



## El defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en Argentina

### DE DÓNDE VENIMOS PARA SABER HACIA DÓNDE VAMOS

Isaac Ravetllat Balleste (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. Orígenes de la institución y su posterior expansión en Latinoamérica. — III. Naturaleza legal de las defensorías de los derechos de la niñez y la adolescencia. — IV. Principios y elementos informadores de la actuación del defensor de los derechos de la infancia y la adolescencia.

➔ Parece oportuno profundizar en los diferentes modelos y principios que deben inspirar la creación y funcionamiento de un Defensor de los Derechos de la Niñez, para de este modo valorar con conocimiento de causa las previsiones contenidas en la ley 26.061/2005, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

#### I. Introducción

El Estado argentino, tal y como se ha encargado de recordarnos el propio Comité de los Derechos del Niño en sus recomendaciones finales tras el examen de los *Informes* periódicos combinados, quinto y sexto, de junio de 2018 (1), está claramente *al debe* en la cuestión del nombramiento de una institución autónoma que vele por los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes. En este sentido, el Comité ginebrino reitera [como ya lo hiciera en sus *Observaciones finales* cursadas anteriormente a la República Argentina (2)] su sugerencia de que el Estado Parte adopte las medidas necesarias para asegurar la designación (por la Comisión Bicameral prevista en el art. 49 de la ley 26.061/2005) del cargo del *Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*; y que ello lo haga a la luz de la Observación General N° 2, sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño (3) y los *Principios de París* (4), así como que se le aseguren medios humanos, técnicos y

financieros suficientes para desarrollar eficazmente las funciones que le han sido encomendadas.

En el presente artículo procedemos a un análisis sosegado de cuáles han sido los orígenes históricos de una institución de derechos humanos como la apuntada, así como al estudio del proceso de implantación y desarrollo, tanto a nivel europeo como del continente americano del *Ombudsperson for Children* (5). Una vez efectuada esta declaración general de intenciones, nos parece oportuno profundizar en los diferentes modelos y principios que deben inspirar la creación y funcionamiento de un Defensor de los Derechos de la Niñez, para de este modo valorar con conocimiento de causa las previsiones contenidas en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (del 2005).

#### II. Orígenes de la institución y su posterior expansión en Latinoamérica

##### II.1. Aparición de la figura del "Ombudsperson for Children": tradición escandinava

El concepto de organismos generales independientes encargados de supervisar las acciones del gobierno y resto de poderes públicos en defensa de los derechos individuales de los ciudadanos (no centrados exclusivamente en la niñez y la adolescencia) encuentra su origen en Suecia, país donde se nombró al primer Defensor en 1809 (6), seguido por Finlandia (1919), Dinamarca (1955) y Noruega (1962) (7).

Ahora bien, aunque tradicionalmente estos primeros Defensores o Comisionados generales no impidieron a las personas menores de edad acceder a sus servicios, tampoco se dedicaron de forma explícita a las

temáticas vinculadas de forma más cercana con los niños, niñas y adolescentes. Es más, esos primeros *Ombudsperson* raramente se dieron a conocer a través de vías o mecanismos que hoy en día calificaríamos como de "amigables" para la infancia y la adolescencia, así como tampoco tomaron las medidas necesarias para facilitar a este sector poblacional el tener acceso a sus servicios (8).

Fue precisamente en ese contexto de actuación que Noruega, sin aguardar a la aprobación del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, y visualizando la imperante necesidad de crear una figura especializada en la defensa de los derechos de la infancia y adolescencia, tomó la iniciativa y designó la que ha sido considerada, al menos de forma oficial, como la primera defensora o comisionada por los derechos del niño y la niña, la psicóloga Málfrid Grude Flekkoy. La institución se creó por una Ley del Parlamento Noruego (Ley de 06/03/1981): fue esta una norma sencilla, breve y directa, de tan solo siete puntos, inmediatamente desarrollada por un Real Decreto de 11 de septiembre del mismo año.

Que fuera Noruega la precursora de esta figura no es una cuestión baladí. La sociedad noruega contaba ya con unos antecedentes más que remarcables sobre la materia. Así, este país escandinavo ya había aprobado en 1896 su primera Ley de Protección a la Niñez, y dos décadas más tarde, concretamente en 1915, hizo lo propio con una Ley del Niño, conocida como la *Ley Castberg* en clara alusión al Ministro de Justicia y Asuntos Sociales que la impulsó (9).

Así las cosas, la aprobación de la Ley del Parlamento Noruego de 06/03/1981, al igual que sucediere con su reglamento de desarrollo, no estuvieron exentas de polémica.

Como la propia Málfrid Grude Flekkoy manifiesta, varias fueron las críticas que recayeron sobre la institución del *Ombudsperson for Children* noruego (10): en primer lugar, se temía que fuera una amenaza para la autoridad paterna, es decir, que incidiera en su desautorización; en segundo término, se proclamaba que podía representar la excusa perfecta para que las instituciones y servicios ya existentes en materia de infancia se despojaran de sus responsabilidades para con los niños, niñas y adolescentes; un tercer argumento esgrimido, directamente vinculado con el anterior, hacía alusión expresa a la circunstancia de que los recursos serían mejor aprovechados si se destinaban a reforzar los servicios ya existentes, en vez de derivarlos a una instancia de nueva generación; y, por último, se acusaba a esta iniciativa de introducir un nuevo nivel de burocratización en el sistema (11).

Por lo que a las funciones que le fueron inicialmente asignadas se refiere, su normativa de creación hacía mención expresa a las de "promover los intereses de los niños/as frente a las autoridades públicas y privadas, y supervisar el desarrollo de las condiciones en las que estos/as crecen". Las únicas restricciones a su actividad estaban referidas, y lo siguen estando en la actualidad, a su intervención en conflictos familiares o temas que ya hayan sido o estén siendo juzgados ante un tribunal de justicia. Se le confirió, además, el derecho de acceso a todo documento relacionado con cualquier asunto que afectase a un niño o niña tutelado por las autoridades públicas, así como de acceder a los espacios e instalaciones públicos o privados de atención a la infancia (12).

Siguiendo el influjo proveniente de los países del Norte de Europa y aprovechando

**DOCTRINA.** El defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en Argentina. De dónde venimos para saber hacia dónde vamos

Isaac Ravetllat Balleste..... 1

**NOTA A FALLO.** La exteriorización de actos discriminatorios

Francisco J. Crocioni..... 6

#### JURISPRUDENCIA

**DELITO DE DISCRIMINACIÓN.** Exposición de una veleta en el techo de una casa con alusiones a la simbología nazi. Tipicidad. Art. 3º de la ley 23.592. Falta de mérito. Disidencia: sobreseimiento del imputado (CFed. Córdoba)..... 6

**NARCOTRÁFICO.** Nulidades en el procedimiento penal. Registro de domicilio. Facultades de las fuerzas de seguridad (CS)..... 8

**REMOCIÓN DEL INTERVENTOR RECAUDADOR.** Falta de realización de las tareas encomendadas respecto de la sociedad ejecutada. Actuar abusivo o negligente. Art. 227 del Cód. Proc. Civ. y Com. Pérdida de honorarios (CNCom.)..... 10

**EJERCICIO DE LA ABOGACÍA.** Sanciones disciplinarias. Desatención de los derechos de los clientes. Comportamiento de las partes (CNFed. Contenciosoadministrativo)..... 10

el impacto global que supuso en el viejo continente la aprobación y posterior entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, no fueron pocos los Estados europeos que se animaron a implementar, con independencia ahora de su modelo organizacional interno, la figura de un Defensor del Niño/a (13).

## II.2. Realidad existente en América Latina

La aparición de Defensorías dedicadas a la Niñez y la Adolescencia en América Latina data de fines del siglo XX y obedece al resultado de dos procesos convergentes (14). El primero, referido a la irrupción del Defensor del Pueblo, con sus distintas denominaciones, en la región (15); y el segundo, vinculado con el aumento exponencial de

los niveles de concientización acerca de las necesidades y potencialidades de la infancia y la adolescencia (16).

Efectivamente, la figura del *Ombudsman* general, como institución llamada a controlar a la administración del Estado desde una perspectiva de protección y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, fue tomando fuerza en América Latina, bajo sus diversas acepciones, a finales de los años noventa (17). Instituciones como el Defensor del Pueblo (en Ecuador, Argentina, Bolivia, Perú y Colombia, entre otros); el Procurador de Derechos Humanos (en Nicaragua, Guatemala y el Salvador); el Defensor de los Habitantes (en Costa Rica); o los Comisionados Nacionales de Derechos Humanos (en Nicaragua, Honduras y Mé-

xico) fueron proliferando de una manera vertiginosa (18). Aun reconociendo que esta heterogeneidad de denominaciones pudiera traer consigo algunos problemas de carácter nominal, lo que está fuera de toda duda, y es precisamente en ello en lo que queremos hacer especial hincapié, es que denota una cada vez mayor preocupación por parte de los Estados por dotarse de entidades autónomas cuya misión esencial sea la de fiscalizar que las administraciones públicas no cometan vulneraciones o abusos contra los derechos humanos de los administrados, así como actuar como garantes de los derechos fundamentales y libertades públicas en general (19).

A mayor abundamiento, y siempre a partir de la progresiva adopción de la Convención

sobre los Derechos del Niño (1989) en los países de la región centro y sudamericana, el interés por la realidad de la infancia y la adolescencia, así como la necesidad de promover y proteger en forma específica sus derechos a través de instituciones especializadas, fue *in crescendo* de forma y manera paulatina; y, más aún si cabe, con la aprobación por parte del Comité de los Derechos del Niño, en el año 2002, de la Observación General N° 2, relativa al papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño. En este documento, el Comité ginebrino, máximo intérprete de los preceptos de la Convención, viene a considerar que el establecimiento de tales órganos forma parte del compromiso asumido por los Estados Partes al ratificar este Tratado Internacional de ga-

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Profesor Asistente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Doctor y Magister en Derecho de Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona (España). Subdirector del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca. Vocal del Observatorio de la Infancia de la Generalitat de Cataluña (España). Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA).

(1) Cfr. Comité de los Derechos del Niño (2018): Observaciones finales. Examen de los informes periódicos quinto y sexto presentados por el Estado argentino, de 1 de junio de 2018 —Documento CRC/C/ARG/CO/5-6, párr. 12—.

(2) Cfr. Comité de los Derechos del Niño (2010): Observaciones finales. Examen de los informes periódicos tercero y cuarto presentados por el Estado argentino, de 21 de junio de 2010 —Documento CRC/C/ARG/CO/3-4, párrs. 19 y 20—.

(3) Cfr. Comité de los Derechos del Niño (2002): *Observación General N° 2*: El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, de 15 de noviembre de 2002 —Documento CRC/CG/2002/2—.

(4) Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas (1993): *Principios relativos al Estatuto de las Instituciones Nacionales de Promoción y Protección de los Derechos Humanos* (Principios de París), de 20 de diciembre de 1993 —resolución A/RES/48/134—. Patricia Miranda, en clara referencia a los Principios de París, afirma que si bien es cierto que la *Observación N° 2* del Comité de los Derechos del Niño (2002) se fundamenta en esta Resolución de las Naciones Unidas, presenta una serie de elementos novedosos y distintos, que reflejan las características y competencias institucionales particulares que debe exhibir el Defensor de la Infancia. Entre tales conceptos particulares cabe destacar, según la autora, la defensa de los intereses del niño/a y la importancia de su participación, los mecanismos obligatorios (y no opcionales de defensa), el control sobre instituciones privadas (y no sólo públicas), la accesibilidad geográfica y física para todos los niños, niñas y adolescentes, entre otras. MIRANDA, “Hacia un defensor de los derechos de la infancia para Chile”, UNICEF, Santiago, 2015 p. 8.

(5) El término *Ombudsman* (Defensor) es un vocablo de origen escandinavo por lo que, por regla general, no suele substituirse, ni tan siquiera alternarse, por el de *Ombudsperson* (persona que defiende: defensor/a), a pesar de que en este último de los casos el hacer uso de un concepto neutro nos permitiría dejar al margen cualquier sesgo o referencia a una cuestión vinculada con el género. De hecho, tal y como tendremos la oportunidad de relatar ulteriormente en este mismo estudio, la primera persona nombrada para ocupar un cargo de estas características, la noruega Málfrid Flekkoy, señaló que la mentada noción, *Ombudsman*, es utilizada habitualmente sin ningún tipo de connotación o sesgo específico de género. FLEKKOY, Málfrid Grude, “A voice for children: speaking out as their Ombudsman”, Jessica Kingsley Publishers, London 1991, p. 18. En este mismo sentido se pronuncia el UNICEF, *Oficina de Investigación, Innocenti Research Centre* al mencionar expresamente que “Unicef generally uses the term *Ombudsman* (singular) or *Ombudsmen* (plural). This Swedish word does not necessarily define the individual concerned as either male or female and may refer to an office or function, rather than to any particular person”, UNICEF. Oficina de Investigación Innocenti, “Independent institutions. Pro-

tecting children’s rights”, *Digest*, N° 8, 2001 ps. 1-29.

(6) *Ombudsman* era originalmente una palabra sueca que significaba *representante o agente del pueblo o de un grupo social*. En el mundo anglosajón se tradujo este término en la mayoría de los casos como “Comisionado parlamentario para la administración” y este fue el título oficial empleado, por ejemplo, por el legislador al crear la institución en Nueva Zelanda y Gran Bretaña. El antecedente inmediato del *Ombudsman* surge en Suecia a principios del siglo XVIII, cuando el Rey Carlos XII instituyó, mediante la Orden de Cancillería de 26 de octubre de 1713, la figura del Comisario Supremo del Rey (*Konungens Högsta Ombudsmänem*). Más tarde, este cargo pasaría a denominarse Canciller de Justicia (*Justitie-Kansler*), y al igual que el primero, su designación seguía correspondiendo al rey. No obstante, en algún momento entre 1766 y 1772, el titular de esta figura —que hasta entonces había sido cargo de confianza del rey—, pasó a ser designado por el Poder Legislativo. Así, el *justitiombudsman* fue creado por primera vez como comisionado del Parlamento en la Constitución sueca de 1809, situándose como el verdadero predecesor del *Ombudsman*. ROWAT, Donald C., “El Ombudsman en el mundo”, Teide, Barcelona, 1985, ps. 3; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El ombudsman o defensor de la persona en el derecho comparado y en la experiencia mundial: reflexiones para su consideración en Chile”, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, Santiago, 1987, ps. 14-59; ALFARO MUIRHEAD, Christian, “Notas sobre el establecimiento del Ombudsman en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, 1991, Vol. 2 N° 1-2: ps. 61-67; CARBALLO ARMAS, Pedro, “El Defensor del Pueblo. El Ombudsman en España y en el Derecho comparado”, Tecnos, Madrid, 2003, ps. 29-32; CORCHETE MARTÍN, María José, “El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos”, ediciones Universidad de Salamanca, 2001, ps. 62-65; ANGUIITA SUSI, Alberto, “El Defensor del Pueblo Andaluz y la tutela de los derechos fundamentales. Medios, mecanismo y procedimiento”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, ps. 24-25; SENEVIRATNE, Mary, “Ombudsman. Public services and administrative justice”, Butterworths, London, 2002, ps. 12-15; LEGRAND, André, “L’Ombudsman Scandinave. Études Comparés sur le Controle de l’Administration”, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1970, p. 541.

(7) Cfr. Centro Internacional para el Desarrollo del Niño de UNICEF (1999) p. 2.

(8) En muchos países, y eso acaecía también en los países del Norte de Europa durante esos momentos, la responsabilidad hacia los niños y niñas se encontraba dividida entre distintos ministerios y departamentos, con poca comunicación e interrelación entre ellos, fracasando el desarrollo de servicios integrados y desconociéndose su impacto global sobre el propio colectivo implicado.

(9) Tras Noruega, vinieron Australia, Finlandia y Costa Rica (1981). Posteriormente, en 1996 se nombró el Ombudsman parlamentario en Suecia y el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid (España); en 1997 se hizo lo propio con el Adjunto para la Defensa de los Derechos de la Infancia en Cataluña (España); y en años venideros se creó la figura en la Federación Rusa, Comunidad flamenca de Bélgica, Francia, Gales, Polonia, Macedonia, Lituania, Georgia y Grecia. Además, entre 1995 y 1996 el Comité de los Derechos del Niño de Ginebra, si bien todavía no de forma sistemática, empezó a sugerir a los Estados parte en la Convención sobre los Derechos del Niño, en las recomendaciones subsiguientes al examen de los informes por estos presentados, que estable-

cieran una institución independiente para la defensa de los derechos de la infancia. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño en sus Orientaciones Generales respecto de la forma y contenido de los informes que han de presentar los Estados partes con arreglo al apartado b) del párr. 1º del art. 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1996) establece que “los Estados deben proporcionar información sobre cualquier órgano independiente establecido para promover y proteger los derechos del niño”. Comité de los Derechos del Niño (1996). Este documento fue modernizado y modificado por el Comité de los Derechos del Niño en el año 2010, durante su quincuagésimo quinto período de sesiones celebrado, del 13 de septiembre al 1 de octubre de 2010. Comité de los Derechos del Niño (2010).

(10) Cfr. FLEKKOY, Málfrid Grude (): “Ombudsmen for children: actualization”, en Simposio Internacional “La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI”, celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del cincuentenario de la creación del UNICEF, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1990, ps. 55-63.

(11) Tan cuestionada fue inicialmente la figura en Noruega, que cuando Málfrid G. Flekkoy agotó sus dos mandatos al frente de la institución, el Parlamento noruego se planteó incluso la posibilidad de abolir la figura. No obstante, antes de tomar tan drástica decisión la cámara legislativa noruega decidió someter a la oficina del *Ombudsman for Children* a una evaluación. Este proceso valorativo fue liderado por el entonces Ministerio de la Familia y del Consumo —actual Ministerio para la Infancia y la Familia— quien encargó a un experto norteamericano, Gary B. Melton, esa tarea. Además, un instituto de opinión pública realizó una encuesta entre los ciudadanos noruegos para medir el nivel de impacto de la obra de Flekkoy, los resultados principales de la misma son los resumidos acto seguido: 1) el Defensor del Niño se había convertido en una voz autorizada de la infancia y la adolescencia; 2) el *Ombudsman for Children* también se había convertido en una institución importante y respetada por los progenitores, debido a que niños, niñas y adolescentes y familias no pueden considerarse por separado; 3) la oficina se mostraba eficiente a pesar de lo reducido de su presupuesto; 4) un número apreciable de propuestas emitidas por parte del Ombudsman Infantil habían sido aceptadas por parte de los municipios e incluso por el propio Parlamento; 5) el Ombudsman había conseguido, por vez primera, colocar a la infancia en la agenda política; por último, 6) tan sólo un 2% de la población encuestada, al margen de cualquier opinión política, pensaba que la oficina debiera suprimirse; 7) un 75% de los noruegos/as de siete años de edad conocían de la existencia de la figura, y a la edad de 14 años este porcentaje aumentaba hasta el 90% de los encuestados. Fue, en definitiva, la confirmación de la institución. Para un estudio en profundidad del documento elaborado por el experto norteamericano *vid.* MELTON, Gary B., “Lessons from Norway: the Children’s Ombudsman as a voice from children”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 23: 1991, ps. 197-254. .

(12) A ello se refieren los arts. 2º y 3º de la Act N° 5, de 06/03/1981, relativa al *Ombudsman for Children*. Para mayor información acerca del *Barneombudet* noruego ir a <http://barneombudet.no/english/> (consulta realizada el 20 de junio de 2018).

(13) Un repaso a diversas Instituciones Nacionales de Protección y Defensa de los Derechos Fundamentales de las personas menores de edad podemos encontrarlo en HOSSAIN et al., “Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National experiences throughout

the world”, Kluwer Law International, The Hague, 2000, ps. 157-643; RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, “El Defensor de los Derechos de la Niñez en Chile: hacia un verdadero garante de su interés superior”, Estudios Constitucionales, N° 1, 2017, ps. 255-306.

(14) Prácticamente todos los países de América Latina, salvo Cuba y Chile, cuentan con un Defensor del Pueblo (o denominación afín). Además, se encuentra generalizada la existencia de Defensorías dedicadas a la Niñez y Adolescencia, ya sea como órgano independiente o dotando a la Defensoría, Procuraduría o Comisión del Pueblo de un departamento especializado en materia de infancia y adolescencia. No obstante, la historia de los intentos de consagración de un *Ombudsman* o de un Defensor de los Niños, Niñas y Adolescentes en Chile es de amplia data. Así, desde inicios de la década de los noventa se han presentado varios proyectos de ley sobre la materia. Una revisión general de estas iniciativas podemos encontrarla en MIRANDA, op. cit., ps. 23-24.

(15) Siguiendo a Ana María Mouré, se cifra que los antecedentes históricos del Ombudsman en América Latina pueden encontrarse en el llamado “Trucuyricuy” (el que todo lo ve) que existía durante el Imperio Inca en el Perú durante los siglos XI al XVI, quien estaba encargado de vigilar el funcionamiento del Consejo Imperial. Con la llegada de los españoles, añade la autora, se creó el denominado “Protector de los Indios”, instituido a iniciativa del Fray Bartolomé de las Casas por el Cardenal Cisneros, mediante Real Cédula de fecha 17 de septiembre de 1516. Asimismo, en México “La Procuraduría de Pobres” creada en 1847, e integrada por tres procuradores designados por el Gobierno, tenía por misión actuar en defensa de las víctimas de las injusticias y abusos de las autoridades. MOURE, Ana María, “El Ombudsman. Un estudio comparado con especial referencia a Chile”, Dykinson, Madrid, 2014, ps. 82-83.

(16) Apuntar que a mediados de la década del 2000, una serie de países de África (fundamentalmente en zonas orientales y meridionales del continente) y Asia (principalmente en el Asia sudoriental) comenzaron a crear instituciones independientes de derechos humanos a favor de los niños como parte de las medidas tomadas a fin de cumplir las normas internacionales. Por lo general, las instituciones de integraron en comisiones de derechos humanos y oficinas del defensor del menor que ya existían previamente; sólo la India y Mauricio cuentan con estructuras especializadas.

(17) Para Guillermo Escobar, en Iberoamérica la Defensoría del Pueblo de España fue la pionera (1981). ESCOBAR Guillermo, “Defensorías del Pueblo en Iberoamérica”, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008. p. 22.

(18) Humberto Nogueira considera que es más adecuada la denominación de Defensoría o defensor de la persona; o Defensoría o defensor cívico, ya que la expresión “ciudadano” tiene un ámbito restringido que no expresa el alcance y ámbito de actuación real de la institución. NOGUEIRA, Humberto, “Las competencias para un defensor del ciudadano en Chile”, *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, N° 1, 2001, ps. 443-460.

(19) Gonzalo Aguilar y Rebecca Steward señalan que a partir de la segunda mitad del siglo XX, el *Ombudsman* o Defensor del Pueblo, sobre todo en ciertas regiones del mundo, como por ejemplo en América Latina, comenzó a desarrollar una labor netamente defensora de los derechos humanos de los individuos. AGUILAR CABALLO, Gonzalo - STEWARD, Rebecca, “El Defensor del Pueblo Latinoamericano como institución independiente de promoción y protección de los derechos humanos: referencia especial a la situación actual en Chile”, *Revista de*

rantizar su aplicación y promover la realización universal de los derechos del niño/a (20).

En este sentido, Costa Rica representa, sin lugar a dudas, un caso paradigmático. Este país centroamericano en 1930 ya disponía de una Declaración de los Derechos del Niño y en 1932 aprobó su primer Código de la Niñez. Siguiendo esa tradición, Costa Rica se dotó en 1987, antes de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, de un Defensor de la Infancia, inspirándose, como no podía ser de otro modo, en la incipiente iniciativa noruega. Al no existir un *Ombudsperson* general hasta el año 1992, el Defensor del Niño/a costarricense (figura creada por un Decreto ejecutivo del Ministerio de Justicia) ejerció sus funciones, inicialmente, de una manera totalmente autónoma e independiente. Posteriormente, al crearse la llamada Defensoría de los Habitantes, el Defensor del Niño/a se integró en esa institución y pasó a ser una Dirección de Niñez y Adolescencia del *Ombudsperson* general de Costa Rica. Así, en la actualidad está definida como una instancia mediadora que actúa por delegación del Defensor de los Habitantes, con la voluntad de incorporar la perspectiva de niñez dentro de todas las actividades llevadas a cabo por parte de la Defensoría.

Más allá de la particularidad de Costa Rica, el tipo de Defensor de los Derechos de la Niñez que impera en América Latina es el que hemos identificado con anterioridad como modelo integrado, es decir, una figura específica o una unidad *ad hoc* que forma parte de la estructura orgánica de un *Ombudsperson* general (21). Guatemala, sin ir más lejos, creó en 1990, como respuesta a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, un departamento especial conocido como Defensoría de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia dentro de la Procuraduría de los Derechos Humanos (22). En Colombia, por su parte, desde el año 1991, se cuenta con una Defensoría Delegada para los Derechos de la Niñez, la Juventud, las Mujeres y los Ancianos integrada dentro de la oficina de su Defensor del Pueblo (23). Asimismo, Nicaragua constituyó en 1999 una Procuraduría Especial

de Niñez y Adolescencia en el marco de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Añadir a lo anterior, que algunos de los países de la región han optado por una figura descentralizada que actúe a nivel local. Esta descentralización de las Defensorías del Niño/a que, *a priori*, pareciera de suma relevancia en la medida en que el arraigo territorial favorece la accesibilidad de los actores involucrados, se torna un tanto peligrosa si no puede garantizarse la autonomía de actuación de tales oficinas municipales. Este es el caso, por ejemplo, de Bolivia, donde cuentan con Defensorías Municipales de la Niñez y la Adolescencia. Se trata de un servicio público, permanente y gratuito creado en 1997 por la Ley de Participación Popular. Estas Defensorías persiguen el objetivo general de movilizar e involucrar al Estado, a la sociedad civil y a la familia en la promoción, protección, defensa y difusión de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, el problema reside en el hecho de que funcionan a partir de recursos aportados por los gobiernos municipales, cuestión esta que pone en entredicho su verdadera independencia (24). Algo similar acaece en Perú, donde existen, desde el año 1992, las Defensorías Municipales de Niños, Niñas y Adolescentes, dependientes también de los respectivos gobiernos locales. La particularidad peruana radica en la constitución de una Dirección de Sistemas Locales y Defensorías que promueve, coordina y supervisa el servicio prestado por las diferentes Oficinas municipales. En Perú, además, la Defensoría del Pueblo cuenta con una Primera Adjunta y siete Adjuntas temáticas, una de las cuales, precisamente, se encarga específicamente de los temas de niñez y adolescencia (25).

En una línea similar a la apuntada, Ecuador cuenta con Juntas Cantonales de Protección de Derechos, cuyo rol es exigir el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Estas Juntas ostentan la función de conocer los casos de amenaza o violación de los derechos individuales

o colectivos de niños, niñas y adolescentes, para tomar las oportunas medidas administrativas de protección. Otra función de las Juntas, y es precisamente en este punto en el que su ámbito de intervención se asemejaría más a una especie de *Ombudsperson* infantil local, es vigilar que los reglamentos y prácticas institucionales de las entidades de atención y protección a la infancia y la adolescencia no vulneren los derechos del niño/a (26).

Algo similar a lo estipulado *ut supra* sucede en Venezuela, país que cuenta con una Defensoría Delegada Especial de Niños y Adolescentes adscrita a la Defensoría del Pueblo y además con Defensorías del Niño/a y el Adolescente descentralizadas a nivel local.

Por último, hay un grupo de Estados que, a pesar de prever su normativa nacional la creación de un Defensor del Niño/a, en la práctica tal circunstancia todavía no se ha producido. Este sería el caso, por ejemplo, de la República Argentina, donde en el año 2005 la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (ley nacional 26.061) estableció en su cap. II la creación de tal figura, pero trece años después, el Gobierno de la Nación todavía no ha culminado su proceso de designación (27). Además, la mayoría de las provincias argentinas, así como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la fecha, tampoco han creado a nivel local la institución del Defensor de los Derechos del Niño/a (el 75% de las provincias argentinas adeudan la creación de la institución llamada a controlar las políticas de niñez y defender los derechos de este grupo etario. Tan sólo seis, de las veintitrés existentes, han implementado la figura: Córdoba, Santa Fe, Neuquén, La Pampa, Santiago del Estero y Misiones). Esa circunstancia parece denotar la falta de interés o instrumentalización política que esta institución está sufriendo en el país.

El caso paraguayo es igualmente elocuente, pues del mismo modo que acaece en Argentina, también se da una situación de

cierto bloqueo político que impide el normal y adecuado desarrollo de las funciones atribuidas al comisionado parlamentario llamado a velar por los derechos fundamentales de todos y cada uno de los ciudadanos/as residentes en el territorio de la República guaraní. Así, si bien es cierto que, desde el año 2005, el Defensor del Pueblo paraguayo (órgano creado por la Constitución Nacional de Paraguay de 1992, art. 276) cuenta con un Departamento de Niñez y Adolescencia, no es menos cierto que preocupa la invisibilidad y falta de eficacia en la defensa de los intereses de los niños, niñas y adolescentes que presenta esta oficina especializada (28). Unir a lo anterior, además, que el propio Poder Legislativo había venido postergando la elección de un nuevo Defensor. Para ser más exactos, la institución permaneció vacante desde el año 2008 hasta el mes de noviembre de 2017, cuestión esta que provocó una situación de absoluta indefinición en la gestión de la mentada institución pro derechos humanos.

No podemos concluir este apartado sin hacer mención expresa a la circunstancia que en noviembre de 2007, en el marco del XII Congreso Anual de la Federación Iberoamericana de *Ombudsperson* (FIO) se aprobó la Declaración de Lima, documento a través del cual se acordó la creación de una "Red Iberoamericana de Defensa de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia" conformada por todas las instancias de niñez y adolescencia existentes en el organigrama de las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica (29). Esta Red fue constituida formalmente en agosto de 2012, con el objetivo primordial de trabajar articulada y coordinadamente, con el fin de contribuir a proteger y promover los derechos de niños, niñas y adolescentes en temas de interés común de la mentada Red de Niñez y Adolescencia (30).

### III. Naturaleza legal de las defensorías de los derechos de la niñez y la adolescencia

Una vez analizado el origen y posterior evolución de la institución del Defensor de los Derechos de la Niñez y aceptando de antemano que cada uno de estos Comisio-

#### { NOTAS }

*Derecho*. Universidad Católica del Norte de Chile, N° 2, 2008, ps. 21-66. De la misma opinión se muestra MOURÉ, op. cit., p. 78.

(20) En esa misma línea argumentativa, la *Observación General* N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño estima que todos los Estados necesitan una institución de derechos humanos independiente encargada de promover y proteger los derechos del niño. Lo que interesa principalmente al Comité es que la institución, cualquiera que sea su forma, pueda vigilar, promover y proteger los derechos del niño con independencia y eficacia. *Comité de los Derechos del Niño* (2002).

(21) Una excepción a esta regla general nos la ofrece la ley. 21.067, de 29/01/2018, en virtud de la cual se crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez en Chile. Esta norma, y debido a la falta de existencia en Chile de un Defensor del Pueblo, prevé una defensoría de carácter totalmente autónomo e independiente.

(22) Cfr. GUTIÉRREZ de COLMENARES, Carmen María, "El Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala", *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, N° 1, 2001, ps. 279.

(23) Eduardo Cifuentes apunta que la Delegada de la Niñez, la Juventud, la Mujer y los Ancianos asume en forma directa el conocimiento y trámite de las quejas, casos y consultas que presentan los ciudadanos por amenazas o violaciones a los derechos de las personas protegidas, y asesora en forma pertinente a las Oficinas Regionales y Seccionales de la Defensoría del Pueblo en las materias de su competencia. La Delegada, en forma permanente, también conceptúa sobre la situación de los derechos humanos de sus grupos, y emite sus recomendaciones para que cesen o disminuyan los índices de situaciones vulneradoras. CIFUENTES Eduardo, "La Defensoría del Pueblo en Colombia: retos de una Defensoría en medio de un contexto de conflicto armado e inequidad", *Ius et Praxis. Derecho en la Región*, N° 1, 2001,

ps. 231-232.

(24) Los arts. 185, 186, 187 y 188 de la ley 548, de 17/07/2014, del Código del Niño, Niña y Adolescente del Estado plurinacional de Bolivia recogen la definición, composición, funcionamiento y atribuciones de las Defensorías de la niñez y la Adolescencia. Añadir que en Bolivia, la institución del Defensor del Pueblo boliviano, a pesar de no contar con un Adjunto en materias de niñez, sí que ha creado un Programa Nacional y una Unidad Especial de Niñez y Adolescencia que conduce y articula las Acciones Defensoriales para proteger, defender y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este Programa Nacional, a su vez, está conformado por cuatro subproyectos: 1) desarrollo integral, participación y sistema de protección de niños, niñas y adolescentes; 2) derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en las actividades de la zafra; 3) trata y tráfico de personas menores de edad; y, 4) derechos humanos de la niñez que viven con sus progenitores en centros penitenciarios.

(25) De acuerdo con la legislación peruana (Ley 26.520 Orgánica de la Defensoría del Pueblo y por Reglamento de Organización y Funciones de la Defensoría del Pueblo, aprobado por Resolución Defensoría 12-2001/DP), la Defensoría del Pueblo debe intervenir, a través de su Adjunta de Niñez y Adolescencia, en casos de: maltrato a niños, niñas y adolescentes por parte del personal administrativo o docente de las instituciones educativas o en los centros de atención residencial; omisión de las autoridades educativas para intervenir en los casos de *bullying*; demora en la investigación de los casos de violencia familiar, abuso sexual y/o trata contra niños, niñas o adolescentes; demora en la intervención, cuando sea requerido, del Instituto de Medicina Legal; falta de adopción de medidas de protección para los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia familiar, abuso sexual y/o trata; reclutamiento de personas menores de edad

en las instituciones militares; demora en la investigación de los casos en los que los adolescentes son presuntos infractores de la ley penal; demora en la tramitación de los procedimientos de investigación tutelar; negativa a expedir y/o entregar gratuitamente el certificado de nacido vivo por parte de los establecimientos de salud públicos o privados; negativa a expedir gratuitamente la primera copia certificada del acta de nacimiento por parte de las oficinas registrales; y, finalmente, por la negativa de las oficinas registrales para inscribir gratuitamente los nacimientos en todas sus modalidades. Para más información al respecto consultar el espacio web de la Defensoría del Pueblo peruana <http://www.defensoria.gob.pe/index.php#> (consulta realizada el 20/03/2018).

