

SE PRESENTA EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

Mesa de entrada DDNNyA

Jue 22/08/2024

Excma. Corte Interamericana de Derechos Humanos
Sra. Presidenta
Jueza Nancy Hernández López

Por medio del presente, se remite en adjunto SE PRESENTA EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

Se solicita acuse de recibo.
Saludos cordiales.

Mesa de Entradas, Salidas y Archivo

SE PRESENTA EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

Excma. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sra. Presidenta

Jueza Nancy Hernández López

Marisa Graham, Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y **Juan Facundo Hernández**, Defensor Adjunto de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, designados mediante Decreto Resolución 09/20 del Congreso Argentino, constituyendo domicilio en Av. Luis María Campos, piso 4to de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, y correo electrónico nos presentamos ante usted en el marco del **Caso “Fornerón e Hija Vs. Argentina”** y en los términos del artículo 44.4 del Reglamento de la Corte IDH, a los fines de hacerles llegar las consideraciones que, en calidad de Organismo de Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes, consideramos pertinentes frente a la supervisión de las reparaciones pendientes de cumplimiento, de la sentencia dictada el 27 de abril del 2012.

I. LEGITIMACIÓN.

La Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes se encuentra legitimada para realizar esta presentación, pues se trata de un organismo estatal, independiente, autárquico y autónomo creado por Ley Nacional N° 26.061 para la promoción y protección de los derechos de las niñas y adolescencias. En su Art. 47 se crea la figura de la Defensora de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes para *“velar por la protección y promoción de sus derechos consagrados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño y las leyes nacionales”*. El artículo 48 establece una función de control a nivel federal y el artículo 55 las funciones específicas de la Defensora, a saber *“a) Promover las acciones para la protección de los intereses difusos o colectivos relativos a las niñas, niños y adolescentes; b) Interponer acciones para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en cualquier juicio, instancia o tribuna; c) Velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados a las niñas, niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso. Para ello puede tomar las declaraciones del reclamante, entenderse directamente con la persona o autoridad reclamada y efectuar recomendaciones con miras a la mejoría de los servicios públicos y privados de atención*

de las niñas, niños y adolescentes, determinando un plazo razonable para su perfecta adecuación; d) Incoar acciones con miras a la aplicación de las sanciones por infracciones cometidas contra las normas de protección de las niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal del infractor, cuando correspondiera; e) Supervisar las entidades públicas y privadas que se dediquen a la atención de las niñas, niños o adolescentes, sea albergándolos en forma transitoria o permanente, sea desarrollando programas de atención a los mismos, debiendo denunciar ante las autoridades competentes cualquier irregularidad que amenace o vulnere los derechos de todas las niñas, los niños o los adolescentes; (...) j) Recibir todo tipo de reclamo formulado por los niños, niñas o adolescentes o cualquier denuncia que se efectúe con relación a las niñas, niños y adolescentes, ya sea personalmente o mediante un servicio telefónico gratuito y permanente debiéndose dar curso de inmediato al requerimiento de que se trate”

El art. 64 fija como deberes de la institución, “**a) Promover y Proteger los derechos de las niñas, niños y adolescentes mediante acciones y recomendaciones que efectuará ante las instancias públicas competentes, a fin de garantizar el goce y el ejercicio de los mismos;** (...) c) Formular recomendaciones o propuestas a los organismos públicos o privados respecto de cuestiones objeto de su requerimiento; (...)”

Como se advierte, la creación de esta institución de control es relevante a los fines de asegurar que en todo proceso que involucre a niñas, niños y/o adolescentes, se les garantice la protección, defensa, promoción y restitución de sus derechos. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 2 ha manifestado que se trata de un mecanismo para asegurar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), al tiempo que destaca la importancia de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, indicando que el mismo es un elemento clave para constituir y consolidar sistemas nacionales de protección integral a la infancia.

Entre las principales intervenciones para promover en el tema específico de derechos de la niñez menciona: a) Realizar investigaciones sobre cualquier situación de violación de los derechos del niño, ya sea por denuncia o por propia iniciativa, en el ámbito de su mandato; b) Llevar a cabo indagaciones sobre asuntos relativos a los derechos del niño; c) Preparar y publicar opiniones, recomendaciones e informes, ya sea a petición de las autoridades nacionales o por propia iniciativa, sobre cualquier asunto relacionado con la promoción y protección de los derechos del niño; **d) Mantener en examen la adecuación y eficacia de la ley y la práctica en relación con la protección de los derechos del niño, entre otros.** (CRC/GC/2002/2. Párr. 19.)

II. ANTECEDENTES.

Como es sabido, el Estado argentino, mediante sentencia de vuestra Corte IDH de fecha 27 de abril del 2012, ha sido declarado responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a los derechos del niño, consagrados en los arts. 8.1, 25.1 y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), así como del derecho a la protección familiar consagrado en el art. 17 de la misma Convención.

