

PROTOCOLIZACION  
FECHA: 30/08/00  
EDUARDO DI MIRAGAYA  
FISCAL GENERAL ADJUNTO  
DE LA PROCURACION  
GENERAL DE LA NACION



*Procuración General de la Nación*

Res. PGN 46/00

Buenos Aires, 30 de Agosto de 2000

**VISTO:**

Lo actuado en el expediente interno M 3606/00, con motivo de los informes elevados por los Sres. Fiscales de Menores de la Ciudad de Buenos Aires.

El especial reconocimiento que la situación de un niño merece en el ámbito de un sistema de enjuiciamiento respetuoso del Estado de Derecho.

La Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional dispuesta por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que en su preámbulo recuerda que las Naciones Unidas proclamaron en la Declaración Universal de Derechos Humanos que *"la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales"* y que en su artículo 19 dispone que *"los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente..."*; las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing, Resolución 40/33) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad (Resolución 45/113),

El artículo 120 de la Constitución Nacional y el artículo 1, 25 incs. a), g), h), i) y 33 inc. e) de la ley 24.946 que otorgan al Ministerio Público la *"función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad"* y al Procurador General de la Nación la facultad *"de diseñar la política criminal y de persecución penal del Ministerio Público Fiscal"*.

Las resoluciones PGN 30, de fecha 4 de agosto de 1997, sobre la operatividad de los derechos y garantías de los niños que consagra la Convención mencionada precedentemente y la PGN 25/99 sobre los recaudos que deben tomarse en el marco de las declaraciones judiciales de personas menores de edad.

Los estudios realizados por la Fiscalía General de Política Criminal y Servicios a la Comunidad de esta Procuración General.

## **Y CONSIDERANDO:**

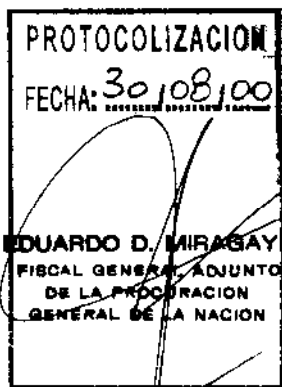
Que una de las preocupaciones fundamentales del Ministerio Público Fiscal es la situación de los menores de edad y su contacto con el proceso penal, especialmente cuando esto implica la adopción de medidas que puedan causarle gravamen irreparable, aún cuando se dicten en el marco de un expediente tutelar.

Que las visitas realizadas por los Sres. Fiscales de Menores a los institutos de menores de la Ciudad de Buenos Aires ha demostrado la superpoblación y el estado de precariedad que presentan, más allá de los esfuerzos impuestos por las autoridades correspondientes.

Que, en este sentido, como lo he afirmado repetidamente y en ocasión de dictaminar con motivo del tratamiento de distintos proyectos de ley encargados de regular la respuesta estatal frente a las conductas antisociales de los niños, niñas y adolescentes, presentados ante el Honorable Congreso de la Nación, si bien resulta necesario una reforma integral del sistema normativo referido a esta materia, es posible por el momento adecuar el sistema actual y la actividad del Ministerio Público Fiscal a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino en relación con los menores de edad víctimas de delito, imputados o de algún modo vinculados con la Administración de Justicia, aplicando directamente los instrumentos internacionales mencionados en el Visto, en forma armónica con la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal y el Código Procesal Penal de la Nación. Ello, más allá de lo cuestionable de un sistema de administración de justicia que no distingue con nitidez las distintas situaciones en las cuales puede encontrarse un niño, niña o adolescente y que en definitiva muestra como dato preocupante una vinculación ideológica clara con las tendencias peligrosistas que tanto daño han hecho a un derecho penal que pretende situarse en el marco de un Estado de Derecho.

Que este compromiso institucional se impone a partir de la obligación del organismo de velar por el principio de legalidad y de evitar, en el marco de su competencia, la responsabilidad internacional del Estado Nacional por el incumplimiento de las obligaciones asumidas (art. 75 inc. 22 y 120 de la Constitución Nacional y art. 1 y cctes. de la Ley Orgánica 24.946).

Que respecto de la aplicación de la Convención mencionada sostiene Bidart Campos: *"...(l)a jerarquía constitucional de este tratado, que versa sobre derechos humanos en la especial situación de la minoridad, significa a nuestro juicio que comparte con la Constitución su misma supremacía y que, por ende, se sitúa en el vértice de nuestro ordenamiento jurídico..."*, asimismo que *"...leyes, decretos y reglamentos del poder ejecutivo, resoluciones administrativas ..... y sentencias deben darle aplicación,.....pues el*



