



## **CIRCULAR INFORMATIVA SOBRE LA INTERPRETACIÓN RELATIVA A LOS HIJOS E HIJAS QUE PUEDEN ACUDIR A LAS COMUNICACIONES DE CONVIVENCIA.**

**1.-** La regulación de las comunicaciones de convivencia de las personas internas privadas de libertad suscita diferentes interpretaciones en cuanto a su alcance y a las personas que pueden incluirse en las mismas.

Especialmente en lo que respecta a otorgar el mismo trato a los niños y niñas de más de diez años y a los familiares adultos a los efectos de dichas comunicaciones.

Dicho trato no tiene en cuenta su repercusión en el vínculo paterno o materno-filial y en el desarrollo de la personalidad de tales menores, que al cumplir tal edad ven alterado su vínculo y posibilidades de relación con el padre o la madre encarcelados. E incluso ven alterada su posición en el núcleo familiar al ser excluidos del régimen de visitas que siguen realizando sus hermanos menores.

A continuación, se pasa a analizar la cuestión atendiendo a la normativa vigente y a su interpretación conforme a los instrumentos internacionales ratificados por el Estado español, así como atendiendo al interés superior del menor que contempla la legislación sobre protección de los derechos de la infancia.

**2-** El Artículo 51.1 de la LOGP autoriza a las personas internas privadas de libertad a comunicar periódicamente con sus familiares, de la forma que se respete al máximo la intimidad y sin más restricciones que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

El artículo 53 de la LOGP establece que *“los establecimientos dispondrán de locales anejos especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados íntimos de aquellos internos que no puedan obtener permisos de salida”* y que tales visitas se realizarán con los requisitos y periodicidad que reglamentariamente se determinen.

El Reglamento Penitenciario en su artículo 4 e) establece entre los derechos de las personas internas privadas de libertad el de *“tener relaciones con el exterior previstas en la legislación”* y regula en los artículos 41 a 49 el régimen y modalidades de visitas y comunicaciones. En su artículo 45 se regulan las comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia, para lo cual se contempla la existencia de locales adecuados, una periodicidad mínima de una al mes y una duración que oscila entre una hora y tres horas.

En el artículo 45.6 RP se contempla una modalidad singular: *“se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad”*. El precepto añade que *“estas comunicaciones, que serán compatibles con las previstas en el artículo 42 y en los apartados 4 y 5 de este artículo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas”*.

Tanto el Manual de gestión penitenciaria de Euskadi como la Instrucción estatal 4/2005 de 16 de mayo de 2005 (que actualiza la Instrucción 24/96), contemplan una comunicación de convivencia mínima al trimestre de duración máxima de 6 horas a quienes carezcan de permisos de salida con hasta 6 internos y familiares.

La singularidad de la modalidad de las comunicaciones convivenciales deriva del art. 38.3 de la LOGP, que prevé que “*reglamentariamente se establecerá un régimen específico de visitas para los menores que no superen los diez años y no convivan con la madre en el centro penitenciario. Estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará a la organización regimental de los establecimientos*”.

Dicho precepto legal se ubica sistemáticamente en un artículo dedicado a la preservación de la relación materno-filial y precisamente se incorpora con la reforma operada por Ley Orgánica 13/1995 en el art. 38.2 de la LOGP, en la que se reduce de seis a tres años el tiempo de estancia legal de los menores en prisión junto con sus madres.

Sin embargo, la regulación reglamentaria extiende, con lógica, la previsión de este régimen específico de visitas más allá de la preservación de la relación materno-filial que podría desprenderse del art. 38.3 LOGP, lo cual podría considerarse discriminatorio respecto a las relaciones paterno-filiares.

La redacción ha suscitado diversas interpretaciones sobre su alcance y las personas que pueden participar en las mismas.

Hay autos de Audiencias Provinciales que han considerado que caben comunicaciones de convivencia entre cónyuges, aún sin la compañía o presencia de hijos, basándose en una interpretación no restrictiva y atendiendo a que tal comunicación obedece a una finalidad de potenciar lazos afectivos diferentes al sexual, de compartir alegrías o penas, potenciar el abordaje conjunto de los problemas, fomentar la conversación, etc. (por ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de fecha 22/12/1999, pero también en otros de la Audiencia Provincial de Madrid).

Otros autos, sin embargo, señalan que la finalidad es mantener convivencia con la familia nuclear de forma que los hijos menores puedan relacionarse al mismo tiempo y conjuntamente con sus dos progenitores (Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 12/04/2000); por lo tanto, sólo es posible si abarca a cónyuge e hijos, no por separado.

Posición que no comparten otros pronunciamientos judiciales que estiman que cabe comunicación de convivencia con hijos menores sin la presencia del otro progenitor, (por ejemplo, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 30/09/2003).