En el caso, la niña nacida el 16 de junio del 2000 (hoy tiene 24 años de edad) en la provincia de Entre Ríos, fue entregada en guarda con fines de adopción por su madre y sin el consentimiento del padre biológico, a un matrimonio de la provincia de Buenos Aires, dando fe de la misma el Defensor de Pobres y Menores de dicha jurisdicción. La madre había reconocido por un lado la falta de recursos que habría motivado la entrega con fines de adopción, y la paternidad del Sr. Forneron quien, posteriormente, reconoció a la niña por ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y comenzó el trayecto judicial para la restitución de la misma.

En octubre de 2004 y ante el desahucio judicial, el Sr. Forneron se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que remitió en el año 2010 el caso a vuestra Corte IDH. Es así que, entre las reparaciones ordenadas en la sentencia, se estableció que *“El Estado debe adoptar las medidas que sean necesarias para tipificar la venta de niños y niñas, de manera que el acto de entregar un niño o niña a cambio de una retribución o cualquier otra compensación, cualquiera que sea su forma o fin, constituya una infracción penal, de conformidad con los estándares internacionales.”*, lo que al momento se encuentra pendiente de cumplimiento.

Es en virtud de ello que nos presentamos como Organismo de defensa de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes a los fines de que se inste al Estado argentino a avanzar con el debate y modificación del Código Penal respecto de la compra y venta de personas menores de edad, con fines de adopción.

III. NORMATIVA VIGENTE Y NECESIDAD DE ADECUACIÓN.

El artículo 15 de nuestra Constitución Nacional dispone que *“Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice”*, sin embargo, al no contar con un tipo legal en nuestro Código Penal que tipifique como delito la compra venta de personas, resulta compleja la persecución penal y posterior sanción de quien o quienes se encuentren involucrados en la transacción.

Por su parte, nuestro artículo 611 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que *“Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.”*, sin embargo, el principio de realidad nos marca que la mayoría de las entregas de niñas, niños y adolescentes a cambio de un precio o no, o la promesa de éste o no, son con fines adoptivos.

La República Argentina ha ratificado no solo la Convención sobre los Derechos del Niño comprometiéndose a adoptar las medidas necesarias para impedir la venta de niños (artículo 35), sino también el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, cuyo artículo 2 describe a la venta de niños y niñas como *“todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”* y el artículo 3 establece que todo Estado parte adoptará las medidas necesarias para que las actividades mencionadas, entre las que se encuentran la venta, queden integradas a su legislación penal. En particular, menciona la de *“Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción”*

En el año 2010 y en el marco de las observaciones finales al informe presentado por la República Argentina relativo al artículo 12 párrafo 1 del Protocolo Facultativo antes mencionado (CRC/C/OPSC/ARG/CO/1), el Comité recomendó al Estado revisar su Código Penal y ajustarlo e al artículo 3 del Protocolo facultativo, penalizando particularmente *“La venta de niños, que entraña ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de explotación sexual, transferencia de sus órganos con fines de lucro o trabajo forzoso, o inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a prestar su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos aplicables en materia de adopción”* (párrafo 26)

En ese mismo año y en el marco de las observaciones realizadas por el Comité en torno a los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la Argentina (CRC/C/ARG/CO/3-4) se recomendó al Estado que implemente un riguroso sistema legal de protección contra la venta de niños, de conformidad con el protocolo, para establecer un sistema de adopción seguro que respete su interés superior (párrafo 10).

Posteriormente, en el año 2018 y en el marco de las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la

Argentina (CRC/C/ARG/5-6), el Comité vuelve a recomendar al Estado que se adecúe el Código Penal a los artículos 2 y 3 del Protocolo Facultativo y *“establezca un sólido sistema legal de protección contra la venta y la trata de niños, así como un sistema de adopción seguro que respete el interés superior del niño.”* (párrafo 45)

Resulta esencial la adecuación de nuestra normativa interna, específicamente en materia penal, para prevenir y sancionar la compra venta de niñas y niños, con énfasis en aquellas con fines adoptivos. Habida cuenta de que, en nuestro país, el instituto de la adopción funciona como un pasaje de la ilegalidad a la legalidad. Quienes compran niños y niñas lo hacen, en la mayoría de las veces, con fines adoptivos, y cuentan con algún documento que permite transformar un ilícito en un acto lícito, y , en general, son confeccionados con intervención de funcionarios públicos que facilitan la entrega y la posterior adecuación legal mediante el instituto de la adopción.

