



Universidad
Politécnica
de Nicaragua

Sirviendo a la Comunidad

Cuaderno Jurídico y Político

Volumen 6 Número 16

Publicación semestral • Managua, Nicaragua • Julio-Diciembre 2020

ISSN 2413-810X (versión impresa). ISSN 2414-4428 (en línea).

Informativo

Presentación

Jerson Cerda Tijerino

Avances y resultados de investigación

Cristian Rivas-Castillo | Karla Rodríguez Burgos | Carlos Miranda-Medina
Oswaldo Leyva Cordero

Artículos

Jacqueline Esther Samper Ibáñez
Emilio José Almache Soto | Alcides Antúnez Sánchez
Julián Enrique Barrero García
Guillermo Ferriol Molina
Emma Patricia Muñoz Zepeda

Corpus iuris de derechos humanos

Gabriel Illescas Álvarez



ICEJP

Instituto Centroamericano de
Estudios Jurídicos y Políticos



CONSEJO NICARAGÜENSE DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Mejor revista 2017

ECJP
UPOLI

Escuela de
Ciencias
Jurídicas y
Políticas

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑA, NIÑO Y ADOLESCENTE QUE VIVE CON SU MADRE EN PRISIÓN

*THE PRINCIPLE OF THE BEST INTEREST OF THE GIRL, BOY AND
TEENAGER LIVING WITH HER MOTHER IN PRISON*

Emma Patricia Muñoz Zepeda

Maestra en Derecho de Familia por la
Universidad Evangélica de El Salvador,
licenciada en Ciencias Jurídicas por la
Universidad Tecnológica de El Salvador.
Abogada y notario.

Contacto: emmapatricia.zepeda@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-5834-8876>

Recibido: 14.09.2020/Aceptado: 13.11.2020

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad, analizar el principio del interés superior de la niña y niño que vive con su madre en prisión y, la aplicabilidad de medidas sustitutivas a la pena de prisión tomando como base, la doctrina de protección integral y el principio de intrascendencia penal. Para ello, se realizará una sucinta revisión de los instrumentos internacionales y el criterio jurisprudencial de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, para concluir en la necesidad de realizar cambios normativos a la luz de los derechos de la niñez como prioridad absoluta.

PALABRAS CLAVE

Interés superior, doctrina de protección, medidas alternativas, prioridad absoluta, prisión.

ABSTRACT

The present article takes as a purpose, to analyze the beginning of the best interest of the girl and child who lives with her mother in prison and, the applicability of substitute measurements to the penalty of prison taking as base, the doctrine of integral protection and the beginning of penal unimportance. There will be realized a succinct review of the international instruments and the jurisprudential criterion of the Constitutional Room of El Salvador, to conclude in the need to realize. To conclude about the need for policy changes in the light of the rights of children as an absolute priority.

KEYWORDS

Best interests, doctrine of protection, alternative measures, absolute priority, prison.

Sumario

Introducción | El principio del interés superior | Derecho a conocer a su madre y padre y ser criado por ellos | Las medidas alternativas a la prisión | Conclusión | Referencias bibliográficas

Introducción

El principio del interés superior de la niña y niño regulado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia de El Salvador, lo consagra como principio rector para la toma de decisiones a nivel legislativo y judicial, también, en la creación e implementación de programas y políticas públicas encaminadas a garantizar los derechos de la niñez y la adolescencia.

El Estado salvadoreño de conformidad a su Ley Penitenciaria establece en su artículo 70 inciso III que las niñas y niños estarán junto a sus madres en prisión hasta cumplir la edad de cinco años, momento en el cual serán separados de su madre para vivir con otro familiar o ser enviado a un centro de acogimiento estatal.

A partir de lo antes mencionado, es de señalar que el referido principio tiene incidencia en materia penal, es así como el juzgador debe aplicarlo en los casos que son de su conocimiento y en especial cuando la imputada o condenada es una mujer embarazada o madre; pues bien, los efectos de la sentencia condenatoria decretada en contra de la madre trascienden hacia sus hijas e hijos, lo cual contraría el principio de intrascendencia penal.

No obstante, el reconocimiento del principio del interés superior, las sentencias que son adoptadas por el juzgador no presentan su aplicación, *a contrario sensu*, reafirman el rol de la mujer como madre y cuidadora de sus hijas e hijos, como consecuencia del modelo patriarcal, que permea en la idiosincrasia de la sociedad y sus efectos son latentes en la normativa vigente.

El análisis de esta sucinta exposición, se realizará desde la perspectiva de los derechos humanos de niñez y adolescencia, con la finalidad de establecer la importancia del principio del interés superior de la niñez que vive con sus madres en prisión, a través de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado salvadoreño en materia penal, que establecen directrices para la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión de mujeres embarazadas y madres con sus hijas e hijos de cinco años. Concluyendo con un análisis de la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con número de referencia 128-2012, a la luz de la doctrina de protección integral, sentencia que tiene como principal argumento el fortalecimiento o desarrollo de las relaciones materno-filiales y el pleno desarrollo de la personalidad de la niña y niño desde una argumentación adultocentrista.

El principio del interés superior

El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, regula el principio del interés superior como principio rector, en todas las decisiones que se adopten por parte del Estado, familia y sociedad; con la finalidad de garantizar los derechos de la niñez y la adolescencia en su máxima expresión. La incidencia del referido principio trasciende a todas las ramas del derecho, pues bien, debe comprenderse de forma holística y es resultado del reconocimiento de la niñez como sujetos de derechos.

En esta parte del análisis, es necesario conceptualizar el referido principio con la finalidad de comprender el mismo y la finalidad del legislador al incorporarlo en la normativa nacional; el doctor Álvaro Burgos Mata, comprende al interés superior como: «la satisfacción de todos sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretenden otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados en la Convención» (2009, p.13).

Pues bien, la doctrina de protección hace un antes y después en el paradigma del modelo tutelar, esto último consideraba a la niñez como objetos de derechos, las decisiones eran tomadas desde una visión adultocentrista que invisibilizaba su opinión y el Estado era el garante principal de su protección en centros de acogida, relegando a la familia en un segundo plano y privando a la niñez y adolescencia de vivir y crecer junto a su madre y padre.

Por su parte, la doctrina de protección visualiza a la niñez como sujetos plenos de derechos a quienes el Estado, familia y sociedad deben garantizar sus derechos y establecer los mecanismos para su ejercicio, dejando la idea del asistencialismo y criminalización de la pobreza, para proceder a garantizar sus derechos a través de las decisiones legislativas y judiciales que se adopten.

En este orden de ideas, el referido principio es definido por el Comité sobre los Derechos del Niño, en tres vertientes: es un derecho sustantivo, el interés superior debe ser valorado al momento de tomar una decisión que afecte los derechos de las niñas y niños ya sea de forma general o particular. Es un principio jurídico interpretativo fundamental, es decir, la disposición en análisis al presentar varias interpretaciones debe retomarse por la que más favorezca a la niñez y la adolescencia. Y es una norma del procedimiento, implica tomar en consideración las repercusiones que tendrá la decisión en un caso particular o en general. (Comité sobre los Derechos del Niño [CDN], 2013, párr. 6).

A partir de la definición antes citada podemos señalar que el referido principio tiene como objetivo primordial la satisfacción plena de los derechos de las niñas y niños, para ello, es necesario implementarlo en las decisiones legislativas, judiciales, familiares y sociales que tienen repercusión directa o indirecta en su esfera de protección. Es a partir de este argumento que se considera insoslayable, la aplicación de este principio en las decisiones judiciales que implican una sentencia condenatoria en contra de la mujer embarazada o madre, pues bien, el artículo 47 de las Directrices de Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, estipula la aplicación de medidas alternativas a la prisión que beneficien a la niñez tomando como principio rector el interés superior y la doctrina de protección.

Por su parte el ordenamiento jurídico salvadoreño, en el año 2009 promulgo la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, regula el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, en su artículo 12, el cual señala que es de obligatorio cumplimiento en la «interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas». Los elementos que debe considerarse en su análisis y ponderación de conformidad al legislador salvadoreño, en el artículo señalado son los siguientes:

1. La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismo;
2. La opinión de la niña, niño o adolescente;
3. Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo;
4. El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño y adolescente;
5. El parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso; y
6. La decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible.

Los elementos antes esbozados nos presentan el claro reconocimiento de la niña, niño y adolescente como persona y sujeto de derechos, situación que en el anterior modelo no era reconocida; el interés superior con base a estos elementos no puede quedar al arbitrio de un juez o de sus padres, debe ser analizado e interpretado.

No obstante, estamos reconociendo desde el abordaje de la doctrina de protección integral que la niña y niño es sujeto de derechos y no objeto, causa inquietud el elemento referente a escuchar el parecer del padre y madre al momento de analizar este principio, debido a que éste, tiene su basamento en la mejor decisión para la niñez, elemento que no es tomado en consideración por parte del Comité sobre los Derechos del Niño, y puede llevar a malas interpretaciones por parte de los padres.

Siguiendo en el análisis del contenido del principio del interés superior del niño, debe abordarse el principio de ponderación, en cuanto a los derechos que se verán afectados ante la decisión del juez competente, para ello debe realizarse de la siguiente manera:

Debe determinarse el número de derechos que se encuentran afectados ante la situación de vulnerabilidad que está viviendo la niña, niño y adolescente, al identificarse debe establecerse cuál de los dos o tres derechos debe ser priorizado, de acuerdo a las características del caso en estudio, considerando las razones que fundamentan, porqué ese derecho debe ser protegido y los otros deben ser subsumidos (Campaña, 2015, p. 268).

El presente método de ponderación lo podemos ver aplicado, verbigracia, en los procesos de pérdida de autoridad parental, donde la juzgadora o juzgador debe ponderar el derecho de la niña y niño a mantener relaciones con su padre o madre, prevaleciendo el interés superior de los primeros; para ello, debe analizarse la situación de vulnerabilidad y afección en su desarrollo.

Por su parte las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres —Reglas de Bangkok—, en la regla 49, señala la importancia del interés superior de la niña y niño, a considerar al momento de decidir la permanencia de una mujer en prisión con su hija o hijo, quienes no deben estar sujetos al régimen penitenciario. No obstante, la niñez que acompaña a sus madres en los centros penitenciarios de El Salvador, de conformidad investigaciones periodísticas señalan como parte de sus hallazgos lo siguiente: tienen derecho a una hora para salir al sol, reciben una alimentación más o menos variada, tienen autorización de salir por emergencia al hospital, no tienen cuna por lo que duermen en literas junto a sus madres; es decir, comparte sus mismas condiciones (Cabria y Villagrán, 2017).

Lo antes mencionado, contraria los compromisos adquiridos por el Estado salvadoreño en la garantía de los derechos de la niñez, soslayando disposiciones que regulan las condiciones que deben reunir dichos centros, como lo establecen la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Bangkok. Es a partir de estos instrumentos que el legislador y juzgador deben realizar un análisis integral del artículo 70 inciso III de la Ley Penitenciaria, retomando las condiciones de los centros penitenciarios destinados para las mujeres embarazadas y madres, a fin de establecer con veracidad el grado de cumplimiento de los derechos de las internas como de sus hijas e hijos y medir los efectos adversos en la salud y desarrollo que puede producir el encarcelamiento en este sector de la población.

Derecho a conocer a su madre y padre y ser criado por ellos

La decisión de que los niños y niñas vivan con sus madres en prisión, ha sido objeto de análisis por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, y su razonamiento se decanta en el principio del interés superior y en el derecho a ser criado por su padre y madre, de conformidad al artículo 12 y 79 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, artículo 5 y 7.1 parte final de la Convención sobre los Derechos del Niño, este último, reconoce la paternidad y maternidad responsable, y en consecuencia se garantice la crianza en el núcleo familiar.

El reconocimiento del derecho a ser criado por su padre y madre se encuentra limitado, en un primer escenario las niñas y niños al vivir con su madre en prisión son separados de sus otros familiares impidiendo la convivencia y en un segundo lugar la regulación que las niñas y niños al cumplir los cinco años deben ser separados de su madre, presenta un obstáculo para garantizar el referido derecho. Pues en el último escenario, la responsabilidad de cuidado y protección de la niña y niño, recae sobre otro familiar y en caso de no encontrarse un recurso familiar idóneo, las Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia, dictan una medida de protección en favor de estas niñas y niños para ser acogidos en un centro de acogimiento estatal.

En otro orden de ideas, es de mencionar que el legislador salvadoreño, no reguló el derecho del padre a convivir con su hija o hijo que vive en prisión junto a su madre, recayendo en esta última la responsabilidad de cuidado, situación que perpetua los estereotipos de género y fortalece el rol de cuidado asignado a la madre y que la sociedad concibe como adecuados.

Por su parte, el *corpus iuris* de derechos humanos reconoce el derecho de las niñas y niños a crecer junto a su madre y padre, el cual se encuentra regulado en el artículo 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 16 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador». Las disposiciones citadas establecen el rol de la familia como el medio natural para el desarrollo de la niñez y la adolescencia, y como última alternativa se permitirá la separación de la niña o niño del seno familiar. Incluso el artículo 16 inciso II parte final del Protocolo de San Salvador, estipula que la niña y niño de corta de edad no debe ser separado de su madre.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su jurisprudencia señala el rol del Estado, quién debe implementar acciones positivas que potencien las relaciones de madres y padres con sus hijas e hijos, a través de políticas públicas, decisiones legislativas y programas que tengan como finalidad eliminar las barreras que impiden el disfrute pleno de los derechos de la niñez que vive con sus madres en prisión (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2009, Serie C No. 211, párr. 218).

Las medidas alternativas a la prisión

El régimen penitenciario es regulado en el artículo 27 inciso III de la Constitución de El Salvador, el cual tiene como objetivo la corrección, educación y formación de las y los internos en aras de garantizar su readaptación a la sociedad y evitar la reincidencia. Por su parte la Ley Penitenciaria de conformidad a su artículo 1, determina su ámbito de aplicación, el cual consiste en la ejecución de las penas y medidas de seguridad, con la finalidad de lograr la readaptación de las y los internos, a través de mecanismos que les proporcionen herramientas para su desarrollo personal y ocupacional en aras de potenciar su proyecto de vida.

Como parte de la prevención especial del derecho penal, la sanción por la comisión de un hecho delictivo tiene como finalidad que el responsable del hecho punible sea condenado a una pena prisión, la cual debe cumplirse en un centro penitenciario. De acuerdo a datos estadísticos de la Dirección General de Centros Penales, se reportan hasta el período del 17 de agosto del 2020, un total de 2,908 mujeres en el sistema penitenciario; es de señalar que no se brindan datos del número de niñas y niños que viven con sus madres en prisión, lo cual invisibiliza a este sector de la población (Dirección General de Centros Penales, 2020).

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe de observaciones preliminar en su visita *in loco* al Estado salvadoreño del año 2019, señala que fue informado por parte del Estado salvadoreño, que los centros penitenciarios del país registran un total de 38,627 personas privadas de libertad, de la cual el 92.25% corresponde

al sexo masculino y el 7.74% al femenino (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2019).

En su estructura los centros penitenciarios han sido diseñados para hombres, creando una brecha en las condiciones que deben reunir para el tratamiento penitenciario de las mujeres y en especial cuando están embarazadas y son madres o dan a luz a su hija o hijo en el referido centro. En el ordenamiento jurídico salvadoreño, se estipula que las madres junto a sus hijas e hijos de cero a cinco años estarán en los centros penitenciarios, los cuales deberán reunir las siguientes condiciones: dependencias especiales para la atención de las internas embarazadas y de las que han dado a luz y en los centros penitenciarios que la población sean mujeres debe organizarse un local destinado como guardería.

Desde el año 2015, el Estado salvadoreño creó el Centro Preventivo y de Cumplimiento de Penas para Mujeres Granja de Izalco, para albergar mujeres condenas con sus hijas e hijos; de conformidad a investigación realizada, las condiciones del centro difieren con lo establecido en la norma, algunas de ellas son: se albergaban a 122 niñas y niños hasta el mes de marzo de 2019, quienes no conocen el exterior por no estar permitidos los permisos para realizar salidas con las niñas y niños, se identificaron carencias de medicinas, el centro tiene un Centro de Desarrollo Infantil, el cual no tiene asignado un profesor de parvulario para la atención de las niñas y niños, dicha función es desarrollada por las mismas internas (Hernández, 2019).