(26) Ecuador complementa esta institucionalidad con el desarrollo de una iniciativa a nivel comunitario. Así, el art. 208 del Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano (2003) prevé la creación de Defensorías Comunitarias de la Niñez y Adolescencia. Estas defensorías Comunitarias para la promoción, defensa y vigilancia de los derechos de la niñez y adolescencia se conciben como espacios en donde los miembros de la comunidad participan de manera espontánea. Podrán intervenir en los casos de violación a los derechos de la niñez y adolescencia y ejercer las acciones administrativas y judiciales que estén a su alcance cuando sea necesario, y coordinan su actuación con la Defensoría del Pueblo (dado que Ecuador no cuenta con un Defensor del Niño).

(27) A tenor de lo establecido en los arts. 40 y 48 de la ley nacional 26.061 el Defensor del Niño/a debe ser propuesto y designado por el Consejo Nacional dentro de los noventa [90] días de sancionada la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y asumirá sus funciones ante el Honorable Senado de la Nación. Las legislaturas locales están habilitadas para designar defensores en cada una de sus jurisdicciones.

(28) En este sentido, el Comité de los Derechos del

Niño en sus Observaciones finales al tercer informe periódico presentado por el Estado paraguayo (febrero de 2010) se pronuncia afirmando que "El Comité acoge complacido el establecimiento en 2005 del Departamento de Niñez y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, le preocupa que su personal sea escaso, y que su mandato no sea lo suficientemente claro para permitirle actuar con eficacia en defensa de los intereses del niño. Le preocupa asimismo que los informes anuales de la Defensoría del Pueblo no se difundan adecuadamente entre la población en general, especialmente los niños. El Comité recomienda al Estado parte que defina claramente el mandato del Departamento de Niñez y Adolescencia de la Defensoría del Pueblo. Recomienda asimismo al Estado parte que adopte medidas para promover el funcionamiento eficaz de la Defensoría y la difusión efectiva de sus informes entre la población en general, especialmente los niños, y que se cerciore de que los mecanismos de queja sean fácilmente accesibles, estén adaptados a los niños y sean conformes a los Principios de París, y tengan en cuenta la *Observación general* N° 2, de 2002, sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos. La Defensoría del Pueblo debería tener el mandato de vigilar la aplicación de la Convención y atender las quejas de todos los niños, y hacerlo de manera expedita y adaptada a sus necesidades". Comité de los Derechos del Niño (2010): *Observaciones finales. Examen del informe periódico tercero presentado por el Estado paraguayo*, febrero de 2010 —Documento CRC/C/PRY/CO/3, párrs. 14 y 15—.

(29) Cfr. *Federación Iberoamericana del Ombudsman* (2012) ps. 5-7.

(30) En un primer trabajo colectivo de la Red de Niñez y Adolescencia de la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO), se identifican como los principales retos o desafíos percibidos por el personal al servicio de estos Organismos de Derechos los enumerados

nados o Defensores es único y, por ende, presenta sus propias particularidades (31), se pueden, no obstante, identificar varios modelos significativos que nos ayuden a racionalizar el sistema atendiendo a tres grandes criterios clasificatorios: uno guarda relación con su nacimiento, desarrollo, mandato y posición; el otro está referido al mayor o menor vínculo de dependencia que el Defensor/a de la Niñez mantenga con respecto a una oficina de derechos humanos nacional independiente de carácter general; y, por último, un tercero se centra en el análisis de las funciones o tareas específicas desarrolladas por esta institución.

Para el primero de los casos podemos, a su vez, distinguir entre los Defensores creados por una Ley Parlamentaria de carácter extraordinario, de aquellos otros instituidos por la normativa relativa al propio ámbito de los derechos de la infancia y la adolescencia, así como los Defensores ubicados en organismos públicos existentes y los constituidos y dirigidos por ONG (32). En cambio, y atendiendo ahora al mayor o menor grado de dependencia que presente el Defensor de la Niñez con respecto a un *Ombudsperson* general, podemos diferenciar entre el denominado como modelo individualizado, en que la institución es absolutamente autónoma con respecto a cualquier otro organismo oficial de defensa de los derechos humanos (figura existente en Chile, y modelo por el que opta la legislación argentina) y el conocido como modelo integrado, en el que, por el contrario, tal y como su propio nombre indica el Defensor del Niño/a forma parte de la estructura u organigrama de una institución de corte más general (33). Finalmente, según las funciones que les han sido atribuidas o encomendadas, los Defensores o Comisionados pueden dividirse en tres amplias categorías: los que proporcionan, principalmente, defensa individual y representación; los que defienden a los niños y niñas como individuos y como colectivo; y los que actúan a favor de las personas menores de edad como colectivo, pero sin representarlos individualmente (34).

Procedemos, acto seguido, a desarrollar las principales características identificativas de cada uno de esos modelos, para con ello estar en predisposición de identificar por cuál ha optado el ordenamiento jurídico argentino.

### III.1. Atendiendo a su origen, desarrollo, mandato y posición

El primer grupo de Defensores de la Niñez digno de ser tomado en consideración es el constituido mediante una legislación expresamente elaborada y aprobada con ese propósito, que le otorga poderes formales y autoridad. Por regla general, estos órganos se caracterizan por su independencia frente al gobierno. Así, sus funciones, financiación y posición vienen determinados directamente por el Parlamento, ante el cual, a su vez, son responsables. En este sentido suele ser habitual que presenten un informe anual en que rindan cuentas de sus actuaciones ante el Poder Legislativo.

No están sujetos, por tanto, a interferencias o influencias políticas, y son libres para evaluar la legislación, políticas y actuaciones de las diferentes administraciones públicas, así como su nivel de compromiso a la hora de proporcionar recursos por y para la infancia y la adolescencia. Algunos Defensores incluso tienen poderes para iniciar investigaciones de oficio, informar al Parlamento y ser preceptivamente consultados ante toda nueva iniciativa, sea legal o de cualquier otra índole, asumida por los poderes públicos del Estado. Este modelo suele también caracterizarse por configurar un *Ombudsperson for Children* independiente, con oficina, normativa y equipo propio. Este sería el sistema imperante en los países nórdicos de donde originariamente, tal y como hemos señalado anteriormente, proviene la figura. También este es el modelo seguido por la ley 21.067, de 29/01/2018, que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez en Chile.

Otra posibilidad es la de dar vida a la figura del *Ombudsperson* infantil a través de la legislación sectorial encargada de tratar los asuntos vinculados con los derechos de la infancia y la adolescencia (sea mediante Ley especial o Códigos de la niñez); sujetando así la institución creada a la aplicación y supervisión de la propia normativa de niñez (este es el caso, por ejemplo, de la República Argentina: arts. 43 a 64 de la ley 26.061/2005).

En no pocas ocasiones, hay Comisionados para la infancia que a pesar de haber nacido inicialmente como un organismo de control vinculado con una norma de infancia, posteriormente han evolucionado y se han erigido en una institución con regulación autónoma propia, lo cual, entendemos, vendría a representar una clara muestra de su consolidación y madurez. Este sería el caso, sin ir más lejos, de la Oficina del Comisionado para la Infancia de Nueva Zelanda (*The Office of the Children's Commissioner*), institución originariamente creada por la Ley de los Niños, los Jóvenes y la Familia de 1989, con el expreso encargo de dar respuesta a las quejas presentadas por los niños, niñas y adolescentes en relación con el funcionamiento de esa Ley en particular, así como para valorar y supervisar su aplicación y desarrollo; y que, posteriormente, en cambio, encontró su sustento en la *Children's Commissioner Act 2003*.

Otra de las modalidades de constitución tal vez más endebles es la que se da en aquellos casos en que se han establecido oficinas del Defensor sin una legislación que las ampare, y, en consecuencia, no ostentan un mandato oficial con poderes legales.

Algunas han sido creadas por el Poder Ejecutivo, actúan desde un departamento gubernamental y son responsables ante él. Obviamente, la principal crítica que recae sobre ellas es su falta de independencia, particularmente en lo que concierne al ministerio u órgano de gobierno dentro del cual se encuentran ubicadas. De igual modo, otras oficinas han sido generadas en (o por) organismos oficiales ya existentes.

Por último, cabe también la posibilidad de encontrarnos con defensores constituidos y dirigidos por ONG. Ahora bien, a pesar del gran número de entidades de la sociedad civil llevando a cabo tareas de *advocacy* a favor de los derechos de la infancia y la adolescencia, pocas son, sin embargo, las que asuman y desarrollen funciones que puedan ser realmente consideradas como las propias de un Defensor o Comisionado de la Niñez.

### III.2. Atendiendo a su relación de dependencia con un Ombudsperson general: modelo individualizado o integrado

Desde esta perspectiva destacamos, en primer término, el denominado como modelo individualizado. Se trata de Defensorías de la Niñez totalmente autónomas que se caracterizan por contar con sus propias dependencias, normativa y equipo de trabajo, con independencia de la existencia o no de cualquier otro organismo oficial de defensa de los derechos humanos que pueda venir a hacer las veces de *Ombudsperson* general. Este es el modelo imperante, por ejemplo, en los países escandinavos, Austria, Bélgica, Francia, la Federación Rusa, y a nivel latinoamericano en Chile.

En segundo lugar, y a diferencia de lo acaecido con la figura del Defensor de los Derechos de la Niñez individualizado, el modelo integrado se significa por el hecho de que el Comisionado por la Infancia presenta una dependencia o, en otras palabras, está adscrito a una institución más genérica de defensa de los derechos humanos. Este sería el camino emprendido, entre otros, por Canadá, Hungría, Rumanía, Portugal, Sudáfrica, Letonia, Grecia, Cataluña (España), y la gran mayoría de países latinoamericanos. En algunos Estados, como sería el caso de Costa Rica, inicialmente se optó por un *Ombudsperson for Children* perfectamente definido como una institución individualizada, siguiendo el ejemplo noruego, pero con el transcurso del tiempo, y muy en particular al constituirse un *Ombudsperson* general, este absorbió al primero.

### III.3. Atendiendo a las funciones encomendadas

Tal y como ya hemos anunciado, tomando en consideración el trabajo que le haya sido asignado el Defensor de los Derechos de la Niñez puede, en primer término, actuar en defensa de los niños y niñas como colectivo, sin asumir su representación en casos individuales. Su cometido en estos casos es actuar como portavoz general de las jóvenes generaciones, concentrándose principalmente en informar y formar a la opinión pública. En ese mismo sentido, la oficina debe hacerse cargo de las necesidades, los intereses y derechos de las personas menores de edad y asegurarse de que el Estado cumple con las obligaciones asumidas al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, el Defensor también debe interactuar directamente con los niños, niñas y adolescentes mientras lleva a cabo sus tareas ordinarias (visitando escuelas, hospitales pediátricos,

hogares residenciales, establecimientos penitenciarios y otras instituciones) (35).

En otros supuestos, en cambio, la figura del Defensor recibe el mandato específico de trabajar en expedientes individuales, actuando como abogado de las demandas particulares presentadas por los propios niños/as o de las que él mismo presenta en su nombre y representación. En este modelo al estilo finlandés, el Defensor ofrece asesoramiento legal, informa de las vulneraciones de derechos, proporciona testimonio experto en juicios y asistencia en la preparación de demandas (36). Lo apuntado no obsta a que haciendo uso de la experiencia acumulada a través de las demandas individuales, el Defensor formule recomendaciones al gobierno sobre la necesidad de modificar la legislación y las políticas públicas, a fin de promover los intereses de los niños/as y sensibilizar sobre sus derechos a la ciudadanía en general (37).

Por último, podemos encontrar un modelo ecléctico o mixto, es decir, que el Defensor, además de ocuparse de demandas individuales, recibe unas atribuciones más amplias: la de proponer modificaciones en la legislación y en las políticas para mejorar la aplicación de los derechos de la infancia y la adolescencia, difundir información sobre sus derechos y recomendar áreas de prioridad para la inversión de los fondos públicos (38).

En Argentina, el art. 55 de la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, parece optar por esta última posibilidad. De este modo, una institución como la propuesta para Argentina está llamada a desarrollar un papel fundamental en la promoción y protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, no solamente individuales (primera generación) y colectivos (segunda generación), sino especialmente en cuanto a lo que intereses difusos se refiere, pertenecientes al género de los intereses colectivos (39).

## IV. Principios y elementos informadores de la actuación del defensor de los derechos de la infancia y la adolescencia

Una vez presentados los principales modelos organizacionales que pueden ser adoptados por los Comisionados de los Niños, Niñas y Adolescentes, procedemos acto seguido a la definición de todo un conjunto de criterios generales y elementos informadores (40) que debiera servir para orientar la puesta en acción en Argentina, a nivel nacional y provincial del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (art. 48 de la Ley. 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

### IV.1. Autonomía e independencia en sus actuaciones

De acuerdo con lo preceptuado tanto en la *Observación General* N° 2 del Comité de los De-

## { NOTAS }

a continuación: incidir en el fortalecimiento de políticas públicas que favorezcan los derechos de niños, niñas y adolescentes; trabajar sobre la cultura del buen trato; garantizar el acceso y la eficiencia terminal de la educación gratuita y de calidad; priorizar las políticas de infancia y adolescencia en las administraciones gubernamentales; vencer las resistencias sociales y organizacionales a favor de los derechos de la infancia y la adolescencia; mejorar la capacitación sobre derechos humanos; aumentar el compromiso de los Estados en el avance en el reconocimiento de derechos; fortalecer los sistemas de protección integral; ampliar los equipos técnicos de trabajo interdisciplinarios; contribuir a crear protocolos de atención integral; apoyar el fortalecimiento de los sistemas nacionales de datos estadísticos; mejorar y aplicar el sistema informático existente en todos los Organismos de Derechos Humanos; pro-

mover el acercamiento de los niños, niñas y adolescentes a la institución; y favorecer la descentralización de las acciones de los Organismos de Derechos Humanos, así como visibilizar su rol. Federación Iberoamericana del Ombudsman (2013) ps. 13-15.

(31) Cfr. SENEVIRATNE, op. cit., p. 12-15.

(32) Tomamos como referencia en este punto las categorías creadas por el Centro Internacional para el Desarrollo del Niño de UNICEF (1999) p. 4. A nivel nacional, también se hace eco de este criterio clasificatorio MOURÉ Ana María, "Un defensor de los derechos de los niños, niñas y adolescentes para Chile. Estudio de derecho comparado", *Revista de Derecho Público*, N° 1, 2013, ps.184-185.

(33) Cfr. COTS i MONER, Jordi, "Un Ombudsman para la infancia", *Revista de Trabajo Social*, N° 144, 1996, ps. 6-17.

(34) Cfr. UNICEF Oficina de Investigación Innocenti, "El trabajo del defensor de los niños", Innocenti Digest, N° 1, 1997, ps. 8-10.

(35) Este sería el caso, por ejemplo, de Suecia, Dinamarca, España, Cataluña e Islandia y Chile entre otros.

(36) Es interesante señalar que la mayoría de los Defensores que tienen capacidad para ocuparse de demandas individuales existen en países o regiones con una población infantil pequeña, tales como Noruega o Costa Rica.

(37) Este modelo, y de ahí su denominación, es el seguido por el Defensor finlandés. Un sistema similar es el asumido por el Defensor de la Infancia y la Juventud de Israel, los Defensores locales austríacos, el Ombudsambtenaar de la Bélgica flamenca y por las Oficinas Municipales Peruanas para la defensa de los niños y niñas.

(38) Se acerca a esta idea el Defensor noruego y el mo-

delo imperante en Costa Rica.

(39) Cfr. PICADO Picado, Sonia, "Instrumentos internacionales de Derechos Humanos", en Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (edit.), *El fortalecimiento del Ombudsman Iberoamericano*, Universidad de Alcalá, Madrid, ps. 63-83.

(40) Málfrid Flekkoy apunta que son cuatro los principios que deben ser considerados como necesarios para la eficacia de las oficinas de los defensores, a saber: el defensor debe ser la "voz de los niños", debe tener total independencia (tanto política como financiera), debe situarse cerca de los niveles de decisión y debe tener un estatus legal que le permita desarrollar sus funciones. FLEKKOY, Málfrid Grude, "Agir pour les droits de l'enfant. L'expérience du Médiateur pour l'enfance en Norvège", International Child Development Centre. UNICEF, Florencia, 1996, p. 12.

rechos del Niño (2002) como en los denominados Principios de París (1993), el Defensor de los Derechos de la Niñez, por tratarse de una institución nacional de derechos humanos, debe respetar el principio de autonomía e independencia institucional (41). Esta autonomía puede ser entendida desde tres grandes dimensiones, a cuál de ellas más importante: orgánica; funcional y financiera (42).

