

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### **Instrucción 6/1990, de 5 de diciembre, sobre menores ingresados en los centros penitenciarios de mujeres con sus madres presas.**

Referencia: FIS-I-1990-00006

---

El artículo 39 de la Constitución Española establece que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Entre estos acuerdos internacionales suscritos por España figura la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 que, en su Principio 2, establece que «el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y seguridad. Al promulgar las leyes, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño».

El legislador, haciéndose eco de este acuerdo suscrito por España y cumpliendo el mandato constitucional, ha desarrollado parte de esta protección jurídica a los niños mediante la promulgación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican los artículos 172 y siguientes del Código Civil, otorgando, como función exclusiva, la tutela legal automática para los niños desamparados a la Entidad Pública a quien, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores, al tiempo que antepone a cualquier otra finalidad el interés superior del menor, como establece el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, y al que alude reiteradamente la Exposición de Motivos.

Con esta Ley, sin embargo, no se ha cerrado el círculo de protección a la infancia, pues quedan pendientes partes residuales de ésta escasamente protegidas, como es el caso de los menores internados con sus madres presas en los Centros Penitenciarios de Mujeres.

A ellos se refieren, muy de pasada, pues no es éste el objeto de la Ley, el artículo 38.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y el artículo 27 del Reglamento, al decir aquél que «igualmente podrá existir un local habilitado para guardería infantil y educación preescolar, con el fin de que las internas puedan tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado la edad de escolaridad obligatoria», y al decir el artículo 27 del Reglamento que «las mujeres que ingresan en calidad de detenidas o presas llevando consigo a hijos que no hayan alcanzado la edad de escolaridad obligatoria podrán tenerlos en su compañía, y se les destinará un departamento o habitación especial que, cuando el número de niños lo justifique, reunirá las condiciones de guardería infantil y educación preescolar».

Existen aquí, por lo tanto, dos intereses, no siempre coincidentes, como son el de la madre y el del hijo. Aquélla, ejerciendo los derechos de la patria potestad y la facultad que le otorgan la Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento, puede pretender tener al hijo en su compañía, en todo caso y cualesquiera sean las consecuencias. Pero, frente a ello, están los derechos del hijo a ser protegido para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal.

El problema, por lo tanto, queda planteado en estos términos.

Es opinión casi unánime de psicólogos y pedagogos que el período comprendido entre el octavo y el decimoctavo mes de vida es el más crítico y vulnerable, por lo que, a estas edades,

la separación constituye un hecho crucial por lo traumática que es en sí misma, si no se provee al niño de un ambiente familiar alternativo.

A estas edades, por lo tanto, la separación es desaconsejable como regla general y, en la mayoría de los casos, se podrán conjugar los derechos del niño y de la madre, haciendo ésta uso de las instalaciones que deberán existir en el Centro Penitenciario, siempre que quede garantizado el interés superior del menor.

El problema más arduo se plantea a partir de los dos años hasta la edad de escolaridad obligatoria que, hoy día, está en los seis años. Hay que partir del punto de vista, generalmente olvidado, de que la estancia de los niños en las cárceles con sus madres presas no se ha de interpretar como un derecho de la madre, sino como un derecho del niño a estar con su madre, considerado en términos de beneficio o de mal menor para el niño, en orden a su desarrollo y educación integral.

El niño ha de ser contemplado como sujeto de derechos y deberes y en ningún caso como propiedad de nadie. Dejando a un lado las facultades de la patria potestad, que corresponderá a la madre interna, a ésta no se le puede admitir un derecho absoluto a tener a su hijo en la cárcel y en su compañía, como se deriva de las expresiones «podrá existir un local habilitado», «a fin de que las internas puedan tener en su compañía a los hijos» y «podrán tenerlos en su compañía».

Lo que se les otorga es una facultad que habrá de ser interpretada de forma muy restrictiva y que habrá de conjugarse siempre, en todo caso, con el interés superior del menor a que alude la Exposición de Motivos de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, aplicable a todo menor en situación de desamparo.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que, cuando esta Ley define el desamparo, modificando el artículo 172 del Código Civil, dice textualmente que «se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Es decir, ha de ser una situación de hecho y a ésta se puede llegar no sólo por malicia o por negligencia sino también por imposibilidad del cumplimiento de deberes.

Si las Entidades Públicas, en virtud del principio del interés superior del niño y cumpliendo el mandato establecido en el artículo 172 del Código Civil, asumen la tutela automática de los hijos de madres libres que se ven imposibilitadas de atenderlo por razones morales o materiales, no siempre imputables a ellas, el mismo tratamiento deberá darse a aquéllos cuyas madres están ingresadas en los Centros Penitenciarios, cuyo ambiente y circunstancias no son los más adecuados para su educación y formación integral.

De donde se deriva, por una parte, que el mero hecho de estar la madre en prisión no quiere decir que haga insatisfactoria la relación madre-hijo y, por otra, que este hecho tampoco puede dar lugar a dejar de lado la aplicación de una legislación hecha para proteger a los menores sin distinción alguna.

Si la Ley otorga a la Entidad Pública la función de apreciar el desamparo, ésta lo deberá considerar caso a caso, pero incumbe al Fiscal instar de la Entidad Pública, la aplicación de las medidas de protección cuando considere dan los requisitos para ello.

Es opinión contrastada que, en los tres o cuatro primeros años de vida, quedan fijadas ciertas impresiones y establecidas ciertas formas de reacción ante el mundo exterior, que no pueden ser ya despojadas de su importancia y sentido por ningún suceso ulterior. De aquí se deduce que, al dejar a estos niños abandonados a su suerte por no aplicarles las leyes de protección dictadas para ellos, en base a infundados derechos y sensiblerías extrañas, les podemos perjudicar para el resto de sus vidas.