Desde esta institución insistimos en la necesidad de incorporar el fin de la adopción como uno de los fines de la compra venta ya que, caso contrario, continuarán existiendo más casos como Forneron. Si bien nuestro Código Penal establece una pena para quien alterare o suprimiere el estado civil de otro (artículo 138) y para quien sustraiga a un menor de 10 años (art 146) ello implica un cumplimiento con la sentencia de vuestra Corte, ni responde a la realidad de nuestro país puesto que son delitos dirigidos, mayormente, a situaciones de explotación infantil o trata, que poseen otras figuras penales. Esta misma Corte ha considerado en oportunidad de dictar sentencia en el Caso Forneron e hija que *“La “venta” de un niño o niña no estaba impedida o prohibida penalmente sino que se sancionaban otros supuestos de hecho, como por ejemplo, el ocultamiento o supresión de la filiación (supra párr. 134). Dicha prohibición no satisface lo establecido por el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño de adoptar todas las medidas necesarias para impedir la “venta” de niños cualquiera sea su forma o fin. La obligación de adoptar todas las medidas para impedir toda “venta”, incluyendo su prohibición penal, está vigente desde el momento en que Argentina ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990.”* (párrafo 141)

Como dijimos anteriormente, en nuestro país la mayoría de los casos de compra y venta de niños y niñas son con fines adoptivos, siempre existe algún documento confeccionado en connivencia con algún funcionario público que permite a los compradores dotar de legalidad y legitimidad un acto ilícito, a pesar de que ninguna relación filial sana pueda nacer de un ilícito como la compraventa de personas. Quienes se apropian de un niño o niña, cuentan con un entramado de situaciones que permiten luego validar este acto ilícito, el paso del tiempo es una de ellas. De esta forma, el Poder Judicial no solo termina validando esa entrega, sino que además termina

archivando cualquier investigación penal por falta de delito. Recordemos que en el caso que nos trae, tanto el Fiscal como el Juez penal que intervienen en una de las tantas causas que inicia el Sr. Forneron en nuestro país, admiten la existencia de vasta cantidad de prueba que da cuenta de la participación de intermediarios y la complicidad de funcionarios, pero al no estar tipificado el delito de compra venta, no se puede avanzar con la imputación de estos (capítulo VI, acápite e. Sentencia de 27 de abril de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas).

Por otro lado, no se prevé al día de hoy penas para los intermediarios y facilitadores que son, en definitiva, quienes lucran con estos actos y garantizan que se lleven a cabo. Es así como continúan sucediendo entregas de niños y niñas recién nacidos con fines adoptivos, medie o no una contraprestación dineraria. Si bien es muy difícil probar el precio, la realidad nos dice que quien entrega lo hace en un estado de necesidad, y que no existe entrega posible si no hay una asimetría de poder social y económico respecto de quien recibe, y una red de personas que favorecen y acompañan ese ilícito.

Recordemos que, recientemente, la República Argentina fue condenada nuevamente, en el caso “María y otros Vs. Argentina” y en términos similares al caso Fornerón, con el agravante de que la entrega se realizó con anterioridad al nacimiento del niño, encontrándose prohibida en nuestro país la adopción prenatal (el artículo 607 b. del Código Civil y Comercial de la Nación establece que la manifestación del deseo de dar al niño o niña nacida en adopción, solo es válida si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento). Si bien en el caso no se denuncia una contraprestación dineraria, la madre era una niña de 12 años que fue coaccionada por personal de salud y funcionarios públicos de la provincia de Santa Fe a entregar al niño firmando un acta antes del nacimiento de este. Y, a pesar de haber manifestado su arrepentimiento en más de una oportunidad, la niña no fue oída y hoy, 8 años después, continúa esperando una vinculación con su hijo acorde a las necesidades de ambos, la que no se cumple a pesar de lo dicho por vuestra Corte.

En ninguno de los dos casos, ni en ningún otro que suceda en nuestro país con menor exposición pública, será posible, con el Código Penal actual, condenar a los participantes, a quienes entreguen y a quienes reciban y, particularmente, a quienes faciliten el ilícito. Si no se incorpora en la legislación una figura penal adecuada, que incluya el fin adoptivo de la compra venta (o cuando no se haya cumplido el proceso legal vigente para la adopción), cuando haya mediado o no precio, promesa remunerativa o cualquier otro tipo de contraprestación, estos hechos continuarán ocurriendo.

Si bien se han realizado aproximaciones en nuestro

país y se han presentado proyectos que modifican el Código Penal, aún no contamos con un tipo penal que prevea el delito de compra venta de niños y niñas incumpliendo, de esta forma, con la Convención sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Facultativo, las Observaciones del Comité y, principalmente, con la sentencia recaída en el caso Fornerón e Hija.

Recientemente hemos participado ante la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado de la Nación, en un debate sobre la tipificación de delito de compra venta de niñas y niños, reforzando que resulta fundamental que se incluya la finalidad adoptiva en la tipificación de este delito. En particular y en relación a los proyectos que se encuentran en tratamiento, consideramos y solicitamos que se incorpore la misma pena -u otra que defina el legislador- él o la que entregare o recibiere a una persona menor de edad con fines adoptivos sin haber cumplido con el proceso legal vigente.

Finalmente, nos podemos a disposición de lo que consideren pertinente a los fines de colaborar desde este organismo y con un enfoque centrado en los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

Juan Facundo Hernández
Defensor Adjunto de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes

Marisa Graham
Defensora de los Derechos
de las Niñas, Niños y Adolescentes