Las condiciones antes mencionadas impiden la garantía de los derechos de la niñez que vive con sus madres en prisión, de forma holística, siendo necesario hacer una valoración de las disposiciones que permiten que las niñas y niños vivan con sus madres hasta los cinco años; se considera importante retomar el principio del interés superior, el cual orienta las decisiones del legislador y juzgador, pues la naturaleza del mismo no es estática, se encuentra en constante evolución, de conformidad a los hechos que se presentan y a su vez debe basarse en el principio de ponderación de derechos.

Es a partir de lo antes mencionado, que se considera necesario realizar un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos de niñez, a fin de valorar la aplicabilidad de medidas alternativas a la prisión para mujeres que ejercen su rol de madre; en este sentido, el presente razonamiento, debe visualizarse como un beneficio para las niñas y niños, siendo la base para dicha decisión el principio del interés superior, el principio del rol primario y fundamental de la familia, y el principio de prioridad absoluta de la niñez que vive con su madre en prisión.

Sobre este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en el siguiente sentido:

Las autoridades judiciales competentes deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva, en el caso de personas que tengan la responsabilidad principal de niños a su cargo. En estos casos debe potenciarse el empleo de otras medidas cautelares no privativas de la libertad (CIDH, 2003).

El análisis realizado por la CIDH razona sus argumentos, en la necesidad de aplicar una pena no privativa cuando estamos ante una madre que ha cometido un hecho punible, el cual debe ser sancionado, pero es necesario tomar medidas alternativas que no afecten el desarrollo holístico de las niñas y niños. Se considera factible la aplicación de medidas sustitutivas como el arresto domiciliario e incluso puede hacerse uso de brazaletes electrónicos, como mecanismo de vigilancia regulado en la Ley Reguladora del Uso de Medios de Vigilancia Electrónica en Materia Penal, de conformidad a su artículo 9 letra a) que establece como supuesto de aplicabilidad: «Como medio de monitoreo de las medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional a que se refiere el Código Procesal Penal, en los casos en que fuere compatible con el uso de los medios que regula la presente ley».

El artículo antes citado debe ser analizado de forma integral con el artículo 331 del Código Procesal Penal, el cual regula la procedencia de las medidas alternativas o sustitutivas de la detención provisional y en su inciso primero, señala que en los casos que el delito que se atribuye al imputado fuere sancionado con una pena de prisión superior a los tres años, es procedente aplicar la referida medida sustitutiva, para lo cual es necesario, comprobar «razonablemente que no tratará de sustraerse o huir de la acción penal».

Las disposiciones antes señaladas son medulares en el presente análisis, facultan al juzgador aplicar una medida sustitutiva a la mujer embarazada o madre, además se considera necesario, que la parte defensora compruebe los arraigos familiares y laborales de la imputada, con la finalidad de obtener este beneficio, en pro de la niñez que se encuentra a su cuidado, por ser la responsable directa de sus hijas e hijos y que en ningún momento tratara de evadir la responsabilidad que se le atribuye. Aunado a lo anterior, el principio de interés superior debe ser incorporado en el análisis y argumentaciones de la defensa que permitan establecer al juzgador que las hijas e hijos de la imputada son la prioridad del Estado, a pesar de existir un delito que debe ser sancionado.

En otro orden de ideas, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal en materia constitucional, tiene como competencia conocer de las demandas de inconstitucionalidad de leyes, decretos y reglamentos, procesos de amparo, habeas corpus y controversias entre el órgano Ejecutivo y el Órgano Legislativo de conformidad al artículo 174 de la Constitución.

En este sentido, fue sometido a su conocimiento la constitucionalidad de los artículos 70 inciso III de la Ley Penitenciaria y 156 y 249 del Reglamento General de la Ley Penitenciaria, los cuales establecen que la niña y niño acompañara a su madre en prisión hasta los cinco años y el régimen penitenciario para las mujeres embarazadas y madres. De conformidad a los solicitantes, las referidas disposiciones, vulneran los artículos 34 y 35 de la Constitución, los cuales regulan el derecho de toda niña y niño de vivir con su familia en condiciones propias para su desarrollo integral y la protección de su salud física, mental y moral, lo antes citado como parte de las obligaciones del Estado en garantizar el goce pleno de sus derechos.

