

# El interés superior del niño en entornos delictivos relativos a la Ley 23.737

Valentín G. Orsi<sup>1</sup>

## Resumen

Este ensayo analiza la posición de los menores de edad sujetos a ámbitos criminales en relación con delitos por narcotráfico. Pondera el interés superior del niño como meta para un desarrollo y crecimiento saludable de niños, niñas y adolescentes considerados como víctimas secundarias.

## Sumario

1.- Introducción | 2.- Marco normativo nacional e internacional | 3.- Derecho comparado | 4.- Aplicación práctica. Derechos en juego | 5.- Conclusión | 6.- Bibliografía

## Palabras clave

narcotráfico – niños, niñas y adolescentes - menores de edad – interés superior del niño – victimización secundaria

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la UCA, sede Rosario, especialista en Magistratura Judicial en la UCA, sede Rosario; profesor superior en Derecho egresado de la UCA, sede Rosario; empleado Poder Judicial de la Nación – Juzgado Federal N° 3 Rosario-. Mail: [valentin.orsi55@gmail.com](mailto:valentin.orsi55@gmail.com)

## 1. Introducción

En épocas en las que se encuentra en discusión la baja de la edad de imputabilidad de los menores de edad –tema de gran sensibilidad–, es menester considerar ante todo que, un niño/a, por cuestiones de desarrollo cognitivo natural, suele responder y reaccionar generalmente al contexto en el que se encuentra inserto, ya que no posee el avance madurativo suficiente como para obrar absolutamente de forma independiente y autónoma. Esto genera una dependencia, en la mayoría de las ocasiones, de los aportes, ya sean materiales, verbales, económicos, de alguna otra persona, que puede ser algún familiar, o cualquier otro allegado con quien posea un vínculo afectivo y sea mayor de edad –o no– que lo ayude, influencie o aconseje a actuar de determinada manera.

En consecuencia, sociológicamente hablando, es altamente probable que un menor que crezca en un entorno delictivo asuma tales circunstancias como normales y detente familiaridad con el delito, siendo más propenso a su comisión y limitando de tal manera sus posibilidades –laborales, sociales, vinculares– a futuro de escapar de dicha cotidianidad.

Sabido es que, en sociedades en las que las necesidades son mayores y las posibilidades de crecimiento inversamente proporcionales, con estados poco presentes, o presentes de manera ineficaz, las chances de caer en el mundo del delito afloran y se acrecientan, generando raíces que son difíciles de extraer luego y se propagan a las futuras generaciones que asimilan tal entorno y por su vulnerabilidad, se ven afectados por el mismo directa o indirectamente, contra su voluntad.

Al respecto, Émile Durkheim (2016), padre de la sociología moderna y pionero en la idea de que el delito y el entorno social son fenómenos relacionados, argumenta que los individuos no actúan de forma aislada. Su comportamiento está determinado por el entorno social y las normas que este impone o deja de imponer.

En entornos delictivos (barrios marginados, familias desestructuradas), las normas pueden ser débiles o contradictorias, lo que incrementa las conductas desviadas, especialmente entre menores que aún están en proceso de formación social.

Ahora bien, nuestra situación como país no es ajena a la realidad expresada, encontrándonos en niveles de pobreza nunca alcanzados. Según estudios realizados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), en base al relevamiento de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH), el primer semestre del 2024 el índice de pobreza en Argentina es del 52,9%. Dentro del mismo, el 34,8% se trata de estratos sociales de clase baja, pero con acceso a necesidades básicas. Por otra parte, el 18,1% corresponde a niveles de pobreza extrema, es decir, indigencia, sin acceso a necesidades básicas, en establecimientos de precariedad absoluta o ni siquiera –en la calle–, con los peligros que ello conlleva. Por su parte, y a pesar de las ayudas sociales, volvió a sobresalir la pobreza infantil con 66,1%. Así, sobre poco más de 11 millones de menores de 14 años, los datos señalan que 7,3 millones viven en hogares pobres. Esto significa que 2 de cada 3 de chicos menores de 14 años viven en hogares pobres, mientras 3 de cada 10 pobres (28,4%) de los pobres son menores de 14 años.

Por el contrario, el 42,1% de la población reviste carácter de clase media, y el 5%, de clase alta, lo que provoca una alta desproporcionalidad en la distribución de la riqueza de nuestro país.

Con el correr de los años, pareciera no haber solución al respecto, ya que, a pesar de que sería ingenuo afirmar que nunca hubo pobreza en nuestro país, la historia marca que en la década de 1930 se comenzaron a instalar los primeros asentamientos precarios en las grandes ciudades, consecuencia de la migración de la población agraria a las urbes en busca de trabajo. A partir de entonces, la pobreza comenzó a crecer exponencialmente con el correr de los gobiernos, hasta llegar a los números actuales, donde basta una simple recorrida por las ciudades para adentrarse en algún barrio –de grandes densidades poblacionales– en donde la insatisfacción de las necesidades básicas se encuentra a la vista. Ello da muestra de políticas públicas poco eficaces, o directamente de falta de políticas al efecto de paliar la problemática en cuestión, pareciendo ser útil la falta de recursos de la población, a los fines de mantener en el poder a ciertos sectores poderosos y en situación de superioridad respecto a los más necesitados.

Ante dicho panorama, es necesario poner especial atención en la situación de los menores de edad que, sin desconocer el hecho de que el delito se encuentra presente en todos los estratos sociales, crecen en entornos precarios y delictuales que aumentan la obligación del Estado de asumir compromisos a los fines de garantizar que sus derechos primarios y no sólo ellos –en la medida de lo posible–, se vean afectados lo menos posible ante la comisión de delitos por parte de sus padres/tutores y, principalmente, en caso de encontrarse los mencionados en estado de detención, lo cual provoca una situación de vulnerabilidad aún mayor en el menor, por motivos evidentes que hacen al empeoramiento de su crecimiento, ya que, si bien no habitan un ambiente ideal, en tal caso se ven privados de sus vínculos paternos, lo que aumenta su soledad y agrava su presente. El énfasis en los sectores sociales bajos se corresponde a una desigualdad de oportunidades en relación con las clases pudientes, que, si bien no son ajenas al delito, tienen mayores posibilidades de paliar algunas de sus consecuencias a través del acceso a ciertos servicios y beneficios –médicos, asistenciales, pago de cauciones judiciales– que les otorga su situación económica.

