanto a su hermano, de 17 años de edad, la comunicación vendría condicionada por su disponibilidad.

Dicho régimen de visitas podía ser modificado en función de la evolución del plan del caso, bajo la supervisión del Área del Menor y la Familia. El CM concluía este punto de su respuesta reconociendo que los menores *"muestran un malestar importante puesto que llevan alrededor de 10 meses sin poder mantener un contacto presencial con sus padres y unos meses sin poder tener contactos telefónicos con ellos"*.

Por lo que se refiere a actuaciones judiciales, el CM nos informaba de la denegación de permiso extraordinario a la que nos hemos referido en el punto anterior, acordada por el Juzgado de Instrucción el 5 de enero de 2015. Señalaba que el Juzgado no había permitido que la solicitante saliera de la cárcel, en atención a que el delito por el que permanecía en ella era el de sustracción de menores en relación con sus hijos.

En cuanto a la cuestión de saber si el Área del Menor y la Familia se había dirigido al respecto al Juzgado de Vigilancia penitenciaria, se nos indicaba que no lo había hecho, *entendiendo que no existe en este momento ningún expediente judicial abierto por presunta vulneración de derechos de los internos, o por lo menos no se ha notificado a esta Entidad Pública*. Indicaba, en todo caso, que la técnico encargada del caso estaba en continua relación con la familia, *"recabando información sobre estas dificultades en el cumplimiento del régimen de visitas e intentando establecer puentes de relación- coordinación con los técnicos de Instituciones penitenciarias para que, en beneficio e interés de los menores, se reanuden el régimen de visitas."*

El CM concluía su repuesta manifestando lo siguiente: *"En base a la reciente modificación en la Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor y de la Ley Ordinaria 26/2015 de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que han tenido su entrada en vigor en el mes de agosto pasado, se va a articular una petición a la Dirección del Centro Penitenciario Araba para que se pueda dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil, recientemente reformado, y que prevé el reconocimiento a los hijos menores del derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad y en caso de privación de libertad, siempre que el interés del menor lo recomiende, cuyo artículo concede la comunicación, con éstos debidamente acompañados, al centro penitenciario en el que se encuentren, incidiendo la nueva redacción del*





*artículo 161 en que es competencia exclusiva de la entidad pública, la de establecer mediante resolución motivada el régimen de visitas y de comunicación respecto a los menores en situación de tutela o guarda, así como su suspensión temporal, informando de ello al Ministerio Fiscal. De esta manera, valoramos que Instituciones Penitenciarias removerá los obstáculos existentes para el ejercicio de estos derechos”.*

QUINTO: A la vista de esta respuesta, nos interesamos por el caso ante el Juzgado de Vigilancia, para trasladar la necesidad de resolver cuanto antes, en aras del interés prioritario de los menores, el expediente que se hubiera abierto, en su caso, a raíz de la queja de la que nos daba cuenta la interna. El Juzgado nos confirmó la existencia de dicho expediente, así como que en breve sería resuelto.

SEXTO: El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria emitió finalmente su resolución, levantando la suspensión de las comunicaciones, y estableciendo un régimen de visitas en los términos señalados por el CM en su resolución de 13 de julio de 2015. Los menores llevaban para entonces aproximadamente un año sin ver a su madre.

### Consideraciones

PRIMERA: Con el fin de delimitar el alcance y objeto de nuestra intervención, hemos de comenzar señalando que el Ararteko no puede pronunciarse sobre la suspensión administrativa de las comunicaciones entre la reclamante y sus hijos. Y ello, por dos motivos: por un lado, porque fue acordada por las autoridades penitenciarias, que al pertenecer al Ministerio del Interior están fuera de nuestro ámbito de control; por otro, porque la actuación administrativa cuestionada ha sido impugnada ante el Juzgado de Vigilancia, lo que excluye toda intervención ajena al ámbito jurisdiccional.

El presente expediente versa sobre la actuación que la Diputación Foral de Álava, a través de su CM, ha desarrollado en defensa de unos menores sujetos a su tutela cuyos progenitores se encuentran en prisión. Partimos para ello de un criterio fundamental: la necesidad de que la Diputación se muestre activa en la defensa de los niños y jóvenes a su cargo, acudiendo a la autoridad judicial ante aquellas actuaciones administrativas que puedan condicionar la efectividad de sus derechos.

Como titular de la tutela de los hijos de la reclamante, y atendiendo a su interés prioritario, el CM dictaminó la conveniencia de que mantuvieran contacto y comunicación regular con su madre, en los términos y circunstancias expresados en el Antecedente Cuarto. A juicio de esta institución, ello generaba una doble obligación en Derecho:

- En cuanto a las autoridades penitenciarias, la de tener en cuenta este criterio y ponderarlo, junto con el resto de factores que pudieran





concurrir en cada momento, de cara a mantener o levantar la suspensión de dichas comunicaciones.

- En cuanto al propio ente foral, la de hacerlo valer ante los tribunales, en cumplimiento de los deberes que la Ley impone a quien ejerce la tutela.

Por consiguiente, nuestra labor de control se circunscribe, en todo caso, a este último aspecto.

SEGUNDA: Según se desprende de los antecedentes, la reclamante presentó dos quejas por este motivo ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. La primera dio lugar a la inhibición de éste último en favor del Juzgado de instrucción a disposición del cual permanecía en prisión preventiva; la segunda, presentada ya en condición de penada, dio lugar a la apertura de un expediente en dicho Juzgado, en el marco del cual su titular solicitó informes tanto a la prisión como al propio CM.

En el momento en el que el CM responde a la petición de información que le hace llegar el Ararteko, la existencia de dicho expediente condicionaba, ineludiblemente, todo intento de allanar dificultades en el cumplimiento del régimen de visitas. Resulta por ello sorprendente que, en su escrito de respuesta, el CM manifestara no tener conocimiento de que existiera ningún expediente judicial al respecto, máxime teniendo en cuenta que, al mismo tiempo, nos indicaba que su personal se mantenía en continua relación con la familia, recabando información sobre tales dificultades.

TERCERA: En todo caso, el deber de actuar existiría aunque ese expediente no hubiera sido incoado, pues es consecuencia de la proactividad con la que las Administraciones Públicas deben defender el interés del menor, máxime cuando ostentan su tutela.

La función de tutela implica el deber de cuidar y velar por el menor, alimentarlo, educarlo y darle una formación integral. En el caso de que falten las personas a las que corresponde ejercer estos deberes de asistencia moral y material, o bien incumplan o lo ejerzan de manera inadecuada, es la Administración la que debe proporcionarla, y a quien se le debe exigir que cumpla adecuadamente esta función. Esto ha de entenderse a la luz de lo dispuesto en el art. 154 del Código Civil, así como del art. 17 de la Ley vasca de Atención y Protección a la Infancia y Adolescencia, que establece:

*“Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a defender sus derechos por sí mismos cuando lo permitan las leyes y, en todo caso, mediante sus representantes legales, siempre que éstos no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los de la persona menor de edad, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza puedan transmitir su opinión objetivamente. Las personas que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda quedan obligadas a la defensa*





*de tales derechos, y las administraciones públicas competentes a velar por su adecuado ejercicio y a poner en marcha los mecanismos necesarios para cumplir con esos objetivos”.*

La defensa del interés de los menores exige activar los mecanismos que ofrece el ordenamiento, incluyendo los judiciales, para remover los obstáculos que impidan la efectividad de sus derechos. Entre dichos mecanismos se encuentra el del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en virtud de la facultad que le confiere el art. 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de *corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse*. En el caso presente, dicha desviación se cifraría en la contradicción existente entre la suspensión de las comunicaciones, dictada por las autoridades penitenciarias, y la resolución del CM que consideraba que el interés de los menores pasaba por mantener dicha comunicación.

Es cierto que la citada suspensión apelaba, a su vez, a que el Juzgado de Instrucción había denegado a la madre un permiso extraordinario que había solicitado para poder comunicar con los menores. Ahora bien, no cabe desconocer que la fundamentación de dicha denegación no era otra que la naturaleza del delito que se le imputaba: según consta en los antecedentes, el Juzgado basó su decisión en el hecho de que la sustracción de menores hubiera sido cometida, precisamente, en relación con los hijos con los que se pretendía la comunicación. En esa misma línea, la suspensión de las comunicaciones materno-filiales acordada por las autoridades penitenciarias perseguía, ante todo, proteger el interés de los menores frente a quien, al sustraerlos a la tutela legítimamente constituida, había atentado contra dicho interés.

Sin embargo, la información proporcionada por el CM únicamente nos dice que el Juzgado consideró que no procedía que los progenitores salieran de la cárcel para ver a sus hijos, no que prohibiera a éstos visitarles en prisión o hablar con ellos por teléfono. Y en todo caso, a pesar de que el CM era consciente tanto del contenido de dicha resolución como de la naturaleza del delito cometido, no consideró perjudicial para sus tutelados que visitaran a su madre. Más aún, si recomendó retomar dicha comunicación en los términos de su resolución de fecha 13 de julio de 2015, fue, precisamente, en defensa del interés de los menores y en ejercicio de su tutela.

En coherencia con ello, el ente tutelar debería haber actuado en defensa de ese interés ante el Juzgado de Vigilancia, que era el competente a partir de la firmeza de la condena, instado una revisión de la medida administrativa que impedía su efectividad.

CUARTA: Debemos referirnos, por último, a la modificación del Código Civil a la que apela la respuesta del CM, cuando señala su intención de basarse en ella para articular una petición a la Dirección del Centro Penitenciario, solicitando que se dé cumplimiento a lo dispuesto en su nuevo art. 160, *que prevé el reconocimiento a los hijos menores del derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque no*





*ejerzan la patria potestad y en caso de privación de libertad, siempre que el interés del menor lo recomiende, cuyo artículo concede la comunicación, con éstos debidamente acompañados, al centro penitenciario en el que se encuentren, incidiendo la nueva redacción del artículo 161 en que es competencia exclusiva de la entidad pública, la de establecer mediante resolución motivada el régimen de visitas y de comunicación respecto a los menores en situación de tutela o guarda, así como su suspensión temporal, informando de ello al Ministerio Fiscal.* El CM da a entender que ello le aporta un soporte normativo, del que antes no disponía, en base al cual instar de las autoridades penitenciarias la remoción de los obstáculos que impedían el ejercicio de los derechos de los menores.

A juicio de esta institución, si bien la modificación operada en estos artículos representa ciertamente una mejora, no lo es porque venga a establecer nuevas facultades para el ente tutelar, ni tampoco nuevos derechos que los menores no disfrutaran con anterioridad: su virtualidad reside más bien en que explicita los criterios que, en relación con ambos aspectos, ya estaban vigentes como consecuencia de una interpretación teleológica y sistemática de la normativa anteriormente vigente.

En este sentido, y por lo que se refiere al citado art. 161, es cierto que su nueva redacción alude a la potestad del ente foral para regular visitas y comunicaciones, así como su eventual suspensión. Ahora bien, también antes correspondía al CM establecer dicho régimen de comunicación (y de hecho así venía haciéndolo, como recoge el Antecedente Cuarto, en relación con la reclamante y sus hijos), y en todo caso la nueva normativa no supondría óbice para que las autoridades penitenciarias, basándose en el art. 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, pudieran restringir, intervenir o suspender las comunicaciones establecidas por el CM, como lo hicieron en el presente supuesto.

Por lo que se refiere a la modificación del art. 160 CC, cambia la perspectiva que adopta ante la comunicación filo-parental, al referirse a ella, con buen criterio, como un derecho de los menores. Pero aunque el enfoque presente en la anterior redacción estaba centrado en los derechos de sus progenitores, no es menos cierto que tales derechos tenían como correlato el derecho de sus hijos e hijas a comunicarse con ellos. No solo eso, sino que además era en función de los derechos de los menores, y de su interés superior, como debían interpretarse los que el antiguo art. 160 reconocía a los padres y madres que no ejercieran la patria potestad.