Al realizar un análisis a la luz de la doctrina de protección, del romano III, numeral 3 de la sentencia de inconstitucionalidad mencionada, puede señalarse que se ha mencionado el interés superior y el derecho de la niñas y niños a ser criados por su madre y padre, como

parte de los argumentos que fundamentan la decisión adoptada; no obstante, su análisis es adultocentrista, al centran su atención en la mujer interna la cual será afectada por la separación de su hija e hijo y por ello, el legislador en las disposiciones arriba citada le otorga un período de cinco años de convivencia, invisibilizando a la niñez y obviando sus derechos.

Además, señalan los magistrados en su razonamiento que:

En el caso de las reclusas con hijos, se ha identificado que el desarraigo familiar conlleva repercusiones mentales tales como el dolor y la culpa debido a la imposibilidad de contacto con los hijos y el inevitable reemplazo que pueden llegar a sufrir como madres en relación con los adultos que se encargarán de sus hijos (El Salvador, Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 128, 28 de septiembre 2015, p.7).

Lo antes señalado no puede soslayarse, pero es importante resaltar que las niñas y niños que viven con su madre en prisión no son ajenos a los efectos psicológicos que produce el encarcelamiento, tomando en consideración que las condiciones en las cuales se desarrollan son las mismas que las de sus progenitoras, lo cual crea un estigma y limitaciones en su desarrollo integral. Un ejemplo de ello es que la madre y la niña o niño tienen prohibido la salida del centro penitenciario para ejercer su derecho de recreación, a pesar de no ser un interno que está cumpliendo una pena.

De conformidad a investigaciones realizadas sobre los efectos que sufren las niñas y niños que viven con sus madres en prisión, señalan daños físicos y psicológicos, los cuales se citan a continuación: «deterioro mental, apatía, trastornos psiquiátricos, como ataques de pánico, depresión, paranoia y experimentan sensación de impotencia, [además de] mayor dependencia e introversión, pudiendo [esto] perjudicar en su capacidad de decisión» (Agencia de Noticias FIDES, 2018).

Otros de los efectos que se han identificado en niñas y niños que son separados de sus madres y padres son los siguientes: las niñas y niños menores de cinco años presentan conductas de apego intensas con el familiar responsable, regresan a conductas de niñas y niños más pequeños como: orinarse en los pantalones o en la cama, chuparse el dedo, o comenzar a hablar como bebés, síntomas corporales, como dolores de cabeza o de estómago, sin una causa física que los explique, presentan un comportamiento agresivo o dominante con otros niños o adultos, entre otros (Raffo de Quiñonez, 2009).

Es por ello, que se considera relevante al momento de analizar la permanencia de la niñez en prisión, se evalúen los efectos de la prisión en el desarrollo holístico de las niñas y niños, quienes como sujetos de derechos deben ser visibilizados, respetando sus derechos, necesidades y opiniones; a contrario sensu, del modelo tutelar que consideraba a la niñez como objeto de derechos, recayendo en el Estado, la madre y padre las decisiones sobre lo más adecuado para la niñez.

En este sentido, el análisis de la Sala de lo Constitucional, debió integrar en sus argumentos el principio del interés superior y el derecho a ser criado por su madre y padre en condiciones físicas y ambientales que propicien su desarrollo pleno, y el principio de intrascendencia

penal; con la finalidad visualizar a la niñez en la toma de decisiones. Sobre este último punto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regula en su artículo 5.3, el principio de intrascendencia penal, el cual es una guía para el juzgador, al prohibir que la sanción impuesta al responsable afecte a la familia, en este caso en particular, a las niñas y niños que viven con su madre en prisión, quienes ven afectados sus derechos de libertad ambulatoria, recreación y derecho a un nivel de vida digno y adecuado.

Además es de señalar que la jurisprudencia en materia de niñez y adolescencia del Estado salvadoreño, ha señalado que «los tribunales deben aplicar el derecho que corresponde, interpretando dinámicamente las normas, a fin de posibilitar precisamente que las niñas, niños y adolescentes puedan gozar de sus derechos, y que no sean objeto de restricciones a los mismos de manera injustificada» (Cámara Especializada de la Niñez y la Adolescencia, 2011).