Si se aceptase la posibilidad de comunicaciones de convivencia con el cónyuge y sin presencia de hijos, *a fortiori* no tendría sentido excluir de la comunicación de convivencia a hijos menores que hubieran superado los 10 años, en solitario o excluyéndoles del grupo familiar comunicante.

Sin embargo, la normativa menciona a los hijos menores de 10 años a la hora de facilitar las comunicaciones de convivencia. Un Auto del Juzgado Central de Vigilancia

Penitenciaria de fecha 17/01/2007, estipuló que no procedía la comunicación de convivencia con una hija de 11 años, apelando a la literalidad del precepto.

Se trata de una interpretación singular que no supone un precedente jurisprudencial y que al acogerse a la literalidad gramatical de la norma no tiene en consideración otros elementos contextuales y teleológicos igualmente relevantes.

**3.-** Parece existir un cierto consenso en la diferente finalidad de estas comunicaciones de convivencia con respecto de las íntimas y familiares: las de convivencia tienden a fomentar los vínculos paterno o materno filiales y una mayor convivencia, el ejercer la patria potestad y educación a sus hijos menores, etc.

Esta interpretación es concorde con el contexto histórico en el que se procede a la regulación de esta figura, que tiene a reforzar dichas relaciones en un momento en el que se reduce la posibilidad de estancia de los menores en prisión junto con sus madres a los tres años. Y que, con lógica, desde una perspectiva de género y no discriminatoria, se extiende a las relaciones de los padres con sus hijos.

Se trataría de un régimen de visitas especial que favoreciera el mantenimiento del vínculo paterno o materno filial para no perjudicar el desarrollo personal del menor.

La propia conceptualización de estas comunicaciones como de “convivencia” indican la especificidad de la modalidad, que, en definitiva, se traduce en un periodo de tiempo más largo, en locales apropiados y en la simultaneidad de interacción del núcleo familiar (hasta 6 personas).

Aceptando esta interpretación teleológica del precepto examinado, las comunicaciones de convivencia no serían aplicables sin presencia de los hijos o hijas. Pero no precisarían en todo caso que estuviese presente el otro progenitor durante la convivencia, pues ello dejaría fuera a familias monoparentales o casos de divorcio con régimen de visitas.

Una exégesis finalista semejante no puede acoger una interpretación literal y rigorista del precepto que desatienda como elemento de interpretación primordial al interés superior del menor. Por lo tanto la literalidad del precepto debe interpretarse en el sentido que marcan las convenciones internacionales y la específica legislación sobre los derechos de la infancia.

**4.-** De conformidad con el art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España en 1990, los niños y niñas tienen derecho a mantener contacto con ambos padres. Los Estados respetarán el derecho del niño separado de uno de sus padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de manera regular, excepto si ello es contrario al interés superior del niño.

El informe y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño sobre hijos de padres encarcelados de 30 de septiembre de 2011 recomienda a los Estados Partes que garanticen el derecho de los niños a visitar regularmente a su padre encarcelado.

Además, recomienda que, siempre que sea posible los Estados Partes tomas las medidas necesarias para que tales visitas ocurran en un ambiente amigable para los niños, incluso

permitiendo visitas en horarios que no interfieran negativamente con otros elementos de la vida del niño, como la escolarización, y que las mismas tengan una duración que sea favorable para la construcción y/o mantenimiento de relaciones sólidas.

También se debe considerar el permitir que las visitas tengan lugar fuera del centro de detención, con el fin de facilitar la vinculación emocional necesaria entre el niño y el padre/madre encarcelado en un ambiente favorable a los niños.

**5.-** La Recomendación CM/Rec (2018) 5, del Consejo de Europa, relativa a los niños con padres encarcelados, habla de que las relaciones paterno-filiales basadas en la confianza son importantes para el bienestar y desarrollo de los niños.

Según dicha recomendación los expertos concuerdan que la separación debida al encarcelamiento paterno puede impactar adversamente en la infancia a largo plazo, incrementando la vulnerabilidad hacia sentimiento de abandono, dificultades de contacto, desajustes emocionales y desordenes personales.

Un contacto de calidad con el padre o madre puede ayudar a mitigar tales dificultades; el padre o madre encarcelado tiene un rol clave en mantener tal contacto, así como las condiciones ambientales.

No proveer tales oportunidades, continúa la Recomendación, contraviene la legislación internacional, como el art. 9 de la Convención de los derechos del niño de 1989. Igualmente recuerda que la estrategia sobre los derechos del niño 2016-2021 del Consejo de Europa explícitamente reconoce que los niños de padres encarcelados son uno de los colectivos de niños más vulnerables y marginados y que requieren de protección contra su exclusión y discriminación.

**6.-** La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, expresa en su artículo 2 que todo menor de 18 años tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan. Su artículo 11 consagra como principio rector de la actuación de los poderes públicos la supremacía del interés superior del menor.

La necesidad de tener en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial en todas las decisiones que le afecten es un requisito que está consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, y se desarrolla en la Observación general N° 14 del Comité de los derechos del niño, de 2013, en la que se hace referencia específica al interés superior de los hijos de padres encarcelados.