Por lo tanto, es de suma importancia dejar por sentado que no es una cuestión de estigmatizar a los sectores marginales como productores de delincuencia, sino de comprender que las desigualdades y la falta de oportunidades sociales muchas veces generan el crecimiento de las tasas delictuales, y la importancia de la intervención estatal para prevenir dicha situación en niños que involuntariamente terminan siendo víctimas de una sociedad desigual.

Resulta de gran importancia contar con equipos profesionales de diferentes ramas –jurídica, psicológica, médica, pedagógica– a los fines de estudiar los casos activos, con la mayor individualización posible, para dar una respuesta inmediata a esta problemática y así evitar consecuencias indeseables y muchas veces irremediables en niños de temprana edad y en plena etapa de desarrollo.

En este orden de ideas, este trabajo analizara la normativa nacional e internacional vigente relativa a la minoridad, y se efectuará un estudio profundo con miras a buscar posibles soluciones y aportes por parte del derecho a la problemática de los niños, cuyos padres se hallan en estado de detención, con el objetivo principal de que no se vean afectados sus derechos fundamentales, y el objetivo a largo plazo de reinsertarlos en un mundo ajeno al delito, promoviendo su inclusión social, educativa, y laboral.

Se hace la aclaración de que no se abordará la cuestión de niños que delincan, sino de menores cuyos padres delinquen, con los objetivos mencionados en el párrafo

precedente, y analizando la problemática desde un enfoque jurídico, aplicado a casos concretos y posibles.

## 2. Marco normativo nacional e internacional

### a. Constitución Nacional Argentina

En primer lugar, atendiendo al orden jerárquico de la legislación argentina, corresponde comenzar con la normativa obrante en la Constitución de la Nación Argentina y relacionada a la temática del trabajo.

En tal sentido, en razón de la reforma del año 1994, se hizo especial énfasis en los derechos humanos de los sectores desprotegidos, se incorporó el artículo 75 inciso 23, que establece la obligación del Congreso de: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...)."

Este inciso no solo incluye a los menores de edad entre los grupos protegidos, sino que también resalta la importancia de tomar medidas concretas para asegurar que tengan igualdad de oportunidades y acceso a sus derechos fundamentales.

En efecto, otorga el deber obligatorio del Congreso de promover una legislación clara y determinante a los efectos referidos. Por lo tanto, se trata de una cláusula programática del texto constituyente, ya que consiste en una regla constitucional no autoaplicativa, que requiere del dictado de leyes o reglas ordinarias complementarias o reglamentarias para entrar en funcionamiento<sup>2</sup>. No obstante, ello, hasta el día de hoy es una tarea pendiente del Congreso legislar sobre un régimen de actualidad que determine los derechos y obligaciones de los menores de edad, principalmente como víctimas directas de la delincuencia, o indirectas a partir de la comisión de delitos por parte de sus padres, tutores, o familiares. En tal sentido, es posible afirmar que ante la presencia de una obligación constitucional para el Congreso de dictar las normas que instrumenten una cláusula constitucional programática de cumplimiento obligatorio, cabe constatar que la mora en hacerlo es un caso de inconstitucionalidad por omisión (Bidart Campos, 1987, en Sagués, 2012), que puede, en ciertos supuestos, ser suplida por el Poder Judicial<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de ello, dentro de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que el inciso 22 del art. 75 le otorga jerarquía constitucional, se halla la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que es uno de los documentos más importantes en la protección de los derechos de los menores. Esta convención establece principios rectores como el interés superior del niño, el derecho a la vida, el desarrollo y la participación, y el derecho a la protección contra la violencia y el maltrato.

---

<sup>2</sup> Sagués, N. P. (2012). Manual de Derecho Constitucional (2da edición actualizada y ampliada). Editorial Astrea. Buenos Aires. P. 52

<sup>3</sup> *Idem*, p. 134

En tal sentido, afirma que toda infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, ya que, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y atención individualizada, e incluso una debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

De tal modo, otorga a la familia, el carácter de grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, respecto de quienes tienen el deber de brindar la protección y asistencia primaria necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad en el futuro.

En cuanto al niño, señala que, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, a los fines de poder estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad. Para ello, requiere ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Ahora bien, todas las medidas adoptadas son tomadas en consideración atendiendo al principio imperante del “Interés Superior del Niño” (I.S.N). Este principio se refiere a la prioridad de garantizar el bienestar, desarrollo integral y protección del niño en todas las decisiones que afecten su vida y derechos.

Por ejemplo, el artículo 3 de la Convención establece que el interés superior del niño debe ser una "consideración primordial" en todas las acciones y decisiones que le conciernan, ya sea adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas o cuerpos legislativos. Este principio guía a los Estados y a las instituciones a priorizar las necesidades, derechos y desarrollo del niño por encima de otros intereses o conveniencias.

A su vez, no se limita a proteger la seguridad física de los menores, sino que abarca su desarrollo emocional, social, cultural y educativo, procurando la participación del niño en las decisiones que les afecten, con el objetivo de que el principio se base en sus necesidades y deseos particulares, y no solo en interpretaciones externas de su bienestar.

En suma, la aplicación práctica del I.S.N. se debe ver reflejada en situaciones concretas y especiales tales como procedimientos judiciales: debe ser el criterio decisivo en casos de custodia, adopción, migración y procedimientos de justicia juvenil; Protección contra el Maltrato y la Explotación: en cuanto a la obligación de los Estados de proteger a los menores de cualquier forma de abuso, explotación o violencia - Artículo 19 CDN-; Políticas de Bienestar Social y Educación: implica la provisión de recursos y oportunidades para que todos los menores accedan a la educación, a la atención de salud y a entornos seguros y propicios para su desarrollo.

Ahora bien, en cuanto a las obligaciones que establece la Convención respecto de la familia como entorno de crecimiento del menor, el artículo 5 dispone la “Provisión de un Entorno Seguro y Protector”, que asegure la integridad física y emocional del niño. El artículo 18 señala el Derecho a la Orientación y Educación del niño, pesando sobre ambos padres la responsabilidad de garantizar que el niño reciba el cuidado necesario para su bienestar, incluyendo su educación y formación moral, social y cultural. Por su parte, del artículo 27 surge que es obligación de los padres la Provisión de Bienestar Material, prestando condiciones adecuadas de vida que permitan el desarrollo físico,

mental, espiritual, moral y social del niño. Esto implica asegurar las necesidades materiales básicas, como alimentación, vivienda y vestimenta.

No obstante, dichos postulados, bien sabido es –y reconocido asimismo en la Convención–, que las desigualdades sociales del mundo actual generan que un gran porcentaje de niños nazcan y crezcan en contextos de suma vulnerabilidad, en donde se encuentran en pugna hasta sus derechos primarios, fundamentales, y naturales. Por lo tanto, a los fines de evitar que las disposiciones internacionales no se limiten solamente a bellas palabras abstractas de acceso sólo a un número limitado de niños que tuvieron la suerte de nacer en ambientes sanos y con recursos, es menester la intervención estatal activa y convincente de los Estados parte de los tratados. Asimismo, se debe batallar por el cumplimiento de la normativa, estableciendo controles por organismos supranacionales, y tribunales internacionales que se ocupen de las injusticias y la falta de cumplimiento de las directivas, haciendo pasible de multas y penalidades a los Estados que no cumplieran con sus obligaciones con relación a los niños.

En tal sentido, la misma Convención establece que en el caso de que los padres no puedan cumplir con sus deberes en pos del I.S.N., el Estado tiene la responsabilidad de brindar asistencia. Así, reconoce que los Estados deben proporcionar apoyo y asistencia apropiada a las familias para ayudarles a cumplir con estos deberes, especialmente en situaciones de vulnerabilidad. Esto incluye el acceso a servicios de bienestar, programas de apoyo a la infancia, y la provisión de condiciones que permitan a los padres trabajar en el cuidado y desarrollo de sus hijos.

En conclusión, el marco legal constitucional de nuestro país establece claramente una serie amplia e integral de derechos de los cuales los menores son acreedores, y obligaciones primarias respecto a sus padres, quienes revisten carácter de principales obligados a un desarrollo y crecimiento pleno del menor, teniendo en consideración la acepción del instituto de la familia adoptada por la normativa internacional de la que nuestro país es parte. Asimismo, no se debe soslayar la obligación del Estado de intervenir y paliar las desigualdades sociales, asistiendo a los sectores más carenciales con políticas activas y en resguardo del I.S.N.

## b. Marco normativo internacional: Reglas de Beijing

Por su parte, nuestro país es signatario también de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), que promueven un sistema de justicia juvenil especializado y orientado a la rehabilitación y reintegración social de los adolescentes en conflicto con la ley. Si bien este trabajo no se centra en los casos de menores que hayan cometido un delito y su tratamiento legal y procesal, tales Reglas establecen ciertos lineamientos de interés que promueven un adecuado tratamiento de menores en situación de riesgo social a los fines de su bienestar y el de su familia, y guían un marco de aplicación de tales preceptos siempre en pos del resguardo del bienestar del niño, estableciendo ciertos conceptos que resultan válidos y congruentes con las situaciones de menores que son víctimas directas o indirectas de los delitos cometidos por sus padres.

En tal sentido, se busca garantizar al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible (punto 1.2). De este modo, se intenta reducir al mínimo necesario

e indispensable, la intervención del sistema judicial en relación a los menores, y, en consecuencia, los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención (como, por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia, considerando la mayor fragilidad y sensibilidad de un menor). Se basa por tanto en medidas de prevención del delito antes del comienzo de la vida delictiva.

Asimismo, si bien no es el foco de la reglamentación, también se hace alusión a la importancia y esencialidad de la familia en el bienestar y desarrollo del menor. En particular, la Regla 1.3 destaca la importancia de movilizar todos los recursos disponibles, incluyendo a la familia, a los efectos propuestos por la normativa. Esto implica que los padres y tutores tienen la responsabilidad de proporcionar un entorno seguro y de apoyo, creando un ambiente que favorezca el desarrollo personal y educativo del menor, alejándolo de conductas delictivas. También, participar activamente en la vida del menor, involucrándose en sus actividades y decisiones, ofreciendo orientación y supervisión adecuadas; así como colaborar con las autoridades y servicios comunitarios, como ser el trabajo en conjunto con instituciones educativas, sociales y de justicia para abordar cualquier problema que pueda surgir, buscando siempre el interés superior del niño.

En la regla 18.2, señala que ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario. En este caso, se refiere a la importancia de la familia que, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es "el elemento natural y fundamental de la sociedad". Dentro de la familia, los padres tienen, no sólo el derecho, sino también la responsabilidad de atender y supervisar a sus hijos. Por consiguiente, la regla 18.2 establece que la separación de los hijos respecto de sus padres sea una medida aplicada como último recurso. Sólo puede recurrirse a ella cuando los hechos que constituyen el caso exigen claramente la adopción de esta grave medida (por ejemplo, el abuso de menores).

Por otra parte, otras disposiciones de interés establecidas en el reglamento tratan sobre la intimidad debida al menor (Regla n° 8); la capacitación y especialización del personal que intervenga en situaciones con los menores (reglas 6.3, 12, 22); y la prevención de demoras innecesarias (regla 20), considerando la etapa de desarrollo temprana en la que se encuentra el menor y que hace necesario la intervención expedita y sin demoras de los organismos competentes al efecto.

En resumen, aunque las Reglas de Beijing no detallan exhaustivamente las obligaciones de la familia, enfatizan su rol esencial en la prevención de la delincuencia juvenil y en el apoyo al menor durante cualquier intervención legal. La colaboración activa de los padres y tutores es crucial para el éxito de las medidas destinadas a la prevención del delito, y en su caso, a la rehabilitación y reintegración del menor en la sociedad.

### c. Ley 22.278

Ahora bien, en cuanto a legislación nacional relativa a la temática, nuestro país se rige por las disposiciones que emanan de la ley 22.278: "Régimen Penal de la Minoridad". Coincidentemente con lo expuesto sobre las Reglas de Beijing, la referida normativa hace hincapié en el marco legal aplicable a menores involucrados en la comisión de delitos.

No obstante, ello, se puede destacar que, en el caso de procesos contra menores acusados de algún delito punible, cualquiera fuere el resultado de la causa, si se comprueba que el menor se halla abandonado, falta de asistencia en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o curador (art. 2 3er párrafo).

Dicha disposición podrá determinar: a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio; b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor; c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere (art. 3).

Asimismo, establece que la autoridad técnico administrativa con competencia en el ejercicio del patronato de Menores se encargará de las internaciones que por aplicación de los artículos 1º y 3º deben disponer los jueces (art. 3 bis).

En conclusión, surge de la ley un –acotado- margen de acción por parte de la judicatura y autoridades competentes –Patronato de Menores- en relación a menores, cuya aplicación resulta válida y de guía en casos de prevención de delitos de menores abandonados, faltos de asistencia en peligro material o moral, o con problemas de conducta, debiendo encargarse el Estado de procurar custodia al menor, restricciones a los ejercicios de la patria potestad o tutelas que pongan en peligro su situación, y disponer lo relativo a su guarda.

Por último, es necesario hacer referencia al instituto de la prisión domiciliaria por cuanto corresponda por el caso previsto en el art. 10 inc. e) y f) del Código Penal. El primero de ellos, dispone que: podrá, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria la mujer embarazada; mientras que el segundo se refiere a los casos de la madre de un niño menor de cinco (5) años. Los mismos supuestos son contemplados por el art. 32 inc. e) y f) de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

En tal sentido, se trata de modalidades especiales de la detención previstos para ciertos supuestos en los que la pena de prisión se torna excesivamente aflictiva, traspasando la personalidad del penado, y a los fines de proteger a las personas más vulnerables, como ser en el caso, los niños por nacer o menores de cinco años que requieren de la asistencia esencial de su progenitora para su desarrollo. Lógicamente, y como se avanzará más adelante, no es una cuestión absoluta, y se encuentra sujeta a un análisis concreto del caso, debiendo acudir a explicaciones lógicas, argumentaciones y fundamentaciones racionales que hacen a todo acto de gobierno, más allá de que las normas aludidas especifican la concesión del régimen como una facultad del juez competente que podrá disponer a su criterio. De este modo, se trata de evitar la pura discrecionalidad y arbitrariedad judicial<sup>4</sup>.

Asimismo, en forma analógica y en beneficio del condenado, es correspondiente extender la interpretación de los incisos f) de ambas normas no sólo a la progenitora, sino también, según el caso, al progenitor. Dicha necesidad, surge de que la persona a

---

<sup>4</sup> Basílico, R. A., Villada, J. L. (2021). Manual de Derecho Procesal Penal. DAS Editor. Buenos Aires; pág. 669.

quien se busca proteger es al menor, independientemente de que quien se encuentre a su cargo sea su padre o su madre.

Por su parte, cabe agregar que el art. 34 de la ley 24.660 promueve la posibilidad de revocar la prisión domiciliaria, por lo que amerita interpretar que, en caso de advertirse que las condiciones oportunamente analizadas hayan variado, desvirtuándose la finalidad de la medida otorgada, o por algún motivo el/la imputada quebranten lo dispuesto, dicha disposición es pasible de ser dejada sin efecto de forma fundada.

En cuanto a su regulación en el Código de procedimiento penal federal actual -con vigencia desde el año 2022 en Salta y Jujuy, y desde este 2024 en Santa Fe y Mendoza-, el instrumento se encuentra regulado dentro del catálogo de graduación de medidas cautelares coercitivas que dispone su art. 210, que en su inciso j) estipula el caso en el que puede tener lugar el arresto del imputado en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga. Ello, sin efectuar la salvedad del motivo por el que se otorga, respecto a lo cual deberá estarse a lo prescripto por el C.P –art. 10- y la Ley 24.660 –art. 32- previamente referidas.

### **3. Derecho comparado**

Resulta ilustrativo a los fines perseguidos en este trabajo, el hacer referencia a sistemas legales extranjeros que a lo largo de los años dieron muestra de resultados beneficiosos para el tratamiento de la problemática de los menores en situación de riesgo, y otorgan un marco ejemplificativo con medidas cuya adopción en nuestro territorio podrían generar impactos positivos. Obviamente, no debe soslayarse que cada país posee sus particularidades propias en materia social, económica, política, que harían que una aplicación integral de sistemas importados no surta los mismos efectos en nuestra realidad. Por lo tanto, se requiere un análisis adaptado a las circunstancias y características propias de nuestro país, las que serán analizadas en los apartados siguientes, limitándose en este estado a la mención, breve referencia a los sistemas y los resultados de otros países.

#### **a. España**

La Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor de dicho país, establece medidas para salvaguardar los derechos de los niños en situaciones de riesgo, incluyendo cuando los padres están involucrados en actividades delictivas. Además, el sistema judicial español prioriza el interés superior del menor en todos los procedimientos legales.

El interés de España en los derechos de los menores surge de la Constitución Española de 1978 y de los tratados internacionales ratificados, como la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, así como también la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo a través de la Resolución A 3-0172/92.

En tal sentido, la ley citada señala importantes aspectos a tener en cuenta, como el concepto de desamparo sobre el menor, cambio que ha dado lugar a una considerable agilización de los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática, por parte de la entidad pública competente, de la tutela de aquél en los

supuestos de desprotección grave del mismo. De este modo, fomenta también el incremento de las facultades del Ministerio Fiscal en relación con los menores, así como de sus correlativas obligaciones.

Lo novedoso de dicha normativa es que señala un enfoque en el cual la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa dicha ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección<sup>5</sup>.

De innovadora se puede calificar la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública. Mientras en las situaciones de riesgo, caracterizadas por la existencia de un perjuicio para el menor que no alcanza la gravedad suficiente para justificar su separación del núcleo familiar, la citada intervención se limita a intentar eliminar, dentro de la institución familiar, los factores de riesgo, en las situaciones de desamparo, donde la gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de la familia, aquella se concreta en la asunción por la entidad pública de la tutela del menor y la consiguiente suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria<sup>6</sup>.

A tal respecto, es que dota al sistema de principios de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales.

Por otra parte, resalta la figura del acogimiento familiar provisional. Este podrá ser acordado por la entidad pública cuando los padres no consientan o se opongan al acogimiento, y subsistirá mientras se tramita el necesario expediente, en tanto no se produzca resolución judicial. Al respecto, se recogen diferentes tipos de acogimiento. Junto al acogimiento simple, cuando se dan las condiciones de temporalidad, en las que es relativamente previsible el retorno del menor a su familia, se introduce la posibilidad de constituirlo con carácter permanente, en aquellos casos en los que la edad u otras circunstancias del menor o su familia aconsejan dotarlo de una mayor estabilidad, ampliando la autonomía de la familia acogedora respecto a las funciones derivadas del cuidado del menor, mediante la atribución por el Juez de aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades.

## b. Estados Unidos

Por su parte, en los Estados Unidos, la intervención de los Servicios de Protección Infantil (Child Protective Services, C.P.S.) se rige por una combinación de leyes federales y estatales. En cuanto a las políticas federales, se proporcionan fondos a los estados para que implementen programas de prevención, tratamiento y procedimientos para la salvaguarda de los menores. A través de las leyes estatales, se busca establecer definiciones de abuso y negligencia para identificar las conductas que constituyen abuso

<sup>5</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Por la cual se modifica parcialmente el Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 16 de febrero de 1996. BOE No. 15

<sup>6</sup> *Ídem*

o negligencia, abarcando desde maltrato físico y emocional hasta la exposición a actividades delictivas por parte de los padres; y fijar procedimientos de denuncia obligatoria, como es el caso de muchos estados que obligan a maestros y médicos, por ejemplo, a denunciar cualquier sospecha de maltrato infantil. En algunos estados, cualquier persona que sospeche de abuso o negligencia está obligada a reportarlo.

Cuando los padres cometen delitos que afectan directamente al menor, como violencia doméstica, tráfico de drogas en presencia del niño o delitos sexuales, los CPS pueden intervenir a través de evaluaciones de riesgo, determinando si la conducta delictiva del padre o madre representa un peligro inmediato o potencial para el bienestar del menor; planificación de servicios, ofreciendo servicios de apoyo, como asesoramiento o programas de rehabilitación, para abordar las necesidades de la familia y mitigar riesgos; y remoción temporal o permanente, según la gravedad del caso.

A su vez, se destaca el Child Welfare System (Sistema de Bienestar Infantil), sistema que busca garantizar el bienestar, la seguridad y el desarrollo de los menores, interviniendo cuando sus derechos están amenazados, y llevando adelante las políticas referidas precedentemente.

El programa es impulsado a nivel federal por el Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos (HHS), a través de su Administración para Niños y Familias (ACF) y, específicamente, la Oficina de Niños (Children's Bureau).

El gobierno federal proporciona lineamientos generales, financiamiento y supervisión a los estados mediante leyes como la Ley de Prevención y Tratamiento del Abuso Infantil (CAPTA). Luego, cada estado administra su propio sistema de bienestar infantil, adaptando los lineamientos federales a las necesidades y leyes locales. Las agencias estatales y locales de Child Protective Services (CPS) son responsables de la implementación directa de las políticas de protección y cuidado infantil.

El sistema colabora estrechamente con tribunales de familia, organizaciones no gubernamentales (ONGs), agencias de salud mental, y comunidades locales para garantizar un enfoque integral y centrado en el bienestar del menor.

En resumen, el Child Welfare System es un esfuerzo coordinado entre los niveles federal y estatal de Estados Unidos, dirigido por la Oficina de Niños del HHS, para proteger y promover los derechos y el bienestar de los menores en situaciones vulnerables<sup>7</sup>.

#### **4. Aplicación práctica. Derechos en juego**

En este estado, se encuentra delimitado el alcance de los derechos y las garantías que se deben ofrecer y cumplimentar para salvaguardar el interés superior del niño, su bienestar, así como también el papel y las obligaciones inherentes a sus familias, tutores, el Estado y las organizaciones públicas a cargo de llevar adelante los programas de prevención y protección. Como se analizó, existe un amplio espectro normativo nacional e internacional que promueve un tratamiento integral de la problemática tan delicada de los menores en situación de riesgo, sujetos a numerosas posibilidades de abusos, maltratos, y menoscabo de sus derechos. Ya quedó demostrado el enfoque

---

<sup>7</sup> Child Welfare Information Gateway (2021). *Cómo funciona el sistema de bienestar de menores*. <https://www.childwelfare.gov/es/resources/como-funciona-el-sistema-de-bienestar-de-menores/>

prioritario internacional brindado a los niños en el presente trabajo, teniendo en cuenta su vulnerabilidad y la manipulación a la que se pueden ver expuestos por parte de entornos peligrosos y delictivos.

Ahora bien, previo a adentrarnos en casos que pueden tener lugar dada la realidad de nuestro país, es necesario previamente determinar qué es un menor para nuestra legislación actual. En tal sentido, las Reglas de Beijing determinan que menor es “todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto” (Regla n° 2.2).

De tal manera, corresponde a cada sistema jurídico nacional fijar las edades mínima y máxima a estos efectos, respetando así cabalmente los sistemas económico, social, político, cultural y jurídico de los Estados Miembros.

A su vez, dispone en la Regla 4.1 que

«[...] en los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual».

En consonancia con ello, es posible afirmar que la edad mínima a efectos de la responsabilidad penal varía considerablemente según factores históricos y culturales propios de cada país. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido.

Ahora bien, nuestra legislación propia (Ley 22.278) establece que no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación. Respecto estos últimos, se dispone su punibilidad en caso de que incurrieren en delitos que no fueran de los enunciados previamente –sujetos a un proceso con características especiales–.

En resumen, es necesario considerar las situaciones en las cuales todo menor de 18 años se encuentra inmerso en un entorno delictivo que sea perjudicial para su desarrollo. Más aún, resulta menester el considerar que, a menor edad, es mayor la necesidad de intervención estatal, debiendo establecerse en forma general determinados rangos etarios a los fines de definir los debidos accionares de los organismos públicos. Asimismo, debe tenerse en consideración también la posibilidad de llevar adelante estudios en particular que, más allá de generalidades que sean consecuencia de las edades de cada menor, den muestras del desarrollo cognitivo y madurativo de cada caso en particular, siendo en mayor o menor medida requerida la intromisión preventiva o correctiva.

Habiendo delimitado el alcance de la cuestión, es necesario adentrarse en la situación de menores de edad expuestos al círculo de organizaciones destinadas al narcotráfico y consumo de estupefacientes, es decir, a los delitos penados por la ley 23.737. De tal modo, se hará referencia a los ilícitos que en la práctica son los mayormente perseguidos e imputados.

En tal sentido, y ante la detección de los delitos mencionados, es necesario que el Juzgado o Fiscalía a su cargo, efectúen por medio del personal que consideren

competente –fuerza pública, oficina específica encargada-, los estudios correspondientes del entorno familiar, social y económico de los investigados/imputados, en primer lugar a los fines procesales, y no menos importante, con el objetivo de detectar la presencia de menores involucrados –directa o indirectamente-, que se vean o puedan verse afectados por el accionar de los mayores, que pueden ser sus padres, tutores, curadores, o respecto quienes poseen algún otro tipo de vínculo familiar o afectivo. En caso afirmativo, se deberá, según la gravedad del delito y la participación del implicado, dar intervención al organismo a cargo del resguardo de los menores según la legislación de cada jurisdicción –por ejemplo: la Base General de Datos de Niños, Niñas y Adolescentes, perteneciente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; la Unidad de defensa de niños, niñas, adolescentes de la Defensoría General de la Nación-. Una vez efectuado este paso, y de advertirse la necesidad de una actuación pronta, será necesario tomar las medidas preventivas o correctivas que se estimen menester.

Veamos, a modo de ejemplo, cuáles pueden ser situaciones, de menor a mayor gravedad, que se presenten respecto de menores expuestos a los delitos de la ley 23.737.

Una de las situaciones más comunes, y hoy en día desestimadas según lineamientos jurisprudenciales, es el de la tenencia para consumo, estipulada en el art. 14 segundo párrafo de la mencionada ley. En tales casos, se otorga primacía al derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona, siempre que ella se realice en condiciones tales que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros y a la falta de alcance respecto de terceros<sup>8</sup>. Debido a ello, ante tales situaciones, se aplica lo dispuesto en el fallo “Arriola”, el que dispone el sobreseimiento de quien fuera imputado por tal delito. No obstante, ello, de advertirse que el consumo probado tiene lugar en un espacio en presencia de menores, se debe dar muestras al magistrado a cargo, que no debe soslayar dicha cuestión, conforme el accionar detallado anteriormente.

La misma situación considero aplicable para el caso del delito de tenencia simple que norma el art. 14 primer párrafo, respecto el cual no existe interpretación jurisprudencial imperante que ordene su desistimiento.

Algunas medidas pertinentes, considerando la gravedad del delito y su posibilidad de alcance a menores, pueden ser, en primer lugar, la constatación del espacio en que tuvo/tiene lugar el delito, a los fines de probar la existencia de menores en dicho lugar. Luego, de ser probado ello, la orden de informes periódicos sobre el imputado que den muestra sobre el estado actual de su probable consumo personal o simple tenencia de estupefacientes –enfaticando en el posible alcance respecto del menor-; o la obligación de asistir a cursos de orientación sobre la prevención del consumo de drogas y el peligro de exponer a menores a su uso. En caso de no advertirse mejorías en el tiempo en la situación del menor en riesgo, se deberán adoptar medidas aún más severas, así como también considerar la posibilidad de imputar al mayor por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que se encuentran regulados por la ley nacional n° 13.944. Este delito se configura cuando alguien no brinda los recursos necesarios para la subsistencia de sus hijos, cónyuge u otros familiares. Esto incluye los medios para alimentación, vivienda, educación, vestimenta, salud, conectividad y esparcimiento.

---

<sup>8</sup> CSJN, Fallos 332: 1963

Ahora bien, distinto y más grave aún es cuando el delito en cuestión se trata del penado por el art. 5 de la ley de estupefacientes, que estipula los casos de conductas dedicadas al tráfico de sustancias. Así, penaliza las siguientes conductas de quien: a) Siembre o cultive plantas o guarde semillas, precursores químicos o cualquier otra materia prima para producir o fabricar estupefacientes, o elementos destinados a tales fines; b) Produzca, fabrique, extraiga o prepare estupefacientes; c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte; d) Comercie con plantas o sus semillas, utilizables para producir estupefacientes, o las tenga con fines de comercialización, o las distribuya, o las dé en pago, o las almacene o transporte; e) Entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso (...).

En base a lo dispuesto, se infieren conductas mayormente gravadas debido a su peligrosidad social, y teniendo como principal bien jurídico protegido, el derecho a la salud pública, habida cuenta de los perjuicios a la sanidad que provocan los estupefacientes, a corto y largo plazo.

Sin perjuicio de que el artículo mencionado se refiere a actuaciones individuales, generalmente en la práctica tales acciones son llevadas a cabo por más de una persona, con cierto grado organización en común, a mayor o menor escala, que abarcan los distintos eslabones de la cadena de tráfico -preparación del estupefaciente, abastecimiento, venta, recaudación de ganancias, lavado de activos para su incorporación al mercado legal en forma encubierta-, que muchas veces también vienen acompañados de delitos consecuentes a la actividad –peleas entre grupos de traficantes, luchas por territorios, amenazas, homicidios-, como también del uso de personas vulnerables para llevar adelante las tareas que les encargan los líderes, como ser la venta en la calle o búnkeres, la protección de los búnkeres (los famosos “soldaditos”), las amenazas a grupos rivales, y hasta la ejecución de homicidios con fines de “marcar la cancha” o de venganza.

Debido a dicha vulnerabilidad, es que los delincuentes de mayor monta se escudan muchas veces en niños/as menores de edad. Son varios los motivos que fomentan esta metodología, como por ejemplo su temprano desarrollo cognitivo que los convierte en blancos más fáciles de captar y de influenciar, así como también en muchos casos su pobre estatus económico y necesidades primarias no cubiertas, que los obligan a acceder a caminos “fáciles” en busca de algún rédito económico que les permita subsistir. Dicho sea de paso, es ventajoso también para los cabecillas, ya que, aprovechándose de la precaria situación de los menores, les basta con ofrecerles monedas a cambio de su “labor”, lo que termina haciendo aún más redituable el negocio para ellos. Incluso, muchas veces el pago es efectuado en sustancias, generando consumos en los menores que luego se ven inmersos en un círculo adictivo del que no pueden salir y por lo cual necesitan seguir “trabajando” para recibir su pago en consumo, con un elevadísimo riesgo social y de salud para su presente y futuro. Por último, es sabido que, en caso de que el menor en algún momento quiera salir y abrirse de este círculo, muchas veces termina siendo objeto de amenazas o lesiones él o su familia, por lo que se ven apresados al entorno delictivo del cual no pueden escapar y, lamentablemente, las únicas salidas terminan siendo la cárcel o la muerte; hechos de los cuales, claramente los líderes no se hacen cargo, mientras reemplazan la baja con otra persona vulnerable que se verá destinada al mismo final, y continúan con sus actividades delictuales.

Es esencial en este caso hacer uso del agravante dispuesto en el artículo 11 inc. a de la ley 23.737 –ley de estupefacientes- que dispone un mayor cómputo de la pena en los casos en que los hechos tipificados en dicha ley se cometieren sirviéndose de menores de dieciocho años.

Sin embargo, otro beneficio que obtienen las organizaciones al valerse de menores de edad es el jurídico, ya que aprovechan la inimputabilidad del niño para convertirlo en fuerza ejecutora de delitos por los que no podrán ser penados.

En suma, surge a las claras, la complejidad de la problemática, poniendo en serio riesgo la salud y el bienestar de menores, y su futura inserción en la sociedad, la que se ve afectada directamente, generando futuros ciudadanos apartados socialmente, con los problemas aledaños que eso implica. Más aún, en un país con elevados niveles de pobreza como el nuestro, en el que se viven muchísimos menores expuestos a los peligros detallados.

Por lo tanto, es esencial la intervención del Estado en la cuestión. Es el Estado, el que debe garantizar las necesidades mínimas de los sectores más necesitados. Es el Estado quien debe otorgar salidas concretas y planificadas a la pobreza, brindando posibilidades de trabajo a largo plazo, de capacitación, de educación, que son los pilares básicos de una sociedad productiva e integrada. No es ninguna solución efectiva el ofrecer comida a un chico que el día de mañana no tendrá las bases para insertarse a la sociedad, o subsidios a mayores para que mantengan a sus niños, sin ofrecerles a ellos las posibilidades mencionadas previamente. Sin menospreciar ni negar la importancia de la ayuda social, que no debe ser recortada, terminan resultando acciones que son “pan para hoy y hambre para mañana”, y, muchas veces, bastiones de campañas políticas que encubren negociados por detrás, lucrando con las necesidades primarias de la gente necesitada.

Lamentablemente, existen hoy en día generaciones de avanzada edad a las cuales no se les brindó la ayuda necesaria para poder salir de su círculo de pobreza y miseria. En consecuencia, resulta vital la asistencia social respecto de ellos, pero también se debe hacer foco esencial en las futuras generaciones, que aún se encuentran en etapa de desarrollo y formarán las masas societarias de los tiempos venideros, para lograr brindarles la chance de progresar social y económicamente, y proyectar una vida en la que mínimamente, sus necesidades de subsistencia –salud, educación, trabajo, alimentos, servicios básicos-, no sean un problema.

De este modo, es también el aparato estatal el que debe perseguir a las organizaciones que hacen uso de los menores para delinquir. Se debe otorgar seriedad y riguroso control a las investigaciones judiciales y a las fuerzas públicas tendientes a detectar estas actividades, así como también recursos económicos suficientes con fines de efectuar investigaciones y persecuciones profundas, destinadas a desenmascarar la raíz de las estructuras, y no quedarse sólo con las caras visibles, que la mayoría de las veces terminan siendo los menores y personas vulnerables que, al fin y al cabo, resultan ser víctimas de su pobre situación social y económica, y su penalización resulta negativa por donde se la mire. Se aparta a una persona que aún puede ser encausada socialmente dada su corta edad; se genera aún un mayor gasto económico al Estado en caso de apresarlos; y la estructura delictiva sigue funcionando con normalidad ya que sus líderes siguen ocultos y reemplazan la baja con facilidad.

En la práctica, de advertirse que haya menores involucrados en estas actividades, son muchos los casos y las medidas que se deben tomar al respecto. En caso de ser

menores inimputables, es necesario realizar un seguimiento al mismo, ponerse en contacto con su familia, conocer su situación y condiciones particulares, y, en caso de que su familia sea quien se encuentra detrás del negocio delictivo, proceder a su disposición, guarda, cuidado, o apartamiento por parte del magistrado a cargo, quien deberá derivarlo a instituciones educativas y formativas al efecto, en forma provisoria o definitiva, según el caso.

En caso de ser menores sujetos a procesos judiciales, se deberán seguir los lineamientos estipulados por el Régimen Penal de la Minoridad –ley 22.278-.

Ahora bien, con relación a los deberes de la familia, si el menor resulta captado por organizaciones ajenas a su familia, es necesario poner en conocimiento a sus progenitores o personas a su cargo, devolver al menor a su hogar, efectuar seguimientos, y someter tanto al menor –no obligatoriamente-, como a su familia, a cursos preventivos o correctivos, como así también brindar en caso de ser necesario, ayudas económicas o de salud –sujetas a control periódico evolutivo- para poder sobrellevar la traumática situación. En caso de advertirse reticencias de la familia, se deberán practicar los informes respectivos y correspondientes, para así poder tener las herramientas necesarias para someterlas al necesario proceso judicial por faltas en su deber de cuidado y asistencia sobre el menor.

Por otra parte, en caso de que sea la familia misma o quienes se encuentran a cargo del menor quienes lo involucran en actividades delictivas, sin perjuicio de los procesos judiciales propios por los hechos cometidos y sus consecuencias penales sobre los imputados, se deberá atender la situación del menor que, en caso de quedar desamparado se deberán constatar las posibilidades de atención por parte de algún otro familiar o afecto ajeno a las investigaciones. De última ratio, en caso de no contar con allegados que puedan hacerse cargo de este, será necesaria la inserción del menor en hogares o familias de tránsito, o instituciones públicas o privadas al efecto, con un seguimiento periódico que dé muestras de la evolución del menor.

Ahora bien, en los casos en los cuales se dispone el apartamiento del menor de su círculo íntimo, se encuentran en contraposición derechos tales como el derecho del niño a desarrollarse en su círculo familiar, y el derecho del niño a crecer en un ambiente sano, motivo por el cual se debe tener especial atención a la hora de tomar una decisión de tal tenor.

Al respecto, resulta esencial valorar el grado de exposición al que se sometió al menor a las actividades delictivas. Dicha cuestión, deberá surgir prioritariamente del avance de las investigaciones, valorando, primeramente, el lugar donde se llevaban a cabo las maniobras ilegales y si coincide con el hogar del menor –hecho demostrable a partir de informes sociales, actas e informes preventivos e investigativos efectuados por la fuerza pública-; y situaciones tales como algún tipo de participación o involucramiento de los padres respecto su hijo en actividades ilegales, de lo cual deberán dar muestras las pesquisas de la causa, como por ejemplo escuchas telefónicas de las cuales surja con claridad que se implica al niño en los accionares delictivos de la organización de sus padres.