## *Procuración General de la Nación*

*deber recaer sobre todos los órganos gubernamentales: el legislativo, el ejecutivo....y el judicial. ...". Finalmente, el citado constitucionalista señala que "...cada uno de los derechos que vienen reconocidos en la Convención (más los implícitos y los que, conforme al art. 41, provienen del derecho de cada estado parte y del derecho internacional vigente en él) tiene que respetarse y hacerse efectivo a tenor de cada una de las circunstancias y situaciones -previstas o imprevistas- en las que está comprometido cada niño....en su calidad de refugiado o internado....en el proceso penal, etc." (Bidart Campos, Germán J. "Constitución, tratados y normas infraconstitucionales en relación con la Convención de los Derechos del Niño" en "El Derecho y los Chicos" María del Carmen Bianchi-Compiladora, Espacio Editorial, 1995, págs. 35/37).*

*Que, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que "(l)os Estados Partes velarán porque:....(n)ingún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.... Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independientemente, y a una pronta decisión sobre dicha acción..." (art. 37 incs. b y d).*

*Que, asimismo, en referencia específica al tratamiento de los niños víctimas de delitos, el artículo 3, inciso 1 establece que "(e)n todas las medidas concernientes a los niños que tomen...los tribunales..., una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; en tanto que el artículo 39 prescribe que "(l)os Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima..."*

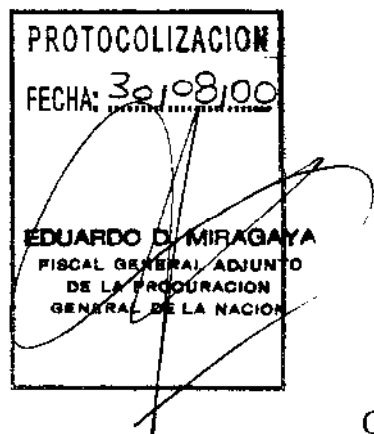
*Que, por otra parte, señala en su artículo 40 que "...(l)os Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad..."*

*Que, a su vez, la resolución n° 45/113 de las Naciones Unidas, del 2 de abril de 1991, en su regla 11 b) dispone que "(p)or privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública". Resolución que, si bien no tiene*

la fuerza vinculante de una convención en cuanto no genera responsabilidad internacional al Estado por su incumplimiento, contiene reglas que deben ser tenidas en cuenta para la interpretación de los tratados —en este caso la Convención sobre los Derechos del Niño— según lo establecen expresamente los arts. 31 y ss. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del cual es parte nuestro país (conforme doctrina de la CSJN en fallo “Pellicori, O. A.”, del 23/12/97 y así también entre otros Mary Beloff, “Niños y Jóvenes: Los olvidados de siempre”, pág. 252 en “El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Julio B.J. Maier-Compilador, Editores del Puerto, 1993)

Que, a partir de lo expuesto puede deducirse, entonces, que la Convención sobre los Derechos del Niño no realiza distinción alguna entre privación de libertad e internación, consagrando para los niños y adolescentes una serie de derechos y garantías fundamentales en el proceso penal en general y, especialmente, ante la eventual privación de libertad que pudieran sufrir —que debe ser considerada como tal a todos sus efectos— entre los cuales se encuentra el de recurrir su privación de libertad ante el órgano judicial competente y ser informado sin demora de los cargos que pesan en su contra, debiendo dársele la inmediata oportunidad de ofrecer el descargo pertinente.

Que la consideración de la internación como privación de libertad ha sido también receptada por nuestra jurisprudencia. Así, se ha dicho que “...el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional al mencionar las atribuciones del Congreso Nacional, establece que la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con otros tratados y convenciones sobre derechos humanos, poseen jerarquía constitucional y deben considerarse complementarios de los derechos y garantías enunciadas por ellas... A la luz de tales normas y especialmente teniendo en cuenta la interpretación amplia que debe realizarse sobre el concepto “privación de libertad de un menor” (según la resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas 45/113), resulta adecuado acceder a la petición solicitada por el recurrente...” (CCCF,S.II, c.10.883, Rec. Causa 877, 4/5/95). En dicho fallo también se sostuvo que, cualquiera sea la denominación que se le otorgue, la disposición tutelar que ejerce el Juez implica el ejercicio de un poder coercitivo por parte del Estado. En otro pronunciamiento, la Excma. Cámara resolvió que “...una interpretación armónica de la regla 11-b de la resolución 45/113 de las Naciones Unidas (reglas mínimas para la protección de los menores privados de su libertad) y del art. 37 inc. d de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, lleva a concluir que todo niño privado de su libertad tiene derecho a una asistencia jurídica. Así la definición de privación de libertad -en relación a los menores- está dada en la regla citada de la resolución 45/113...” (CNCRIM, Sala I, c. 6408 F.,P.E., Rta. 12/96).



## *Procuración General de la Nación*

Que, asimismo, la Cámara Nacional de Casación en un caso donde se absolvió a un menor de edad y, sin embargo, se resolvió proseguir con la tutela, al declarar la procedencia formal del recurso de inconstitucionalidad en relación al art. 15 de la ley 10.903 en el que se alegaba la restricción de derechos personalísimos protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño sostuvo que “...*toda medida restrictiva de la libertad aún tomada en su supuesto beneficio le produce –en principio– un gravamen irreparable al privarlo de un bien jurídicamente tutelado...*” (CNCASACP, S.II, c. 1286, Reg. 1676, Bogarín, C., 3/11/97).