Lo mismo cabe decir de las referencias a la obligación de la Administración, recogida en el nuevo art. 160 CC, de facilitar la visita de los menores a sus progenitores cuando así lo aconseje su interés superior. Dicha obligación existía ya con anterioridad en la medida en que la visita se entendiera necesaria en aras de dicho interés, pues la necesidad de su atención vincula a todos los poderes públicos.





Así se desprende de cuanto dispone la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada por España en 1990, cuyos primeros artículos establecían ya entonces los principios fundamentales que deben orientar todas las actuaciones institucionales en materia de infancia, entre los que destaca el interés superior del menor. En la misma línea se pronuncia el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su Observación General nº 14.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, viene a confirmar que el interés superior del menor debe imperar en toda actuación de la Administración. Muestra de ello es su artículo 2.1, que establece:

*"Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado".*

Además, el artículo 11.2 a) de la LOPJM establece de forma directa y concisa que:

*"Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: La supremacía de su interés superior".*

Finalmente, en clara alusión a la LOPJM, el artículo 4.1 de la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, señala que:

*"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica de Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la protección de sus derechos en orden a garantizar su desarrollo deben ser el principio inspirador de las decisiones y actuaciones que a su respecto adopten y apliquen los padres y madres, tutores o guardadores. También lo serán de todas las actuaciones públicas que guarden relación directa con ellos y, en particular, de todas las decisiones adoptadas por la autoridad judicial o administrativa o por las instituciones públicas o privadas responsables de su atención y protección".*

Por último, no debe obviarse que ya en la sentencia núm. 141/2000, de 29 de mayo, el Tribunal Constitucional había señalado en su fundamento jurídico quinto que:

*"La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño (Resolución A 3-0172/1992 de 8 de julio), conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y en particular, en su apartado 4.*





*A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos".*

De todo ello se desprende que el principio del interés superior del menor constituía, ya en el momento en que fueron suspendidas las comunicaciones entre la reclamante y sus hijos, tanto un criterio interpretativo como una norma de procedimiento, que debía informar todas las decisiones de las Administraciones Públicas.

QUINTO: No cabe entender, por tanto, que la nueva redacción de los arts. 160 y 161 del Código Civil conceda a los hijos de la reclamante un derecho que antes no tuvieran. Y hacerlo valer, impetrando el auxilio de los tribunales si fuera preciso, formaba parte de los deberes que integraban la tutela también a la luz de la normativa vigente hasta el pasado mes de agosto.

El CM no lo hizo, y según manifestó a esta institución, ignoraba incluso la existencia del expediente judicial que finalmente ha permitido, al dejar sin efecto la suspensión de las comunicaciones decretada por las autoridades penitenciarias, remover los obstáculos que impedían el ejercicio efectivo de los derechos de los menores. El hecho es, en cualquier caso, que estos se han visto privados durante un año de una comunicación materno-filial cuya recuperación, a juicio del propio CM, era necesaria en atención a su interés prioritario, y que esa situación ha provocado un "malestar importante" a sus tutelados.

En consecuencia, y más allá de que el Juzgado de Vigilancia haya acabado resolviendo el problema por el que la reclamante acudió ante el Ararteko, lo sucedido debe hacer reflexionar al ente foral sobre su actuación en el presente caso en particular, así como en general sobre la necesidad de instar la intervención del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, en defensa de los derechos de los menores sujetos a su tutela cuyos progenitores se encuentren en prisión, cuando sea preciso para remover los obstáculos que impidan su ejercicio efectivo.

Por todo ello, en conformidad con lo preceptuado en el artículo 11 b) de la Ley 3/1985, de 27 de febrero, por la que se crea y regula esta institución, se eleva la siguiente

## RECOMENDACIÓN

Al Consejo del Menor de la Diputación Foral de Álava, para que defienda de manera proactiva ante la Administración Penitenciaria los derechos de los niños, niñas y adolescentes sujetos a su tutela cuyos progenitores se encuentren en prisión, instando para ello, si fuera preciso, la intervención del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