A partir de las ideas antes mencionadas, se considera necesaria la implementación de la figura de medidas no privativas de libertad o el cumplimiento de la pena en su domicilio (arresto domiciliario), en aras de mantener el vínculo madre e hija o hijo, en un entorno adecuado que propicie su desarrollo integral y su proyecto de vida. De acuerdo a las investigaciones arriba citadas, las condiciones en que viven las niñas y niños con sus madres en prisión, presenta un panorama limitado en el cumplimiento de los derechos de la niñez, el cual tiene repercusiones en su desarrollo físico y emocional y se presentan al momento de salir del centro penitenciario.

Es por ello, que el interés superior debe permear las decisiones que se adopten y que incidan en la niñez, al ser sus derechos la prioridad al momento de dictar una sentencia, incluso si el afectado directo es la madre o padre, en este caso en particular la madre. Es por ello, que el análisis debe realizarse desde una visión de doctrina de protección y visualizar los efectos concomitantes que el artículo 70 de la Ley Penitenciaria tiene en la niñez que vive con sus madres en prisión.

En este sentido, instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Bangkok y las Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, señalan la importancia del principio del interés superior de la niñez que vive con sus madres en prisión, además el Comité sobre los Derechos del Niño, en su Observación General número 14, acoge la figura de métodos alternativos a la prisión o prisión preventiva, tomando como basamento los efectos del encarcelamiento en la niñez (CDN, 2013, párr. 69).

Los planteamientos antes mencionados han sido retomados por el legislador argentino y han sido integrados en el artículo 10 del Código Penal Argentino y en el artículo 32 inciso f de la ley 24660, los cuales se han modificado por la ley 26472. Las causales reguladas en el artículo 10 del Código Penal argentino y que son de nuestro interés el son: e) A la mujer embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Esta adecuación normativa es un avance en materia de protección de derechos de la niñez, el cual debe ser retomado en aras de garantizar el interés superior de la niñas y niños que viven con sus madres en prisión, realizando un análisis integral de la normativa nacional e

internacional de derechos humanos que permita visibilizar los efectos del internamiento y la prioridad absoluta de garantizar su desarrollo holístico.

Por ello, se sugiere para próximas resoluciones, realizar un análisis del principio del interés superior a partir de los elementos que el Comité sobre los Derechos del Niño señala en su Observación General número 14 y los establecidos en el artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, los efectos físicos y psicológicos que produce el encarcelamiento en las niñas y niños y la revisión de las condiciones estructurales, presupuestarias que el Estado posee para garantizar que la niñez que vive con sus madres en prisión viva en condiciones adecuadas de conformidad a la normativa nacional como instrumentos internacionales.

Conclusión

A partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado salvadoreño ha adquirido la obligación de garantizar los derechos de la niñez y adolescencia, a través de acciones positivas que tengan como eje central el principio del interés superior; en este sentido, debe realizarse un análisis integral que permita conocer las condiciones que se ofrecen en los centros penitenciarios a la niñez de los cero a los cinco años que vive con sus madres, con la finalidad de garantizar su desarrollo holístico.

Asimismo, el análisis debe realizarse a la luz de la doctrina de protección y del interés superior, siendo el punto de partida, los efectos que produce el encarcelamiento en la niñez y las posteriores repercusiones en su desarrollo integral. Pues bien, debe visualizarse desde las condiciones en las cuales se desarrolla la niñez en los centros penitenciarios, los cuales deben cumplir las mismas condiciones que disfrutaban las niñas y niños que viven fuera de dichos centros.

En este sentido, se considera insoslayable por parte del legislador realizar un análisis integral del artículo 70 de la Ley Penitenciaria, en aras de garantizar el interés superior de la niña y niño que vive con su madre en prisión, lo cual requerirá una deconstrucción del modelo tutelar que acompaña a la presente disposición, para proceder a visualizar como prioritarios los derechos de la niñez y regular la aplicación de una medida alternativa a la prisión preventiva o prisión que les permita vivir con su madre en un ambiente adecuado para su desarrollo integral al lado de su familia nuclear como extensa.

Referencias bibliográficas

- Antón, S. (3 de enero de 2020). Cuba entre los 35 países del mundo con la mortalidad infantil más baja: 5,0. *Diario Granma*. Recuperado de http://www.granma.cu/cuba/2020-01-03/cuba-entre-los-35-paises-del-mundo-con-la-mortalidad-infantil-mas-baja-50-03-01-2020-00-01-57?fbclid=IwAR2rTu-n4NB1w4RzNchU4XDgYwduegoYr_kxBhqP6pVvb98Sx1dWXD7xYis.
- Agencia de Noticias FIDES, (2018, 11 de mayo) Las secuelas psicológicas y sociales de un niño que crece al interior una cárcel, *Noticias FIDES* Recuperado de <https://www.noticiasfides.com/nacional/sociedad/secuelas-psicologicas-y-sociales-de-un-nino-que-crece-al-interior-una-carcel-387945>.

Argentina:

- Congreso de la Nación Argentina (1985). Ley No. 11.179, *Código Penal de la Nación Argentina*.
- Congreso de la Nación Argentina (1996). Ley No. 24.660, *Ejecución de la pena privativa de la libertad*.
- Congreso de la Nación Argentina (2008). Ley No. 26472, *Modificaciones a la Ley No. 24.660 : Ejecución de la pena privativa de la libertad*.
- Cabría, E y Villagrán, X. (2017, 8 de diciembre) Así viven los niños presos en El Salvador. *VICE News*. Recuperado de https://www.vice.com/es_latam/article/xwvdxk/vice-news-asi-viven-los-ninos-presos-en-el-salvador.
- Campiña, F. (2015). *Interés Superior del Niño: Técnicas de Reducción de la Discrecionalidad Abusiva*. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura-Escuela de Capacitación Judicial.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). CIDH presenta observaciones preliminares de su visita in loco a El Salvador. *OEA*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/335.asp>.
- Comité sobre los Derechos del Niño (2013). *Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, Ginebra.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2009). *Caso de la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Dirección General de Centros Penales (2020). Estadística Penitenciaria al 17 de agosto 2020. Recuperado de http://www.dgcp.gob.sv/wp-content/uploads/2020/08/ESTADISTICA_GENERAL_17-08-2020.pdf.

El Salvador:

- Asamblea Legislativa (2009). Decreto No. 839, *Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia*.
- Asamblea Legislativa (2015). Decreto N° 924, *Ley Reguladora del uso de medios de vigilancia electrónica en materia penal*.
- Asamblea Legislativa (1998). Decreto No 1027, *Ley Penitenciaria*.
- Cámara Especializada de la Niñez y la Adolescencia (8 de febrero de 2011). *Sentencia 1/A/SS2/11-1*
- Ministerio de Gobernación (2000). Decreto No 95, *Reglamento de la Ley Penitenciaria*.
- Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia (28 de Septiembre 2015). *Sentencia No. 128*.
- Hernández, F. (23 de septiembre de 2019). Estudio señala deficiencias de Penales en cuidado de niños en prisión, *La Prensa Gráfica*. Recuperado de

<https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Estudio-senala-deficiencias-de-Penales-en-cuido-de-ninos-en-prision-20190922-0463.html>.

Mata, Á. y Chan, G. (2009). *El interés superior del niño*. «Cuadernos de Justicia Juvenil, Edición Especial». San Salvador: Corte Suprema de Justicia.

Organización de las Naciones Unidas

(1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*, New York.

(2011). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*, Bangkok.

(2010). *Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños*, Nueva York.

Raffo de Quiñonez, P. (2009). *Manual de Recomendaciones para atender a niños, niñas y adolescentes con padres y madres privados de libertad*. Lima: Instituto Peruano de Educación en Derechos Humanos y la Paz, Centro de Atención Psicosocial.



CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO, CJP, es una revista académica semestral del Instituto Centroamericano de Estudios Jurídicos y Políticos, ICEJP-UPOLI. CJP es un espacio abierto y plural en el que convergen las voces de actoras y actores del Estado, la sociedad civil organizada y la academia nacional y regional, mediante la publicación de los trabajos que estos actores nos envían.