Si bien es cierto que las situaciones de desprotección que sufre la infancia son un fenómeno antiguo y en la actualidad hay más sensibilidad y preocupación por estos temas también es cierto que pocas son las respuestas individuales y colectivas consecuentes, pocas las iniciativas sociales y escasa la participación ciudadana.

En las últimas fechas, sin embargo, parece que por ciertas asociaciones privadas, con la anuencia y respaldo de Instituciones Penitenciarias, se abren caminos alternativos, poniendo pisos a disposición de las madres presas, donde pueden cumplir parte de su condena acompañadas de sus hijos menores, sin necesidad de que éstos sepan lo que es vivir en la cárcel. Ejemplo éste que debería cundir y que habría que favorecer tanto en las esferas privadas como en las públicas como uno de los medios para solucionar el problema que se nos plantea.

El Principio 5 de la Declaración de los Derechos del Niño dice que «el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y en un ambiente de afecto y seguridad moral y material». Por lo tanto, son los padres los primeros obligados a proporcionar al niño el amparo, el afecto y la seguridad. Pero si éstos no quieren o no pueden darlo, serán responsables de ello la Sociedad y el Estado, como establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, de 1976, cuando dice que «que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la Sociedad y del Estado».

Será inútil transcribir aquí el articulado de la legislación aplicable. Basta con decir que España, por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, atribuye esta competencia, en exclusiva, a las entidades públicas cuando dice que «la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, está encomendada la protección de los menores, tiene por ministerio de la ley la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo» (art. 172 de Civil), atribuyendo en el artículo 174 al Ministerio Fiscal «la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección», artículo que, en este sentido, complementa el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981, que obliga a los Fiscales «a promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos» ...

Desde la publicación de la Ley 21/87, de 11 de noviembre, los Fiscales han llevado con gran celo la vigilancia de los expedientes de menores tutelados por las Entidades Públicas, al amparo del artículo 172 del Código Civil reformado. Pero en la mayoría de los informes y memorias elevadas a esta Fiscalía General no se ha hecho referencia a estos otros menores que viven en situaciones de carencia e, indudablemente, en ambientes no aptos para su desarrollo, como si por el mero hecho de estar con sus madres ya tuviesen debidamente cubiertas todas sus necesidades materiales y espirituales.

Por otro lado, los funcionarios del Ministerio Fiscal, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 4.2 del Estatuto Orgánico, visitan periódicamente los Centros Penitenciarios, pero tampoco se han elaborado informes sobre la situación de los niños alojados en esos Centros con sus madres presas.

Es hora, pues, de que el Ministerio Fiscal avance un paso más en el cumplimiento de sus funciones y otorgue el amparo que por ley corresponde a estos niños, tarea no difícil desde su posición privilegiada como vigilante de los Centros Penitenciarios y más genéricamente de la actividad de las Entidades Públicas, instando y facilitando a éstas la investigación y adopción de medidas sobre los niños internos en los Centros Penitenciarios, controlando la bondad y la eficacia de las medidas adoptadas, siempre dentro del marco de la Ley 21/87, de 11 de noviembre.

Por lo tanto, de acuerdo con todo lo anterior intereso de V. E. y V. I. se atenga a las siguientes instrucciones:

1.º Inmediatamente de recibida esta Instrucción, se deberá girar una visita a los Centros Penitenciarios de Mujeres existentes en la provincia, con el fin de observar directamente y valorar el estado en que se hallan los niños allí internados con sus madres presas, elaborando un informe, que deberán remitir a esta Fiscalía General.

2.º A todo menor que se halle en situación de desamparo, conforme se define en el artículo 172 del Código Civil, le son aplicables las medidas de protección establecidas y reguladas por la Ley 21/87, de 11 de noviembre, con independencia de que se hallen o no internados en Centros Penitenciarios de Mujeres

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

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

5.º Cuando las madres que fueren detenidas con sus hijos justifiquen de forma fehaciente la filiación y no tengan parientes cercanos acreditados que se hagan cargo de ellos, tales hijos deberán ser puestos a disposición de la Entidad pública en un Centro de acogida, por lo menos, mientras se instruyen las diligencias policiales a la madre.

6.º Tanto en el caso anterior como en el caso de que la madre ya esté ingresada en prisión como preventiva o cumpliendo condena, si ésta desea tener a su hijo con ella en el Centro Penitenciario, acreditada la filiación, se dirigirá a través del Centro Penitenciario a la Entidad Pública quien, en uso de las facultades del artículo 172 del Código Civil, evaluará el caso e informará si tal medida es o no conveniente para el menor, o si lo conveniente es que permanezca con los parientes con los que residía, su tutela u otra medida adecuada.

7.º En caso de tener que separar al hijo de la madre, se deberá fijar el régimen de visitas, la periodicidad y duración, dando cuenta de ello al Fiscal, quien cuidará de que éstas se lleven a cabo y no quede el niño privado de la relación con su madre a no ser que esto sea valorado como contraproducente.

8.º Todo lo anterior se llevará a cabo bajo la vigilancia del Fiscal, conforme establece el artículo 174 del Código Civil, a quien se dará cuenta de los expedientes y de la resolución que en su caso se acuerde, teniendo en cuenta los artículos 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 27 de su Reglamento y 172 del Código Civil, debiendo recurrir todas las resoluciones que no se consideren legítimas o sean perjudiciales para el menor.

Asimismo, el Fiscal deberá solicitar del Centro Penitenciario las listas de los niños allí ingresados, con su filiación e interna con la que se encuentran, su edad, las altas y bajas, que el Fiscal deberá incluir en sus informes periódicos a esta Fiscalía General y en la Memoria anual.