**7.-** Una interpretación integradora del ordenamiento jurídico no puede hacer abstracción de la regulación de la Convención de los derechos del niño y la legislación de protección de los menores, que define como niños y niñas a todos los menores de 18 años. Y como expresa la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cualquier decisión administrativa que afecte a los derechos de tales niños y niñas debe hacerse atendiendo prioritariamente al interés superior del menor, siendo así que basándose en tal interés no existe razón alguna para dar igual tratamiento que a un adulto a quien ha cumplido diez años a la hora de facilitar la convivencia con sus progenitores encarcelados.

Atendiendo a esa finalidad hay algún pronunciamiento judicial como el de la sección primera de la Audiencia Provincial de Córdoba en sentencia nº 216/16, que fijó las visitas de una menor a su padre encarcelado en régimen de comunicación de convivencia una vez la hija cumpliera los diez años.

Todo lo antedicho, lleva a concluir que no puede hacerse una interpretación aislada y rigorista de lo dispuesto en el artículo 45.6 RP que excluya la posibilidad de comunicaciones de convivencia con niños y niñas que hayan cumplido la edad de corte, cuando ello pueda afectar negativamente al interés superior del menor.

Tratar a los niños a partir de los diez años como adultos en lo que se refiere al régimen de visitas y relación con sus progenitores encarcelados resulta un trato diferenciado desde la óptica de los derechos del niño consagrada en el ordenamiento internacional y estatal que sólo cabría justificar excepcionalmente y siempre teniendo en cuenta el interés superior de dichos menores.

La normativa no incorpora ningún elemento de justificación de la equiparación en el trato como a adultos a los niños a partir de los diez años y no es fácil inferir un razonamiento lógico o científico para ello que guarde relación con las etapas de su desarrollo personal o biológico o tenga causa en el interés superior de los menores.

Cabría pensar que se pretende hacer el corte atendiendo a la finalización de la llamada etapa de latencia y el comienzo de la pubertad. Pero tal suposición carece de sentido, dado que ni siquiera corresponde a las edades en las que se pasa a la pubertad. Dicho periodo de latencia transcurre desde los 6-7 años hasta los 11-12 años al comenzar la adolescencia, además de resultar una etapa que depende de cada menor y es diversa para niños y niñas.

En la Ley Vasca 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, se diferencia entre niños y niñas (hasta los 12 años) y adolescentes (entre los 13 y la mayoría de edad).

Por ello, cabría sostener en una aplicación integradora de lo dispuesto en el reglamento penitenciario con lo dispuesto en la normativa autonómica relativa a la protección de la infancia y adolescencia, que debería extenderse en nuestro caso el régimen de las comunicaciones de convivencia hasta cumplir los 13 años, que es el límite de edad que la legislación vasca presupone a la infancia.

Esta integración de ordenamientos no es contraria a la normativa penitenciaria estatal aun cuando ensanche las posibilidades de la modalidad contemplada en la misma atendiendo a la regulación de los derechos de la infancia, que es precisamente lo que se pretende preservar con las comunicaciones de convivencia, de conformidad con la normativa vasca.

No obstante, ello no resulta suficiente para dar preminencia al interés superior del menor en la aplicación de las comunicaciones de convivencia.

En el caso de niños o niñas que venían formando parte de comunicaciones de convivencia con sus hermanos menores y que al cumplir la edad de corte se ven excluidos de la convivencia, la exclusión del núcleo familiar que accede a las comunicaciones de convivencia y su tratamiento prematuro como a adultos puede tener un potencial negativo

en el desarrollo y estabilidad emocional de estos menores que cumplen 10 o 13 años, y conducirlo innecesariamente a un sentimiento de pérdida y aislamiento.

Si el propósito del artículo 45.6 RP es potenciar los vínculos familiares tan importantes para el desarrollo de la personalidad de los menores, no hay razones para la discriminación a la conduciría una interpretación rigurosa y descontextualizada del resto del ordenamiento jurídico vigente.

### CONCLUSIÓN.

Atendiendo a lo antedicho, se concluye que debe posibilitarse la autorización de comunicaciones de convivencia de padres o madres encarcelados con sus hijos e hijas mayores de diez años, al menos, en estos supuestos:

- a) En los casos de comunicaciones de convivencia con hijos e hijas menores de 13 años, que es la edad que la Ley Vasca 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, determina la diferencia entre la infancia y la adolescencia.
- b) En los casos de comunicaciones de convivencia con un núcleo familiar compuesto por varios hijos e hijas menores de edad, a fin de no quebrantar el vínculo convivencial familiar. Especialmente cuando se venían celebrando con anterioridad a que uno de los menores cumpliera la edad referida en el párrafo anterior.

En Vitoria-Gasteiz, a 9 de mayo de 2022.

El Director de Justicia.



Eugenio Artetxe Palomar.