En primer término, la autonomía orgánica se refiere al carácter soberano de la figura derivado de su composición, la forma de designación de sus titulares, su duración en el cargo, requisitos curriculares de elegibilidad, su régimen de incompatibilidades, y las atribuciones de personalidad jurídica y de potestad normativa.

Por lo que a la autonomía funcional se refiere, aludimos a la independencia de la institución respecto de los poderes públicos. Es decir, que no dependa su ámbito de intervención de los dictados procedentes de organismo gubernamental o partido político alguno, ya sea a nivel nacional, provincial o local. Es por ello, que el Defensor debe tener libertad suficiente para definir su propia agenda, priorizando los asuntos de mayor interés para los niños, niñas y adolescentes, y no los marcados desde los ejes programáticos de los poderes públicos. Asimismo, debe asegurarse que el *Ombudsperson* infantil cuente con la potestad suficiente para poder opinar en contra, con impunidad y sin ninguna interferencia o censura, sobre el efecto de las políticas gubernamentales en los niños y niñas.

En último término, hacemos mención a la autonomía financiera. La única manera de lograr que el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes se asiente de forma estable y alcance una connotada visibilidad social es garantizándole un nivel mínimo estable de recursos económicos. En caso contrario, el mandato y las facultades de una institución de las características de la apuntada carecerán de todo sentido, o su incidencia en las condiciones de vida de los niños, niñas y adolescentes será puramente anecdótica.

#### IV.2. Reconocimiento institucional

Las instituciones nacionales de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño y de la niña debieran reconocerse a nivel interno, idealmente, en los textos constitucionales (ello confiere a la institución cierto estatus y legitimidad, así como resalta su consideración como un pilar del sistema estatal); o subsidiariamente, siendo con ello más realistas, en normas de rango legal. Esta legislación tiene que comprender, necesariamente, disposiciones que enuncien las funciones, facultades, obligaciones y control

de estos organismos de conformidad con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos.

Para el caso argentino, las provisiones se encuentran realizadas en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061/2005).

#### IV.3. Representatividad de las voces y visiones de los niños, niñas y adolescentes

Todo Defensor de la Infancia, y el argentino no puede ser una excepción, debe garantizar una aplicación efectiva del principio rector consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y desarrollado en la *Observación General* N° 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009), es decir, el derecho de todos los niños y niñas capaces de expresar una opinión a ser escuchados y a ser tomados en consideración en todas aquellas cuestiones que les afecten (43).

Un Comisionado para la Infancia serio y respetable debe asegurar no sólo que su propio trabajo esté tan informado como sea posible por las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, sino que también debe crear las oportunidades y los espacios para que estos puntos de vista estén directa y debidamente representados en otras instituciones y aparatos de poder. En igual sentido, es altamente recomendable que durante el proceso de designación del Defensor de los Derechos de la Niñez se dé la posibilidad a los propios niños, niñas y adolescentes de pronunciarse al respecto, obligando de este modo a los posibles candidatos y candidatas a tener presentes, ya desde un momento inicial, sus particulares puntos de vista (44). En este sentido, el art. 49 de la ley 26.061, que fija el mecanismo a través del cual se designará al/la Defensor/a de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (45), no se pronuncia sobre el rol reservado a las personas menores de edad tanto en el proceso de selección como de elección del que debe ser su máximo representante (46).

Otro aspecto esencial, que también debería informar de forma transversal toda la actividad desarrollada por el Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes radica en el hecho de no perder de vista la diversidad de personas menores de edad residentes en el territorio donde centra su ámbito de intervención, en nuestro caso, Argentina. Algunos grupos de niños, niñas y adolescentes corren el riesgo sistemático de quedar permanentemente invisibilizados y marginados. Una efectiva representatividad de la llamada “voz”, o tal vez mejor “voces”, de la infancia implica, necesariamente, plantearse como objetivo prioritario de la oficina del Defensor del Niño/a la inclusión de aquellos colectivos que, por regla general, están siempre fuera del

sistema, especialmente los niños y niñas en situaciones de pobreza, con capacidades especiales, inmigrantes, pertenecientes a minorías o poblaciones indígenas o tutelados por parte de las administraciones públicas.

#### IV.4. Promoción de los entornos respetuosos con los derechos de la infancia y la adolescencia

Otro de los elementos informadores que conduce la actuación de las instituciones independientes de derechos humanos a favor de los niños/as es el mandato que recae sobre éstas de favorecer entornos displicentes para con los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin ir más lejos, dado el papel primordial de las familias (art. 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño) en el bienestar de las personas menores de edad, los Defensores de la Niñez están llamados a presionar al Estado para que facilite a las familias la asistencia necesaria y promueva políticas de respaldo a la capacidad de estos núcleos sociales para atender a sus integrantes (47).

En esa misma línea de actuación, el *Ombudsperson* infantil debe incidir en el ámbito educativo desde diversas dimensiones, tales como la accesibilidad, la calidad de la enseñanza y el centro escolar como entorno seguro, sano y acorde con la dignidad y el desarrollo integral de todos y cada uno de sus estudiantes.

No podemos olvidar tampoco el papel crucial llamado a desempeñar por el Defensor del Niño/a como elemento garante de las condiciones de vida, tanto material como espiritual, de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran recibiendo modalidades alternativas de cuidado. En igual medida debe velar por el bienestar de los adolescentes en conflicto con la ley penal y que se hallen cumpliendo una medida en régimen cerrado.

#### IV.5. Interés superior del niño/a

Si hay algún principio o parámetro que deba guiar, informar, inspirar, y en algunos casos incluso limitar la actuación del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ese es sin lugar a dudas el concepto jurídico indeterminado del *interés superior del niño/a* (48).

Para dar contenido a esta afirmación, debemos poner en correlación lo estipulado tanto por la *Observación General* N° 2 del Comité de los Derechos del Niño (2002) como por los denominados Principios de París (1993), con las provisiones derivadas de la *Observación General* N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (49). Ciertamente, esta última *Observación General* gira en torno al concepto dinámico (50) del interés superior del niño, con la finalidad última de facilitar a todos los agentes

sociales su adecuada interpretación y puesta en escena; garantizando, así, el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos de los que niños, niñas y adolescentes son titulares.

#### IV.6. Dotado de “auctoritas”

La idoneidad, prestigio y despolitización de la persona que va a ocupar el cargo de Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes es fundamental para el bien hacer y respeto de la institución. En este sentido, para dar cumplimiento a tales requerimientos cabría, por ejemplo, emular lo exigido para llegar a ser miembro del Comité de los Derechos del Niño, es decir, que el Defensor y su equipo tengan que acreditar fehacientemente ser expertos de integridad moral y prestigio nacional e internacional reconocido en materia de derechos humanos de la infancia y la adolescencia (esa es la línea seguida por el art. 50 de la ley 26.061/2005).

Ahondando en lo apuntado, para que el Defensor/a de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes logre realmente estar dotado de ese saber y prestigio socialmente reconocidos debe reunir una serie de premisas, a nuestro entender, totalmente imprescindibles.

En primer término, debe irrogarse como una institución plenamente desarrollada y capaz de actuar ante la Administración. En otras palabras, tiene que transformarse en un instrumento adecuado para el ejercicio de la llamada *magistratura de la persuasión*. El rigor jurídico y solidez de las funciones de supervisión y control que tiene asignadas provocarán ante los poderes públicos el crédito y consideración imprescindibles frente a sus pronunciamientos.

En segundo lugar, no podemos obviar que la ciudadanía observa con suma atención la actuación de las distintas instituciones sobre las que va graduando su nivel de opinión en términos de confianza o de facilidad para identificar sus legítimos intereses. En la medida en que esa identidad se genere frente al Defensor o Defensora, se consolidará su impregnación democrática como garante eficaz y cierto de los derechos y libertades de las personas menores de edad. La credibilidad, en definitiva, se convierte en elemento o premisa sustancial para el buen hacer de la figura del *Ombudsperson* (51).

Y, por último, es de vital importancia que se asocie o identifique al Defensor o Defensora con una instancia para el diálogo y la discusión de los conflictos entre los poderes públicos y los jóvenes ciudadanos —ya sea a título individual o colectivo—. En no pocas ocasiones, la tarea asignada al Defensor, más que solventar problemas, es la de lograr que se aborden y debatan. De este modo, el control *sui generis* que

## { NOTAS }

(41) La *Observación General* N° 2 (2002) del Comité de los Derechos del Niño, interpretando la Convención sobre los Derechos del Niño, recomienda que: (i) todos los Estados cuenten con una institución de derechos humanos independiente, encargada de promover y proteger los derechos del niño; (ii) que, dentro de lo posible, las instituciones nacionales de derechos humanos se reconozcan en la Constitución, o, como mínimo, tengan un mandato definido en la legislación; (iii) que esta institución tenga una infraestructura adecuada, fondos suficientes, personal y locales propios; (iv) la ausencia de toda forma de control financiero sobre la institución; y, (v) que tenga una representación pluralista. Comité de los Derechos del Niño (2002).

(42) Seguimos en este punto a MIRANDA, op. cit., p. 32.

(43) Cfr. NEWELL, Peter, “The place of child rights in a Human Rights and Ombudsman System”, en HOSSAIN, Kamal - BESSELINK, Leonard - VÖLKER, Edmon (edit.), *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National experiences throughout the world*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, ps. 137. Por su parte, Elisa Pozza defiende que “the Ombudsman must effectively implement Article 12 of the New York

Convention on the Rights of the Child, which recognizes that children have the right to express their own opinions freely on every issue of relevance to them. This means that there no bureaucratic barriers must be placed between children and the *Ombudsman*, but that they must be able to discuss directly, without intermediaries. The main purpose of introducing the *Ombudsman* must therefore be to provide someone who can speak out, representing the interests of all children. In order to collect all the input which children submit to the *Ombudsman*, the latter must be guaranteed the right to gain access to all children’s institutions, with powers to carry out inspections and investigations in cases in which children are involved”. POZZA, , Elisa, “From the New York Convention to the Institution of the Ombudsman”, en HOSSAIN, Kamal - BESSELINK, Leonard - Völker, Edmon (edit.), *Human Rights Commissions and Ombudsman Offices. National experiences throughout the world*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, ps. 149.

(44) En este sentido, la Oficina de investigación del UNICEF Innocenti manifiesta en un estudio global sobre las instituciones independientes de derechos humanos a favor de los niños, que se detecta en la promoción de la

participación de los niños/as una atención desigual. Por regla general, las instituciones de los países de rentas altas a menudo Defensores del Niño/a especializados, desarrollan mucho más este aspecto de su trabajo o función que las instituciones de los demás países. UNICEF Oficina de Investigación Innocenti, “La defensa de los derechos del niño”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Florencia, 2012, p. 13.

(45) De acuerdo con este precepto la propuesta y designación del o la Defensor/a de las Niñas, Niños y Adolescentes corresponde al Congreso Nacional, quien designará una comisión bicameral que estará integrada por diez miembros, cinco de cada Cámara respetando la proporción de la representación política.

(46) Tal circunstancia no deja de ser una transposición, al ámbito que nos ocupa, del adagio propio del paternalismo político ilustrado de *todo por el pueblo pero sin el pueblo*, que adaptado a nuestro contexto expositivo se traduciría como un *todo por la infancia pero sin la infancia*.

(47) Cfr. PINOCHET OLAVE, Ruperto - RAVETLLAT, Isaac, “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Uni-*

versidad Católica de Valparaíso, N° XLIV: ps. 70-72.

(48) Cfr. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac - PINOCHET OLAVE, Ruperto, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el Derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 3, 2015, ps. 904-905.

(49) CRC/C/GC/14, de 29/05/2013.

(50) La *Observación General* N° 14, en su párr. 1º, utiliza la locución “concepto dinámico” para referirse al interés superior del niño. En realidad esta expresión es utilizada con idéntica significación que la contenida en la más conocida noción de “concepto jurídico indeterminado”. El empleo de la voz “concepto dinámico” procede, casi con toda seguridad, de la traducción literal de la versión inglesa “dynamic concept”, puesto que en el lenguaje jurídico anglosajón no existe figura alguna conocida bajo la idea de concepto jurídico indeterminado.

(51) En palabras de Guillermo Escobar, la evidencia empírica demuestra que se trata de instituciones, en todos los casos, con un grado importante de legitimación social, situándose en bastantes países entre las más valoradas, pues conectan bien con las aspiraciones de la sociedad civil; no en vano su trabajo diario consiste en

lleva a cabo el Defensor difiere en gran medida de la tarea judicial, ya que adopta la forma de colaboración y no de enfrentamiento con el controlado, en una suerte de diálogo institucional. Es por ello que nos atrevemos a afirmar que el método de iniciar su acción contra las decisiones administrativas ha de ser directo, informal, rápido y económico (52).

IV.7. *Designación del Defensor de los Derechos de la Niñez*

Siguiendo la práctica generalizada en esta materia, entendemos que para garantizar al máximo la autonomía e independencia del *Ombudsperson* infantil frente al Gobierno, debe confiarse su propuesta y designación al

Congreso Nacional (así lo establece el art. 49 de la ley 26.061/2005), organismo ante el cual, además, presentará sus informes (tanto el ordinario anual como los especiales, tal y como estipula el art. 56 de la ley 26.061/2005).

Otro aspecto a considerar radica en la imperiosa necesidad de que el mecanismo de elección del Defensor se abra a la participación de la sociedad civil. Ello redundará no sólo en una mayor transparencia en la designación del candidato, sino seguramente proporciona a la institución un mayor respaldo social. Al mentar a la sociedad civil nos referimos tanto a los diversos actores sociales relevantes sobre la materia como a los propios niños, niñas y adolescentes (ello no aparece previsto en la ley 26.061/2005).

Efectivamente, este tipo de instituciones únicamente alcanzarán altas cuotas de independencia si el personal del que se dotan responde a idénticos parámetros de autonomía y eficacia. Asegurar la independencia legal, técnica e incluso presupuestaria de un organismo nacional de derechos humanos se nos antoja del todo insuficiente ante la falta de medidas específicas que aseguren que sus integrantes son, tanto a título personal como colectivo, capaces de generar y mantener su autonomía de acción (53).

IV.8. *Presupuesto estable propio*

El art. 54 de la ley 26.061 establece que “el Poder Ejecutivo nacional destinará una partida presupuestaria para solven-

tar los gastos del funcionamiento administrativo del Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”. Si bien es cierto que este precepto asigna un presupuesto autónomo al Defensor/a, no queda lo suficientemente claro que se garantice la estabilidad y perdurabilidad económica de la institución. ●

Cita on line: AR/DOC/1961/2018

#### ! MÁS INFORMACIÓN

García O'Neill, Virginia, “La nueva óptica sobre el niño, niña o adolescente”, AR/DOC/631/2016.

#### { NOTAS }

dar respuesta directa a las preocupaciones de los ciudadanos. ESCOBAR, op. cit., ps. 23-28.

(52) Cfr. ROWAT, op. cit., ps. 4-5.

(53) Cfr. UN Centre for Human Rights, “National Hu-

man Rights Institutions. A handbook on the establishment and strengthening of national institutions for the

promotion and protection of human rights”, UN Centre for Human Rights), Geneva, 1995, p. 55.

## NOTA A FALLO

### Delito de discriminación

**Exposición de una veleta en el techo de una casa con alusiones a la simbología nazi. Tipicidad. Art. 3° de la ley 23.592. Falta de mérito. Disidencia: sobreseimiento del imputado.**

**Hechos:** Una persona expuso en el techo de su casa una veleta con alusiones a la simbología nazi. El juez dictó su sobreseimiento por el de-

lito de discriminación previsto en el art. 3° de la ley 23.592. La Cámara, por mayoría, revocó el decisorio y dictó la falta de mérito.

- 1.- El sobreseimiento por el delito de discriminación (art. 3°, ley 23.592) respecto de una persona que expuso en el techo de su casa una veleta con alusiones a la simbología nazi debe revocarse y, en su lugar, corresponde dictar la falta de mérito, en tanto aquellos símbolos *prima facie* no sólo darían cuenta de una simple exteriorización de ideas sino que revela también la posibilidad de estar frente a una preconi-

zación, con lo cual resulta menester indagar en pruebas que autoricen a concluir si esa exhibición importa el obrar receptado por la norma.

- 2.- El sobreseimiento por el delito de discriminación (art. 3°, ley 23.592) respecto de una persona que expuso en el techo de su casa una veleta con alusiones a la simbología nazi debe confirmarse, pues si bien es cierto que los símbolos expuestos habrían trascendido su fuero íntimo, su exhibición no tiene entidad suficiente para que terceras personas

adopten idéntica actitud, máxime cuando de la encuesta vecinal surgió que el encartado es una persona tranquila, que vive solo y recluido en su vivienda, con lo cual tampoco puede afirmarse que haya realizado proselitismo alguno respecto de tales ideas. (Del voto en disidencia del Dr. Rueda)

121.481 — CFed. Córdoba, sala B, 30/05/2018. - N., R, C. p.s.a. s/ infracción - Ley 23.592.

[Cita on line: AR/JUR/22311/2018]

# La exteriorización de actos discriminatorios

Francisco J. Crocioni (\*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Hechos del caso.— III. Análisis del fallo.

#### I. Introducción

El presente comentario tiene por objeto analizar una breve sentencia dictada por la Cámara Federal de Apelaciones de la Ciudad de Córdoba, en el marco de un caso que ha tenido trascendencia en los medios de comunicación de dicha provincia (1), en atención a la particularidad del hecho y por la decisión adoptada en primera instancia.

Luego de repasados los antecedentes del caso, la cuestión jurídica en derredor de la cual se construye la imputación y la decisión de primera instancia, dedicaremos algunas líneas a analizar el fallo de la sala B de la Cámara de Apelaciones, para culminar dando una mirada personal sobre el asunto.

#### II. Hechos del caso

Conforme al relato realizado en la sentencia y algunas averiguaciones que hemos practicado de manera particular a través de los medios de prensa, que incluso han publi-

cado una fotografía del inmueble en cuestión y del objeto que motiva la imputación en contra del encartado, los antecedentes del caso pueden ser reconstruidos de la siguiente manera:

El Sr. N., albañil de profesión, vecino de la localidad de Alta Gracia, ofreció a la venta una camioneta antigua por medio de un aviso colocado en un comercio céntrico. Luego de dos semanas de encontrar el anuncio, un potencial comprador del vehículo se contacta con el Sr. N., quien en respuesta a su interés pacta una visita en su domicilio a efectos de exhibirle el rodado y de que pueda comprobar su estado.

Al momento de arribar al lugar, el interesado (periodista de profesión) vio desde la calle que dentro de la finca existía un molino de viento similar a los utilizados en los establecimientos rurales del interior de nuestro país, el cual en su aleta presentaba pintada una cruz esvástica sobre un fondo azul, y que dicho símbolo a la vez iba acompañado por un segundo logo, correspondiente

al séptimo regimiento de montaña de la SS. Ante dicho hallazgo, el interesado decidió no tocar la puerta al Sr. N. para conversar sobre el rodado y poner en conocimiento de aquél a las autoridades, situación que derivó en la formación de la causa judicial y el posterior allanamiento de la morada, diligencia que fuera ejecutada el día 15/07/2017 por efectivos de la División de Inteligencia Antiterrorista de la Policía provincial y que permitiera, junto con el secuestro de los referidos elementos, el hallazgo de cuadros, libros, revistas y adornos de pared con esvásticas.

El Sr. N. fue trasladado a la sede de la Jefatura de Policía para ser fichado para su identificación, y luego de algunas horas fue liberado, tras ser informado de la formación de un expediente por averiguación de infracción a la ley 23.592. Asimismo, tuvo en cuenta lo manifestado por el imputado en oportunidad de prestar su declaración indagatoria.

Contando con estos antecedentes, el sumario tuvo su desarrollo y el Sr. N. fue oído en declaración indagatoria como presunto autor del delito de discriminación previsto y penado en el art. 3°, párr. 2°, de la ley 23.592, oportunidad en la cual manifestó que no había querido discriminar a nadie y que no sabía que su conducta configuraba un delito. Posteriormente, el juez a cargo del caso resolvió el sobreseimiento del Sr. N. por entender que para configurar el tipo delictivo previsto en la ley 23.592, la conducta desplegada por el imputado debía significar mucho más que la mera exposición de una veleta con alusiones a la simbología nazi.

A la par de ello, señaló que los símbolos colocados en la veleta, en el portón y en el árbol

de la vereda constituían una mera expresión de ideas que no buscaba alentar o incitar a la persecución o al odio contra “la religión judía” (*sic*). Junto con ello, el magistrado valoró lo declarado por uno de los efectivos policiales intervinientes en la investigación del hecho, quien manifestó que realizó una discreta averiguación entre los vecinos del Sr. N., de la que surgió que el investigado resultaba ser “una persona tranquila”.

La fiscal del caso interpuso un recurso de apelación en contra de la resolución antes mencionada, por considerar que el Sr. N. había expresado una aberrante simpatía hacia la ideología nazi, trascendiendo el orbe de su intimidad, lo que constituía razón suficiente para que sus expresiones se expandieran a terceros, no constituyendo tal evento una mera “expresión de ideas”, sino, por el contrario, una conducta capaz de animar a personas afines a hacer lo propio, con impensados resultados.

Asimismo, agregó que la libertad de expresión no exime a las personas de la responsabilidad que tienen sobre sus dichos, y que exteriorizar ideas o simpatías de tenor discriminatorio de manera pública coloca a la persona en una exposición que habilita incluso a la formación de opinión.

Por dichos motivos, solicitó que se revocara el sobreseimiento del imputado, posición que fue respaldada por el fiscal de Cámara y permitió a la sala B de la Cámara Federal de Apelaciones dictar el fallo objeto de estudio en esta breve nota.

Los magistrados integrantes del tribunal, en un fallo dividido (2), determinaron que el sobreseimiento debía ser revocado y a la vez adoptarse el temperamento pre-

#### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado (U.B.A.) Maestrando en Derecho Penal (U.B.A.). Secretario del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nº 9. Editor de la Revista de Derecho Penal y Ciminología y del Suplemento Penal de La Ley Thomson Reuters.

(1) <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/alta-gracia-tenia-en-su-casa-articulos-nazi-y-una-veleta-con-una-esvastica>.

(2) La mayoría estuvo compuesta por los Dres. Abel Sánchez Torres y Liliana Navarro, mientras que el Dr. Luis Rueda votó en disidencia.

**2ª Instancia.** — Córdoba, mayo 30 de 2018.

*Considerando:* I. Llega el presente a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 65/67 en contra de lo resuelto por el señor Juez de Primera Instancia cuya parte resolutive fuera precedentemente transcrita.

II. En las presentes actuaciones, el Juez instructor dispuso sobreseer a R. C. N. por el delito de discriminación (art. 3º de la ley 23.592, conf. art. 336, inc. 3º del C.P.P.N.).

Entiende el Juez que para configurar el tipo delictivo preceptuado en el segundo párrafo del art. 3º de la ley 23.592, la conducta desplegada por el imputado N. debe significar mucho más que la mera exposición de una veleta —en el techo de una casa— con alusiones a la simbología nazi.

En ese sentido, citó jurisprudencia y efectuó una breve consideración acerca de la configuración del tipo penal en cuestión.

A la par de ello, señaló que los símbolos colocados en la veleta, en el portón y en el árbol de la vereda —estos dos supuestamente puestos por el imputado N.— constituyen una mera expresión de idea que no busca alentar o incitar a la persecución o al odio contra “la religión judía”.

Además, el Juez valoró lo declarado por el Cabo A. J. N., quién manifestó que realizó una discreta encuesta ambiental entre los vecinos, cuyos testimonios coincidieron en que el encartado era una persona tranquila (fs. 14/15).

visto por el art. 309 del Cód. Proc. Penal de la Nación por no existir mérito suficiente para procesar, aunque tampoco para sobreseer, al Sr. N.

Para arribar a tal conclusión afirmaron que las constancias obrantes en la causa y los elementos de cargo recabados por la instrucción no permitían afirmar, con la firmeza con que lo hiciera el magistrado de la instancia anterior, la existencia con un grado de certeza negativa suficiente para la desvinculación del encartado del proceso, toda vez que los símbolos colocados en la veleta, los cuales trascendían su fuero íntimo, no sólo darían cuenta de una simple exteriorización de ideas, sino que revelaban también la posibilidad de estar frente a un supuesto de *preconización*.

En función de ello, se recomendó al magistrado interviniente profundizar la investigación de la causa, a fin de recabar mayor información que permitiera realizar un juicio de mérito cabal respecto de la responsabilidad del Sr. N., sin perjuicio de lo cual destacaron que no resulta una tarea fácil la de precisar u objetivar parámetros que permitan encuadrar en la figura penal en cuestión un hecho determinado, destacándose como medida de prueba central la realización de una nueva y más amplia investigación socioambiental respecto del Sr. N., junto con testimonios o datos que pudieran aportar aquellas personas con quienes el Sr. N. hubiese trabajado, e indagar respecto del origen de los efectos con simbología nazi que se encontraban dentro de su domicilio.

Asimismo, tuvo en cuenta lo manifestado por el imputado en oportunidad de prestar su declaración indagatoria en cuanto manifestó que no quiso discriminar a nadie y que no sabía que su conducta configuraba un delito.

III. Con fecha 9 de mayo del corriente, la Fiscal Federal interpuso recurso de apelación en contra de la resolución antes mencionada.

Plantea la Fiscal Federal que C. R. N. expresó sus aberrantes simpatías de manera pública, trascendiendo el orbe de su intimidad, lo que sin lugar a dudas constituye razón suficiente para que sus expresiones se expandan a terceros, no constituyendo por lo mismo una “expresión de ideas”, sino que por el contrario este tipo de conductas animan a personas afines a hacer lo propio, con impensados resultados.

Asimismo, agregó que la libertad de expresión no exime a las personas de la responsabilidad que tienen sobre sus dichos, y que exteriorizar ideas o simpatías de tenor discriminatorio de manera pública como es el caso de autos, coloca a la persona en una exposición que habilita incluso a la formación de opinión.

Concluye solicitando que se revoque el sobreseimiento dispuesto a favor del imputado N. en orden al delito por el que fue oportunamente indagado.

IV. Con fecha 15/12/2017 y con fecha 26/12/2017, el señor Fiscal General ante esta Alzada, y la señora Defensora Pública Oficial, presentaron respectivamente el informe previsto por el art. 454 del CPPN, a los cuales se remite por cuestiones de brevedad.

El voto en minoría concluyó que para la verificación del ilícito imputado al Sr. N. no bastaba con que la conducta desplegada fuera discriminatoria, sino que era necesario también que a través de aquella se instigue o se aliente a terceros a ejecutar actos discriminatorios de persecución u odio contra algún grupo de personas en particular.

A criterio del juez Rueda, si bien es cierto que los símbolos expuestos habían trascendido el fuero íntimo del Sr. N., no se advirtió que su exhibición tuviera entidad suficiente para que terceras personas adoptaran una actitud similar, lo cual le permitió afirmar: “estimo que la conducta endilgada quedaría circunscripta a una mera exteriorización de símbolos basados en teorías históricamente prescriptas de superioridad de una raza”.

Dicho razonamiento, acompañado por el convencimiento del magistrado en punto a que la instrucción se encuentra prácticamente concluida y que no restan medidas de prueba por practicar que puedan modificar el criterio del juez de primera instancia, determinaron su voto en favor de la confirmación del sobreseimiento dictado, el cual no logró imponerse en el desarrollo del acuerdo.

### III. Análisis del fallo

Repasados los antecedentes fácticos y las decisiones judiciales adoptadas, entiendo que corresponde analizar nuestra revisión del caso partiendo de la subsunción legal aplicable a los hechos objeto de investiga-

V. Sentadas así y reseñadas en los precedentes parágrafos las posturas asumidas por las partes, corresponde introducirse propiamente en el tratamiento de la apelación deducida, ello de acuerdo al sorteo realizado para determinar el orden de votación a fs. 82.

El doctor *Sánchez Torres* dijo:

I. Habiendo analizado las posturas de las partes y tomado conocimiento de los elementos de prueba incorporados a la causa, como así también de la resolución dictada por el Juzgado Federal N° 3 de Córdoba, corresponde comenzar el análisis de la situación procesal del imputado R. C. N.:

En primer lugar, cabe puntualizar que el marco fáctico de las presentes actuaciones se encuentra descrito en el escrito de promoción de la acción penal y que la materialidad del hecho ha quedado suficientemente acreditada a través de diferentes elementos de prueba arrojados a la causa y no ha sido objeto de cuestión por las partes (fs. 46/47).

Por ese hecho, el nombrado fue imputado como presunto autor del delito de discriminación previsto y penado en el art. 3º segundo párrafo de la ley 23.592 y 45 del Código Penal y posteriormente sobreseído por el Juez Federal interviniente.

Así las cosas y, luego de ponderar por un lado los fundamentos del Instructor y por el otro los agravios del titular del Ministerio Público Fiscal, adelanto que la resolución apelada debe ser revocada. Ello en el entendimiento de que, a esta altura del proceso, no existe mérito suficiente para procesar, aunque tampoco

ción, para luego desde allí concluir acerca del acierto o no de la resolución judicial que motiva estas líneas.

La ley 23.592, promulgada el 23/08/1988 y actualizada en dos oportunidades (3), resulta ser una norma que otorgó carácter operativo a las previsiones de la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, suscripta en la ciudad de Nueva York el 13/07/1967, pacto internacional al cual nuestro país adhirió y que por medio de la ley 17.722 pasara a formar parte de nuestro derecho interno, y que contiene una regulación específica sobre las acciones que los Estados parte debían adoptar al respecto (4).

De estructura simple y redacción llana, la norma se enfoca en la eliminación de todas aquellas acciones de tipo discriminatorio que conformen una afectación a derechos constitucionalmente reconocidos (art. 1º), en el aumento del *quantum* de la pena a aplicar a todo delito reprimido por el Código Penal o leyes complementarias cuando fuera cometido por motivos discriminatorios (art. 2º), en la tipificación de conductas penalmente reprochables relacionadas con la promoción de ideas racistas y discriminatorias (art. 3º), y en la promoción de los alcances del art. 16 de la CN y su aplicación en el ámbito de locales bailables, de recreación, salas de espectáculos u otros de acceso público (arts. 4º, 5º y 6º).

El caso que nos convoca resulta subsumible dentro de las previsiones del art. 3º de la

para sobreseer, al imputado R. C. N. en orden al hecho investigado.

Cabe destacar que, tal como prescribe el art. 335, C.P.P.N., el sobreseimiento es el instrumento jurídico por medio del cual el magistrado “...cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta”, haciendo cosa juzgada material respecto de quien se dicta, impidiendo una nueva persecución penal, garantizando de este modo el principio *non bis in idem*.

De esta manera, resultan fundamentales los resguardos que se deben adoptar al momento de disponer un pronunciamiento de este tipo.

En tal contexto, las constancias obrantes en la causa y los elementos de cargo recabados por la Instrucción —prueba testimonial, documental e informativa— no permiten arribar —a esta altura del proceso— a un grado de certeza negativa suficiente para la desvinculación del encartado respecto del proceso penal.

En efecto, los símbolos colocados en la veleta —único efecto plenamente atribuible a su propiedad y autoría que trasciende su fuero íntimo—, *prima facie* no solo darían cuenta de una simple exteriorización de ideas, sino que revela también la posibilidad de estar frente a una preconización.

Así, entiendo que resulta necesario profundizar investigación de la causa a fin de recabar mayor información que permita realizar un juicio de mérito cabal respecto de la responsabilidad del imputado N.

No puede soslayarse el hecho de que no resulta una tarea fácil, la de precisar u objetivar

norma, el cual establece que “Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaran propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

Del contenido de la norma surge que la acción prohibida abarca un conjunto de modos comisivos directos:

a) El primero de ellos engloba la intervención activa dentro de un grupo que tenga por objetivo difundir teorías o razonamientos que partan de la base de la existencia de una superioridad de raza o religión, antecedentes étnicos o color de piel, en la búsqueda de respaldar y promocionar la discriminación de base racial o religiosa.

b) El segundo modo comisivo tiene una perspectiva más amplia en cuanto al alcance de sus acciones y comprende la estimulación del odio y/o la persecución contra un individuo o un colectivo a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas.

Delineados los límites normativos aplicables a los hechos materia de investiga-

### { NOTAS }

(3) Las leyes 24.782 y 25.608 incorporaron nuevos contenidos a los arts. 4º, 5º y 6º.

(4) “Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la

discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el art. 5º de la

presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley, toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tal efecto, contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades

racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitirán que las autoridades ni

parámetros que permitan encuadrar la figura penal en cuestión a un hecho determinado, dados sus alcances.

En efecto, la conducta típica en juego supone acciones de alentar, equivalente a animar o infundir aliento a la persecución o al odio; y de incitar, lo que supone alentar a alguien para que haga algo, aunque no se llegue a la determinación.

Así, resulta menester indagar en pruebas que autoricen a concluir si, la exhibición de símbolos presuntamente como los expuestos por N. importan fehacientemente dicho obrar aceptado por la norma.

Por lo tanto, deberá el Juez de instrucción adoptar las medidas que estime conducentes a fin de agotar la investigación. En este sentido, considero conveniente disponer que se practique una nueva y más amplia encuesta socioambiental respecto del encartado.

Asimismo, estimo de valor cualquier testimonio o dato que pudieran aportar aquellas personas con quienes hubiese trabajado en su calidad de albañil como así también indagar respecto del origen de los efectos con simbología nazi que se encontraban en su domicilio.

De ese modo, se podrá valorar con mayores elementos de convicción la conducta diligida y definir la situación procesal del imputado.

Por consiguiente, y en atención a las razones dadas, considero que debe revo-

carsé la resolución apelada dictada por el Juzgado Federal N° 3 de Córdoba con fecha 25/10/2017, en cuanto dispuso el sobreseimiento del imputado R. C. N., y, en consecuencia, dictar la falta de mérito a su favor de conformidad a lo establecido por el artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación, debiéndose profundizar la investigación de conformidad a lo expresado en la presente resolución. Sin Costas (arts. 530 y 531 del CPPN). Así voto.

La doctora *Navarro* dijo:

Adhiero al criterio sostenido y solución legal propuesta por el señor Juez de Cámara preopinante y, en consecuencia, me pronuncio en el mismo sentido. Sin costas (arts. 530 y 531 del CPPN.). Así voto.

El doctor *Rueda* dijo:

Acerca del asunto sometido a revisión en autos, debo señalar que disiento con la solución propiciada por el señor Juez del primer voto, en cuanto considera que corresponde revocar la resolución dictada con fecha 25/10/2017 por el Juez Federal N° 3 de Córdoba, en cuanto dispuso el sobreseimiento del imputado R. C. N. por el hecho encuadrado como discriminación (art. 3° de la ley 23.592, conf. art. 336, inc. 3° del C.P.P.N.). Doy razones.

Como es sabido, para la verificación del ilícito en cuestión no basta que la conducta desplegada sea discriminatoria, sino que es necesario también, que a través de la

misma se instigue o se aliente a terceros a ejecutar actos discriminatorios de persecución u odio contra algún grupo de personas en particular. En efecto, la acción típica contemplada es la de alentar, que importa animar o infundir aliento a la persecución o al odio; y la de incitar, que supone alentar a alguien para que haga algo, aunque no se llegue a la determinación.

En tal sentido, si bien es cierto que los símbolos expuestos por el encartado habrían trascendido su fuero íntimo, en rigor, no advierto que su exhibición en el portón de ingreso vehicular, en uno de los árboles de la vereda de su domicilio y en una veleta emplazada en el patio trasero del mismo con vista desde la calle, tenga entidad suficiente para que terceras personas adopten idéntica actitud.

Por el contrario, estimo que la conducta diligida quedaría circunscripta a una mera exteriorización de símbolos basados en teorías históricamente prescriptas de superioridad de una raza.

A su vez, no puede soslayarse lo declarado a fs. 14/15 y 58/vta. por el Cabo A. J. N. en cuanto refirió haber realizado una encuesta vecinal y que uno de los vecinos encuestados le manifestó que el encartado N. es una persona tranquila, que vive solo y recluido en su vivienda. Por lo tanto, tampoco puede afirmarse, a la luz de los elementos de juicio reunidos en la causa, que N. haya realizado proselitismo alguno respecto de tales ideas.

Al respecto, tampoco puede pasarse por alto el dato de carencia de antecedentes penales por parte del imputado (fs. 50).

De esta manera, en atención a las constancias de la causa y la naturaleza del hecho investigado, entiendo que la instrucción se encuentra prácticamente concluida y que no restan medidas de prueba por practicar que puedan modificar el criterio vertido en el presente. Así, soy del criterio que la resolución apelada resulta ajustada a derecho, al contener una derivación razonada de las pruebas colectadas y del derecho vigente aplicable al caso.

En definitiva, considero que debe confirmarse la resolución dictada con fecha 25/10/2017 por el Juzgado Federal N° 3 de Córdoba, en cuanto dispuso sobreseer a R. C. N., en orden al delito de discriminación (art. 3° de la ley 23.592, conf. art. 336, inc. 3° del C.P.P.N.). Sin Costas (arts. 530 y 531 del CPPN). Así voto.

Por mayoría se resuelve: I. Revocar la resolución dictada por el Juzgado Federal N° 3 de Córdoba con fecha 25/10/2017, en cuanto dispuso el sobreseimiento del imputado R. C. N. y, en consecuencia, dictar la falta de mérito a su favor, de conformidad a lo establecido por el artículo 309 del Código Procesal Penal de la Nación, debiendo profundizarse la investigación de la causa. II. Sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). III. Regístrese, notifíquese. Cumplido, publíquese y bajen. — *Abel G. Sánchez Torres*. — *Liliana Navarro*. — *Luis R. Rueda*.

ción, corresponde analizar las acciones del Sr. N. y su posible recepción a la luz de los postulados de la ley 23.592. La lectura de los antecedentes del caso da cuenta de la existencia de una ostentosa imagen identificada por la mayoría de la población con el nazismo (5), ubicada a varios metros del suelo por sobre los techos de las casas vecinas, en una localidad del interior de nuestro país. Aquella, conforme a las fotografías difundidas por los medios de comunicación, no se encuentra acompañada por ningún tipo de anuncio, leyenda o cartel que permita cargarla de sentido más allá de su sola presencia, la cual conforma el principal interrogante en derredor de este caso: ¿nos encontramos en presencia de un delito?

La solución propuesta por la Cámara, la cual se apoya en la necesidad de que los vecinos del Sr. N. presten declaración a efectos

de conocer mejor sus gustos y costumbres, se presenta a nuestro modo de ver como una solución no tan satisfactoria, si tenemos a la vista que el objeto que motiva la imputación puede cumplir otro tipo de fines más allá de la perturbación a los habitantes del lugar que lo ven a la distancia.

Entendemos que la mera presencia de un símbolo que nos remonta a uno de los períodos más oscuros, crueles y despiadados de la humanidad no puede prosperar como una mera acción desprovista de conocimientos y de consciencia de su afectación jurídica a la luz de los intereses protegidos por la normativa antidiscriminatoria. Algo debe quedar claro: no hace falta que la veleta en cuestión sea acompañada por un mensaje que preconice los razonamientos antisemitas; su sola existencia, complementada por un segundo símbolo que hace mención a las huestes del nazismo, echa

por tierra cualquier intento de invocar la existencia de un error de prohibición que erradique la presencia del dolo que la acción típica requiere.

Entendemos probable que los vecinos del Sr. N. que sean convocados a participar del relevamiento socioambiental mantengan sus dichos, y con ello la defensa del imputado podrá volver a la carga para lograr un nuevo sobreseimiento, pero lo cierto es que la realidad sociológica en que se desarrolla el siglo XXI exige de parte de la totalidad de los actores de la sociedad un férreo compromiso por desterrar prácticas, mensajes y conductas que a la luz de la actualidad se imponen como inaceptables.

Aquellos objetos hallados dentro del inmueble habitado por el Sr. N. no conforman el objeto central de este debate, sino aque-

llos que tienen potencia dañosa a nivel de un mensaje subliminal —o no— para todos aquellos que pudieran sentirse afectados por su presencia. Los elementos hallados dentro del domicilio sí permiten tener una confirmación en punto al conocimiento objetivo del origen del símbolo, su trascendencia y su daño potencial a terceras personas. No nos hallamos en presencia de un episodio carente de elementos relacionados que dificulte la adecuación típica de la conducta. Un símbolo cuenta con la misma potencia de difusión que una leyenda, un cartel o un manuscrito. La cruz esvástica pintada en la veleta del molino en cuestión, acompañada de un segundo símbolo nazi (reconocible ante ojos expertos en materia de simbología), cumple a nuestro modo de ver con el modo comisivo que tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen dentro de las acciones que integran el tipo objetivo del art. 3° de la ley 23.592 (6).

## { NOTAS }

las instituciones públicas nacionales o locales, promuevan la discriminación racial o inciten a ella”.

(5) Debemos recordar que la cruz esvástica o cruz gamada, como se la conoce de manera masiva en Occidente fruto de su relación e identificación con el nazismo, tiene un antecedente oriental que la vincula con ideales netamente opuestos a los que se invocaron para difundirla por parte del régimen nazi. Sobre el particular se ha explicado que “Es del Tibet que surge una versión de la esvástica, la cual gira a la derecha, sin embargo, Hitler crearía su propia versión del símbolo pero girando hacia la izquierda conforme a la mitología romana. El monograma de la esvástica representaba para los asiáticos la alegada idea de suerte y riqueza, en cambio, Hitler le daría otro sentido como el ‘sendero de la izquierda’. La esvástica corresponde a la versión usada por la masonería de la ‘G’ de Gaia y de Geometría. A menudo, los símbolos masónicos se camuflan de diferentes significados y variando dependiendo de los grados” (AL-REICH, Dino, “El resurgir de la esvástica”, disponible en <https://books.google.com.ar/books?id=yko6lZD67Y8C&pg=PT73&dq=esv%C3%A1stica&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwi-zGjrtYHeAhUEkZAKHYJDATQ6AEIJzAA#v=onepage&q=esv%C3%A1stica&f=false>). Asimismo, el propio Hitler en su libro “Mi lucha” da cuenta de la historia de identificación del movimiento nacional socialista y la búsqueda de

sus colores y sus símbolos identificatorios, al decir: “Nosotros, los nacionalsocialistas, no podemos ver en la antigua bandera del Reich un símbolo de nuestra propia actividad, pues, no aspiramos a hacer resucitar el imperio que cayó víctima de sus propios defectos, sino más bien a erigir un nuevo Estado. El movimiento, que en este sentido, lucha ahora contra el marxismo, tenía desde entonces que llevar en su bandera el símbolo del nuevo Estado. La cuestión de nuestra bandera, es decir, lo relacionado con su aspecto, nos preocupó por entonces muy inmensamente. De todos lados recibíamos sugerencias bien intencionadas, pero carentes de valor práctico. Por mi parte me pronuncié por la conservación de los antiguos colores, no sólo por su efecto estético, ya que mejor que cualquier otra combinación armonizan con mi propio modo de sentir. Yo mismo, después de innumerables ensayos, logré precisar una forma definitiva: sobre un fondo rojo, un disco blanco y en el centro de éste la cruz gamada en negro. Igualmente, después de largas experiencias, pude encontrar una relación apropiada entre la dimensión de la bandera y la del disco entre la forma y tamaño de la esvástica. Y así quedó. Inmediatamente se mandaron confeccionar brazaletes de la misma combinación para nuestras tropas de orden, esto es un brazaletes rojo sobre el cual aparece el disco blanco y la esvástica negra. También la insignia del partido fue creada siguiendo

las mismas directrices. En el verano de 1920 lucimos por primera vez nuestra bandera. Correspondía admirablemente a la índole de nuestro naciente movimiento: jóvenes y nuevos eran ambos. ¡Y es realmente un símbolo! No sólo porque mediante esos colores, ardientemente amados por nosotros y que tantas glorias conquistaron para el pueblo alemán, testimoniamos nuestro respeto al pasado, sino porque eran también la mejor encarnación de los propósitos del movimiento. Como socialistas nacionales, vemos en nuestra bandera nuestro programa. En el rojo, la idea social del movimiento; en el blanco la idea nacionalista y en la esvástica la misión de luchar por la victoria del hombre ario y al mismo tiempo, por el triunfo de la idea del trabajo productivo, idea que es y será siempre antisemita. Dos años más tarde, cuando nuestra tropa de orden se había convertido en una ‘sección de asalto’ (SA, *Sturmabteilung*) que abarcaba muchos miles de hombres, se hizo necesario darle a esta organización de lucha de la nueva concepción ideológica, un símbolo especial de la victoria: el estandarte” (HITLER, Adolf, “Mi lucha”, disponible en <https://books.google.com.ar/books?id=68vGCwAAQBAJ&pg=PT66&dq=mi+lucha&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwIHeAhVGTJAKHS0TALSQ6AEILDAB#v=onepage&q=mi%20lucha%C3%A7&f=false>).

(6) Sobre esta cuestión, la entonces Cámara Nacional

de Casación Penal definió que “La realización de propaganda consiste en la ejecución de actos destinados a propagar o difundir determinadas ideas o teorías, las que deben referirse a la superioridad de una raza o de un grupo que pertenezca a una determinada religión u origen étnico. En esta figura el elemento subjetivo del tipo penal se refiere a tener por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma; por justificar se quiere significar el fundamentar la discriminación, mientras que promover se relaciona con iniciar y procurar que se concrete tal discriminación; tanto la justificación como la promoción deben tener por fin la discriminación, es decir dar un trato de inferioridad a una persona por razones religiosas o raciales” (“Russo, Ricardo y otros”, 12/04/1999, JA 1999-IV-428). En sentido similar, la doctrina indica que “[propaganda] sería dar a conocer a terceros una determinada idea —basada en las teorías de superioridad aludidas— con el objeto de lograr o atraer adeptos. A diferencia de lo que ocurre con el tipo analizado precedentemente, la pluralidad de autores no es un requisito esencial del tipo, más allá de que tal extremo pueda meritarse como agravante al graduar la pena” (D’ALESSIO, Andrés y otros, “Código Penal. Leyes especiales comentadas”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª ed. actual. y ampl., t. III, p. 995).

Tampoco la ocupación del imputado tiene impacto en la antijuridicidad o no de la conducta (7), la cual no ha pretendido ser cubierta bajo el paraguas del derecho constitucional a la libertad de expresión, sino, como dijéramos, por medio de

la invocación —equivocada, a nuestro modo de ver— de la existencia de un error de prohibición.

En conclusión, la acción típica se encuentra cumplida, y la inexistencia de circuns-

tancias que permitan reconciliar al sistema jurídico con el Sr. N. determina —a nuestro modo de ver— la necesidad de proseguir con la imputación para que, luego de adoptarse un temperamento concreto respecto de su situación procesal que prorrogue su vinculación a la causa, se analicen algunas de las alternativas previstas por el art. 76 del Cód. Penal, a efectos de que exista una efectiva reparación del daño causado y el Sr. N. (previa remoción de los elementos con potencialidad dañina exhibidos a la vista de todos) cumpla

con alguna actividad de tipo comunitario que ponga fin a la imputación en su contra, una vez cumplida aquella.

Seguiremos con atención el desarrollo del presente caso, el cual presenta, en función de la decisión judicial aludida, un evidente final abierto... ●

#### { NOTAS }

(7) Al respecto, la doctrina tiene dicho: “Tratándose este delito de un tipo común (*delicta comunia*), no se exige ninguna característica especial para ser autor, admi-

tiéndose que cualquiera lo sea” (D’ALESSIO, Andrés y otros, “Código Penal...”, cit.).

Cita on line: AR/DOC/2218/2018

## JURISPRUDENCIA

### Narcotráfico

#### Nulidades en el procedimiento penal. Registro de domicilio. Facultades de las fuerzas de seguridad.

1.- La sentencia que decretó la invalidez del procedimiento penal seguido contra quienes fueron condenados por narcotráfico, con fundamento en que no se registró la identidad del denunciante, cuyos dichos impulsaron la investigación; y en la omisión de comunicar la actividad desarrollada a las autoridades judiciales y del Ministerio Público, debe ser dejada sin efecto, pues no se advierte que ni el modo en el que fue recabada la *notitia criminis*, ni las posteriores tareas de verificación de la información que desarrollaron los agentes policiales, generaron una afectación irreparable a las garantías constitucionales que amparan a los investigados.

2.- No hay razón alguna que pueda dar fundamento a una prohibición constitucional de que las fuerzas de seguridad que reciben información acerca de la comisión de un delito de acción pública —en el caso, narcotráfico— desarrollen las tareas de investigación que son propias de su función, antes de transmitir las a los magistrados encargados de la persecución penal.

3.- La decisión de no registrar la identidad del denunciante ni los términos de su declaración puede limitar la capacidad jurisdiccional para ejercer el control, pero ese defecto no es idóneo para anular todo lo actuado en el proceso penal —en el caso, seguido por el delito de narcotráfico— si no se ha alegado perjuicio alguno para los acusados que sea específicamente atribuible a esa omisión. (Del dictamen del Procurador Fiscal que los Dres. Rosatti y Rosenkranz hacen suyo en su voto).

121.482 — CS, 27/09/2018. - Halford, Jorge Rubén s/ Infracción ley 23.737 (art. 5°, inc. c).

[Cita on line: AR/JUR/48168/2018]

#### Dictamen del Procurador Fiscal

- I -

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Rosario condenó a Jorge Rubén H. y Marta Susana E. por considerarlos coautores del delito de tráfico de estupefacientes previsto en el artículo 5°, inciso c, de la ley 23.737. En particular, se los halló responsables por el almacenamiento de más de ciento cincuenta kilogramos de marihuana, fraccionada en noventa y nueve paquetes acondicionados para su distribución o comercialización, en la casa en que vivían, en la localidad de Roldán, provincia de Santa Fe. El tribunal les impuso las penas de ocho años de prisión y ocho mil pesos de multa al primero, y cuatro años de prisión y cuatro mil pesos de multa a la segunda, además de inhabilitación absoluta por el tiempo de las condenas, accesorias legales y costas del proceso (cf. fs. 974/976 y 997/1030 del expedien-

te principal, al que aluden también todas las referencias que siguen).

A su turno, la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, que entendió en el caso en virtud del recurso de casación interpuesto por la defensa de ambos condenados, resolvió, por mayoría, declarar la invalidez “de todo lo actuado en la presente causa a partir de fs. 1”, anular la sentencia de condena impugnada y absolver a Halford y Ercegovic con relación con los hechos por los que habían sido acusados (cf. fs. 1117/1131).

Al fundamentar su decisión, la Cámara entendió que el procedimiento policial que concluyó con el hallazgo de los estupefacientes almacenados en el domicilio de la localidad de Roldán habría violado el límite constitucional —recogido en precedentes de V.E. como el registrado en Fallos 333:1674 (“Quaranta”), entre otros— que obligaría a los funcionarios de la fuerza de seguridad actuante a registrar la identidad de la persona cuya denuncia motivó su actuación y a no encarar actividades de investigación, como las que dieron lugar a la detención de los acusados y al posterior pedido de registro de su domicilio, sin dar intervención previa a las autoridades judiciales y del Ministerio Público competentes a fin de que sean éstas la que autoricen y, en su caso, dirijan las medidas de investigación requeridas para una eventual persecución penal.

- II -

El Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal dedujo recurso extraordinario, con el que objetó el pronunciamiento absoluto sobre la base, primero, de que éste se fundaría en una interpretación errónea del derecho federal aplicable que “romp[e] el necesario equilibrio que debe existir entre el derecho del individuo sometido a proceso y el del Estado en perseguir y castigar el delito”.

En segundo término, postuló que, además de haber dado un alcance exagerado a las garantías constitucionales vinculadas al procedimiento declarado inválido, la decisión del *a quo* habría desconocido la doctrina de V.E. según la cual ellas tienen un carácter tal que se exige de quien pretende la invalidación de actos procesales en virtud de su violación “la acreditación del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo de no haber existido ese vicio” (cf. fs. 1161/1173 vta.; los pasajes transcriptos corresponden a fs. 1172 y 1172 vta. respectivamente).

El *a quo* declaró inadmisibles el recurso federal interpuesto (cf. fs. 1177), lo que motivó la presente queja.

- III -

En mi opinión, la apelación ha sido mal denegada. El recurrente ha dirigido su impugnación contra una sentencia definitiva dictada por el superior tribunal de la causa, ha puesto en cuestión la interpretación de normas de la Constitución Nacional en la que el *a quo* ha apoyado su decisión, y ésta ha sido contraria a la pretensión que el apelante fun-

da en ellas según la inteligencia que propugna. En fin, entiendo que así están reunidas las condiciones de procedencia del artículo 14 de la ley 48 (cf., *mutatis mutandis*, Fallos 325:1404, cons. 4°).

También considero que asiste razón al recurrente en lo que respecta al fondo de su planteo.

En efecto, el *a quo* destacó dos irregularidades producidas durante el procedimiento policial que dio inicio a este proceso. Por un lado, observó la injustificada omisión de registrar la identidad y el testimonio del denunciante; por otro, la demora igualmente injustificada en dar intervención a las autoridades judiciales y del Ministerio Público, así como la realización de tareas de investigación —a saber, observación de los movimientos de la casa, seguimiento y finalmente detención en la vía pública y registro del vehículo en el que se trasladaban Halford y Ercegovic.—.

Con relación con la primera de ellas, considero que el solo mantenimiento del anonimato del denunciante cuya información originó la investigación no es suficiente para tenerla por inválida.

En mi opinión, es acertada la interpretación del *a quo* según la cual la jurisprudencia de V.E. en materia de intromisiones policiales en ámbitos constitucionalmente protegidos requiere, en primer lugar, que los funcionarios involucrados den cuenta de los hechos sobre la base de los cuales consideraron justificada la injerencia realizada a fin de permitir el control judicial de sus actos (cf., en especial, disidencia del juez Petracchi en Fallos 321:2947). Sin embargo, no encuentro fundamento en los hechos del caso para postular que tal exigencia haya sido incumplida. Antes bien, advierto que los funcionarios de la policía provincial que intervinieron en el inicio de este proceso asentaron suficientemente sus actos del día 13 de mayo de 2009 que llevaron esa misma noche a la detención de los acusados, de modo que el magistrado que intervino a partir de entonces pudo ejercer un control significativo de la actuación policial desarrollada.

Y si bien la decisión de no registrar la identidad del denunciante ni los términos de su declaración pudo haber limitado la capacidad jurisdiccional para ejercer ese control, considero que ese defecto no es idóneo para anular todo lo actuado en su consecuencia como lo ha hecho el Tribunal de Casación si, como ocurre en el presente caso, no se ha alegado perjuicio alguno para los acusados que sea específicamente atribuible a dicha omisión. En tal sentido, cabe recordar que es doctrina sostenida por V.E. que “en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún

otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad parecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público” (Fallos 323:929 y 325:1404).

- IV -

En lo referido al vicio consistente en la demora injustificada en dar intervención a las autoridades judiciales o del Ministerio Público —las que intervinieron recién con el pedido de orden de registro domiciliario, cuando Halford y Ercegovic ya habían sido detenidos, aproximadamente doce horas después de recibida la denuncia y tras haber pasado todo el día observando los movimientos ocurridos en el domicilio al que aludía la denuncia (cf. acta que da cuenta de la denuncia, fs. 45; informe sobre las observaciones en el domicilio de los acusados, fs. 46/51; solicitud y orden de registro, fs. 1/3)— encuentro también que el *a quo* ha dado un alcance exagerado a la protección constitucional contra la arbitrariedad policial.

Como lo postula el recurrente, no hay razón alguna que pueda dar fundamento a una prohibición constitucional de que las fuerzas de seguridad que reciben una denuncia acerca de la comisión de un delito lleven a cabo medidas de investigación no invasivas dirigidas a corroborar su veracidad antes de transmitirla a las autoridades judiciales y del Ministerio Público encargadas de la persecución penal. En ausencia de una prohibición constitucional así, la actividad llevada a cabo por los funcionarios de la policía de la provincia de Santa Fe que intervinieron en el inicio del presente caso —que, por lo demás, cumplió con las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal de la Nación, en especial, los artículos 183, 184 y 230 *bis*— no puede ser reputada inválida del modo en que lo ha hecho el *a quo*.

Efectivamente, tras recibir la denuncia de la que se da cuenta brevemente en el acta de fojas 45, en la que se anunciaba que ese día se recibiría una cantidad grande de marihuana en el domicilio de la calle ... de la localidad de Roldán, se dispuso la vigilancia del lugar. A lo largo del día se vieron movimientos consistentes con lo denunciado, en particular, el arribo de un vehículo utilitario que ingresó al inmueble. Más tarde, se hizo ingresar al predio a una camioneta, que hasta ese momento siempre se estacionaba en la calle, a la vista de los vigiladores. Cuando, unas horas después, la camioneta salió, quienes vigilaban pudieron razonablemente sospechar que en ella podría transportarse material estupefaciente que podría haber llegado, tal como el denunciante lo pronosticara, en el vehículo utilitario que había llegado al domicilio ese día. Sobre esa base, pudo procederse a la detención y registro del vehículo de acuerdo con las disposiciones del artículo 230 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación.

- V -

Por lo expuesto, y por los argumentos que en igual sentido ha desarrollado el Fiscal Ge-

neral ante la Cámara Federal de Casación Penal en su impugnación —y que doy aquí por reproducidos en honor a la brevedad— mantengo el recurso interpuesto. Buenos Aires, 18 de noviembre de 2015. — *Eduardo E. Casal*.

Buenos Aires, septiembre 27 de 2018.

*Considerando:* 1°) Que los antecedentes del caso, los fundamentos de la resolución del *a quo* y los agravios que sustentan el recurso extraordinario interpuesto por el representante del Ministerio Público han sido correctamente reseñados en los apartados I y II del dictamen del señor Procurador Fiscal y a su lectura corresponde remitir por razones de brevedad.

2°) Que el recurso es formalmente admisible ya que fue interpuesto por un sujeto procesalmente legitimado contra una sentencia de carácter definitivo dictada por el Superior tribunal de la causa y, a su vez, el escrito que lo contiene cumple con el recaudo de fundamentación autónoma. Por otra parte, los agravios del apelante suscitan cuestión federal suficiente, toda vez que denuncia que el alcance otorgado a las garantías constitucionales vinculadas al procedimiento declarado inválido no constituye derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

3°) Que, ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, corresponde reseñar que, para decidir como lo hicieron, los jueces que formaron la mayoría en la decisión del *a quo* asumieron que la actuación de los funcionarios policiales en la génesis del proceso habría generado su ilegitimidad con relación con dos cuestiones. La primera de ellas se relaciona con el modo en el que se recabó la denuncia que impulsó la investigación; mientras que la segunda estaría vinculada, según sostuvieron, con la omisión de comunicar la actividad desarrollada respecto de los imputados a las autoridades judiciales y del Ministerio Público.

4°) Que aun cuando el señor Procurador Fiscal en su dictamen brinda al examen de tales asuntos un tratamiento diferenciado, esta Corte comparte al respecto la inteligencia sostenida en la apelación federal, en cuanto allí se considera que ambas circunstancias se relacionan, en última instancia, con el control de legitimidad de la actuación de los funcionarios de la policía de la Provincia de Santa Fe al momento de proceder a la interceptación del vehículo en el que circulaban los imputados y a inspeccionar su contenido.

5°) Que conviene recordar aquí lo dicho por esta Corte, en el sentido de que el examen de un proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos de acuerdo con la sana crítica racional y atendiendo a las reglas de la lógica (cfr. doctrina de Fallos 310:1847 y 311:2045) y que esas reglas se verían alteradas si, como ha sucedido en este caso, se anula un procedimiento como consecuencia de supuestas irregularidades cometidas con anterioridad al único acto con efectiva injerencia en los derechos fundamentales de los imputados.

Aplicando esa línea de razonamiento al examen de lo actuado en el *sub lite* resulta que, como correctamente lo postulan los representantes del Ministerio Público, no hay razón alguna que pueda dar fundamento a una prohibición constitucional de que las fuerzas de seguridad que reciben información acerca de la comisión de un delito de acción pública desarrollen las tareas de investigación que son propias de su función, antes de transmitir las a los magistrados encargados de la persecución penal.

Sobre esa base, la fundamentación que ensaya el *a quo* con el fin de explicar la extensión de la nulidad decretada es incorrecta, en tanto no se advierte allí que ni el modo en el que fue recabada la *notitia criminis*, ni las pos-

teriores tareas de verificación de la información allí aportada que desarrollaron los agentes policiales, generaron alguna afectación irreparable a las garantías constitucionales que amparan a los investigados, que merezca ser desvinculada en su análisis de las restantes circunstancias que permitieron al tribunal oral que dictó la sentencia condenatoria sostener la validez de lo actuado.

6°) Que, por otra parte, con relación con el argumento adicional que comparten los jueces Slokar y Ledesma —aunque postulando conclusiones disímiles—, en cuanto juzgan que en un caso como el presente correspondía brindar intervención necesaria al Fiscal de Instrucción, corresponde remitir, en lo pertinente, a la doctrina expresada por esta Corte al dictar sentencia, in re, CSJ 183/2013 (49-L), “Lemos, Ramón A.” Fallos 338:1504, (cfr. punto V del dictamen emitido por el señor Procurador Fiscal en esa oportunidad, a cuyos términos y conclusiones se remitió el Tribunal).

7°) Que, en virtud de lo dicho hasta aquí, la sentencia no cuenta con fundamentos mínimos suficientes y, por lo tanto, obstan a su calificación como acto judicial válido en los términos de la doctrina de la arbitrariedad.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el pronunciamiento apelado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado en el presente. Notifíquese y remítase. — *Ricardo L. Lorenzetti*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Carlos F. Rosenkrantz* (por su voto). — *Horacio D. Rosatti* (por su voto).

Voto de los doctores *Rosatti* y *Rosenkrantz*

*Considerando:*

Que esta Corte comparte, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Vuelvan los autos al tribunal de origen para que —por quien corresponda— se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. Notifíquese y cúmplase. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Horacio D. Rosatti*.

## Remoción del interventor recaudador

**Falta de realización de las tareas encomendadas respecto de la sociedad ejecutada. Actuar abusivo o negligente. Art. 227 del Cód. Proc. Civ. y Com. Pérdida de honorarios.**

**Hechos:** Se confirmó la sentencia que dispuso la remoción del cargo con pérdida de honorarios de un interventor recaudador informante en la sociedad ejecutada.

La remoción del cargo con pérdida de honorarios de un interventor recaudador informante en la sociedad ejecutada debe confirmarse si, en el caso, transcurridos quince meses desde su designación, no desarrolló eficazmente ninguna de las labores de recaudación encomendadas, ni tampoco las tareas de información vin-

culada con la operatoria comercial y contable de la empresa, pues el art. 227 del Cód. Proc. Civ. y Com. refiere a esa sanción por su actuar abusivo o negligente.

**121.483** — CNCCom., sala D, 02/10/2018. - Coello, Mercedes Rosario c. Automotores San Francisco S.R.L. s/ Ejecutivo s/incidente de ejecución de sentencia (continuación de trámite).

[Cita on line: AR/JUR/48245/2018]

**2ª Instancia.** — Buenos Aires, octubre 2 de 2018.

1. El interventor recaudador informante, contador C. G. M., apeló subsidiariamente la resolución de fs. 52/53, mantenida en fs. 57, en cuanto dispuso su remoción del cargo con pérdida de honorarios.

Los fundamentos del recurso fueron expuestos en fs. 54/56 y resistidos por la ejecutante en fs. 58/59.

2. La materia debatida en autos impone efectuar una breve, pero necesaria, reseña de los antecedentes del caso que pende elucidar.

Veamos:

— Con fecha 22/02/2017 el contador C. G. M. fue designado interventor recaudador con el objeto de retener el 30% de los ingresos brutos diarios de la sociedad ejecutada, hasta cubrir la suma de \$44.500, con más la de \$350.000 presupuestada provisoriamente para responder por intereses y costas; todo ello, bajo apercibimiento de remoción (fs. 5).

— El 19/05/2017 el contador presentó en autos el correspondiente mandamiento para la toma de posesión de cargo en el que fuera designado (fs. 19); circunstancia que se hizo efectiva el 06/07/2017, conforme diligencia obrante en fs. 23/24.

— Meses después, precisamente el 25/09/2017 y ante la ausencia de resultados positivos vinculados con la recaudación, la ejecutante solicitó se requiera al funcionario judicial que informe sobre todas las facturas emitidas por la ejecutada, con especificación de fechas e importes (fs. 25); mas al no haber sido contestado el traslado respectivo, con fecha 25/10/2017 se reiteró dicho requerimiento (fs. 28).

— El 06/11/2017, el contador M. comunicó en autos la imposibilidad de embargar dinero en efectivo, e informó la existencia de dos cuentas bancarias con las cuales estaría operando comercialmente la ejecutada (fs. 29).

— El 08/11/2017 la Jueza *a quo* amplió las facultades del funcionario, designándolo, además de recaudador, interventor informante (fs. 32); y luego, el 15/11/2017 y a pedido de la ejecutante, lo designó también Oficial de Justicia “ad-hoc” (fs. 34).

— Con fecha 05/02/2018 el interventor informó haber concurrido al domicilio comercial de la ejecutada y haber puesto en conocimiento del socio gerente su cometido, pese a lo cual no solo no pudo recaudar los fondos pertinentes, sino que tampoco logró inspeccionar los libros contables del ente; ello, por los argumentos esgrimidos en fs. 40.

— En tal contexto, la ejecutante solicitó con fecha 26/03/2018 la remoción del interventor recaudador informante, argumentando que el actuar negligente del funcionario derivó en que, a más de un año de haber sido designado, no hubiera cumplido ninguna de las mandas jurisdiccionales que le fueron impuestas (fs. 42).

— Sustanciado el planteo, con fecha 10/04/2018 el interventor alegó haber cumplido su cometido —ello, dentro del marco de lo que las facultades otorgadas le permitían—, y rindió

cuentas de la gestión efectuada hasta ese momento (fs. 44/46).

— El 16/04/2018, la ejecutante insistió con su pedido de remoción del contador M., solicitando el inmediato nombramiento de un nuevo funcionario en su reemplazo (fs. 48); petición que fue reiterada el 24/04/2018 (fs. 51).

— Finalmente, con fecha 10/05/2018, la Jueza *a quo* —por los fundamentos expuestos en el decisorio de fs. 52/53— decidió remover del cargo al interventor recaudador informante, con pérdida de honorarios.

Tal decisión motivó la apelación del funcionario que motiva la actual intervención de la Sala.

3. Descripto el escenario fáctico del caso que pende elucidar, el Tribunal juzga que lo decidido en la anterior instancia fue adecuado a derecho. Recuérdese que las obligaciones del interventor son: desempeñar personalmente el cargo; presentar los informes periódicos y uno final, y evitar la adopción de medidas que no sean estrictamente necesarias o que comprometan su imparcialidad. En efecto, el CPR. 226 establece aquellas conductas con que debe actuar el funcionario, norma que también prevé su remoción, estableciendo como criterio general el cumplimiento ineficaz de la misión (conf. Highton, E. - Areán, B., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, T° 4, p. 522, Buenos Aires, 2005).

Además, el art. 227 del Código ritual refiere a la carencia del derecho de cobrar honorarios del interventor cuando fuere removido de su cargo por un actuar abusivo o negligente.

Sobre tales premisas, y según se desprende de la reseña efectuada en sub 2, en el caso aparece evidente que ni las labores de recaudación encomendadas en la providencia copiada en fs. 5, ni las tareas de información vinculada con la operatoria comercial y contable de la empresa ejecutada fueron eficazmente desarrolladas por el quejoso.

Al respecto, se concuerda con la Jueza *a quo* en cuanto a que el funcionario omitió en su oportunidad requerir autorización para el uso de las facultades de las que luego denunció carecer o, eventualmente, haberlas incluido en el texto de los mandamientos sin necesidad de petición previa.

Pero, además, llama poderosamente la atención de que el interventor haya oportunamente justificado en parte el fracaso de su gestión en la circunstancia de que “...no se han otorgado ni al Oficial de Justicia de la zona como tampoco al suscripto, facultades para allanar domicilio y/o para requerir el auxilio de la fuerza pública...” (v. fs. 44 vta., quinto párrafo). Sin embargo, en ocasión de fundar su apelación extrañamente el funcionario aseveró: “...más allá de que en el mandamiento no se indicara que el Oficial de Justicia podía hacer uso de la fuerza pública o podía allanar domicilio, lo cierto es que dichas medidas nunca fueron necesarias ya que se pudo ingresar sin problema al inmueble” (v. fs. 54 vta., párrafo quinto).

Se reitera, tal contradicción resulta por demás llamativa, máxime cuando ambas alegaciones fueron efectuadas con un escaso margen temporal de diferencia, precisamente, poco más de un mes.

De otro lado, en el caso surge por demás evidente que —tal como fuera destacado por la sentenciante de grado en el decisorio en crisis— el funcionario no brindó ninguna información útil desde noviembre de 2017; ello, pese a contar con amplias facultades para ello.

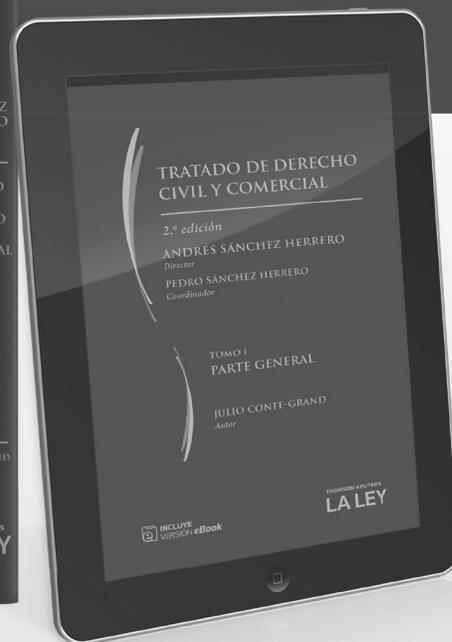
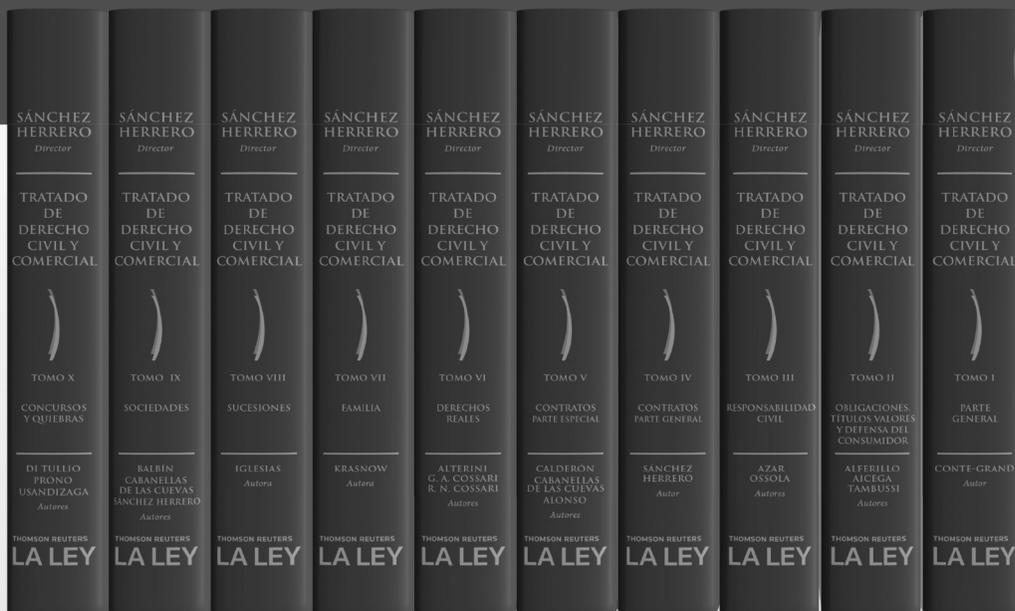
Recuérdese que el recurrente fue oportunamente designado interventor recaudador en los términos del CPR. 223, mas luego fueron ampliadas sus facultades a las de informante, conforme lo previsto por el art. 224 del Código

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

# TRATADO DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Director: **Andrés Sánchez Herrero**  
Coordinador: **Pedro Sánchez Herrero**

10 tomos • Edición 2018



Encuentre respuestas concretas a los problemas reales que se presentan en su trabajo diario a través de un estudio teórico-práctico profundo e integral de todos los temas que regula el Código Civil y Comercial de la Nación, realizado por profesionales especializados que expresan los argumentos a favor y en contra en cada caso.

Una nueva edición que amplía su contenido, incluyendo dos tomos sobre **Sociedades y Concursos y Quiebras**.

 10 tomos + ebook

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**

ritual. Mas lo cierto, concreto y jurídicamente relevante es que, más allá de las justificaciones ensayadas, transcurridos quince meses desde su nombramiento hasta su remoción, el funcionario no logró cumplir ninguna de las tareas que le fueran encomendadas.

Todo lo cual conduce fatalmente a concluir por la desestimación de la crítica ensayada y la confirmación del decisorio de grado.

4. Por lo expuesto, se resuelve: Desestimar la apelación de fs. 54/56, con costas (conf. CPr. 68, primer párrafo y 69). Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13) y notifíquese electrónicamente. Fecho, devuélvase sin más trámite, confiándose a la magistrada de primera instancia proveer las diligencias ulteriores (art. 36, inc. 1º, Código Procesal). — *Gerardo G. Vassallo.* — *Juan R. Garibotto.* — *Pablo D. Heredia.*

## Ejercicio de la abogacía

**Sanciones disciplinarias. Desatención de los derechos de los clientes. Comportamiento de las partes.**

**Hechos:** *El Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal le impuso una multa a un abogado fundada en la desatención de los derechos de un cliente. Contra dicho pronunciamiento, el abogado dedujo recurso de apelación. La Cámara lo admitió y anuló la sanción.*

La sanción aplicada a un abogado por el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal con basamento en la desatención de los derechos de un cliente debe anularse, dado que no se explica en ninguna parte de la sentencia cuál hubiera sido la maniobra que la parte letrada debía haber realizado frente a un cliente que no quería traer la documentación del siniestro, ni aportar testigos, ni comparecer al estudio jurídico, ni otorgar poder judicial alguno; a lo que se suma que la denunciante no aportó documentación alguna del siniestro en cuestión, no se encontró un solo certificado médico, ni historia clínica, del gran accidente sufrido.

**121.484** — CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 11/09/2018. - C., A. M. c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Ejercicio de la Abogacía - Ley 23.187 - Art 47.

[Cita on line: AR/JUR/47221/2018]

**COSTAS**

Se imponen en el orden causado.

**2ª Instancia.** — Buenos Aires, septiembre 11 de 2018.

**Considerando:** I. Que por medio de la resolución de fs. 47/50 vta., la Sala II del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal le impuso al abogado A. M. C. una multa de 10.000 pesos, por aplicación del artículo 45, inc. c) de la ley 23.187.

Como fundamento, destacó que las actuaciones se habían iniciado por una denuncia de

la señorita I. A. F. G., quien había requerido los servicios del Dr. C. para iniciar un reclamo por daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito que había sufrido el 25 de enero de 2015 en el partido de General Rodríguez, Provincia de Buenos Aires. Señaló que si bien el abogado había decidido “hacerse cargo del pleito” no había actuado con el celo requerido a un profesional de la matrícula, pues no había solicitado documentación relacionada con el siniestro ni los datos de contacto de la señora G.; a lo que agregó que no se había comunicado nuevamente con ella después de haber celebrado en noviembre de 2016 una audiencia de mediación con la contraparte y la compañía aseguradora. Asimismo, destacó que la cliente se apersonó varios meses después, y que aquel le informó que la acción para ejercer su derecho ya estaba prescripta. Por ello, sostuvo que en las actuaciones había quedado debidamente acreditado que el matriculado había actuado con desatención y en detrimento de los derechos de la señora I. A. F. G., en claro incumplimiento de los artículos 6, inciso e) y 44 incisos e), g) y h) de la ley 23.187 y 19 incisos a) y f) del Código de Ética.

II. Que, contra dicho pronunciamiento a fs. 57/60 el abogado A. M. C., interpuso el recurso de apelación previsto en el art. 47 de la ley 23.187.

En primer lugar, señala que “haciendo honor a la buena fe en el obrar” reconoció “haber mantenido una entrevista con la denunciante, haberse anoticiado e interiorizado de los pormenores del caso traído a una consulta. Reconoció, a su vez, haber celebrado una audiencia previa de mediación, la cual fracasara” (fs. 57 vta.). Explica que la tarea que le fue encomendada por la denunciante, y a la cual se comprometió, fue la celebración de la audiencia conciliatoria, que se realizó satisfactoriamente. Sin embargo, agregó que al momento de la audiencia la señora G. no aportó documentación alguna del siniestro. Sostiene que, el compromiso asumido por su parte, se agotó con la realización de aquella audiencia, y sus obligaciones profesionales cesaron en ese momento. Además, agrega que nunca le fue otorgado a su parte un poder judicial ni extrajudicial para poder continuar con la defensa de los intereses de la denunciante.

Por otra parte, controvierte que no haya realizado intentos de comunicarse con la señorita G., pues de la exposición civil que acompaña, indica que se constituyó en dos oportunidades en el domicilio que aquella había denunciado en el acta de mediación, y que pese a haber realizado varios llamados no encontró a nadie en el inmueble. Por otra parte, aclara que, si la señora G. se hubiera querido comunicar con anterioridad, podría haberse acercado a su estudio como lo había hecho anteriormente o incluso llamar por teléfono, ya que contaba con el número de su teléfono móvil.

III. Que, a fs. 65 dictaminó el Sr. Fiscal General sobre la admisibilidad formal del recurso, y, a fs. 81/84 vta., el Colegio Público de Abogados contestó el traslado del recurso interpuesto por el señor C.

IV. Que, en primer término, corresponde señalar que de acuerdo a lo prescripto por el artículo 6º, inciso e), de la ley 23.187, son “deberes específicos de los abogados... comportarse con lealtad, probidad y buena fe en el desempeño profesional”. El artículo 44 de dicha Ley, por su parte, dispone que “los abogados matriculados quedarán sujetos a las sanciones disciplinarias previstas en esta ley, por las siguientes causas: ... e) Retardo o negligencia frecuente, o ineptitud manifiesta, u omisiones graves, en el cumplimiento de sus deberes profesionales; g) Incumplimiento de las normas de ética profesional sancionadas por el Colegio; y h) Todo

incumplimiento de las obligaciones o deberes establecidos por esta ley”. Del artículo 19 del Código de Ética del Colegio de Abogados de la Capital Federal surge que, “El abogado observará los siguientes deberes: a) Decir la verdad a su cliente, no crearle falsas expectativas, ni magnificar las dificultades, o garantizarle el buen resultado de su gestión profesional y atender los intereses confiados con celo, saber y dedicación,... f) Proporcionar a su cliente información suficiente acerca del Tribunal u organismo donde tramite el asunto encomendado, su estado y marcha, cuando así se lo solicite, en forma y tiempo adecuados...”.

V. Que, al respecto, cabe señalar que para formular el reproche de la conducta del señor C., el Tribunal de Disciplina señaló que “si el abogado decidió hacerse cargo del pleito debió —de modo diligente— procurarse la documentación relacionada al siniestro o, mínimamente recabar los datos de su cliente” (cfr. fs. 48 vta.). Sin embargo, esa afirmación da por cierto tres elementos: que el abogado asumió la tarea de representar a la señorita G. en un pleito; que la tarea encomendada al abogado no se agotó con haber concurrido a la audiencia conciliatoria; y que la denunciante había provisto al sancionado de información suficiente como para, aunque sea, interponer una demanda con fines interruptivos de la prescripción. Todo ello, surge de una manera bastante ambigua en la denuncia agregada a fs. 7/9 de estas actuaciones, pero fue controvertido por el abogado C.

Si bien al contestar el traslado del recurso la apoderada del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sostuvo que “el abogado no ha ofrecido elementos de prueba a su favor” y que “en razón de verdad el letrado no ha podido demostrar que los dichos de la denunciante fueran inciertos”, correspondía al Tribunal evacuar las citas ofrecidas por el señor C. en su defensa. Es decir, “investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado” (arg. art. 304, del Código Procesal Penal Nación). Sin embargo, y pese a ello, el Tribunal dispuso declarar a fs. 48 la presente causa como una cuestión de puro derecho.

En tal sentido, no cabe soslayar que el hecho dañoso invocado por la denunciante habría ocurrido en enero 2015; dijo haberse comunicado con el abogado por primera vez en octubre de 2016, y el 11 de noviembre de ese año se celebró la audiencia conciliatoria que concluyó con resultado negativo. Además, de la exposición civil acompañada a fs. 56 por el letrado C., cuya autenticidad no ha sido puesta en duda por la contraria, surge que el día 11 de enero de 2017 el recurrente compareció en la Comisaría N° 1 de General Rodríguez y manifestó que el día 21 de diciembre de 2016 se había hecho presente en el domicilio indicado por la denunciante en la audiencia y no había hallado a ningún morador, y

que se había presentado nuevamente el mismo día de la exposición sin que pudiera dar con ella. A fs. 59 vta., también manifiesta que el Tribunal “no explica en ninguna parte de la sentencia, cuál hubiera sido, la maniobra que esta parte letrada debía haber realizado, para que un cliente, que se no quiere traer la documentación del siniestro, no quiere aportar testigos, no viene al estudio jurídico, no otorga poder judicial, puede realizar la demanda, y presentarla, ya que en caso de que dicho extremo hubiere sucedido, en que basamento legal debería ser aplicado, para que la actora, luego no denunciara a esta parte letrada por realizar actos sin consentimiento”. También, destacó que la denunciante “no aportó documentación alguna, del siniestro en cuestión, no se encontró un solo certificado médico, ni historia clínica, del gran accidente sufrido”.

En efecto, si bien la subsunción del supuesto fáctico concreto dentro de la fórmula de la infracción deontológica-profesional constituye, como principio, un resorte primario de quien está llamado —porque así lo ha querido la ley— a valorar los comportamientos que, precisamente, pueden dar lugar a la configuración de aquellas infracciones (confr. esta Sala V, en su integración anterior, *in re*, “Álvarez Teodoro c. CPACF s/ Colegios Públicos”, del 16/08/1995), en caso de duda en el accionar del profesional debe aplicarse el principio de interpretación en favor del imputado (esta Cámara, Sala II, c. N° 12.144/04, “Ramos, Claudio J. C. c. CPACF”, del 29 de marzo de 2005; c. N° 4028/05, “Killian, Muriel S. c. CPACF” del 3 de octubre de 2006; y Sala III, c. N° 4827/03 “Birman, José E. c. CPACF”, del 7 de julio de 2005; y esta Sala, en c. N° 2.954/02 “Altinier, Ezequiel M. A. c. CPACF”, del 17 de julio de 2002, entre otros).

En tales condiciones, corresponde que el Tribunal de Disciplina se expida acerca de si en la especie, resulta aplicable al caso el beneficio de la duda en favor del imputado previsto en el artículo 3º del Código Procesal Penal de la Nación, cuyos principios resultan supletoriamente aplicables en la materia de conformidad con lo establecido por el artículo 41, inciso e) de la Ley 23.187 (cfr. Sala I, c. N° 5999/98 “Papa, Claudio A. c. CPACF”, del 25 de noviembre de 1999)

Por ello, a mérito de lo expuesto, corresponde, declarar la nulidad de la resolución apelada, y devolver las actuaciones al organismo de origen para dicte un nuevo acto de conformidad con los términos del presente pronunciamiento; con costas en el orden causado, atento a las particularidades de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Así se resuelve. El señor Juez de Cámara, Dr. Guillermo F. Treacy no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109, del RJN). Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Pablo Gallegos Fedriani.* — *Jorge F. Alemany.*

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°8, Secretaría N°16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que CHOQUE PRADO, JAIME nacido en Sucre, Oropeza, Chuquisaca, Bolivia, el 15 de abril de 1979, con DNI 93.976.240 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 9 de octubre de 2018  
Sebastián Ferrero, sec.  
LA LEY: I. 24/10/18 V. 24/10/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, Secretaría N° 15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que MARÍA REBECA BASSO MORA, nacida en Maracay, Aragua, Venezuela, el 26 de julio de 1988, con D.N.I. N° 95.554.988, ha peticionado la concesión de la Ciudadanía Argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en LA LEY.

Buenos Aires, 6 de septiembre de 2018  
Felipe J. Cortés Funes, sec.  
LA LEY: I. 19/10/18 V. 19/10/18

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, a cargo del Dr. Marcelo Gota, Secretaría N° 16, a mi cargo, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que JHENIEL ANTONIO LOPEZ JAEN, nacido en Sucre, Miranda, Venezuela, el 18 de abril de 1993, con D.N.I. N° 95.598.988, ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 16 de agosto de 2018  
Sebastián Andrés Ferrero, sec.  
LA LEY: I. 18/10/18 V. 18/10/18