Ante dicho panorama, y en los casos en los que se ha denegado la prisión domiciliaria solicitada por padres a partir de su deber de cuidado respecto hijos menores de edad, la jurisprudencia ha señalado que:

“Las decisiones denegatorias, por su parte, usualmente han computado el impacto de los hechos investigados o juzgados sobre los intereses del niño, cuando –por ejemplo- el secuestro de los estupefacientes, cuya tenencia con fines de comercialización se imputaba a la madre, se había concretado –precisamente- en el domicilio en que ella vivía con sus hijos”.<sup>9</sup>

Por lo tanto, resulta fundamental establecer si el accionar de los padres afecta negativamente a los menores más que la ausencia de los mismos. Dicho análisis debe ser realizado no en forma mecánica al amparo de la letra de la ley, sino con la realidad concreta del hecho investigado. De probarse que el menor estará en mejores condiciones en un ámbito alejado de la venta de estupefacientes y la violencia que rodea a dicho mundo, aunque ello implique estar alejada de su madre/padre, deberá primar el interés superior del niño, debido a su derecho a desarrollarse en un ámbito saludable, considerando que su progenitor usufructuaría de esa condición para burlar la pena por los hechos que comete, obteniendo así una morigeración en su estado de detención.

Por último, es necesario tener en cuenta la posibilidad a futuro de una eventual reunificación familiar. En tal sentido, resultaría de importancia el no menoscabo por completo el derecho a la familia del menor. De este modo, se debe otorgar la posibilidad de visitas periódicas del niño a sus padres respecto de quienes fueron apartados, y a partir de ello poder mantener un vínculo, siempre y cuando este no sea perjudicial para su evolución. Va de suyo, que la mencionada herramienta debe estar sujeta a la voluntad del niño involucrado, procurando garantizar su derecho a ser oído. Toda aquella petición por parte del menor debe ser entablada en el proceso judicial, a través del asesor de menores, y habilitada posteriormente por una orden judicial.

## **5. Conclusión**

Teniendo en cuenta lo desarrollado en el presente artículo, queda a las claras la esencialidad de la protección que merecen los grupos más vulnerables de la sociedad, en este caso, los menores de edad. Se trató, a través de teorías jurídicas, psicológicas, sociológicas y criminológicas, que dieron muestra suficiente de la situación de indefensión a la que se ven expuestos los menores, en razón de su temprano desarrollo cognitivo, y ante el accionar negligente, abusivo, o manipulador por parte de personas mayores de edad familiarizados con un accionar delictivo.

Este enfoque obliga tanto a la familia como al Estado a garantizar su bienestar físico, emocional y psicológico, alejándolo de influencias nocivas que puedan comprometer su desarrollo. La familia y el Estado tienen roles complementarios y esenciales en la protección de este interés superior. La familia, como núcleo primario de cuidado y formación, tiene la responsabilidad de proporcionar un entorno seguro, afectivo y que fomente el desarrollo integral del niño. Sin embargo, cuando esta falla en cumplir con ese rol ya sea por limitaciones económicas, desestructuración o participación en actividades ilícitas, el Estado debe intervenir de manera activa y eficiente.

---

<sup>9</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Sala II. Causa 27.899. F., A.M.; 26 de mayo de 2009. En igual sentido, Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. Sala II, Secretaría Penal N° 4. Causa 4.478 (exp. 807/2009), Registro N° 4523. “Incidente de arresto domiciliario en favor de M.F.”; 28 de mayo de 2009.

Resulta imperante una intervención temprana y a tiempo por parte del aparato estatal, en conjunto, por qué no, con lo privado, a los fines de prevenir este tipo de situaciones y, en caso de que ya se hallen en un estadio avanzado, con una finalidad correctiva.

Es necesario poner el foco en un crecimiento sano y saludable para las futuras generaciones, alejadas del delito y de entornos disvaliosos para un desarrollo propicio en miras a una posterior inserción a la sociedad productiva. De tal modo, se evitarán masas societarias con dificultades de integración en el mundo de la educación, la capacitación, laboral, y también, la formación de menores con una mayor potencialidad al delito, habida cuenta de que una vez que una persona –y más aún un menor– se encuentra inmerso en un profundo círculo delictual, resulta compleja la salida del mismo, y más aún cuando los delitos de los que se tratan son relacionados con los estupefacientes, con todas las consecuencias negativas a la salud que ellos implican, principalmente en cuanto a las adicciones, y a la afectación a los sistemas corporales que hacen a nuestro bienestar saludable.

Ahora bien, no se deben malgastar fondos, y principalmente tiempo –ya que el tiempo de desarrollo a temprana edad es irrecuperable–, en políticas poco abarcativas de la cuestión, procurando arreglar la problemática con asistencias sociales que, sin perjuicio de que nunca deben ser cesanteadas, no son la solución de fondo del problema. Como se desarrolló previamente, se requiere una política de estado integral que englobe equipos interdisciplinarios capacitados, sujetos a control periódico; fuerzas de seguridad eficientes; instituciones educativas públicas y privadas que gocen de programas de educación idóneos para detectar casos de menores afectados por estas situaciones y que se encuentren obligados a dar noticia a las autoridades competentes; sistemas de salud física y mental aptos para los tratamientos que sean necesarios para los menores; y tribunales, fiscalías y defensorías que cumplan con creces con las disposiciones legales nacionales e internacionales que gozan de jerarquía constitucional, con todo lo que ello conlleva, avanzando con los procedimientos establecidos legalmente, y aplicando con firmeza las herramientas que permitan la protección de los menores en situación de riesgo.

Recién a partir de ahí, podremos afirmar que se actúa en pos del interés superior del niño, con la finalidad de que ese niño, el día de mañana, se convierta en un mayor de edad capacitado y preparado para afrontar las responsabilidades del mundo de la adultez.

## 6. Bibliografía

- Basilico, R. A., Villada, J. L. (2021). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: DAS Editor.
- Bermúdez, I. (2024). El índice de pobreza fue del 52,9% en el primer semestre de 2024, la peor cifra en 20 años. *Diario Clarín*. [https://www.clarin.com/economia/indice-pobreza-529-primer-semestre-2024-relevamiento-indec\\_0\\_MflaKzquvdf.html](https://www.clarin.com/economia/indice-pobreza-529-primer-semestre-2024-relevamiento-indec_0_MflaKzquvdf.html)
- Child Welfare Information Gateway (2021). *Cómo funciona el sistema de bienestar de menores*. <https://www.childwelfare.gov/es/resources/como-funciona-el-sistema-de-bienestar-de-menores/>

- Durkheim, É. (2016). *Las reglas del método sociológico y otros escritos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Por la cual se modifica parcialmente el Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 16 de febrero de 1996. BOE No. 15
- Sagués, N. P. (2012). *Manual de Derecho Constitucional* (2da edición actualizada y ampliada). Buenos Aires: Astrea.
- Bidart Campos, G. (1987). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.