Que, en consecuencia, el alojamiento de una persona menor de edad en un instituto de seguridad, del cual no puede salir por su propia voluntad, constituye un caso de privación de libertad, más allá de la designación formal o normativa que a ella se le otorgue y tal situación debe ser asimilada a una detención y gozar como mínimo de las garantías de las que gozan los mayores de edad. Ello, sin perjuicio de que respecto de los menores imputados de delito, el ordenamiento procesal vigente en el ámbito federal, en su art. 411, ya prevé los presupuestos objetivos que fundamentan la legitimidad de la detención, norma que debe ser interpretada no sólo para la etapa del debate sino para todo el proceso penal, frente a lo cual no puede llevar a confusión el título mismo del capítulo que contiene la norma: se trata de un procedimiento especial en el cual debe regir un plus de garantías.

Que, por esta razón, la privación de la libertad ambulatoria de un menor de edad, cualquiera sea la modalidad aplicada y los fines alegados, debe ser analizada sólo bajo los principios de *mínima intervención* y *última ratio* que rigen la actuación de todo Estado de derecho, fundada en presupuestos objetivos legalmente establecidos y ya no en las condiciones personales de los destinatarios de la medida.

Que en esta inteligencia se advierte que el derecho a impugnar la privación de libertad con los alcances enunciados y a obtener una rápida decisión en este punto, establecido en el art. 37 inc. d) de la Convención sobre los Derechos del Niño es operativo en los términos que fundamentara nuestro máximo Tribunal (confr. CSJN, fallos in re “Pellicori, O. A.” del 23/12/97 y “Ekmekdjian, M. A. c/Sofovich, Gerardo y otros” del 7/7/92) y de acuerdo con lo señalado oportunamente en la instrucción general dispuesta por Resolución PGN 30/97.

Que, por las consideraciones expuestas, el Ministerio Público Fiscal no puede estar ajeno al control de legalidad de las decisiones que se adopten vinculadas con el derecho constitucional a la libertad de los niños, niñas y adolescentes, más allá de los fines tutelares o reeducativos que se le adjudiquen y del carácter secreto que para las otras partes puedan tener los denominados expedientes tutelares o de disposición conforme a reglamentos

internos (confr. art. 179 del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal).

Que en este sentido, el control de legalidad que debe practicar el Ministerio Público Fiscal como “custodio de la ley” ofrece una mayor garantía de corrección de las decisiones adoptadas en el marco de la Administración de Justicia y representa un eje fundamental del control republicano de los actos de gobierno que compete a este organismo. (Confr. Roxín, Claus “Posición Jurídica y tareas futuras del Ministerio Público” en El Ministerio Público en el Proceso Penal, Ed. Ad-hoc, 1993, pág. 40)

Por ello; y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 33 inciso d) de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

## **EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN**

### **RESUELVE**

**Artículo 1:** INSTRUIR a los Sres. Fiscales que actúen ante el fuero de Menores en la Ciudad de Buenos Aires y ante el fuero federal en el interior del país, en sus distintas instancias, para que en todos los casos en los que exista la posibilidad o se hubiere dispuesto la internación de un menor de edad, en un instituto especializado o cualquier otra medida que pudiese causarle gravamen irreparable, soliciten tomar intervención en los respectivos expedientes tutelares a efectos de analizar la legalidad y racionalidad de las medidas adoptadas, sobre la base de la normativa que rige la materia teniendo especialmente en cuenta —por su rango normativo en el derecho interno— la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

**Artículo 2:** Recomendar que en todos los supuestos en los que los Señores Fiscales mencionados en el artículo anterior estimen que la internación del menor de edad o cualquier otra medida de las mencionadas precedentemente no se ajustan a los estándares mencionados en los considerandos de la presente, arbitren los recursos pertinentes en los términos del artículo 1 de la Ley Orgánica, 433 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación y 37 inc. d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, para obtener la revisión de tal decisión ante el tribunal de alzada.

**Artículo 3:** Recomendar a los Sres. Fiscales que a efectos de cumplir adecuadamente con lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la presente soliciten a las respectivas autoridades

PROTOCOLIZACION  
FECHA: 30/08/00

EDUARDO D. MIRAGAYA  
FISCAL GENERAL ADJUNTO  
DE LA PROCURACION  
GENERAL DE LA NACION



*Procuración General de la Nación*

judiciales, que al concluir cada turno, les remitan una nómina de los menores de edad a los cuales se les hubiere dispuesto su internación.

**Artículo 4:** Disponer que la presente resolución sea aplicada a todos los casos en los que se encuentren involucrados menores de edad tanto sean víctimas, imputados o que estén de algún modo vinculados con la Administración de Justicia penal.

**Artículo 5:** Protocolícese, comuníquese y oportunamente archívese.

EUGENIO EDUARDO BECERRA  
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION